

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2021/2022**

**Convocatoria: Septiembre**

“LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD TRAS LA REFORMA OPERADA POR 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”.

“THE REGULATION OF DISABILITY AFTER THE REFORM OPERATED BY LAW 8/2021, OF JUNE 2, BY WHICH THE CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION IS REFORMED TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY”



Realizado por el alumno/a Dña. Andrea Rodríguez González

Tutorizado por la Profesora Dña. Diria Luz Morales Casañas

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT
<p>This Final Degree project focuses on the study of the legal treatment given to people with disabilities, through the analysis of the historical evolution from the original draft to the modification of the legal system, and more specifically of the Civil Code and the Law of the Voluntary Jurisdiction operated by Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural law to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.</p> <p>In application of the theoretical framework, it proposes the creation of a base of forms in order to be applied at the notary office regarding the de facto custody and, more specifically, of a notarial deed that attests to the de facto custody.</p> <p><b>Key Words:</b> Disability, de facto guard, form.</p>

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)
<p>Este trabajo de Fin de Grado se centra en el estudio del tratamiento jurídico dado a las personas con discapacidad, mediante el análisis de la evolución</p>

histórica desde la redacción originaria hasta la modificación del ordenamiento, y más concretamente del Código Civil y de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En aplicación del marco teórico, se ha propuesto la creación de unos formularios base en aras a que sean aplicados en sede notarial respecto de la guarda de hecho y, más específicamente, de un acta notarial que de fe de la guarda de hecho.

**Palabras clave:** Discapacidad, guarda de hecho, formulario

## Índice

1. Introducción.....	1
2. La incapacitación antes de la reforma operada por 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 el cambio terminológico y jurídico hacia la discapacidad.....	1
2.1. Evolución histórica. ....	3
2.1.1. Redacción originaria del CC. ....	3
2.1.2. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. ....	4
2.1.3. La Ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad.....	5
2.1.4. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.....	6

2.1.5. La Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ....	7
2.2. Los cargos tuitivos de la persona antes de la reforma operada por 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.....	8
2.2.1. La tutela. ....	8
2.2.2. La curatela.....	12
2.2.3. El defensor judicial.....	13
2.2.4. El guardador de hecho. ....	14
2.3. El procedimiento de incapacitación. ....	15
3. La incapacitación y la discapacidad antes de la reforma operada por 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. ....	17
3.1. Necesidad de la reforma.....	17
3.2. Principales cambios introducidos por 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.....	18
3.2.1. Reforma del Código Civil.....	19

3.2.1.1. La tutela. ....	19
a) Aplicación. ....	19
b) Legitimación para promover la tutela, constitución y ejercicio de la tutela. ....	19
c) Nombramiento del tutor, prohibiciones, causas y procedimiento de remoción y excusa de la tutela. ....	21
d) Funciones, obligaciones, derechos y responsabilidad del tutor. ....	23
e) Extinción de la tutela y rendición final de cuentas. ....	24
3.2.1.2. Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. ....	25
a) Disposiciones generales, medidas voluntarias de apoyo, forma de adopción, poderes y mandatos preventivos. ....	25
b) La guarda de hecho: Ámbito, derechos del guardador de hecho, extinción de la guarda de hecho. ....	27
c) La curatela: Ámbito, nombramiento del curador, ejercicio de la curatela, derechos del curador, remoción y excusa del curador, extinción de la curatela. ....	28

d) La autoguardatela. ....	32
e) El defensor judicial: Casos en que procede el nombramiento de defensor judicial, causas de inhabilidad, excusa y remoción. ....	32
3.2.2. Reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. ....	33
a) Ajustes para personas con discapacidad. ....	33
b) Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación. ....	33
c) Procedimiento.....	34
d) Auto y posterior revisión de las medidas judiciales acordadas.....	35
e) Tramitación. ....	36
3.3. Las nuevas medidas de apoyo a las personas con discapacidad. ....	37
4. Aplicación práctica del marco teórico. ....	38
4.1. Introducción. ....	38
4.2. Acta notarial que de fe de la guarda de hecho.....	39
5. Conclusiones.....	40
6. Anexos.....	41

7. Referencia bibliográfica.....	45
Bibliografía .....	45



## **1. Introducción.**

El presente Trabajo de Fin de Grado se enmarca dentro de aquellos de aprendizaje-servicio, y persigue la investigación de la evolución del tratamiento dado a la incapacidad en el ordenamiento jurídico español hasta llegar a la situación actual, donde se puede observar que se ha producido un cambio jurídico y terminológico, al haberse sustituido el mismo por el de discapacidad, sentada por 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 (Ley 8/2021, en adelante).

Los principales cambios vienen representados porque se pasa de un sistema de incapacitación a un sistema en que se da preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, siempre en base al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, cobrando gran protagonismo la figura del guardador de hecho.

Por lo apuntado, tras el estudio teórico de la cuestión, proponemos el estudio práctico de la misma mediante la colaboración con la Fundación Tutelar Sonsoles Soriano para conocer cómo funciona el guardador de hecho y la posibilidad de confeccionar formularios que acrediten la guarda de hecho para la realización de determinados negocios jurídicos.

## **2. La incapacitación antes de la reforma operada por 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 el cambio terminológico y jurídico hacia la discapacidad.**

Antes de entrar de lleno en el tema que ocupa este trabajo, parece conveniente hacer una primera aproximación al concepto de incapacitación. Siguiendo a M<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN<sup>1</sup> podemos entender la incapacitación como “la limitación de la capacidad de obrar<sup>2</sup> establecida por sentencia judicial cuando en la persona concurre

---

<sup>1</sup> Parra Lucán, M<sup>a</sup>.A. (2018). *Curso de Derecho Civil (I), volumen II, Derecho de la persona* (6<sup>a</sup> edición). Madrid: Edisofer.

<sup>2</sup> En palabras de Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (2018) (Aldaz, 2018), la capacidad de obrar es “la posibilidad de desarrollar una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico”

alguna de las causas previstas en la ley”. A este concepto, añade la autora que dichas causas “obedecen a la imposibilidad de autogobierno”.

Estas causas de incapacidad aparecían recogidas en el Código Civil (CC, en adelante) en el artículo 200, que apuntaba como tales las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Además, la incapacitación debía ser declarada mediante sentencia judicial en base a estas causas, tal y como apuntaba el antiguo artículo 199 CC.

Lo cierto es que, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, se ha producido un cambio terminológico y jurídico, prefiriendo el de discapacidad al de incapacidad, pasando además el cambio por el hecho de que ya no se produce una limitación de la capacidad jurídica, tal y como ocurría con anterioridad y porque desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Por lo que se refiere al concepto de discapacidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS, en adelante), desde el año 2001 ofrece el siguiente: “Término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud y sus factores contextuales ambientales y personales”<sup>3</sup>.

Es importante señalar que encontramos diferentes tipos de discapacidad, que se clasifican en base a la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud<sup>4</sup>, ofrecida por la OMS para ofrecer una mayor unificación del concepto de discapacidad<sup>5</sup>: Discapacidad física, que es aquella relacionada con el

---

<sup>3</sup> García, C. E., y Sánchez, A. S. (2001). *Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad*. Boletín del RPD.

<sup>4</sup> En el ámbito de la Organización Internacional de la Salud, la CIF proporciona a nivel conceptual una codificación amplia de la información relacionada con la salud y hace uso de un lenguaje estándar y unificado que hace posible la comunicación sobre la salud y la atención sanitaria a nivel mundial. Presenta una serie de objetivos específicos, a saber: proporcionar base científica para comprender y estudiar la salud y sus estados, resultados y determinantes; establecimiento de un lenguaje común para la descripción de la salud y sus estados, mejora de la comunicación; facilitar la comparación de datos entre países, disciplinas sanitarias, servicios y momentos a lo largo del tiempo; proporcionar un esquema de codificación aplicable a los sistemas de información sanitaria (Organización Mundial de la Salud, 2001. Editado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales)

<sup>5</sup> Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones. *¿Qué debemos saber sobre discapacidad?*. Comunidad de Madrid.

cuerpo, miembro y órganos en general. También puede definirse como una deficiencia motora y/o visceral; discapacidad sensorial, siendo aquella que se origina en el aparato visual, oído, garganta y estructuras relacionadas con el lenguaje; discapacidad psíquica, que tiene su origen en la capacidad intelectual o en la posible enfermedad mental del individuo. En cuanto a la discapacidad intelectual, es la Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales (2002) la que ofrece una definición de este tipo de discapacidad: “La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en habilidades conceptuales, sociales y prácticas”. Por lo que se refiere a la perspectiva jurídica, podemos tomar como ejemplo de que se entiende por discapacidad o persona con discapacidad el ofrecido por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que en su artículo 4 indica que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”<sup>6</sup>.

## **2.1. Evolución histórica.**

Una vez establecido el concepto, en aras de comprender el panorama actual, parece acertado hacer un recorrido por la historia legislativa española, para lo que nos acogemos a la sistematización ofrecida por CARLOS LASARTE<sup>7</sup>.

### **2.1.1. Redacción originaria del CC.**

En un primer momento, en la redacción originaria del año 1889, el CC ofrecía en su artículo 200 una indicación de quiénes quedaban sujetos a tutela, siendo éstos los menores emancipados así como aquellas personas en las que concurrían unas

---

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 289, de 3 de diciembre de 2013. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>

<sup>7</sup> Lasarte, C. (2018). *Parte general y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I* (24ª edición). Madrid: Marcial Pons.

circunstancias graves y que aparecían tasadas<sup>8</sup> y que debían dar lugar a que se las privase de capacidad de obrar, debiendo dotarlas de un mecanismo de representación y defensa, para lo que se preveía un organismo tutelar, que vendría compuesto de tutor, protutor y Consejo de Familia.

Por lo que se refiere a este organismo tutelar, el antiguo artículo 201 CC disponía que la tutela se ejercería por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de familia.

Se puede afirmar que el protutor presentaba un carácter familiar especialmente marcado. Su procedencia podía ser testamentaria o dativa y su nombramiento no podía corresponder a pariente de la misma línea del tutor. Era un cargo obligatorio y gratuito y su misión se orientaba al control del tutor, así como a la sustitución del mismo y a la información del Consejo de familia.

Por su parte, el Consejo de familia era el encargado de las decisiones relativas a la persona y a los bienes de la persona tutelada así como de todo lo relativo al nombramiento, a las incapacidades, excusas y remoción del tutor y protutor. Respecto a su composición, vendría integrado por un mínimo de cinco miembros o vocales designados por el padre o la madre en su testamento, en la ley o por el propio juez, con la especialidad de que ninguno podría ser el tutor o el protutor (Palomino Diez, 2008).

### **2.1.2. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.**

Esta ley supuso la modificación de la redacción originaria del Código Civil, en el sentido de que, con ella, las causas de incapacitación, no son enumeradas de manera taxativa como ocurría con anterioridad, sino que, por el contrario serían identificadas con situaciones tales como las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter

---

<sup>8</sup> Entre las causas que podían dar lugar a que se declarara la incapacidad de la persona se encontraban algunas como la demencia o la prodigalidad.

físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma<sup>9</sup> (art.200 CC). Asimismo, suma como cargo tuitivo la curatela.

Se pasa de un sistema de tutela de familia a la tutela judicial o de autoridad, sometiéndose los cargos tuitivos a la autoridad o control del Juez.

Por último, se permitió incapacitar a menores de edad, pero con la condición de que se previera razonablemente que la causa de incapacitación persistiría después de la mayoría de edad, apuntando que superada la mayoría de edad, se podrían dar dos situaciones, bien la patria potestad prorrogada, bien la tutela cuando esta última resultare imposible<sup>10</sup>.

### **2.1.3. La Ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad.**

El objetivo principal de esta Ley radicaba en la regulación de mecanismos de protección de las personas discapacitadas, centrados en el aspecto patrimonial, para lo cual se regulaba una masa patrimonial especialmente protegida, que quedaba inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, favoreciendo la constitución del mismo y la aportación a título gratuito de bienes y derechos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> A título de ejemplo, podríamos mencionar el padecimiento de una enfermedad mental de carácter permanente que impidiera a la persona gobernarse por sí misma.

<sup>10</sup> El artículo 171 CC permitía como excepción a la extinción de la patria potestad por llegar a la mayoría de edad o por la emancipación, su prórroga. Se introdujo en el CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y es una figura que parece orientada a la protección del hijo con capacidad modificada judicialmente cuando no parezca necesario constituir a su favor tutela o curatela. El propio artículo 171 contemplaba dos supuestos: uno, la prórroga y, segundo, la rehabilitación de la patria potestad. En el caso de la prórroga, si el hijo hubiera sido incapacitado, quedaría prorrogada la patria potestad por ministerio de la Ley al llegar aquel a la mayoría de edad. Por su parte, el párrafo segundo del mismo artículo señalaba que esta patria potestad prorrogada terminaría en los siguientes casos: por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; por la adopción del hijo; por haberse declarado la cesación de la incapacidad; por haber contraído matrimonio el incapacitado. Para el caso de que, al cesar la patria potestad prorrogada, subsiste ese estado de incapacitación, se constituirá la tutela o la curatela según lo que resultare procedente (Linacero de la Fuente, 2016).

<sup>11</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado*, 277, de 19 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>

De los puntos más destacables ofrecidos por esta ley, podemos señalar que regulaba por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la autotutela<sup>12</sup>. 2.1.4. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, así como su protocolo facultativo<sup>13</sup>, se aprueban el 13 de diciembre en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, quedando abiertos a firma el 30 de marzo de 2007. Respecto a las firmas obtenidas, fueron 82 y 44, respectivamente, además de haberse obtenido una ratificación de la Convención.

La Convención se concibe como un instrumento de derechos humanos enfocado hacia al desarrollo social, pues en ella se adopta una clasificación amplia de las personas con discapacidad y se confirma que estas personas deben contar con todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>14</sup>.

En el caso de España, este Convenio se incorpora al ordenamiento jurídico mediante instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el BOE número 96, de 21 de abril de 2008<sup>15</sup> y con esta ratificación, surge la duda de si

---

<sup>12</sup> La autotutela supone una habilitación a la persona con discapacidad para que adopte por sí misma las disposiciones que estime más oportunas o adecuadas a su propia persona en previsión de su propia incapacitación en el futuro (Lasarte, 2018).

<sup>13</sup> Los Protocolos facultativos son instrumentos que refuerzan las normas y obligaciones contenidas en el articulado de dicha Convención y que ofrecen una mayor protección y apoyo especial a los niños, niñas y adolescentes, pero que se ratifican de manera separada al Tratado principal. De modo que se puede ser parte del tratado y no del protocolo (Martín Quintero, 2022).

<sup>14</sup> Recurso on-line: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>

<sup>15</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, *Boletín Oficial del Estado*, 96, de 21 de abril de 2008.

realmente la regulación dada por el CC hasta ahora podría entenderse vigente tras la misma; duda que surge tras la observancia del artículo 12 de la Convención<sup>16</sup>.

En este panorama, hay que hacer mención a la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad que, en consonancia con lo apuntado, establece en su disposición final primera que “el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”<sup>17</sup>.

### **2.1.5. La Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

La razón de ser de esta ley se puede encontrar en dos extremos: en primer lugar, favorecer el acceso a bienes y servicios de las personas con discapacidad y, en segundo lugar, tal y como se indica a lo largo del propio texto legislativo, procurar que la información y el consentimiento en los actos en que intervengan personas con discapacidad se desarrollen en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el

---

<sup>16</sup> El artículo 12 viene a proclamar el igual reconocimiento como personas ante la Ley en cuanto a la capacidad jurídica de los individuos. En este sentido, los Estados partes deben proporcionar las salvaguardas necesarias para impedir cualquier tipo de abuso, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, especialmente de aquellas que presenten una discapacidad.

<sup>17</sup> Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. *Boletín Oficial del Estado*, 73, 26 de marzo de 2009.

principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad<sup>18</sup>.

Como ejemplo de este cambio, y adelantándonos al momento actual, podríamos poner la creación de formularios en relación con la guarda de hecho que sean estándar, pero que sean adaptados a diferentes personas que presenten un grado de discapacidad cognitiva diferente y a las necesidades concretas del caso.

## **2.2. Los cargos tuitivos de la persona antes de la reforma operada por 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.**

### **2.2.1. La tutela.**

Se puede definir la tutela como “aquella institución de guarda y protección que pretende ofrecer un mecanismo de protección a la persona y a los bienes frente a los riesgos ante los que pueden encontrarse los menores o incapaces en situación de desamparo, los menores que no estén bajo patria potestad o a ciertos incapacitados”<sup>19</sup>.

En lo concerniente a su régimen jurídico, el mismo aparecía reflejado en los artículos 222 y ss. CC y, en su aspecto procesal, en los artículos 756 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante).

El tutor se constituía como un representante legal, razón por la cual sustituía jurídicamente tanto al menor como al incapaz, quedando excluidos de esta representación aquellos actos que puedan realizar por sí mismos, tanto en virtud de disposición legal expresa o de la sentencia de incapacitación misma.

Para conocer en qué supuestos se establecía la tutela, había que distinguir entre aquellos casos en que se establecía judicialmente y aquellos en los que se establecía de manera legal.

---

<sup>18</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*, 184, 2 de agosto de 2011. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13241>

<sup>19</sup> Verdera Server, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil I. Valencia: Tirant Lo Blanch.*



En cuanto al establecimiento judicial, el punto de partida era el artículo 222 CC, que disponía que estarán sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; y los menores que se hallen en situación de desamparo.

En cuanto al segundo de los supuestos, es decir, cuando la tutela se establecía legalmente, habría observar lo dispuesto en los artículos 222 CC, 239 CC y 239 bis CC, de forma que la misma se establecía para los menores en situación de desamparo y para las personas con capacidad judicialmente modificada que se encuentren en situación de desamparo.

La constitución de la tutela requería de un procedimiento judicial, que podría iniciarse de oficio como a instancia de parte. El propio artículo 229 CC hacía una enumeración de personas obligadas a instar la constitución de esta institución, entre los que se mencionan los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado. Asimismo, se establece que, para cuando ignoren esta obligación, serán responsables solidarios de la indemnización por posibles daños y perjuicios que pudieran causar.

Se encontraba en el artículo 234 CC una enumeración de quién podría ser nombrado como tutor, enumeración que podía ser modificada por el juez en el sentido de poder nombrar a la persona más idónea aunque no se encontrara en dicha enumeración, tal como establecía el artículo 235 CC. Lo más relevante es que debe prevalecer siempre el criterio del beneficio del tutelado.

Para el nombramiento de tutor se prefería al designado por el propio tutelado; al cónyuge que conviva con el tutelado; a los padres; a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad; al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Como requisitos para ser nombrado tutor, se observa que podía serlo cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quien no se de la concurrencia de una causa de inhabilidad. Además, el CC admite la posibilidad de que

sea tutor una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines se encuentre la protección de menores e incapacitados.

La regla general era el nombramiento de un solo tutor, pero nada impedía que, en ciertos casos, se permitiera nombrar a más de uno, o incluso uno para los aspectos personales y otro para los aspectos patrimoniales. Además, se permitía nombrar como tutor, tal y como apuntaba el artículo 242 CC a una persona jurídica sin finalidad lucrativa y con fines orientados a la protección del menor o del incapaz.

El ejercicio de la tutela constituía un deber, tal y como señalaba el artículo 216.I CC, si bien es cierto que el tutor se podía excusar de sus funciones, como señalaba el artículo 251.I CC cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio de este cargo.

En virtud del artículo 269 CC, el tutor estaba obligado a velar por el tutelado y, en particular a procurarle alimentos; a educar al menor y a procurarle una formación integral; a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; a informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapactado y rendirle cuenta anual de su administración. Deberá el tutor ejercer estas funciones de conformidad con la personalidad de su pupilo, respetando su integridad física y psicológica, y cuando lo considere necesario, podrá requerir el auxilio de la autoridad, tal y como establece el artículo 268 CC.

Hay que señalar que la tutela se ejercería bajo la inspección del Ministerio Fiscal, pudiendo en cualquier momento exigir el mismo que se le informara sobre la situación del menor o incapacitado y del estado de la administración de la tutela. Por otra parte, el Juez podrá proceder a establecer medidas de control y vigilancia que considerara como oportunas siempre que las mismas beneficiaran al tutelado.

El tutor precisaba de autorización judicial para la realización de actos de especial trascendencia, tal y como apuntaba el artículo 271 CC, a saber: Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, 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; para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado; para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades; para hacer gastos extraordinarios en los bienes; para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado; para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

El tutor tenía derecho a una retribución por el desempeño de su cargo, si, tal y como afirmaba el artículo 274 CC, el patrimonio del tutelado lo permitía. El importe de la retribución y el modo de percepción eran fijados por el juez, teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes.

En lo que se refiere a la extinción de la tutela, a ella se referían los artículos 276 y 277 CC, distinguiendo diferentes supuestos: Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado; por la adopción del tutelado menor de edad; por fallecimiento de la persona sometida a tutela; por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad; cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere; al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

Al finalizar la tutela, el tutor debía rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial.

Es importante señalar que, en la actualidad, tras la reforma operada en virtud de la Ley 8/2021, la tutela sigue estando vigente ya no para el caso de los discapacitados, pero si para el de los menores, subsistiendo entonces con modificaciones adaptadas al momento legislativo actual.

### **2.2.2. La curatela.**

La curatela se define como una institución de asistencia y complemento de la capacidad de determinadas personas, no siendo por ello el curador un representante legal, sino un complemento a la capacidad de la persona<sup>20</sup>. Como apuntábamos con anterioridad en el caso de la tutela, esta figura sigue subsistiendo en nuestro ordenamiento, pero con modificaciones tras la reforma operada por la Ley 8/2021.

La institución quedaba regulada tanto en los artículos 286 y ss. CC así como en los artículos 756 y ss. LEC.

La frontera entre la tutela y la curatela puede resultar poco clara, por lo que lo más adecuado para entender la distinción entre ambas instituciones será recurrir a la jurisprudencia. En este sentido, se observa que la tutela está reservada para la incapacitación total, mientras que la curatela se concibe en unos términos más flexibles para supuestos de incapacitación parcial. Es la propia jurisprudencia la que se inclina, en base a la Convención de Nueva York, hacia la curatela, con el argumento de que en el CC no se adscribe expresamente la curatela a la asistencia en el plano patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal<sup>21</sup>.

La persona debía quedar sujeta a curatela en los casos que se establecen en los artículos 286 y 287 CC: Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; los declarados pródigos; las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

Como mencionamos con anterioridad, el régimen de la tutela era aplicable con carácter supletorio a la curatela, en especial en lo que se refería al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción del tutor. No obstante, hay que señalar algunas particularidades tales como que no podían ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados y como

---

<sup>20</sup> Verdura Server, R. (2019). *Lecciones de Derecho Civil I. Valencia: Tirant Lo Blanch.*

<sup>21</sup> Entre otras, STS 732/2018, STS de 1 de julio de 2014, STS de 20 de octubre de 2014, STS de 11 de octubre de 2011, STS de 30 de junio de 2014, STS de 13 de mayo de 2015, STS de 27 de noviembre de 2014.

que si la persona en concreto hubiere estado sometida a tutela, quien hubiera sido su tutor será preferido sobre cualquier otra persona para el desempeño del cargo de curador, siempre que el juez no disponga lo contrario.

El CC no regulaba de manera expresa en qué casos se extingue la curatela, pero debía entenderse que quedaba extinguida por la mayoría de edad del menor sujeto a curatela, por la adopción del menor sujeto a curatela, por la muerte del sujeto a curatela y por la modificación de la sentencia que declare la prodigalidad o la incapacitación.

### **2.2.3. El defensor judicial.**

Se puede definir al defensor judicial como aquella institución de protección de la persona que es designada judicialmente para encargarse transitoriamente de la defensa de los intereses de un menor o persona con capacidad judicialmente modificada<sup>22</sup> para el caso de que se dé un conflicto de intereses entre quienes deben proteger a estas personas, es decir, el tutor o el curador, y el menor o la persona con capacidad judicialmente modificada. En la actualidad, esta figura sigue subsistiendo para los menores, con las consiguientes modificaciones.

Los casos en que procedía el nombramiento de un defensor judicial se incluyan en los artículos 299, 299 bis, así como en los artículos 8 y 759 LEC.

El artículo 299 CC señalaba tres posibles supuestos para el nombramiento: cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; en todos los demás casos previstos en el Código.

Por su parte, el artículo 299 bis establecía como supuesto para el nombramiento cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumiendo en tal caso su representación y defensa el Ministerio Fiscal, pero si, además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Letrado de la Administración de

---

<sup>22</sup> Vázquez-Pastor Jiménez, L (2019). *Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Justicia podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Establecía el artículo 8 LEC que cuando la persona no se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, se le nombrará un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe aquella persona.

Por su parte, el artículo 758 LEC apuntaba que en los procedimientos de incapacitación y prodigalidad, si el Ministerio Fiscal hubiera promovido el procedimiento, se le designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

El nombramiento del defensor judicial se hacía mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, tanto de oficio como a petición del Ministerio Fiscal, del menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrándose como defensor a la persona que se considere idónea para el desarrollo del cargo.

Una vez se extinguía la situación que dio lugar a su nombramiento, el defensor judicial debería comunicarlo al Letrado de la Administración de Justicia.

Eran de aplicación a esta figura aquellas disposiciones relativas a la formación de inventario, excusa y remoción de los tutores y para la rendición de cuentas una vez finalizada la gestión.

#### **2.2.4. El guardador de hecho.**

A pesar de que el CC no ofrecía un concepto de esta institución, era fácil localizarlo en la jurisprudencia. Se establece así en la STS de 27 de octubre de 2014, que la guarda de hecho es “aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de una incapaz sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico”<sup>23</sup>. Sin embargo, en la actualidad se observa cómo ha cobrado gran relevancia esta figura y como se ha procedido a su regulación por ser una situación de hecho muy común en nuestra sociedad.

---

<sup>23</sup> Vázquez-Pastor Jiménez, L (2019). *Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Su régimen jurídico se localizaba en los ya derogados en los artículos 303, 304 y 306 CC.

El artículo 303 suponía que cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podría requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantuviera la situación de guarda de hecho y hasta que se constituyese la medida de protección adecuada, si procediera, se podían otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podría constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

Procedía la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podía promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

En cuanto al artículo 304, indicaba el mismo que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Y, por su parte, el artículo 306 indicaba que será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor<sup>24</sup>.

### **2.3. El procedimiento de incapacitación.**

El procedimiento de incapacitación se insertaba en la LEC en el Libro IV, Capítulo II, Título IV, bajo la rúbrica “Los procesos sobre la capacidad de las personas”, más

---

<sup>24</sup> Indicaba el artículo 220 CC que la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

concretamente en los artículos 756 a 763<sup>25</sup>, tratándose de un proceso especial, que se sustanciaba por los trámites del juicio verbal y caracterizado por la indisponibilidad de su objeto<sup>26</sup>.

En cuanto a la legitimación, la activa correspondía, tal como señalaba el artículo 757.1 LEC al presunto incapaz, al cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los ascendientes, los descendientes o los hermanos del presunto incapaz así como cualquier otra persona que crea conocer hechos que sean determinantes para la incapacitación, podrán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, legitimado también para promover la declaración de incapacitación.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 8/2021 se permitía la incapacitación de menores, estando legitimados para promoverla únicamente quienes ejercieran la patria potestad o la tutela.

En lo que se refiere a la postulación, al presunto incapaz se le permitía comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. En el caso de que no lo hiciera, el Ministerio Fiscal sería quien lo defendiera, siempre y cuando no hubiera sido el mismo el promotor del procedimiento, caso en el que, si no estuviera ya nombrado, se designaría un defensor judicial por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por lo que se refiere a las pruebas a practicar en el proceso, se imponían al Juez en el artículo 759 LEC, la práctica de tres medios de prueba, que eran oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar al incapaz por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Al valorar estas pruebas, el Juez contaba con una gran discrecionalidad, que debería verse justificada en la sentencia, exponiendo cómo había llegado a su convicción.

---

<sup>25</sup> Hay que apuntar que, además del proceso de incapacitación, se comprenden también en este punto legal otros tres procesos, a saber: proceso de declaración de prodigalidad; proceso para la reintegración de la capacidad y de modificación del alcance de la incapacitación; y la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno mental.

<sup>26</sup> La indisponibilidad del objeto procesal, en esta sede, supone que no surtían efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción y el desistimiento requiere de la conformidad del Ministerio Fiscal, conformidad que no vinculaba al tribunal, que debería decidir conforme a lo que resultare probado.



Además, se permitía que el Juez adoptara de oficio y en virtud del artículo 762 LEC medidas cautelares<sup>27</sup>.

La sentencia que se dictaba en el proceso determinaba la extensión y los límites de la incapacitación, el régimen de tutela o guarda y debía pronunciarse sobre la necesidad de internamiento<sup>28</sup>.

### **3. La incapacitación y la discapacidad antes de la reforma operada por 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.**

#### **3.1. Necesidad de la reforma.**

De la lectura del preámbulo de la Ley 8/2021<sup>29</sup> podemos inferir que lo que se desea es adaptar el ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Este tratado viene a proclamar la idea de que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones respecto de aquellas que no tienen discapacidad, por lo que se intenta asegurar el disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Por ello, se introducen novedades en lo relativo al tratamiento de la discapacidad, exigiendo a los Estados partes que en las medidas se aseguren unas garantías adecuadas y efectivas que impidan los abusos en materia de derechos humanos de conformidad con el Derecho internacional. En base a ello, se asegurará que todas las medidas que se adopten en relación al 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, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la

---

<sup>27</sup> Como ejemplos de estas medidas cautelares podemos mencionar el nombramiento de un administrador para los bienes, la intervención de cuentas corrientes, el nombramiento de un defensor o la anotación del procedimiento de incapacitación en el Registro Civil o en el Registro de la Propiedad.

<sup>28</sup> La medida de internamiento se daba en aquellos casos en que la persona sufriera un trastorno físico o psíquico. Se permitía el internamiento urgente.

<sup>29</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Ello se traduce especialmente en un cambio en el sistema legislativo que había estado vigente en el ordenamiento jurídico español hasta entonces, pues se pasa de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad a otro en el que el respeto tanto a la voluntad como a las preferencias de la persona es la base, siendo la misma la que se encargue de tomar sus propias decisiones.

### **3.2. Principales cambios introducidos por 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.**

La Ley 8/2021, ha supuesto el cambio de numerosas leyes en nuestro ordenamiento jurídico, a saber, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, el Código Penal y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Esta Ley, tal y como se infiere de la lectura de su preámbulo, “sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de la legislación civil y la procesal” y persigue el objetivo de asegurar que las medidas respeten aspectos tales como los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Además, se observa una modificación de la terminología jurídica, pues desaparecen términos tales como “incapaz e “incapacitado”, al eliminarse la incapacitación judicial, así como no recogerse el término “discapacitado”, al hablar la ley de “personas con discapacidad”. Asimismo, se da la desaparición de las instituciones tradicionales de protección, a saber, tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada y prodigalidad, siendo sustituidas por otras tales como la curatela, el defensor judicial o el guardador de hecho, por lo que, en este punto, parece conveniente hacer una aproximación a las mismas.

En este trabajo, nos centraremos en las reformas efectuadas en el ámbito del CC y en el ámbito procesal mediante el análisis de la propia Ley 8/2021.

### **3.2.1. Reforma del Código Civil.**

#### **3.2.1.1. La tutela.**

##### **a) Aplicación.**

Con la modificación del CC operada por la Ley 8/2021, la tutela se reserva ahora para los menores no emancipados en situación de desamparo y para los menores no emancipados sujetos a patria potestad<sup>30</sup>.

Se suprime la posibilidad de incapacitación de menores que permitía el antiguo artículo 201 CC<sup>31</sup>.

##### **b) Legitimación para promover la tutela, constitución y ejercicio de la tutela.**

Están obligados a promover la constitución de la tutela los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor. Además, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho que determine la tutela para que se inicie el expediente de jurisdicción voluntaria<sup>32</sup>.

La tutela será constituida por la autoridad judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria y será ejercida bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier interesado<sup>33</sup>. La propia autoridad judicial puede establecer en la resolución en la que se constituye la tutela o en otra posterior medidas de vigilancia y control que crea adecuadas y que beneficien al

---

<sup>30</sup> Artículo 199 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>31</sup> Como consecuencia de la supresión de la incapacitación de menores, desaparecen las referencias a la misma que se contenían en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>32</sup> Artículos 206 y 207 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>33</sup> Artículos 208 y 209 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

tutelado y podrá exigir del tutor informe sobre la situación del menor así como sobre el estado de la administración<sup>34</sup>.

La tutela se ejercerá por un solo tutor, pero existen excepciones al respecto. Se puede designar un tutor para los aspectos personales y otro para los aspectos patrimoniales cuando concurren circunstancias especiales de la persona o en su patrimonio, siendo que cada uno actuará independientemente en el ámbito de sus competencias pero las decisiones que incumban a ambos deberán ser tomadas conjuntamente. Tampoco será ejercida la tutela por un solo tutor si se designa a una persona tutor de los hijos de su hermano y se considera oportuno que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o persona ligada por análoga relación de afectividad. Tampoco cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor<sup>35</sup>.

Para el caso de que la tutela se ejerza por varios tutores y existiera incompatibilidad u oposición de intereses para un acto o contrato, podrá ser realizado por el otro tutor o, de ser varios, por los demás en forma conjunta<sup>36</sup>.

Si por alguna causa cesa alguno de los tutores, la tutela subsiste con los restantes siempre que al hacer el nombramiento no se hubiera dispuesto otra cosa expresamente<sup>37</sup>.

Son de aplicación a la tutela las normas de la curatela con carácter supletorio<sup>38</sup>.

El tutor actuará como representante del menor, salvo en los actos que pueda realizar el tutelado por sí mismo o para los que solamente precise de una asistencia<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Artículo 210 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>35</sup> Artículo 2188 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>36</sup> Artículo 220 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>37</sup> Artículo 221 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>38</sup> Artículo 224 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>39</sup> Artículo 225 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Los tutores deberán ejercer su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, siendo que podrán recabar el auxilio de la autoridad cuando sea necesario para el ejercicio de la misma<sup>40</sup>.

**c) Nombramiento del tutor, prohibiciones, causas y procedimiento de remoción y excusa de la tutela.**

La tutela será constituida por la autoridad judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria y será ejercida bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier interesado<sup>41</sup>. La propia autoridad judicial puede establecer en la resolución en la que se constituye la tutela o en otra posterior medidas de vigilancia y control que crea adecuadas y que beneficien al tutelado y podrá exigir del tutor informe sobre la situación del menor así como sobre el estado de la administración<sup>42</sup>.

La tutela se ejercerá por un solo tutor, pero existen excepciones al respecto. Se puede designar un tutor para los aspectos personales y otro para los aspectos patrimoniales cuando concurren circunstancias especiales de la persona o en su patrimonio, siendo que cada uno actuará independientemente en el ámbito de sus competencias pero las decisiones que incumban a ambos deberán ser tomadas conjuntamente. Tampoco será ejercida la tutela por un solo tutor si se designa a una persona tutor de los hijos de su hermano y se considera oportuno que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o persona ligada por análoga relación de afectividad. Tampoco cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor<sup>43</sup>.

Para el caso de que la tutela se ejerza por varios tutores y existiera incompatibilidad u

---

<sup>40</sup> Artículo 227 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>41</sup> Artículos 208 y 209 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>42</sup> Artículo 210 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>43</sup> Artículo 218 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

oposición de intereses para un acto o contrato, podrá ser realizado por el otro tutor o, de ser varios, por los demás en forma conjunta<sup>44</sup>.

Si por alguna causa cesa alguno de los tutores, la tutela subsiste con los restantes siempre que al hacer el nombramiento no se hubiera dispuesto otra cosa expresamente<sup>45</sup>.

Son de aplicación a la tutela las normas de la curatela con carácter supletorio<sup>46</sup>.

El tutor actuará como representante del menor, salvo en los actos que pueda realizar el tutelado por sí mismo o para los que solamente precise de una asistencia<sup>47</sup>.

Los tutores deberán ejercer su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, siendo que podrán recabar el auxilio de la autoridad cuando sea necesario para el ejercicio de la misma<sup>48</sup>.

Se establecen una serie de prohibiciones para ser tutor, a saber: Los que por resolución judicial estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección y los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior<sup>49</sup>. Además, no se podrá nombrar como tutor a las personas que siguen: a quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado; a quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela; al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal; a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona; y a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

---

<sup>44</sup> Artículo 220 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio,. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>45</sup> Artículo 221 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>46</sup> Artículo 224 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>47</sup> Artículo 225 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>48</sup> Artículo 227 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>49</sup> Artículo 216 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Por otra parte, se prohíbe al tutor recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión; representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela son los mismos que los que se establecen para el caso de la curatela. Se podrá decretar la remoción a solicitud de la persona menor si presenta la suficiente madurez, siendo tenida en cuenta su opinión y dándosele audiencia si fuera mayor de doce años. Una vez se declare, se nombrará un nuevo tutor<sup>50</sup>.

#### **d) Funciones, obligaciones, derechos y responsabilidad del tutor.**

Las funciones del tutor se regulan en el artículo 225 CC<sup>51</sup>, de forma que el tutor será el representante del menor menos para aquellos casos en que él pueda realizar por sí mismo ciertos actos o para aquellos en que únicamente necesite asistencia.

El tutor queda obligado a velar por el tutelado y, en particular a velar por el y a procurarle alimentos; a educar al menor y procurarle una formación integral; a promover su mejor inserción en la sociedad; a administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida; a informar la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración; y a oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten<sup>52</sup>.

Si el patrimonio del menor lo permite, el tutor tendrá derecho a una retribución y al reembolso de los gastos justificados. Corresponderá a la autoridad judicial fijar el importe y la forma de percepción, debiendo tener en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes, y siempre que los progenitores no hubieran establecido otra cosa al respecto. Asimismo podrá establecerse que el tutor haga suyos

---

<sup>50</sup> Artículo 223 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>51</sup> Artículo 225 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>52</sup> Artículo 228 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, si así se hubiera dispuesto por los progenitores<sup>53</sup>.

Si la persona designada como tutor sufriera daños y perjuicios y no mediara culpa por su parte, tendrá derecho a que se le indemnicen los mismos con cargo a los bienes del tutelado, siempre que no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento<sup>54</sup>.

El tutor deberá responder de los daños que pudiera haber causado al menor por su culpa o negligencia, prescribiendo la acción para reclamar esta responsabilidad a los tres años desde la rendición final de cuentas<sup>55</sup>.

#### **e) Extinción de la tutela y rendición final de cuentas.**

Encontramos las siguientes causas de extinción de la tutela: Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor; por la adopción del menor; por muerte o declaración de fallecimiento del menor; y cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercitarla de hecho<sup>56</sup>.

En lo que se refiere a la rendición final de cuentas, al cesar en sus funciones, el tutor deberá rendir la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses ante la autoridad judicial, que serán prorrogables por el tiempo que fuera necesario si concurre causa justificada<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Artículo 229 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>54</sup> Artículo 230 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>55</sup> Artículo 234 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>56</sup> Artículo 231 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>57</sup> Artículo 232 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>



### **3.2.1.2. Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.**

#### **a) Disposiciones generales, medidas voluntarias de apoyo, forma de adopción, poderes y mandatos preventivos.**

Las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el pleno desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad, así como su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela en sus derechos fundamentales. Para el caso de que, pese a haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo podrán contener funciones representativas, para lo que se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado en caso de no requerir esa representación. Además, la autoridad judicial podrá adoptar las medidas oportunas para asegurar que el ejercicio de estas medidas de apoyo se ajuste a los criterios apuntados<sup>58</sup>.

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica serán, además de aquellas de naturaleza voluntaria, es decir, las establecidas por la persona con discapacidad en las que designe quien deberá prestarle el apoyo y en qué medida, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial<sup>59</sup>.

En caso de que sea previsible razonablemente que en los dos años anteriores a la mayoría de edad, un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda precisar de apoyo para ejercer su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar a petición del propio menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal la adopción de una medida de apoyo para el momento en que finalice la minoría de edad. Hay que señalar que estas medidas sólo serán adoptadas en el caso de que el mayor de dieciséis años no haya hecho sus propias previsiones, y que en otro caso, el menor participará en el

---

<sup>58</sup> Artículo 249 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>59</sup> Artículo 250 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

proceso, debiendo atenderse entonces a sus deseos y preferencias<sup>60</sup>. Se faculta tanto a mayores de edad como a menores emancipados prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o a sus bienes en previsión de que pueda darse alguna circunstancia que probablemente le dificulte el ejercicio de su capacidad jurídica, así como el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que deban prestarle apoyo y la forma de ejercicio del mismo<sup>61</sup>.

El poderdante podrá otorgar poder para el supuesto de que en el futuro precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad, siendo que se estará a las previsiones del poderdante para acreditar que efectivamente se ha producido la situación de necesidad de apoyo. Como garantía del cumplimiento de dichas previsiones, se podrá otorgar si fuera necesario acta notarial que incorpore el juicio del notario así como un informe pericial en el mismo sentido<sup>62</sup>.

Los poderes mantendrán su vigencia aun cuando se constituyan otras medidas de apoyo en favor del poderdante, ya sean voluntarias o judiciales. El poderdante puede establecer las facultades que otorgue así como las medidas u órganos de control; condiciones e instrucciones para el ejercicio de dichas facultades; salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida; y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, todo ello en aras a garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias<sup>63</sup>.

Los poderes deben ser otorgados en escritura pública y el Notario autorizante deberá comunicarlos de oficio al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Artículo 254 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>61</sup> Artículo 255 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>62</sup> Artículo 256 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>63</sup> Artículo 258 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>64</sup> Artículo 260 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

**b) La guarda de hecho: Ámbito, derechos del guardador de hecho, extinción de la guarda de hecho.**

La guarda de hecho se define como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se están aplicando eficazmente<sup>65</sup>.

El guardador de hecho que haya venido ejerciendo de manera adecuada la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuara en ejerciendo esta función incluso si existen medidas de apoyo voluntarias o judiciales siempre que estas no se están aplicando efectivamente<sup>66</sup>.

Si excepcionalmente se requiere de una actuación representativa por el guardador de hecho, deberá obtener una autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. En todo caso, deberá recabar autorización judicial para prestar consentimiento en los actos que se enumeran en el artículo 287 CC. No se precisará de autorización judicial para el caso de que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de escasa relevancia económica y carezcan de significado personal o familiar. Asimismo se podrá acordar el nombramiento de defensor judicial para asuntos cuya naturaleza lo haga recomendable<sup>67</sup>.

Se podrá requerir al guardador de hecho en cualquier momento a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, que informe de su actuación<sup>68</sup>.

El guardador de hecho tendrá derecho al reembolso de aquellos gastos justificados así como a la indemnización por los daños y que se deriven de la guarda, que serán a cargo de los bienes de la persona a la que presta su apoyo<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Artículo 250 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>66</sup> Artículo 263 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>67</sup> Artículo 264 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>68</sup> Artículo 265 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

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

**c) La curatela: Ámbito, nombramiento del curador, ejercicio de la curatela, derechos del curador, remoción y excusa del curador, extinción de la curatela.**

La curatela es una medida de apoyo judicial, por lo que deberá ser proporcionada a las necesidades de la persona que las precisa, respetar siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Al ser la curatela una medida judicial de apoyo, deberá ser revisada periódicamente en un plazo máximo de tres años, sin perjuicio de que la autoridad judicial excepcional y motivadamente pueda establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. A pesar de lo apuntado, las medidas de apoyo judiciales se revisarán siempre que se produzca algún cambio en la situación de la persona que pueda hacer necesario una modificación de las medidas<sup>70</sup>.

La curatela se constituirá por la autoridad judicial mediante resolución motivada en el caso de que no se de la existencia de una medida de apoyo que no resulte suficiente para la persona con discapacidad, determinando los actos concretos para los que será preciso la asistencia del curador. En lo que se refiere a la posibilidad de que el curador asuma la representación, será en casos excepcionales, en los que se determinará mediante una

---

<sup>69</sup> Artículo 266 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>70</sup> Artículo 268 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

resolución motivada aquellos actos concretos en los que deberá asumirla, no pudiendo, en ningún caso, suponer dicha resolución judicial una privación de derechos<sup>71</sup>.

Se establecerán en la resolución aquellas medidas de control orientadas a garantizar el respeto de los derechos y la voluntad de la persona que precise de apoyo, además de aquellas que pretendan evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida. Se podrá exigir al curador que informe de la situación tanto personal como patrimonial del discapacitado al que presta su apoyo, facultad que, además de la autoridad judicial, ostenta el Ministerio Fiscal<sup>72</sup>.

Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función, así como las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, tanto públicas como privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. Por su parte, no podrán ser curadores quienes a continuación se detalla: Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo; 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; quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Además, se establece que no se podrá nombrar por la autoridad como curador, salvo que concurren circunstancias excepcionales que aparezcan debidamente motivadas a quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela, a quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo, al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal, ni a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Artículo 269 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>72</sup> Artículo 270 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>73</sup> Artículo 275 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

Además, se establece un orden de preferencia para nombrar al curador, debiendo atender la autoridad judicial a la voluntad de la persona que necesite de apoyo, siendo que sólo en defecto de esa propuesta, se procederá al nombramiento por el siguiente orden: al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo; al hijo o descendiente, de forma que si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo; al progenitor o, en su defecto, ascendiente, para el caso de que fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo; a la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público; a quien estuviera actuando como guardador de hecho; al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela; a una persona jurídica sin ánimo de lucro, ya sea pública o privada, entre cuyos fines se encuentre la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. Este orden podrá verse alterado una vez se oiga a la persona que necesite apoyo, siendo que, si no resulta clara su voluntad, la autoridad judicial podrá nombrar a la persona que se estime más idónea para comprender e interpretar su voluntad<sup>74</sup>.

Se prevé la posibilidad de nombrar más de un curador, si la voluntad y las necesidades que presente la persona necesitada de apoyo lo justifican. Se podrá dedicar uno al cuidado de la persona y otro al cuidado y administración de los bienes de la misma. En caso de que se de esta pluralidad, la autoridad judicial establecerá como será el funcionamiento de la curatela, siempre con el máximo respeto a la voluntad manifestada por la persona que necesita apoyo<sup>75</sup>.

El curador tomará posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia y, una vez en el ejercicio de la curatela estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que prestará su apoyo; asistencia a la misma, siempre con respeto a su voluntad y preferencias; deberá procurar que desarrolle su propio proceso de toma de

---

<sup>74</sup> Artículo 276 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>75</sup> Artículo 277 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

decisiones; y procurar fomentar sus aptitudes en vista a que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro<sup>76</sup>.

El curador tiene derecho a ser retribuido por sus funciones siempre y cuando el patrimonio de la persona a la que presta su apoyo lo permita, además de derecho a ser reembolsado en los gastos justificados y a la indemnización de los posibles daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de sus funciones<sup>77</sup>.

Serán removidos de su cargo los tutores que incurran en una causa legal de inhabilidad o incumplan sus deberes o presenten un desempeño incorrecto, notoria ineptitud o conflicto de convivencia con la persona a la que presta su apoyo. Esta remoción será decretada mediante expediente de jurisdicción voluntaria<sup>78</sup>.

Será excusable el cargo de curador cuando resulte extremadamente gravoso o entrañe una dificultad grave para la persona que hubiere sido nombrada para el cargo, en el caso de personas físicas; y en el caso de las personas jurídicas, se podrán excusar cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio no sean acordes a sus fines estatutarios. No será, sin embargo, predicable causa de excusa cuando la curatela sea encomendada a una entidad pública<sup>79</sup>.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, además de por resolución judicial cuando ya no sea necesaria la medida o cuando se adopte otra más adecuada para la persona sometida a curatela<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Artículo 282 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>77</sup> Artículo 281 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>78</sup> Artículo 278 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>79</sup> Artículo 279 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>80</sup> Artículo 291 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

#### **d) La autotutela.**

La autotutela supone que cualquier persona, en previsión de una posible situación de discapacidad, pueda proceder a excluir a determinadas personas para que ejerzan como su curador, exclusión que se hará mediante escritura pública. También se establece la posibilidad de que la persona disponga el funcionamiento y el contenido de la tutela, especialmente en lo relativo a su cuidado, las reglas de administración y disposición de sus bienes, la retribución del curador, la obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, además de poder proponer las personas que deban llevarlas a cabo<sup>81</sup>. Estas propuestas que puede hacer la persona con discapacidad serán vinculantes para la autoridad judicial a la hora de constituir la tutela, si bien es cierto que la misma podrá prescindir de ellas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a la tutela o del Ministerio Fiscal si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las establece o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, siempre mediante resolución motivada<sup>82</sup>.

#### **e) El defensor judicial: Casos en que procede el nombramiento de defensor judicial, causas de inhabilidad, excusa y remoción.**

El nombramiento de defensor judicial procederá en los casos que siguen: Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo; cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 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; cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional,

---

<sup>81</sup> Artículo 271 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>82</sup> Artículo 272 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>



aunque sea recurrente. Para el nombramiento se deberá oír a la persona con discapacidad<sup>83</sup>.

Son de aplicación al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador<sup>84</sup>.

### **3.2.2. Reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.**

En el ámbito procesal, se opta por la jurisdicción voluntaria de manera preferente al ámbito contencioso. Esta cuestión se regula ahora en el Capítulo II bis, bajo la rúbrica “Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad” de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

#### **a) Ajustes para personas con discapacidad.**

En aquellos procesos en que participen personas con discapacidad deberán ser adaptados y ajustados para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Las personas con discapacidad tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo y, para ello, se tomarán toda una serie de medidas, entre las que podemos poner como ejemplo la señalada en el artículo 7 bis 2, a) y que sería que todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

#### **b) Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación.**

Estas cuestiones quedan reguladas en el artículo 42 bis a).

Serán de aplicación los trámites previstos en el capítulo en que se inserta el artículo cuando sea procedente la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con

---

<sup>83</sup> Artículo 295 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

<sup>84</sup> Artículo 297 del CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

discapacidad. La competencia corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Por lo que se refiere a la legitimación, el expediente podrá ser promovido por Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad, su cónyuge no separado legalmente o de hecho o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos, sin olvidar que cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Respecto de la postulación, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación y si no fuera previsible que realice por sí misma esta designación, se podrá pedir que se designe un defensor judicial, que actuará por Abogado y Procurador.

### **c) Procedimiento.**

El procedimiento se regula en el artículo 42 bis b). Comenzará por solicitud a la que deberá acompañarse dictamen pericial de profesionales especializados en el ámbito socio-sanitario, que haga aconsejable la adopción de las medidas de apoyo, además de poder proponerse todas aquellas pruebas que se estimen necesarias para que se practiquen en la comparecencia.

Esta solicitud será examinada por el Letrado de la Administración de Justicia, que podrá admitirla y convocar a una comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos, pudiendo los interesados proponer en un plazo de cinco días las diligencias de prueba que estimen necesarias practicar en la comparecencia. Además, se recabará certificación del Registro Civil u otros Registros públicos sobre las medidas de apoyo inscritas si ello se considera pertinente. Antes de esta comparecencia, la autoridad judicial podrá recabar informes de la entidad pública que tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente acreditada como colaboradora de la Administración de justicia, debiendo la entidad informar sobre las posibles alternativas de apoyo y las posibilidades de prestarlo sin adopción de medida de apoyo.

Ya en el desarrollo de la comparecencia, se efectuará una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, que será informada de todas aquellas alternativas referidas a la obtención del apoyo preciso. Se practicarán las pruebas que hubieran sido propuestas y admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas comparecidas y que deseen ser oídas.

Se plantean ahora dos posibilidades: la primera, que la persona necesitada de apoyo consienta la adopción de una determinada medida; la segunda, que la persona con discapacidad manifieste su oposición. En el primero de los casos, se pondrá fin al expediente, mientras que en el segundo, dicha oposición supondrá el fin al expediente, sin perjuicio de que se pueda adoptar con carácter provisional medidas de apoyo tanto de la persona como de su patrimonio, que podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre y cuando con anterioridad no se haya presentado demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

#### **d) Auto y posterior revisión de las medidas judiciales acordadas.**

El artículo 42 bis c) se refiere al auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas. Se observa que las medidas que se adopten serán objeto de revisión periódica, en la forma y plazo en que se disponga en el auto que las hubiere acordado, pero también podrá solicitarse la revisión antes del transcurso del plazo fijado en el auto.

Para proceder a la revisión de las medidas, se recabará informe pericial e informe de la entidad pública que tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente acreditada como colaboradora de la Administración de Justicia. Una vez obtenido el resultado de estas actuaciones, se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, para que aleguen lo que consideren oportuno en el plazo de diez días y aportar aquella prueba que estimen oportuna. En el caso de que alguno formule oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo prevenido por la LEC.

Una vez practicada la prueba y recibidas las alegaciones, se dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias que se presenten.

De la lectura del apartado uno, se observa que la legitimación para iniciar estos expedientes corresponderá al Ministerio Fiscal así como a cualquier persona legalmente indicada para promover la tutela o curatela. Respecto al contenido de la solicitud, en la misma deberá incluirse el hecho que de lugar a una u otra, los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente y una indicación de los parientes más próximos de la persona sobre la que deba constituirse curatela y sus domicilios, certificado de nacimiento de la persona con discapacidad y, en su caso, certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por los mismos en los que se disponga sobre la tutela o la curatela, o el documento público notarial otorgado por la persona con discapacidad en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia curatela u otras medidas de apoyo voluntarias.

Respecto al párrafo segundo del apartado 2, indica el mismo que todas las medidas que se adopten, se harán teniendo en cuenta tanto el interés del menor como la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Se establece asimismo, la posibilidad de adopción de medidas de vigilancia y control por el Juez así como la exigencia de que el tutor o curador informe sobre la situación de la persona con discapacidad o el menor y el estado de administración de sus bienes. Además, se establece la facultad de exigir fianza al tutor o al curador para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

#### **e) Tramitación.**

Sera el Letrado de la Administración de Justicia quien admitirá a trámite la solicitud y citará de comparecencia ante la autoridad judicial al Ministerio Fiscal, a las distintas personas que exija la Ley, según los distintos casos, a la persona con discapacidad y al menor si tiene suficiente madurez y, siempre cuando sea mayor de doce años. Si se considera procedente el dictamen pericial deberá emitirse antes de la comparecencia, y se citará al perito ante la misma para responder a las cuestiones que se le formulen.

### **3.3. Las nuevas medidas de apoyo a las personas con discapacidad.**

Las nuevas medidas de apoyo, tal como se infiere de la lectura del preámbulo de la Ley 8/2021 comprenden “todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas<sup>85</sup> por la persona con discapacidad”.

Se establecen dos tipos de medidas de apoyo: de un lado, las medidas voluntarias y, de otro, las medidas judiciales, siendo que de entre ellas tendrán preferencia las voluntarias.

Es el propio CC quien ofrece una descripción del concepto de las medidas voluntarias de apoyo en el artículo 250, indicando que serán aquellas establecidas por la persona con discapacidad, en las que se designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

El artículo 250.5 define la curatela como una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. El ordinal sexto del mismo precepto indica que el nombramiento del defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Por último, el artículo 250.4 indica que la guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

---

<sup>85</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

## **4. Aplicación práctica del marco teórico.**

### **4.1. Introducción.**

Una vez estudiado el marco teórico, proponemos la aplicación práctica del mismo a través de varias cuestiones, contando para ello con el apoyo de la Fundación Tutelar Sonsoles Soriano.

Se plantea la necesidad, en relación con el guardador de hecho, de crear unos formularios en los cuales se pudieran instrumentalizar el día a día, tanto del propio guardador como de la persona guardada. En principio, al ser esta figura una situación informal y de hecho, no debería darse esta necesidad, pero lo cierto es que de la realidad práctica se desprende que podría ser conveniente especialmente en ciertos aspectos.

Lo que persigue la guarda de hecho es que para la realización de actos jurídicos complejos de la persona necesitada del apoyo de un tercero, el guardador solicite una autorización judicial, pero en el resto de apoyos que se puedan precisar para el desarrollo de la vida cotidiana, como podrían ser aquellas relativas al ámbito de la salud o a la contratación de algún servicio, entre otros, las personas que se encuentren a su cargo no se vean obligadas a acudir a un procedimiento judicial. En este sentido, para resolver ese problema de la falta de formalización de la guarda y generar cierta seguridad jurídica, se ha propuesto por algunos operadores jurídicos la creación de un acta notarial que de fe de la guarda.

Al basar este trabajo en la creación de un esa acta notarial que dé fe de la guarda de hecho, creemos conveniente hacer una aproximación a su concepto. Dispone el artículo 198.1 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado, que los Notarios, previa instancia de parte, en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que precisen o les conste, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

En cuanto a la tipología de las actas, hemos de apuntar que es diversa, pero en este caso, consideramos que la más adecuada sería un acta de notoriedad, es decir, aquellas que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre las cuales puedan

ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica, tal y como apunta el artículo 209 del citado Decreto.

#### **4.2. Acta notarial que de fe de la guarda de hecho.**

En un primer momento, consideramos adecuado el empleo de actas de notoriedad, pero para cerciorarnos de que la teoría expuesta en este Trabajo de Fin de Grado se corresponde con la práctica notarial, concertamos una reunión con la notaria Aránzazu Aznar Ondoño, que se encuentra al servicio de la Fundación Tutelar Sonsoles Soriano, la cual nos confirma el acierto de seguir esta línea.

Se pueden plantear varios escenarios posibles, que serían: Escenario a): Que comparecieran el guardador y el guardado, pudiendo este último comprender efectivamente la necesidad y el alcance de la guarda de hecho; escenario b): Compareciendo guardador y guardado, este último presenta una discapacidad que realmente le impidiera comprender la necesidad de acreditación de la guarda de hecho, entre otras cuestiones; escenario c): Si el guardado tiene capacidad suficiente, lo ideal sería recurrir al ámbito de los poderes y mandatos preventivos o a la escritura de autocuratela.

Para el caso del escenario a), podría ser suficiente con que ante la notaría acudieran el guardador, el guardado y dos personas que actúen como testigos de que efectivamente esa determinada persona ejerce la guarda de hecho de la persona que lo precisa. Con el fin de acreditar de una forma más certera esta situación, se podría aportar pruebas tales como la presentación de facturas por la compra de productos que el guardado precise a cuenta del guardador o el padrón en el que figure que efectivamente ambos residen en el mismo domicilio para el caso, por ejemplo, de que la guarda sea atribuida a la pareja o a alguno de los hijos, entre otros. En el caso del escenario b), además de los extremos señalados en el escenario a), consideramos que podría ser conveniente la aportación de otras pruebas, como sería algún certificado médico, psicológico o psiquiátrico que acredite que, efectivamente, el grado de discapacidad de la persona necesitada de la guarda de hecho, le impide comprender algunas cuestiones, como podría ser la necesidad de la constitución de la propia guarda, o los pasos a seguir para realizar actos jurídicos algo más complejos. Por otra parte, si se ha hecho seguimiento por los

servicios sociales, podría ser conveniente que se aportara algún informe elaborado por trabajadores sociales que recoja esos extremos.

## **5. Conclusiones.**

Primera. Tras el estudio del tema y la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado, se ha observado que con anterioridad a la reforma del ordenamiento jurídico operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio se daba una situación en que el hecho de que una determinada persona sufriera una discapacidad y se optara por incapacitarla suponía una limitación total a su autonomía y a su proceso de toma de decisiones en la esfera más personal de su vida.

Segunda. Tras la reforma, se observa que las personas con discapacidad gozan de un respeto total a su autonomía, deseos y preferencias en ese proceso de toma de decisiones que pueden afectar a la esfera personal.

Tercera. Tras plantearnos qué incidencia práctica podría tener la reforma, se llega a la conclusión de que podría ser conveniente crear unos formularios que estuvieran a disposición de las notarías para todo lo relativo a la constitución de la guarda de hecho, de forma que se agilice el proceso. Para ello, se han planteado diversos escenarios, teniendo en cuenta el grado de discapacidad del guardado, especialmente en lo que a medios probatorios en sede notarial se refiere.

Cuarta. Con la creación de los formularios que den fe de la guarda de hecho se persigue otorgar seguridad en el tráfico jurídico a una figura que se caracteriza por su informalidad, como sería la guarda de hecho, respetando siempre esa informalidad de la que parte la figura



## 6. Anexos.

Ejemplo del escenario a)

Número x.

Acta de notoriedad.

En Santa Cruz de Tenerife, mi residencia, a diecinueve de julio de 2022.

Ante mi (*nombre del Notario*), Notario del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias, comparecen *la persona en cuyo favor se constituye la guarda de hecho, el guardador de hecho y un testigo.*

Interviene en su propio nombre y derecho, siendo identificado por su documento de identidad..

Hago constar:

1. Que “*las personas interesadas*” acuden ante mí para la declaración de la guarda de hecho a efectos de realizar el negocio jurídico que sigue: *aquí describir el negocio jurídico en cuestión.*
2. Que a causa de una discapacidad se ha constituido una guarda de hecho en favor de D/Dña. xxx
3. Que se han comparecido D/Dña. xxx (*testigo 1*) y D/Dña. xxx (*testigo 2*) en calidad de testigos para corroborar que efectivamente D/Dña. xxx es guardador de hecho de D/Da xxx

Pruebas:

1. Comparecen *la persona en cuyo favor se constituye la guarda de hecho, el guardador de hecho y dos testigos.*
2. Declaran que efectivamente guardador y guardado se encuentran conformes con la constitución de la guarda de hecho y que comprenden la causa y las

consecuencias de la misma.

3. Se entrevista a la persona en cuyo favor se constituye la guarda de hecho para comprobar que efectivamente comprende el negocio jurídico que se va a realizar.
4. Se entrevista a los testigos para corroborar que efectivamente D/Dña. xxx es guardador de hecho de D/Dña xxx
5. *Ejemplos de otras pruebas a aportar:* Padrón municipal para acreditar que guardador y guardado residen en el mismo domicilio o facturas que acrediten la compra de productos que el guardado necesite y que hayan sido adquiridos por el guardador, entre otros.

En consecuencia, aceptado el requerimiento, practicadas las pruebas, juzgo notorio que:

De conformidad con los artículos xxx del CC, xxx es guardador de hecho de xxx.

xxx (persona en cuyo favor se constituye la guarda) entiende las causas y las posibles consecuencias del acto jurídico que va a realizarse.

Ambos consienten en que efectivamente el negocio jurídico se lleve a cabo.

Dejo anotado el otorgamiento de la presente acta en la de requerimiento de la que trae causa.

Y sin nada más que hacer constar, expido la presente en folio de papel timbrado de uso exclusivamente notarial, serie xxx, números xxx y el anterior en orden correlativo de numeración, yo, el Notario, Doy fe.

ARANCEL NOTARIAL. DERECHOS DEVENGADOS. Arancel aplicable, números:

1.c)

Ejemplos del escenario b)

Número x.

Acta de notoriedad.

En Santa Cruz de Tenerife, mi residencia, a diecinueve de julio de 2022.

Ante mi (*nombre del Notario*), Notario del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Canarias, comparecen *la persona en cuyo favor se constituye la guarda de hecho, el guardador de hecho y dos testigos.*

Interviene en su propio nombre y derecho, siendo identificado por su documento de identidad.

Hago constar:

4. Que *“las personas interesadas”* acuden ante mí para la declaración de la guarda de hecho a efectos de realizar el negocio jurídico que sigue: *aquí describir el negocio jurídico en cuestión.*

5. Que a causa de una discapacidad se ha constituido una guarda de hecho en favor de D/Dña. xxx

6. Que la discapacidad que padece le impide comprender negocios jurídicos complejos

7. Que se han comparecido D/Dña. xxx (*testigo 1*) y D/Dña. xxx (*testigo 2*) en calidad de testigos para corroborar que efectivamente D/Dña. xxx es guardador de hecho de D/Da xxx

8. Que se han aportado las pruebas que se detallan en el apartado que sigue.

Pruebas:

6. Comparecen *la persona en cuyo favor se constituye la guarda de hecho, el*

*guardador de hecho y dos testigos.*

7. Declara el guardador que efectivamente se encuentra conforme con la constitución de la guarda de hecho y que comprende la causa y las consecuencias de la misma.

8. Se entrevista a los testigos para corroborar que efectivamente D/Dña. xxx es guardador de hecho de D/Dña. xxx

9. Se aporta informe médico sobre la discapacidad de D/Dña. xxx en el que se detalla que debido al tipo/grado de discapacidad no comprende ciertos actos jurídicos complejos.

10. *(En caso de que se cuente con ello)* Se aporta informe de los servicios sociales en el que consta que D/Dña. xxx, sujeto a guarda de hecho, presenta una dificultad *(aquí hacer una descripción de esa dificultad)* para el proceso de toma de decisiones complejas.

11. *Ejemplos de otras pruebas a aportar:* Padrón municipal para acreditar que guardador y guardado residen en el mismo domicilio o facturas que acrediten la compra de productos que el guardado necesite y que hayan sido adquiridos por el guardador, entre otros.

En consecuencia, aceptado el requerimiento, practicadas las pruebas, juzgo notorio que:

De conformidad con los artículos xxx del CC, xxx es guardador de hecho de xxx.

Dejo anotado el otorgamiento de la presente acta en la de requerimiento de la que trae causa.

Y sin nada más que hacer constar, expido la presente en folio de papel timbrado de uso exclusivamente notarial, serie xxx, números xxx y el anterior en orden correlativo de numeración, yo, el Notario, Doy fe.

ARANCEL NOTARIAL. DERECHOS DEVENGADOS. Arancel aplicable, números:

1.c)

Algunas precisiones a tener en cuenta sobre conceptos contenidos en el acta: En cuanto a los aranceles aplicables, encontramos que es el número 1, relativo a los documentos sin cuantía, por lo que hay que definir qué es y en este sentido, se define como aquel documento notarial que en el que bien no se determina o no es posible determinar una cantidad objeto de valoración o, aun siendo posible, no es el objeto inmediato del acto que se contiene en el documento notarial.

## **7. Referencia bibliográfica.**

### **Bibliografía**

Aldaz, C. M. (2018). *Curso de Derecho Civil (I), Volumen I. Derecho Privado y Derechos subjetivos*. Madrid: Edisofer.

Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez. (2001). Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad.

Díez, I. P. (Marzo de 2008). <https://journals.openedition.org/nuevomundo/23013>. Recuperado el 2002, de La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico.

Fuente, M. L. (2020). *Tratado de Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez, L. V.-P. (2019). *Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lasarte, C. (2018). *Parte general y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid: Marcial Pons.

Lucán, M. Á. (2018). *Curso de Derecho Civil (I), volumen II, Derecho de la persona*. Madrid: Edisofer.

Prevent, F. (2010). [madrid.org/bvirtual/BVCM010763.PDF](http://madrid.org/bvirtual/BVCM010763.PDF). Recuperado el Marzo de 2022

Salvador Alboroch Domínguez y Manuel Ángel Rueda Pérez. (2011). *Derecho Notarial*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Server, R. V. (2019). *Lecciones de Derecho Civil I*. Valencia: Tirant lo Blanch.

### **Jurisprudencia consultada.**

STS 732/2018, STS de 1 de julio de 2014.

STS de 20 de octubre de 2014, STS de 11 de octubre de 2011.

STS de 30 de junio de 2014, STS de 13 de mayo de 2015.

STS de 27 de noviembre de 2014.

STS de 27 de octubre de 2014.

### **Legislación consultada.**

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. *Boletín Oficial del Estado*, 256, de 26 de octubre de 1983.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>

Ley 41/2003 de protección de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*, 277, de 19 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21053>

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, 96, de 21 de abril de 2008.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos. *Boletín Oficial del Estado*, 73, de 26 de marzo de 2009.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-5028>

Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*, 184, de 2 de agosto de 2011. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13241>

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. *Boletín Oficial del Estado*, 132, 3 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>