

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela:
los artículos 223 y 234 del Código Civil

*Jurisprudential analysis of the legal system of the autotutelage:
the articles 223 and 234 of the Civil Code*

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ*

Doctora en Derecho por Universidade da Coruña

RESUMEN: La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, junto a la regulación del patrimonio protegido, ha modificado en varios aspectos la legislación vigente, con el fin de atender mejor las necesidades vitales —y no solo las económicas— de las personas con discapacidad. Entre estas modificaciones ocupa un lugar destacado la autotutela, la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de unas mínimas reformas al Código Civil, en concreto, en los artículos 223 y 234. En este lugar, me voy a ocupar de los límites legales de esta figura, atendiendo especialmente a la aportación de la jurisprudencia.

ABSTRACT: *The Law 41/2003, of the November 18th of Patrimony Protection of the Personas with disability and amendment of the Civil Code, the Law of Civil Procedure and the Tributary Regulation with this purpose, along with the regulation of the protected patrimony, it has modified in several aspects the current legislation, in order to attend the vital needs —not only the economic ones— of the persons with disability. Between these modifications there occupies an out-standing place the autotutelage, which has been introduced into the legal system through a few minimal reforms to the Civil Code, in particular, in the articles 223 and 234. In this place, I am going to deal with the legal limits of this figure, attending especially to the contribution of the Jurisprudence.*

* Profesora colaboradora en el Grado de ADE, Unir.

PALABRAS CLAVES: Autotutela. Autonomía de la voluntad. Jurisprudencia. Capacidad de obrar suficiente. Incapacidad. Enfermedades degenerativas. Documento público notarial

KEY WORDS: *Autotutelage. Autonomy of the will. Jurisprudence. Capacity to act. Incapability. Degenerative illnesses. Notarial public document*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULOS 223 Y 234.—III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA AUTOTUTELA.—IV. ELEMENTOS FORMALES DE LA AUTOTUTELA.—V. CONSIDERACIONES FINALES.—VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO: LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad¹ (en adelante LPPPD), tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Es sabido —y así lo dice la Exposición de Motivos de la Ley— que uno de los aspectos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad, es la existencia de medios económicos a su disposición, en proporción suficiente para atender a las necesidades vitales de los mismos. En paralelo a los medios proporcionados por los poderes públicos —de manera directa, a través de servicios públicos, o indirectamente a través de beneficios fiscales o subvenciones específicas— resulta que son el propio discapacitado y su familia los que atienden económicamente a la satisfacción de las necesidades vitales. A esta parte de los recursos atiende la ley.

Entre los recursos patrimoniales que prevé este texto normativo ocupa un importante lugar —desde ya por el mayor número de artículos dedicados a su regulación, pero también por su tipificación en el ordenamiento jurídico²— el régimen del patrimonio protegido, que la doctrina ha descrito como su novedad estrella³. No obstante, el legislador también ha querido introducir una serie de modificaciones a la legislación vigente, siempre con el fin de que se pueda prever económicamente —aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos⁴— a la atención de las necesidades vitales de la persona con discapacidad. En este marco, casi a manera de cóctel por su variedad y concurrencia genética en una misma ley, se han modificado artículos del Código Civil, así como también normas de carácter procesal y tributario. Entre estas reformas al Código Civil ocupa también un lugar destacado la autotutela, la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de unos escuetos retoques al citado código⁵. En este lugar, me voy a ocupar de los límites legales de esta figura, atendiendo especialmente a la aportación de la jurisprudencia.

II. LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULOS 223 Y 234

El régimen jurídico de la autotutela que ha diseñado la LPPPD se subsume, básicamente, en dos artículos del Código Civil. Por una parte, en el artículo 223, y por otra en el artículo 234. El artículo 223 ha visto ampliado su contenido a tres nuevos párrafos, y resulta que, junto a la posibilidad de que los padres nombren tutor u ordenen cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menos o incapacitados (primer párrafo), se viene a autorizar a que:

«cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor» (segundo párrafo).

Explica el legislador en la Exposición de Motivos, que tal regulación «puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas»⁶ y que «si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado». En el mismo sentido apunta la Audiencia de Navarra: «la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectual, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos»⁷.

Los otros dos párrafos dicen así:

«Los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo».

Advierte la Audiencia de Pontevedra que tal es la importancia y valor que el legislador ha querido conceder a esta facultad que ha debido alterar el orden de delación de la tutela, viniéndose a preferir como tutor, en primer lugar, al designado por el propio tutelado⁸. Así, con motivo de la regulación de la autotutela, se ha visto también afectado el artículo 234 del Código Civil, que establece la preferencia del tutor designado por el propio tutelado.

Como puede comprobarse el legislador no define la figura en esta parca regulación, pero del conjunto de elementos que se exigen para su configuración podría entenderse que se trata de «una declaración de voluntad formal realizada por una persona con capacidad suficiente, dirigida al Juez que habrá de conocer su futura incapacitación, que puede tener por objeto establecer disposiciones en relación con sus bienes, así como también la persona a quién se prefiere como tutor»⁹. Con menor amplitud destaca la jurisprudencia el elemento voluntario de la figura: «la autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la

persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configura y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente»¹⁰. En otra parte se dice a secas que es «una facultad» con amparo legal¹¹.

Desde ya debe descontarse que a través de esta facultad resulte que sea la propia persona la que instituya su tutela. La decisión personal no es eficaz en sí misma y requiere para adquirir eficacia de la aprobación judicial, que en el caso será la sentencia de incapacitación¹². Con todo, la autotutela es una manifestación de la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la protección de las personas¹³, que si bien no determina al Juez competente, le obligará en su caso, y por excepción (cfr. art. 234), a dar razón motivada de su prescindencia, y siempre atendiendo al beneficio del menor o incapaz. Desde la jurisprudencia se refuerza este elemento voluntario indicándose que tal facultad —la de nombrar tutor— «...es vinculante para el tribunal al constituir la tutela, salvo que decida motivadamente otra cosa por exigencias del beneficio de la persona incapacitada, según preceptúa claramente el artículo 45 LDCG [Ley Derecho Civil de Galicia (también el art. 234 del Código)]...», donde se establece además que en ese caso —de prescindencia de la voluntad del sujeto— el Juez lo hará mediante decisión motivada¹⁴. La Exposición de Motivos contiene a este respecto otra afirmación que condiciona todavía más la decisión del Juez —y por contra reafirma la voluntad del otorgante— «a que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»¹⁵.

En casi todos los supuestos la tendencia de la judicatura es respetar la delación voluntaria. Es más, en este ámbito se ha puntualizado que el Juez cuidará de no alterar —casi nunca— la voluntad del designante de tutor para una eventual incapacidad¹⁶. A este respecto la Audiencia de Pontevedra aporta tres factores que deberán tenerse en cuenta en la valoración de esta coyuntura, en la que habitualmente concurren conflictos de índole familiar, a saber:

- «a) Que el nombramiento de tutor suele significar, máxime si esa designación recae en una persona extraña al círculo familiar, al deseo, al menos implícito (la LDC lo prevé explícitamente en el art. 42 *in fine*) del designante de excluir a los parientes de ese cargo.
- b) que debe procurar indagar las razones de toda índole que latén en esa designación y en ese tratamiento excluyente.
- c) que *por mor* de las precedentes circunstancias, tampoco resulta desaconsejable que los familiares excluidos —expresa o tácitamente— del ejercicio de la tutela tiendan a sembrar interesadamente dudas sobre la validez y el acierto de la designación y hasta sospechas artificiosas sobre la honorabilidad del designado»¹⁷.

Con esta filosofía, de un lado, se ha dado preferencia a la voluntad de designante¹⁸, pese a que en algunos supuestos, por ejemplo, la fecha de otorgamiento del documento público notarial que contenía el nombramiento de tutor, era solo tres meses anterior a la fecha de interposición de la demanda de incapacitación. Esta circunstancia bien podía conducir a suponer que la capacidad de obrar suficiente estaba ya afectada, sin embargo no lo entendió así la Audiencia de Barcelona, y declaró en tales circunstancias la eficacia del nombramiento¹⁹. En otro supuesto, hasta se llegó a preferir la voluntad del otorgante manifestada en acto de vista oral, y no en documento público notarial, tal como exige el artículo 223 del Código Civil²⁰. Sobre este caso volveré más adelante.

Sin embargo, al otro lado de la balanza, en un caso resuelto por el TS —que bien sirve de botón de muestra— el interés del incapaz dio razón a denegar la designación de la persona propuesta como tutora en previsión de una declaración de incapacidad²¹. El TS —siguiendo los antecedentes del caso en Primera y Segunda instancia— encontró suficientemente motivada la denegación, atendiendo, entre otras circunstancias, al abultado patrimonio de D. Obdulio (sin parientes y al cuidado de D.^a Purificación, sobre quien recaía el nombramiento de tutor) con serias dificultades para el cálculo (el Juez de Primera Instancia había declarado la incapacidad parcial para la disposición y administración de sus bienes y sujeto a la tutela de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias), y a las actitudes de la Sra. Purificación, que revelaron un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado²². A diferencia del caso expuesto en el párrafo anterior, la proximidad temporal entre el otorgamiento de la escritura en la que D. Obdulio nombra tutora a D.^a Purificación (5 de marzo de 2010) y la interposición de la demanda de incapacitación (11 de mayo de 2010) resultó un indicio de que a la fecha del otorgamiento del primer documento las facultades mentales de D. Obdulio estaban algo afectadas y que ya podía resultar una persona más manipulable por terceras personas ajenas con intereses espurios.

Asimismo la proximidad entre la designación de tutor y la interposición de la demanda de incapacitación, condujo a la Audiencia Provincial de Asturias a confirmar la sentencia de instancia la que, al declarar la incapacidad, desatendió la autodesignación de tutor. En efecto, en este caso, a los dos días de haberse otorgado el documento, los médicos que atendían a la otorgante aconsejaron promover su incapacitación. Se trataba de una persona de edad avanzada, ingresada en un centro hospitalario por un grave deterioro físico y psíquico. La Audiencia lamentó que, en estas circunstancias, el Notario autorizante no hubiera recabado la colaboración de algún profesional médico —de los múltiples que podía tener a su alcance para acreditar la plena capacidad de la otorgante al realizar el acto— y así también lo hubiera hecho constar en el documento, evitando ulteriores discusiones en la materia. Estimó esta Sala que «cuando dos días más tarde se detectan todos esos menoscabos psíquicos, cabe pensar que los mismos ya existían al tiempo de otorgar el documento, invalidando con ello el consentimiento prestado por la otorgante»²³.

En mi opinión, si bien es cierto que nadie es mejor que el propio interesado para elegir su tutor, en cuanto persona de confianza idónea, no obstante el Juez ha de desentrañar en cada caso el verdadero beneficio del incapaz, el cual, muchas veces, claro está, coincide con la autodesignación de tutor, y otras, requerirá una valoración más puntillosa de las circunstancias, en particular, cuando existe un abultado patrimonio o cuando es breve el tiempo que media entre la fecha de otorgamiento del documento notarial— que contiene la designación de tutor— y la interposición de la demanda de incapacitación.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA AUTOTUTELA

Dice el artículo 223 que «cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá»... Se debe destacar la exigencia de la capacidad de obrar suficiente que debe concurrir en el sujeto, por cuanto ha supuesto la introducción de un nuevo matiz a la capacidad civil, aunque implícitamente reconocido en otras partes del ordenamiento jurídico. En efecto, existen en la legislación expresiones equiparables a la capacidad de

obrar suficiente, como son las «condiciones de madurez» (así en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, artículo 2) o el «suficiente juicio» (el Código Civil alude el mismo en incontables ocasiones, particularmente en temas de menores y tutela).

En la parte pertinente a la regulación del patrimonio protegido, la LPPPD también se refiere a esta capacidad en su artículo 3, al autorizar la constitución del patrimonio protegido a la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, «siempre que tenga capacidad de obrar suficiente». Por su parte, en sintonía con aquella, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, recoge la exigencia de esta capacidad cuando reconoce a la persona en situación de dependencia «el derecho a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno»²⁴.

Pese a las diferentes alusiones, el legislador no explica lo que debe entenderse por capacidad de obrar suficiente. Está claro que ha querido matizar la capacidad de obrar plena al aludir a su «suficiencia» lo que me lleva a entender que está pensando en los supuestos en los que se restringe judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial haya indicios de una pérdida progresiva de las facultades²⁵. Otro caso es el de las personas con discapacidad, acreditada o no, quienes conservando capacidad de obrar suficiente, podrán disponer su futura tutela. Como puede advertirse, el cumplimiento de este requisito supone una valoración concreta de cada caso, tanto del grado de discernimiento y voluntad de la persona, como de la naturaleza del acto a realizar, el cual, también conforme el artículo 223 puede ser de muy variada índole: «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor» (segundo párrafo *in fine*).

La Audiencia Provincial de Navarra, por ejemplo, entendió con motivo de la resolución de un caso en el que se discutía si debía o no prevalecer el nombramiento del abuelo frente a los hermanos de la incapaz —alegándose que se alteraba el orden previsto en el artículo 234— que la persona que ordena su autotutela no solo debe tener la capacidad de obrar necesaria sino que debe gozar de capacidad natural —capacidad de entender y querer—. Como esta ordenación requiere el otorgamiento de documento público notarial, el notario deberá analizar la capacidad de las personas de acuerdo con el artículo 145 del Código Civil. A este respecto señaló la Sala: «Hay que partir de la presunción de capacidad de las personas mientras no se haya pronunciado una sentencia firme de incapacitación, aunque ciertamente, y más tratándose de personas que pueden estar afectadas por una enfermedad degenerativa, podrá atacarse el acto probando que la persona otorgante carecía de capacidad natural en el momento del otorgamiento»²⁶. En cuanto a la capacidad de obrar suficiente, puntualizó esta Audiencia que, sin duda, las personas mayores de edad y en los menores emancipados están legitimados, pues la capacidad de estos se asimila a la de aquellos, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que en la esfera personal se rigen como mayores de edad²⁷. En lo referente a los menores mayores de 14 años, se entiende que en tanto gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1 del CC) y, por consiguiente, para nombrar tutores a sus hijos —el artículo 223 1 del Código Civil se refiere a los padres sin especificar una edad en concreto— asimismo gozarán de capacidad

para ordenar la autotutela. Por último se señala que también ostenta capacidad de obrar suficiente la persona incapacitada parcialmente, a quien la sentencia de incapacitación no le hubiere modificado la capacidad de obrar sobre su persona²⁸.

IV. ELEMENTOS FORMALES DE LA AUTOTUTELA

El artículo 223 exige de forma expresa que la declaración de la persona se realice en un documento público notarial. Además debe tenerse en cuenta que, en el tercer párrafo del mismo artículo, el legislador establece un requisito de publicidad, a saber: que este documento —más los del primer párrafo— se comuniquen por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. A su vez, completando lo anterior, se ordena que en todo proceso de incapacitación, el Juez recabe certificación del Registro Civil para comprobar si se ha previsto para el discapacitado una tutela.

El documento público notarial a que se refiere el Código es la escritura pública —y no las actas notariales— pues el contenido de ellas, conforme el artículo 144.2 del Reglamento Notarial son «las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de toda clase»²⁹. La exigencia de la intervención notarial implica un control de la capacidad del otorgante, sin perjuicio de la posterior valoración judicial.

Pese a la claridad del Código Civil en este aspecto, cierta posición doctrinal considera que el requisito del documento público notarial no es del todo esencial a la figura, porque lo fundamental es la existencia de una manifestación de voluntad fehaciente, que bien podría documentarse de otras maneras, por ejemplo, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro³⁰. Aunque esta misma tesis afina al considerar que sí parece muy conveniente exigir la escritura pública —por la mayor seguridad que aporta la intervención notarial— en la autotutela compleja, donde además de designación de tutor hay otras disposiciones acerca de la persona y bienes³¹.

En esta línea de interpretación se inscribe también la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra que aludimos antes, donde —conforme brevemente anticipé— se consideró que la declaración en la vista oral de la presunta incapaz tenía «la misma fuerza que si hubiera sido hecha en documento notarial a los efectos del artículo 223 II del Código Civil y nada impide aceptar su voluntad dado el tipo de incapacidad parcial a la que se le somete»³². A mi modo de ver, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil podría legitimar la asimilación que ha realizado este Tribunal, por cuanto deben considerarse documentos públicos —a efectos probatorios— tanto a las «diligencias judiciales de toda especie» [(cfr. art. 317 1.º) supuesto en el que cabe el acta judicial de la audiencia donde Dña. Paula expresó su voluntad], como a «los autorizados por notario con arreglo a derecho» (cfr. 317 2.º)³³, el artículo 223 II solo se refiere al documento público notarial y a ningún otro más, por lo que entiendo que no hay motivo para realizar una interpretación extensiva de la voluntad del legislador³⁴.

Previo a formular la asimilación entre los efectos de la declaración en el acto de vista oral y el documento público notarial, la Audiencia Provincial de Navarra puntualizó que el Código exige el documento notarial *inter vivos*, por lo que vendrían a resultar excluidos tanto el documento privado como al testamento —incluso al notarial—³⁵. Resulta bastante clara la exclusión del documento privado, así como también la del testamento ológrafo que no cumple con el requisito de documento público, e incluso la del testamento cerrado, en el que el Notario

autorizante desconoce su contenido y por lo tanto no puede comunicar al Registro Civil una manifestación testamentaria de tutela³⁶. Sin embargo no parece tan radical la exclusión del testamento abierto, tal como lo formula esta Audiencia Provincial. A este respecto existen en la doctrina posturas contrapuestas.

Conforme una opinión, en la dirección de la SAP de Navarra de 14 de junio de 2005, debe excluirse la posibilidad de que la autodesignación de tutor se realice en testamento abierto, porque si bien la primera parte del artículo 223 contempla el testamento como documento adecuado para el nombramiento de tutor, ello es solo para el caso de la delación hecha por los padres, precisamente porque se pretende que la eficacia de esa delación tenga lugar cuando aquellos falten. Fuera de estas circunstancias, como el testamento surte efectos cuando la persona muere, es evidente que por más nombramiento que se haga, ya no se necesita tutor³⁷.

Desde otra posición se admite la posibilidad de que la designación de tutor se otorgue en testamento abierto, ya que en este caso el Notario conoce la voluntad del testador y así lo puede comunicar —de oficio— al Registro Civil, para su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado, conforme lo establece el artículo 223 III. En apoyo de esta tesis se trae a colación un supuesto en el que el testamento surte efectos *inter vivos*, este es, el del reconocimiento de hijo a que autoriza el artículo 741 del Código Civil, el cual mantiene su validez aunque el testamento se revoque.

Esta norma —aunque excepcional— justifica ciertos efectos *inter vivos* del testamento, pero no resuelve más que en el caso que contempla, qué sucede con tales efectos cuando el testamento se revoca. Frente a esta circunstancia, quienes se oponen a la admisión del testamento abierto como instrumento apto para recoger la declaración de la autotutela, manifiestan que el artículo 741 constituye una excepción a la regla general —y como tal debe interpretarse y aplicarse restrictivamente—, al mantener la validez del reconocimiento de un hijo hecho en testamento, aunque este se revoque³⁸. Entiende el otro sector de la doctrina —proclive a que se admita el testamento abierto— que si una persona autodesignara tutor en un testamento y, posteriormente, lo revocara, tal designación quedaría sin efecto, por no existir una norma —como la del artículo 741— que contemple expresamente lo contrario. Además, mientras que el reconocimiento de un hijo, en sí mismo es un acto irrevocable, cualquiera sea la forma en la que se realice, y sin perjuicio de que se revoque el documento que lo contenga, el nombramiento de tutor es esencialmente revocable³⁹. Así las cosas, la revocación no debería considerarse un obstáculo.

Sin embargo, a mi entender, bien que la revocación no impida la admisión del testamento abierto, si puede serlo su publicidad. En efecto, el Notario debe comunicar de oficio al Registro Civil la autotutela para su indicación en la inscripción del nacimiento. En el caso de revocación del testamento que la contiene, hay quienes sostienen que debería procederse igualmente a tal notificación⁴⁰; otros consideran que si se revoca este testamento, sin decir nada de la autotutela, nada comunicará el Notario al Registro⁴¹, lo que, evidentemente, viene a plantear un problema de publicidad. Es cierto que conforme el último párrafo del artículo 223 «en los procedimientos de incapacidad, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo»⁴² y que a través de este mecanismo puede saberse si se ha revocado o no la autotutela indicada en el Registro —solicitándose copia del último testamento al Notario autorizante— sin embargo puede haber cruce de información y resultar insegura

su publicidad. Y es así que, incluso quienes sin renegar de la posibilidad de que pueda formalizarse la autotutela en testamento abierto, acaban aconsejando, para mayor seguridad, que la elección de tutor se haga en escritura pública⁴³.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El régimen jurídico de la autotutela que ha diseñado la Ley de Protección Patrimonial de Personas con discapacidad se subsume, básicamente en dos artículos del Código Civil, estos son: 223 y 234. Tanto el legislador —en su Exposición de Motivos— como los jueces han tenido ocasión para señalar que esta institución es especialmente útil en el caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectual, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos.

El legislador no define la autotutela, sin embargo, del conjunto de elementos que se exigen para su configuración podrá entenderse que se trata de «una declaración de voluntad formal realizada por una persona con capacidad suficiente, dirigida al Juez que habrá de conocer su futura incapacitación, que puede tener por objeto establecer disposiciones en relación con sus bienes, así como también la persona a quién se prefiere como tutor.

Tal es la importancia y valor que el legislador ha querido conceder a esta facultad que ha debido alterar el orden de delación de la tutela, viniéndose a preferir como tutor, en primer lugar, al designado por el propio tutelado. Así, con motivo de la regulación de la autotutela, se ha visto también afectado el artículo 234 del Código Civil, que establece la preferencia del tutor designado por el propio tutelado.

Debe descontarse que a través de esta facultad resulte que sea la propia persona la que instituya su tutela. La decisión personal no es eficaz en sí misma y requiere para adquirir eficacia de la aprobación judicial, que en el caso será la sentencia de incapacitación. Con todo, la autotutela es una manifestación de la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la protección de las personas, que si bien no determina al Juez competente, le obligará en su caso, y por excepción (cfr. art. 234), a dar razón motivada de su prescindencia, y siempre atendiendo al beneficio del menor o incapaz.

Desde la jurisprudencia, por su parte, se refuerza el elemento voluntario de la autotutela, y es así que en casi todos los casos se tiende a respetar la delación voluntaria, incluso en algunos donde, por ejemplo, la proximidad entre la fecha de otorgamiento del documento público notarial que contenía el nombramiento de tutor y la fecha de interposición de la demanda de incapacitación, podía conducir a suponer que la capacidad de obrar suficiente estaba ya afectada. En esta línea de interpretación judicial, también se prefirió la voluntad del otorgante manifestada en acto de vista oral, y no en documento público notarial, tal como exige el artículo 223 del Código Civil. No obstante esta tendencia de la jurisprudencia, por otra parte, existen casos donde la proximidad entre la designación de tutor y la interposición de la demanda de incapacitación condujo a desatender la autodesignación de tutor.

En mi opinión, si bien es cierto que nadie mejor que el propio interesado para elegir su tutor, en cuanto persona de confianza idónea, no obstante, el Juez ha

de desentrañar en cada caso el verdadero beneficio del incapaz, el cual, muchas veces, claro está, coincide con la autodesignación de tutor, y otras, requerirá una valoración más puntillosa de las circunstancias, en particular, cuando existe un abultado patrimonio o cuando es breve el tiempo que media entre la fecha de otorgamiento del documento notarial —que contiene la designación de tutor— y la interposición de la demanda de incapacitación.

En cuanto al elemento subjetivo, el artículo 223 señala que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente podrá nombrar su propio tutor en previsión de ser incapacitada judicialmente. El legislador no explica lo que debe entenderse por capacidad de obrar suficiente. Está claro que ha querido matizar la capacidad de obrar plena al aludir a su «suficiencia» lo que me lleva a entender que está pensando en los supuestos en los que se restringe judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial haya indicios de una pérdida progresiva de las facultades. Por su parte, las personas con discapacidad, acreditada o no, si conservan capacidad de obrar suficiente, podrán disponer su futura tutela. A este respecto, la Audiencia Provincial de Navarra entendió que tal capacidad concurría, sin duda, en las personas mayores de edad y en los menores emancipados. Asimismo interpretó que los menores mayores de 14 años, en tanto gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1 del CC) pueden nombrar tutores a sus hijos —el artículo 223. 1 del Código Civil se refiere a los padres sin especificar una edad en concreto— y además podrán ordenar su autotutela.

En lo atinente al requisito formal, el documento público notarial a que se refiere el Código es la escritura pública. La exigencia de la intervención notarial implica un control de la capacidad del otorgante, sin perjuicio de la posterior valoración judicial. Pese a la claridad del Código Civil en este aspecto, la Audiencia Provincial de Navarra reconoció, en un caso, que la declaración en la vista oral de la presunta incapaz tenía la misma fuerza que si hubiera sido hecha en documento notarial a los efectos del artículo 223 II del Código Civil. Desde mi punto de vista, pese a que, conforme la Ley de Enjuiciamiento Civil deben considerarse documento público —a efectos probatorios— las diligencias judiciales de toda especie [(cfr. art. 317 1.º) supuesto en el que cabe el acta judicial de la audiencia donde la presunta incapaz expresó su voluntad], el artículo 223 II se refiere concretamente a una especie de los mismos, a los documentos públicos notariales, y no habría motivo para realizar una interpretación extensiva de la voluntad del legislador.

Por último, la doctrina se plantea si es posible que el nombramiento de tutor se realice a través de un testamento abierto, habida cuenta de que en este caso —no así en el testamento ológrafo ni en el testamento cerrado por su propia naturaleza— el Notario autorizante puede conocer la voluntad del otorgante y así comunicarlo al Registro Civil, conforme lo exige el artículo 223 III del Código Civil. A este respecto, existen dos posturas: por un lado, se rechaza esta posibilidad *in limine*, y por otro se la admite, aunque con tales reparos, que finalmente se llega a aconsejar que la autotutela se formalice —por motivos de seguridad y de publicidad que comparto— en escritura pública.

VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8362)
- SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005 (*AC* 2005, 1813)

- SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 35968)
- SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011 (*JUR* 2011, 5068)
- SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 336851)
- SAP de Asturias, de 27 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 106490)

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). La protección patrimonial de las personas con discapacidad, *AC*, núm. 16, (BIB 2003, 1448), 2091-2093.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables, *Rev. Doc. Aranzadi civ. mer.*, 07, (BIB 2013, 2203), 1-30.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2007). La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores, en C. Lasarte Álvarez (Dir.), Madrid: Tecnos, pp. 147-161.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, 6.^a ed., Madrid: La Ley.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos. En J. Pérez de Vargas Muñoz, (Dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid: La Ley, pp. 51-138.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2013). La autotutela en el ordenamiento jurídico español, *AC*, núm. 855 (BIB 2013, 188), 1-4.
- SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel.
- VIVAS TESÓN, I. (2009). Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad, *Rev. Der.*, 07, 55-76.

NOTAS

¹ BOE de 19 de noviembre de 2003. A su vez modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de Reforma 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 de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE de 26 de marzo de 2009. El año 2003 fue declarado *Año Europeo de las personas con Discapacidad*, por decisión del Consejo de fecha 3 de diciembre de 2001: *vid.* DOCE, serie L, núm. 335, de 19 de diciembre 2001. Con tal motivo, el legislador español dio luz verde a una serie de disposiciones dirigidas a mejorar la situación vital de las personas con discapacidad, así como su acceso al mercado laboral. Así, junto a la LPPPD debe destacarse la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE de 3 de diciembre de 2003, así como también —un poco más lejana en el tiempo, pero bajo el impulso de los mismos principios— la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, BOE de 15 de diciembre. Actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ha derogado —integrándose en el texto refundido—, entre otras [así también la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad, y la Ley 49/2007, de

26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación, y accesibilidad universal de las personas con discapacidad] la Ley 51/2003.

² La Ley consta de tres capítulos, dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales. El capítulo I con sus 8 artículos está dedicado al Patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

³ VIVAS TESÓN, I. (2009). Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad, *Rev. Der.*, 07, 61. En sentido similar destaca la centralidad del patrimonio protegido en la Ley, en un breve resumen de la misma: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», *AC*, núm. 16, (BIB 2003, 1448), p. 2091.

⁴ Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley, la cual contribuye —pese a carecer de valor normativo— a realizar una interpretación auténtica de la voluntad del legislador.

⁵ La Exposición de Motivos advierte que la introducción de la autotutela ha supuesto unos cambios mínimos en el Código Civil.

⁶ Al respecto se ha señalado que aunque pueda pensarse que es una previsión de futuro un tanto insólita y en mucho pesimista, la realidad enseña la frecuencia de casos en los que se advierte una progresiva e inevitable demencia senil. Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, 6.ª ed., Madrid: La Ley, p. 320.

⁷ SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005 (AC 2005, 1813), FD Segundo A.

⁸ SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 35968), FD 3.º.

⁹ En sentido similar apunta SERRANO GARCÍA, I.: «Más bien es un mecanismo jurídico, consistente en una declaración de voluntad dirigida a la autoridad judicial que va a entender sobre el nombramiento de tutor, en el que, por lo general, no hay aportaciones por parte de nadie, ni de la persona con discapacidad ni de miembros de su familia. Puede también contener una previsión de gestión representativa de los bienes del incapaz. Cfr. SERRANO GARCÍA, I.: (2012), *Autotutela*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 22. Algún otro autor deduce también del texto normativo, aunque enfatizando menos el aspecto voluntario —lo que a mi juicio es un desacuerdo— la siguiente definición: «... institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede nombrar un tutor, de cara a una posible incapacidad que sobrevenga después en el tiempo»: ROMERO COLOMA, A. M. (2013). «La autotutela en el ordenamiento jurídico español», *AC*, núm. 855 (BIB 2013, 188), p. 1.

¹⁰ SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit.*

¹¹ SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, FD 5.º, (*JUR* 2011, 5068). En el caso hay una remisión a la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 vigente a la fecha de otorgamiento del documento que contiene la autodesignación de tutor (arts. 42-45), en conexión con los artículos del Código Civil.

¹² SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.*, ps. 20, pp. 31-35.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, FD 5.º, *op. cit.*

¹⁵ Cfr. Apartado V Exposición de Motivos.

¹⁶ SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013. FD 3.º.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, *op. cit.*, SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013, *op. cit.*

¹⁹ SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2013, FD 2.º (*JUR* 2013, 336851). Curiosamente, el Código Civil de Cataluña de 2010 —entrada en vigor 1 de enero 2011— que prevé la autotutela, recoge la preocupación del legislador respecto de las autodesignaciones realizadas en un momento próximo a la declaración judicial de incapacidad, y ha fijado unas cautelas tendientes a evitar la captación de la voluntad por parte del designado. En este sentido establece el artículo 222.9 [Delación voluntaria.Nombramiento]: «2. No obstante lo establecido en el apartado 1 [que manda a la autoridad judicial nombrar a las personas designadas en el acto de delación voluntaria], dadas las circunstancias del caso y a instancias del ministerio fiscal o de algunas de las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela de acuerdo con el artículo 222-10, la autoridad judicial puede prescindir de aquella designación en los siguientes supuestos: a) si se ha producido una modificación sobrevenida

de las causas explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria; b) si el acto de delación voluntaria se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida».

²⁰ SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit.*

²¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8362)

²² «...No procede nombrar tutora a Dña. Purificación, dado el importante patrimonio de D. Obdulio, las actitudes de la citada Sra. Purificación en las visitas en que acompañó a D. Obdulio a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que ha colocado en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se ha otorgado un poder general y se la ha contratado como empleada del hogar; de lo que se deduce que «[...] existe en Dña. Purificación un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. Obdulio, y a la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la administración pública tutora del mismo». FD 1.º.

²³ SAP de Asturias, de 27 de febrero de 2012, FD 3.º (*JUR* 2012, 106490).

²⁴ Cfr. artículo 4.2.F).

²⁵ En el mismo sentido: SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, p. 49. Añade este autor que tal situación conlleva graves problemas a los Notarios cuando tienen que emitir el juicio de capacidad. Frecuentemente se tendrá que recurrir al examen de la persona por dos facultativos que determinen la suficiencia de la capacidad de obrar para el acto concreto de que se trate.

²⁶ SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit.*, FD 2.º, A.

²⁷ A esta situación cabe equiparar al menor que hubiera obtenido el beneficio de la mayoría de edad —mayor de 16 años y menor de 18, conforme artículo 321 del Código Civil—, en función de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 323 [Facultades del emancipado].

²⁸ SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit.*, FD 2.º, B.

²⁹ Así: ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables, *Rev. Doc. Aranzadi civ. mer.*, 07, (BIB 2013, 2203), p. 6.

³⁰ SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.*, p. 66 y sigs.

³¹ *Ibidem*. Considera este autor que no resultaría necesaria la escritura pública en la solo autodesignación de tutor, y menos aun en la autotutela negativa, esta es, cuando el sujeto se limita a expresar que no quiere como tutor al designado judicialmente, o que no quiere a aquel al que correspondería el desempeño de la tutela según el orden del artículo 234, y todo ello siempre que la voluntad resulte indubitada.

³² SAP de Navarra, *op. cit.*, FD 3.º B. Brevemente estos son los antecedentes del caso: El Ministerio Fiscal instó demanda de incapacitación contra Dña. Paula el 11 de febrero de 2004. Con fecha 15 de octubre de 2004 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela declaró la incapacidad parcial de Dña. Paula para regir sus bienes y nombró curadores de la misma a sus hermanos D. Francisco y Dña. Victoria, frente al fallecimiento del padre y la situación de incapacidad de la madre. La representación procesal de la presunta incapaz recurrió la resolución en súplica de que, previa revocación parcial de la sentencia de instancia, se dicte otra en la que se deje sin efecto el nombramiento de los curadores, y en ese lugar se nombre a Don Carlos María, abuelo de la demandada con quien convive. Como fundamento del recurso de apelación se alegó: por una parte, que conforme el artículo 291 del Código Civil, cabe aplicar a los curadores las normas sobre nombramiento de los tutores; así resulta aplicable el artículo 234 en el que se establece un orden de preferencias en el nombramiento, y donde el ascendiente es preferido al hermano (inciso 5.º); se alega que no concurre ninguna circunstancia en beneficio de la incapaz que autorice a alterar el orden, antes al contrario, resulta acreditado que convive con su abuelo desde hace más de 10 años —«manteniendo buenas relaciones con este y su familia»— y que sus hermanos residen en diferentes localidades; por otra parte se puso de manifiesto la relevancia de la voluntad del presunto incapaz en la designación de la persona de su tutor, que resulta de la modificación del párrafo 1.º del artículo 234 —conforme redacción del párrafo segundo artículo 2 de la LPPD—; si bien en este caso la designación no se había realizado en

documento público por persona con capacidad de obrar suficiente con la previsión de que pueda ser incapacitada judicialmente en el futuro, la representación procesal de Dña. Paula reseñó que esta parte manifestaba, con claridad, su deseo de preferencia de su abuelo antes que sus hermanos. La Audiencia Provincial rechazó los fundamentos de derecho de la sentencia apelada y se abocó a determinar el ámbito de aplicación de la «autotutela», así como la idoneidad del abuelo de Dña. Paula para ser nombrado su curador.

³³ El artículo 1216 del Código Civil establece una definición general: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». Se trata, evidentemente, de una norma procesal, no obstante lo cual ha sido mantenida en el Código.

³⁴ El caso podía resolverse igual con la aplicación exclusiva del artículo 234.5, donde se prefiere al ascendiente —Dña. Paula prefería a su abuelo antes que a los hermanos nombrados en Primera Instancia— al hermano, a menos que alguna circunstancia en beneficio del menor o incapacitado justifique alterar el orden. El Tribunal debió centrarse en la concurrencia o no de esta circunstancia, y no tanto en intentar enmarcar apretadamente el caso en los márgenes del artículo 223 II.

³⁵ *Idem*, FD 3.º A.

³⁶ SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.*, p. 81. ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables, *op. cit.*, p. 8.

³⁷ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos, en J. Pérez de Vargas Muñoz (Dir.): *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Madrid: La Ley, p. 71; LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2007), La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores, en C. Lasarte Álvarez (Dir.). Madrid: Tecnos, p. 156.

³⁸ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos, *op. cit.*, pp. 70-72.

³⁹ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ *Idem*, p. 9.

⁴¹ SERRANO GARCÍA I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.*, p. 79.

⁴² La nueva Ley 20/2011 de Registro Civil prevé expresamente en su artículo 77 la inscripción del documento público de constitución de autotutela en el registro individual del interesado.

⁴³ SERRANO GARCÍA I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.*, p. 79; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables, *op. cit.*, p. 9.