



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## CUESTIONES DERIVADAS DE LA REGULACIÓN DE LA AUTOTUTELA

Presentado por:

***Claudia Muñoz de Diego***

Tutelado por:

***Jacobo Bernardo Mateo Sanz***

Valladolid, 10 de julio de 2018

## ÍNDICE

<b>Resumen, <i>abstract</i> y <i>key words</i></b> .....	pág. 4
<b>Introducción</b> .....	pág. 6
<b>Desarrollo</b> .....	pág. 8
1. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica.....	pág. 8
2. Surgimiento, antecedentes y evolución.....	pág. 11
3. Elementos de la autotutela y clases.....	pág. 16
3.1 Elementos formales.....	pág. 16
3.2 Elementos personales.....	pág. 17
3.3 Clases de autotutela.....	pág. 18
3.3.1 Autotutela negativa.....	pág. 18
3.3.2 Autotutela positiva.....	pág. 19
4. La autotutela en el Código Civil.....	pág. 20
4.1 Comentarios al Código Civil tras la reforma 41/2003.....	pág. 22
4.1.1 El Artículo 223.....	pág. 22
4.1.2 El Artículo 234.....	pág. 24
4.1.3 El Artículo 239.....	pág. 26
4.2 Breve recapitulación.....	pág. 27
5. Contenido de la autotutela.....	pág. 27
6. La designación del tutor.....	pág. 30
6.1 ¿Quién puede designar tutor?.....	pág. 30
6.2 ¿Puede delegarse el nombramiento del tutor?.....	pág. 32
6.3 ¿Quién puede ser nombrado tutor?.....	pág. 33
6.3.1 El nombramiento por autoridad judicial.....	pág. 35
6.4 Las causas de inhabilidad del tutor.....	pág. 36
6.5 La retribución del tutor.....	pág. 38
6.6 ¿Cómo se nombra al tutor?.....	pág. 39
6.7 La revocación de la designación.....	pág. 40
6.8 La ausencia de designación.....	pág. 41
7. Modificación de la autotutela.....	pág. 42
8. Impugnación de la autotutela.....	pág. 43
9. Publicidad de la autotutela.....	pág. 43
10. Eficacia de la autotutela.....	pág. 45

11. Extinción de la autotutela.....	pág. 48
12. Poderes y complementos de la autotutela.....	pág. 49
12.1 Los poderes preventivos.....	pág. 49
12.2 Las instrucciones previas.....	pág. 50
12.3 El contrato de alimentos.....	pág. 50
13. Necesidad e integración en sociedad.....	pág. 51
14. Controversias de la autotutela.....	pág. 54
<b>Conclusiones.....</b>	<b>pág. 56</b>
<b>Bibliografía utilizada.....</b>	<b>pág. 58</b>
<b>Jurisprudencia utilizada.....</b>	<b>pág. 64</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>pág. 66</b>
<b>Anexo I.....</b>	<b>pág. 67</b>
<b>Anexo II.....</b>	<b>pág. 68</b>
<b>Anexo III.....</b>	<b>pág. 70</b>

## **RESUMEN**

Coincidiendo con el Año europeo de las personas con discapacidad, en 2003 se introduce en nuestro derecho común la institución de la autotutela como resultado de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre.

La autotutela, que modifica el panorama tutelar vigente hasta el momento, permite que una persona que disponga de capacidad de obrar suficiente designe quién quiere que sea su tutor para el caso de que devenga incapaz; tutor que se encargará tanto de la esfera personal como de la esfera patrimonial del interesado.

Resulta conveniente analizar detalladamente esta figura, delimitando los contenidos que la integran y sus límites legales, para darnos cuenta de la importancia de su inclusión y de lo necesaria que es para la protección de la autonomía de la voluntad, análisis que abordaré en el presente trabajo.

## **ABSTRACT**

In 2003, coinciding with the European Year of People with Disabilities, the introduction of self-appointed guardianship legislation known as “autotutela” was first passed into Spanish common law as a result of Ley 41/2003 (18<sup>th</sup> November).

A form of assisted decision making, this legislation allows a person of sound mind to nominate a legal representative who can act on their behalf in the event that they become incapacitated. They can be appointed to make decisions regarding anything from personal matters to their estate.

In order to understand the importance of this legislation into Spanish law as well as its necessity for the protection of moral autonomy, a detailed analysis of this piece of legislation is required and will be undertaken in this essay.

## **PALABRAS CLAVE**

Autotutela. Tutela. Tutor. Autonomía de la voluntad. Capacidad de obrar suficiente. Incapacitación. Escritura pública notarial.

## **KEY WORDS**

Self-guardianship. Guardianship. Guardian. Autonomy of the will. Sufficient capacity to act. Incapacitation. Public deed.

## INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado va a versar sobre las cuestiones que pueden derivarse de la regulación de la autotutela, una figura de reciente aparición en nuestro ordenamiento jurídico.

Mi elección ha sido motivada por la rama del derecho a la que pertenece el tema, el Derecho Civil, y dentro del mismo al Derecho de la persona, siendo esto a lo que me gustaría poder dedicarme en un futuro y habiendo sido esta asignatura a la que más tiempo e interés he dedicado a lo largo del Grado.

Esta no es sino la primera de las razones que me llevó a considerar este tema como mi primera opción, porque la otra causa que me llevó a elegirlo fue la importancia que reviste la figura a la que me voy a referir, con su surgimiento, regulación, contenido, funcionamiento y consecuencias, entre otras cuestiones; es esto lo que voy a tratar de exponer de la mejor manera posible según todo lo que he podido estudiar, trabajar y analizar estos meses que me he dedicado a ella.

Nadie está ni libre ni a salvo de que le sobrevenga cualquier circunstancia por la que pueda ver modificada su capacidad y verse entonces imposibilitado para realizar determinados actos, momento en el que se le impondría un tutor; se trata aquí de que la propia persona pueda decidir sobre quién quiere que desempeñe tal función.

Asistimos a un cambio social caracterizado por el aumento de la esperanza de vida que afecta a la población envejeciéndola cada vez más. Con el deterioro físico y mental que esto comporta, hay que evitar la desprotección de los colectivos susceptibles de beneficiarse de esta figura tales como las personas mayores y los discapacitados.

De aquí nace la necesidad de su incorporación, de poner en liza un aspecto tan importante como es hoy en día la autonomía de la voluntad y de permitir que todo aquel que desee acudir a ella -cumpliendo con los requisitos necesarios, por supuesto- pueda hacerlo, contando con un marco legal en el que ampararse y en el que ver garantizados sus derechos; hay que ponerle solución al temor que suscita la pérdida de autogobierno de las personas.

Y de todo esto resulta la figura de la autotutela, la que ahora me ocupa y que voy a proceder a explicar.

# 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Parece bastante evidente comenzar por dar un concepto de autotutela, siendo el tema central que ocupa mi trabajo.

Se puede decir que empezamos a interrogarnos sobre la existencia de esta institución cuando surge la pregunta de si es posible que una persona pueda designar para sí, previendo una futura y probable incapacitación, a quien desee para el desempeño del cargo tutelar. Nos encontramos por supuesto con posiciones enfrentadas a lo largo de la evolución del concepto, pero siempre siguiendo una línea más favorable a entender que todo aquel con plena capacidad de entendimiento y discernimiento puede expresar su voluntad estableciendo quién ocupará la posición de tutor, o en su defecto, quién no podrá ocuparla.

Los autores<sup>1</sup> se han referido con anterioridad a la autotutela revistiendo distintos nombres, pero, en cualquier caso, el punto de partida que se toma por lo general es el establecido por CREHUET DEL AMO, al definirla como “la guarda de la persona y bienes diferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad. Es pues, la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”<sup>2</sup>.

Sin embargo, es SÁNCHEZ TORRES quien acuña el término propiamente dicho en su artículo “Una nueva modalidad tutelar”<sup>3</sup>, sin perder de vista la definición precedente. Lo hace inspirado por un caso presentado en la legislación civil rusa sobre la posibilidad y validez de que una persona pueda designar para el futuro su propio tutor, en el contexto de la consolidación de los derechos de la persona. Otras opciones para referirse a este instrumento jurídico son la “autodelación de la tutela”<sup>4</sup>, que prefiere una parte de la doctrina, o también “tutela cautelar”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre ellos contamos a CREHUET DEL AMO, DURÁN CORSANEGRO, RIVAS MARTÍNEZ Y SÁNCHEZ TORRES, y también a los mejicanos GALINDO GARFIAS Y LAGUNES PÉREZ, referidos a continuación.

<sup>2</sup> CREHUET DEL AMO, Diego María. “*La tutela fiduciaria*”. Discurso del Sr. Diego María Crehuet del Amo en el acto de su recepción de Académico de Mérito. Madrid: Reus, 1921. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. XXXVIII, página 9.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ TORRES, Eloy. “Una nueva modalidad tutelar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 41, 1928, pág. 347.

<sup>4</sup> DURÁN CORSANEGO, Emilio. “*La autodelación de la tutela*”. Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pág. 104 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, 1998, págs. 156-165.

<sup>5</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Méjico: Editorial Porrúa, 2014, págs. 709-735 y LAGUNES PÉREZ, Iván. “Tutela”. *Enciclopedia Jurídica Mejicana*, Tomo IV, Porrúa, México, 2004, pág. 896.



Así, contrastados los distintos análisis y concepciones que sobre ella se han arrojado, se puede extraer una definición bastante completa y aproximada de lo que hoy en día entendemos por autotutela en nuestro sistema jurídico.

Podemos definir la autotutela como un negocio jurídico que ofrece la posibilidad a una persona con plena capacidad de obrar de nombrar en documento público a quien desea que desempeñe las funciones de tutor, para el caso de devenir incapaz, pudiendo asimismo expresar su voluntad mediante orientaciones sobre cómo quiere que se administren sus bienes y se cuide de su persona, buscando la salvaguarda de las garantías lícitas y legales siempre dentro de los límites previstos. Por lo tanto, se busca la protección con una doble vertiente: la personal y la patrimonial.

Es, por así decirlo, una suerte de poder de autoprotección, de protección por el propio titular, que prevé el paso de la plena capacidad a una pérdida fortuita de la misma, sobre todo apropiada para los casos de dependencia, de personas mayores como consecuencia de los cambios en los modelos familiares actuales y de enfermedades degenerativas sobrevenidas que afecten de manera directa a la capacidad de obrar que hemos referido antes.

Por muchas definiciones que hayamos podido buscar, leer y contrastar, todos los autores coinciden en los caracteres que presenta la institución, entre los cuales podemos contar los siguientes:

- Es, como ya hemos dicho, un negocio jurídico continente de una declaración de voluntad fruto de la cual nacerá una relación jurídica nueva,
- Es unilateral, no siendo necesario para su válida constitución que la otra parte emita una declaración de voluntad,
- Es personalísimo, sin que quepa la posibilidad de que su otorgamiento sea delegado a un tercero,
- Es recepticio, implicando la necesidad de que se de a conocer a la otra persona el negocio jurídico y su contenido,
- Es inter vivos, produciendo efectos durante la vida de quien lo otorga,
- Es solemne, puesto que presupuesto para su validez es que esté reflejado en escritura o documento público, sin necesidad de que sea un documento exclusivamente tutelar, y

- Es revocable, siendo posible su cesación con el cumplimiento de determinados requisitos.

El planteamiento de la autotutela está motivado por la propia institución de la tutela y, por lo tanto, encuentra su fundamento en el papel que ésta pretende desempeñar.

Con esto nos referimos a que, si el Código Civil contempla la posibilidad de que el tutor sea designado por personas ajenas a la institución familiar, por los padres, por aquellos con edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años e incluso por los enajenados mentalmente, esta opción debe reconocerse también a la persona que disponga totalmente de su capacidad de obrar y facultades intelectivas y cognitivas inalteradas en vista de la pérdida de las mismas que pudiera experimentar; teóricamente no hay nadie mejor que la propia persona para llevar esto a cabo.

Podríamos resumir su fundamento como “la facultad de autorregulación que el ordenamiento jurídico reconoce”<sup>6</sup>. De una manera más extensa, podríamos decir que su fundamento radica también en el libre desarrollo de la personalidad recogido por nuestro texto constitucional<sup>7</sup>.

El fundamento así tiene tres perspectivas<sup>8</sup>:

- La vertiente moral, para que la persona pueda optar por cómo afrontar la última parte de su vida.
- La vertiente psiquiátrica, para preservar al máximo los derechos y facultades de la persona.
- La vertiente jurídica, por el posible apoyo de la autotutela en el texto constitucional y la similitud con regulación que ya existe en nuestro Código Civil.

El principio que inspira la autotutela no es otro que el respeto a la autonomía de la voluntad, motivado en gran parte por la dilatación de la esperanza de vida y el consecuente envejecimiento de la población.

---

<sup>6</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “El Artículo 223.2º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, págs. 861-886.

<sup>7</sup> El artículo 10 de la Constitución Española de 1978 recoge lo siguiente “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

<sup>8</sup> DURÁN CORSANEGRO, Emilio. “*La autodelación...*” vid. pág. 159 y BERCOVITZ, Rodrigo. *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, 1976, pág. 35.

Pero en lo relativo a la cuestión del fundamento tenemos que dejar claro que esta facultad de autorregulación, esta capacidad de autogobierno de la persona es uno de los haberes jurídicos más valiosos que hay que proteger para evitar su eventual pérdida; de ahí la necesidad del reconocimiento de la autotutela que estamos tratando, puesto que con ella se incorporaría una mayor protección en este ámbito.

Como añadido, llegan incluso a mencionarse las herencias en favor del alma como análogas a la autotutela en cuanto a su fundamento por SÁNCHEZ TORRES, que, sin embargo, no es una postura demasiado extendida<sup>9</sup>.

Para terminar de delimitar la figura de la autotutela, hay que hacer referencia a su naturaleza jurídica, aunque tras definirla resulte bastante obvio.

Guarda similitudes con el mandato y el testamento, y entendemos que se trata de un negocio jurídico del Derecho de familia que busca satisfacer dos intereses; por un lado, el familiar y, por otro lado, el social.

Así, encuadramos la autotutela en el campo del Derecho de Familia y ciertamente relacionado con el Derecho Privado; pero siempre contando con un amplio margen facultativo cuyo límite radica en el bien o favor del interesado y contando con el amparo de la autoridad judicial. No obstante, podemos encontrar manifestaciones en el ámbito del Derecho Público.

Además, es cierto que, tras la última reforma operada, su naturaleza se extiende más allá de la rama del Derecho que hemos mencionado, pudiendo ser regulada por el Estado, y quedando por lo tanto incluida en el espacio en que convergen los derechos público y privado.

Una vez ofrecida esta imagen general, vamos a proceder a profundizar en el amplio y relativamente nuevo mundo de la autotutela, sus particularidades y cuestiones que de ella se derivan.

## **2. SURGIMIENTO, ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN**

Es indudable que el antecedente directo más próximo es la tutela, definida como una figura de creación jurídica que tiene por objeto la guarda de una persona y los bienes

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ TORRES, Eloy. “Una nueva modalidad...” vid. pág. 348.

que pudiese tener para aquellos casos en que dicha persona sea incapaz de autogobernarse por su condición de menor de edad o discapacitado.

Al no estar incluida en la redacción original de nuestro Código Civil de 1889, parece bastante claro que la autotutela es una modalidad de tutela por así decirlo, pues es de esta institución de la que se deriva la idea que inspira el objeto de nuestro trabajo; aunque verdaderamente, el hecho que provoca que alguien se plantee la cabida que podría tener la autotutela en nuestro ordenamiento jurídico es un caso que surge en el marco de la justicia rusa protagonizado por Ivon Cnimzo.

Este joven era un ciudadano ruso que por causas hereditarias padecía una enfermedad degenerativa provocadora de trastornos de capacidad cuyos efectos no se manifestaron hasta los veinticuatro años en su caso, si bien es cierto que debían haberse acusado antes, y que desde el momento en que cumple los dieciocho años y adquiere la mayoría de edad, toma la decisión mediante documento, de nombrar tutor a un vecino y amigo suyo con las siguientes palabras: “Por si en mi naturaleza encuentra exteriorización, en su día, la enfermedad, en mi probablemente latente, de mis padres, yo, ciudadano ruso, mayor de edad, declaro mi deseo de que si algún día es preciso someterme a curatela privada, sean mis tutores...”<sup>10</sup>.

La cuestión a la que se pretende dar respuesta es la siguiente: ¿puede una persona designar para el futuro su propio tutor? Encontramos aquí el punto de partida a una novedosa realidad práctica que jamás se había presentado hasta ese momento y que interesa a toda ordenación jurídica; ya no solo a la rusa encargada de resolverla, favorablemente por cierto, sino que llega hasta nuestro sistema, pasando por otros, haciendo que SÁNCHEZ TORRES la plantee y, como ya hemos dicho antes, presente el término como tal.

La primera respuesta a este interrogante la podemos observar en el Código Civil suizo de 1907 que contiene expresamente la posibilidad de nombrar tutor para sí mismo en el artículo 372, prevista para los casos en que la persona se torne incapaz de gestionar sus bienes y sus asuntos por motivo de senilidad, enfermedad o inexperiencia, literalmente<sup>11</sup>.

En nuestro país, a partir del año 1924 observamos, a través de una Real Orden, un creciente interés por la inclusión de esta institución en el ordenamiento jurídico español, seguida de otras propuestas posteriores que nos conducen al estudio realizado por autores

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ TORRES, Eloy. “Una nueva modalidad...” vid. pág. 346.

<sup>11</sup> El extracto literal y completo del Código Civil suizo dice lo siguiente: “Tout majeur peut demander sa mise sous tutelle, s’il établit qu’il est empêché de gérer convenablement ses affaires par la suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience”, cuya traducción se corresponde con lo explicado arriba.

de la talla de DÍEZ-PICAZO o BERCOVITZ<sup>12</sup> para la reforma del Código Civil en lo referente a este tema, señalándose como nada nimia la opción de la autotutela. La justificación de la idea de “tutela fiduciaria” así referida por estos primeros autores, surge de la posibilidad que contemplaba ya nuestro Código de que unos extraños pudieran nombrar tutor al menor o a la persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente en virtud de determinados preceptos, así como los menores de edad y mayores de catorce años, e incluso los dementes; ¿no podrá también hacerlo la propia persona de que se trate?

Según hemos podido comprobar, este estudio no llega a cristalizar en la reforma del Código Civil de 1983.

Algunas de las razones pueden ser una probable captación de la voluntad del sujeto y el hecho de que ya exista, paralelamente a la autotutela, una posibilidad de autolimitación de la capacidad para personas afectadas de toxicomanía o alcoholismo y extendiéndose hasta las afectadas de senilidad, que implica una pérdida progresiva de capacidades.

Se plantea entonces un intenso debate que puede resumirse con el contenido de los argumentos de defensores y detractores. Quienes defienden su inclusión<sup>13</sup> alegan motivos tales como el completo respeto a la libertad personal y protección de los intereses del sujeto, así como una concreción de la facultad para designar tutor que tienen los padres, pero matizada. Además, guarda importantes semejanzas con la designación testamentaria del tutor concebida como cuasi-testamento.

Quienes la rechazan<sup>14</sup>, por su parte, aducen argumentos como la innecesariedad de incorporar una figura como la autotutela porque ya se cuenta con mucha legislación al respecto, el riesgo de captación de voluntad ya mencionado antes y la falta de situaciones reales a las que pueda ser aplicada.

Lo que opera esta reforma es una flexibilización del concepto de tutela.

Sin embargo, aunque en este momento la autotutela no es admitida, no nos encontramos con una negativa radical a su inclusión; no está prevista, pero tampoco se prohíbe.

---

<sup>12</sup> BERCOVITZ CANO, Rodrigo, DÍEZ-PICAZO, Luis, ROGEL VIDE, Carlos, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

<sup>13</sup> BADOSA COLL, Ferrán. “La autotutela”. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Verdejo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1933, pág. 910 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165.

<sup>14</sup> LÓPEZ SANZ, Salvador. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión del 11 de mayo de 1983, núm. 27, pág. 2658 y NAVARRETE MERINO, Carlos. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión del 18 de mayo de 1983, núm. 29, pág. 2682.

Así, no es hasta el año 2003 y a propósito de la declaración por el Consejo de la Unión Europea del Año de las personas con discapacidad, cuando se incluye, en virtud de lo dispuesto en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria<sup>15</sup>, la figura de la autotutela tras una simplificación de instrumentos jurídicos para su integración, previendo más ventajas que las que veníamos conociendo en favor de los discapacitados y sobretodo novedosa en los mecanismos de protección patrimonial para éstos con el régimen de patrimonio protegido; inclusión que no habría sido posible de no haber sido por los esfuerzos de sus defensores<sup>16</sup>, mencionando a RIVAS MARTÍNEZ, DE COUTO ÁLVAREZ, BADOSA COLL, CASTILLO TAMARIT y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ entre otros.

Además, con posterioridad al año 2003, la autotutela ha sido también recogida por los derechos civiles aragonés<sup>17</sup> y gallego, ambas en 2006.

Mención aparte merece el hito que implica la Ley 11/1996, de 29 de julio, de la Generalidad de Cataluña, que modificaba los artículos 4 y 5 de la Ley de 1991 de Tutelas e Instituciones Tutelares, y que fue la primera en admitir la autotutela en nuestro país, pudiendo ser considerada por lo tanto como antecedente. Esta Ley sin embargo es modificada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña<sup>18</sup>, relativo a la persona y la familia, y es la que regula estas cuestiones hoy en día.

Así, la delación voluntaria o autotutela aparece por primera vez en el Código de Familia catalán de 1998, armonizador de todas las normas en materia de Derecho de Familia que habían ido surgiendo en la realidad social catalana desde 1991, y a ella se dedican actualmente, tras la reforma, los artículos 222-4 y siguientes del Libro Segundo del mismo<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, “BOE” núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, BOE-A-2003-21053.

<sup>16</sup> BADOSA COLL, Ferrán. “La autotutela...” vid. pág. 910, DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María. “Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, págs. 17-30, CASTILLO TAMARIT, V. José. “Tutela. Autotutela. Protección de menores”. *Revista jurídica del notariado*, núm. 39, 2001, págs. 39-54, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 85 (mes 12), 2001, págs. 937-974 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165.

<sup>17</sup> En Aragón no se habla de autotutela sino de “delación hecha por uno mismo” y basada en la máxima latina *standum est chartae* (estar al pacto escrito).

<sup>18</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

<sup>19</sup> Ver tabla en el ANEXO I al final del trabajo.

Por supuesto, los fundamentos que motivaron la incorporación de esta figura no son otros que la ya mencionada autonomía de la voluntad para disponer legalmente de la autorregulación del cargo tutelar y un equilibrio en el control judicial que se ejerce con posterioridad al nombramiento, concebido como una medida previsoras. Estos fundamentos coinciden con los objetivos del plan integral de la gente mayor previsto por el Gobierno de la Generalidad.

Además, en este Código se contempla la creación voluntaria de un consejo de tutela para estos casos en que la persona decide designar para sí un tutor; esto es, un grupo de personas -tres miembros como mínimo, nombrados por la autoridad judicial en el acto de constitución de la tutela, y que se reúnen al menos una vez al año- que sustituyen en ocasiones la intervención judicial en el control de la persona del tutor y pueden conceder la autorización judicial en algunos actos donde se necesite. Este consejo, por lo tanto, es el encargado de velar por el buen hacer de las funciones tutelares en las esferas tanto patrimonial como personal.

En cualquier caso, lo común -y curioso- a la legislación estatal y las autonómicas es que no se ofrece una definición de autotutela propiamente dicha en ninguno de sus cuerpos legales.

Por otro lado, en el panorama europeo<sup>20</sup>, nos encontramos cómo Francia, nuestro vecino más inmediato, también ha incluido la autotutela de manera reciente, hablando en términos jurídicos.

La reunión del Congreso de Notarios de Francia celebrada en 2006 lleva a los legisladores franceses a darse cuenta de que su *Code* está ciertamente obsoleto si lo comparamos con otros países de la Unión Europea en cuestiones referentes a la protección de incapaces.

Un afán por encontrar medidas alternativas al procedimiento de incapacitación junto a la creciente importancia en este país de la autonomía de la voluntad, nos conducen directamente a la aprobación de la Ley de 5 de marzo de 2007 en que se introduce la autotutela como medida de protección jurídica en su artículo 448, y cuyos destinatarios serán personas vulnerables (mayormente menores, dependientes y personas en riesgo de

---

<sup>20</sup> En Europa nos encontramos con que con posterioridad a 2003, Italia decide en 2004 introducir la *amministrazione di sostegno* en este ámbito de derechos de la persona relacionados con la autonomía de la voluntad, que sin llegar a ser una autotutela habla de la designación de un administrador de apoyo por parte del propio interesado, regulando también la figura de tutor prohibido.

exclusión social), mayores protegidos, incapacitados y personas que en definitiva se encuentren imposibilitadas para cuidar por sí mismas de sus propios intereses<sup>21</sup>.

Al estudiar la cuestión del surgimiento, tendemos evidentemente a comparar con países no sólo de nuestro entorno en Europa<sup>22</sup>, sino también a nivel internacional.

De la comparación podemos observar que países como Argentina, Canadá, Estados Unidos y Japón regulan figuras distintas y aproximadas<sup>23</sup>, sin proteger por lo tanto la totalidad del contenido al que se refiere nuestra autotutela, lo que nos sitúa un paso por delante ofreciendo una salvaguarda más completa sobre la autonomía de la voluntad que la que estos países arrojan.

### 3. ELEMENTOS DE LA AUTOTUTELA Y CLASES

Partiendo del concepto que hemos dado de autotutela, es indiscutible que ha de estar formada por una serie de elementos que vamos a distinguir, según sean formales o personales, y que van a venir determinados en gran medida por el artículo 223 del Código Civil.

#### 3.1 ELEMENTOS FORMALES

---

<sup>21</sup> El tenor literal de este artículo 448 dice lo siguiente “la désignation par une personne d’une ou plusieurs personnes chargées d’exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour les cas où elle serait placée en curatelle ou tutelle s’impose au juge”, que expresa el sentido literal de la autotutela como nosotros la conocemos.

<sup>22</sup> En Alemania existe, desde 1992, la figura del Betreuung o asistencia. Sirve para designar un asistente por el interesado mayor de edad que no pueda valerse por sí mismo y que completaría las funciones del propio interesado para compatibilizarse con el sentido y contenido de la sentencia de incapacitación. Es utilizada con carácter general para los casos de accidente o enfermedad.

Inglaterra rellena un vacío legal existente dentro de esta parte relativa al derecho de la persona a la que da el nombre de enduring powers of attorney, expresión que corresponde a un tipo especial de poder de representación que reuniendo los requisitos que la ley establece para su validez, permanece vigente hasta que el poderdante devenga mentalmente incapaz con posterioridad a su otorgamiento.

<sup>23</sup> Argentina optó, a falta de regulación legislativa como tal, por utilizar la figura del fideicomiso, no demasiado conveniente en muchos de los supuestos porque implica una transmisión de bienes no siempre recomendable.

Canadá contempla desde 1994 una opción de mandato en el artículo 2166 que consiste en que la persona mayor de edad, previendo su inaptitud para cuidar de sí mismo o administrar sus bienes, podrá otorgar un mandato en acto notarial o delante de testigos para regular estos aspectos, subordinado a su incapacitación.

Estados Unidos cuenta desde 1991 con la Assistance, que será lo que más adelante se llame testamento vital y permite al interesado determinar qué tratamientos desea o no recibir en caso de ingreso hospitalario de no poder decidir por sí mismo.

Japón, por su parte, también resuelve contemplando la figura del fideicomiso, que tiene la desventaja de la transmisión inminente de bienes, pero una reforma de ésta permite prestarle especial atención a la voluntad del tutelado, para que pueda nombrarse un protutor y que permite también que el incapaz pueda anular lo actuado para recuperar su capacidad.



Los elementos formales u objetivos de la autotutela, que podemos inferir de su definición en el articulado, son que ésta ha de realizarse en documento público notarial, como la escritura pública -que otorga seguridad-, y que ha de estar sometida a un régimen de publicidad mediante la inscripción de ésta en el Registro Civil por el notario que corresponda. De todas maneras, el Juez ordena en los casos de incapacitación que se compruebe si existe una tutela ya prevista para el discapacitado.

Tenemos que destacar la preferencia por la utilización del documento público notarial al testamento, que queda descartado, pues nos ofrece una serie de ventajas entre las cuales podemos contar con una más fácil armonización y los efectos que pudiera tener en la vida de los progenitores.

Coincidiendo con los caracteres de la autotutela, ha de ser un negocio jurídico inter vivos, quedando así excluidos testamentos como el cerrado y el ológrafo, siendo el abierto objeto de duda según el sector de la doctrina al que nos dirigamos<sup>24</sup>.

### 3.2 ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales o subjetivos, por otro lado, tienen como base la convergencia en el sujeto disponente de capacidad de obrar suficiente, que evidentemente viene determinada en parte por las condiciones naturales de la persona como la edad, que proporciona discernimiento y capacidad para comprender y querer lo que se hace. Son los elementos intelectual y volitivo.

Relativo a la edad, se considera de manera extendida que tendrán estas capacidades de obrar plenas aquellos mayores de catorce años, considerando que la tienen igualmente aquellos mayores de doce años con suficiente juicio cuyo consentimiento para su adopción fuese necesario o también para solicitar que subsistan los vínculos que pudiera tener con su familia materna o paterna; si el consentimiento tiene importancia en estos casos y con esta particularidad de la edad, podrán disponer para sí mismos la autotutela<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Lo defienden autores como CAMPO GUERRI y SERRANO GARCÍA. CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. “La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad.” *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, págs. 24-25, y SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Autotutela*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pág. 71.

Lo rechazan autores como BUSTO LAGO y VAQUER ALOY. BUSTO LAGO, José Manuel. “La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”. *Revista Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, págs. 994-1020 y VAQUER ALOY, Antoni. “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”. *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2004, págs. 1859-1865.

<sup>25</sup> CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato de alimentos”. *Academia sevillana del notariado, Conferencias del curso académico 2004-2005*, tomo XVI, vol.2, Edersa 2008, pág. 216.

En cualquier caso, no hay un concepto claro y definido del término “suficiente” en este sentido, se supone que hay que estar al caso concreto y valorar individualmente las situaciones.

Se entiende que nos referimos a los casos en que esta capacidad se ve restringida parcialmente sin que se pierda, o cuando la modificación de la capacidad no afecta de manera directa a estas facultades, permitiéndoseles también a los discapacitados que las conserven<sup>26</sup>.

Pero ¿qué establecen las legislaciones extranjeras, por ejemplo, la francesa, sobre la capacidad de obrar suficiente? Si bien es cierto que el Proyecto de Ley que desemboca en la Ley de 2007 se refería a esta capacidad de obrar como aquella propia de las personas “capaces” sin entrar a definirla con más detalle, finalmente en la propia Ley los términos “capaz” e “incapaz” se suprimen por comportar un matiz discriminatorio. Esto en realidad no hace sino dificultar la tarea de los Notarios, que fruto de una interpretación extensiva, deberán apreciar la capacidad en cada caso.

### **3.3 CLASES DE AUTOTUTELA**

Así identificados los elementos, podemos pasar a hablar de las clases de autotutela. A quien afecta es a la persona a la que se nombra, al nombrado. Los distintos autores<sup>27</sup>, se refieran a la autotutela ya sea con este mismo nombre, sea como tutela fiduciaria, legítima o dativa, por ejemplo, distinguen entre la positiva y la negativa -activa y pasiva para la legislación catalana-.

#### **3.3.1 Autotutela negativa**

La autotutela negativa, en primer lugar, se encarga de excluir a ciertas personas de poder desempeñar cargos tutelares por petición expresa de la persona que dispone<sup>28</sup>. Podrá excluirse aisladamente bien a una persona o bien a varias, pero siempre de manera expresa y no genérica, pudiendo preverse para cuando concurren unas circunstancias, pero no otras, y no siendo exigible expresar la causa que motiva la decisión de exclusión. Sin embargo, es aconsejable que la decisión de exclusión y el ejercicio de esta autotutela negativa se motiven.

---

<sup>26</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina. “Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015, pág. 346.

<sup>27</sup> CREHUET DEL AMO, Diego María. “La tutela...” vid. págs. 8-9 y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “El Artículo 223.2º del Código...” vid. pág. 862.

<sup>28</sup> Ver ejemplo de escritura de autotutela negativa en el ANEXO II al final del trabajo.

No es, entonces, sino la oposición de que una persona ejerza para otra el cargo de tutor sin su consentimiento, no pudiendo imponérsele. Podemos acudir a la STS de 30 de septiembre de 2014<sup>29</sup>, por ejemplo, para encontrar esta exclusión<sup>30</sup>. Doña Olga es desde un primer momento declarada incapacitada parcialmente para actos de contenido patrimonial y salud, incapacitación solicitada por su hija, en la que también pide que se la nombre tutora de su madre. Nombrada su hija tutora, Doña Olga interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación expresando abierta y claramente su voluntad de preferir a su hijo, voluntad apreciada por el Juzgado de Primera Instancia que conduce a una estimación de este motivo y al nombramiento su hijo como tutor. La propia sentencia dice lo siguiente: “la voluntad de Doña Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija. Es (...) la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como Doña Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial, y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida”<sup>31</sup>.

### 3.3.2 Autotutela positiva

La autotutela positiva, en segundo lugar, es la que, no señalando exclusiones para desempeñar el cargo tutelar, determina al designado teniendo que reunir éste la capacidad necesaria para ser tutor. Además, como en el caso anterior, podrá designarse tutor a una o varias personas, con particularidades que trataremos más adelante<sup>32</sup>.

El tutor podrá ser persona física, en la medida en que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no se encuentre inmerso en causa penal alguna, pero también persona jurídica, debiendo reunir unos requisitos más específicos: ha de ser una persona jurídica de cualquier tipo siempre que se encuentre dentro de las reconocidas por ley y creada conforme a la misma, sin perseguir fines lucrativos y que busque entre tales fines el amparo de menores y personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente. Además, tiene que estar constituida en el momento de su designación.

---

<sup>29</sup> STS de 30 de septiembre de 2014 (RAJ\2014\4864).

<sup>30</sup> Otro ejemplo de exclusión y tutela negativa lo encontramos en la SAP de Barcelona de 20 de julio de 2016, (ROJ SAP B 7730/2016).

<sup>31</sup> Extracto literal de la STS de 30 de septiembre de 2014 (RAJ\2014\4864).

<sup>32</sup> Ver modelo de escritura de autotutela positiva en el ANEXO III al final del trabajo.

Ambas son aceptadas en el marco de nuestro derecho, siendo utilizada muchas veces la negativa por simples razones de utilidad, aunque también se contemplan supuestos de inhabilitación o interdictos para desempeñar de todo punto la función tutelar.

#### **4. LA AUTOTUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL**

Como venimos observando del resto de trabajo, la figura de la autotutela no es incluida por nuestro Código Civil hasta la reforma de 2003, introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad<sup>33</sup>.

Su principal fin es la mejora de la protección de las personas de esta condición con los recursos legales que se ponen a su disposición. Así, con el artículo 9 de esta Ley, asistimos a una revisión, con su posterior reforma y ampliación, de determinados artículos de nuestro Código Civil, dirigida en especial al Título X de éste y dentro, al Capítulo II. Nos referimos a los artículos 223 y 234 sobre todo.

Empezamos primero por el artículo 223 del Código Civil. Este artículo venía señalando que los padres podían nombrar tutor para sus hijos u otorgar disposiciones para la administración de persona y bienes de éstos de ser menores o incapacitados. A raíz de la reforma, sufre una ampliación, que personalmente encuentro bastante significativa, con la inclusión de otros tres párrafos que prevén otras alternativas y disponen lo siguiente:

"Asimismo, 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. Los documentos públicos a los 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"<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ley 41/2003, "BOE" núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, BOE-A-2003-21053.

<sup>34</sup> Extracto del artículo 223 del Código Civil.

Por supuesto, se pone en evidencia aquí el contenido de la figura de la autotutela y se reitera la afirmación de que nadie mejor que el propio interesado para la designación de tutor en el caso de devenir incapaz.

Gran peso tiene en esta nueva redacción la importancia de enfermedades degenerativas, ampliamente respaldada por las autoridades judiciales, y la posibilidad se da ya no sólo a los mayores de edad, sino también a los menores, con determinadas particularidades que ya hemos referido<sup>35</sup>, y también a las personas especialmente mayores.

El artículo 234, por su parte, es el encargado de perfilar el orden de prelación para el nombramiento del tutor. Actualmente su redacción es la siguiente:

“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3º. A los padres.

4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o de la persona con la capacidad de obrar judicialmente modificada así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”<sup>36</sup>.

El primer punto, que da preferencia al nombramiento del tutor designado por el propio tutelado, es la novedad que se incluye, matizando la idea del anterior artículo mencionado. Con carácter previo a esto, el orden era el mismo, pero con la sustitución del actual primer punto por el segundo, el segundo por el tercero y así sucesivamente. La práctica de este artículo no suscita demasiados problemas, pues la única dificultad reside en la correcta aplicación del orden de preferencia establecido.

Es cierto que en el cuerpo del Código no se ofrece una definición de autotutela, pero vemos su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico analizando estos dos preceptos, que

---

<sup>35</sup> CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato...” vid. págs. 212-216 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165.

<sup>36</sup> Artículo 234 del Código Civil completo.

la configuran arrojando los elementos tanto personales como formales que la conforman y que hemos referido antes.

Y es cierto también que la presencia judicial es importante, porque se necesita de su aprobación, pero hay que decir que existe una tendencia bastante reiterada de favorecer la delación o nombramiento voluntarios, pues se respetará íntegramente la voluntad de quien designa. Ahora bien, en caso de que haya necesidad de alterarla, se intentará interferir o modificarla lo menos posible.

Se pone de manifiesto en estos casos la imperiosa necesidad, por así decirlo, de que la autoridad judicial competente verifique las circunstancias del caso concreto -aunque se respete la voluntad del interesado de nombrar él mismo un tutor- cuando medie un intervalo de tiempo muy reducido entre la designación realizada por el interesado y la interposición de demanda para su incapacitación, o cuando el interesado tiene en su haber un patrimonio ciertamente relevante.

Además, esta reforma de la que hablamos también opera una modificación en el artículo 239 de nuestro Código Civil, encargado de establecer una condición de protección para cuando faltase nombramiento del tutor. Se le añade un nuevo párrafo para garantizar el contrato social, ciertamente subsidiario, que cumplirían los organismos públicos llegados estos casos y que tiene su proyección en el propio texto constitucional.

De cualquier manera, la autotutela no implica la tutela efectiva del sujeto que designa, sino la posibilidad para el caso de que pierda sus facultades cognoscitivas, o que éstas resultasen anuladas; sólo cobrará efecto a partir de la sentencia de incapacitación, de la declaración de incapacitación<sup>37</sup>.

#### **4.1 COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA 41/2003**

Ahora, vamos a proceder a analizar la tarea interpretativa de estos añadidos que se han incorporado a nuestro articulado. Multitud de autores se han encargado de realizar comentarios al Código Civil, y más concretamente a partir de la reforma operada en 2003. Podemos contar entre ellos a DOMÍNGUEZ LUELMO, PASQUAU LIAÑO, CAÑIZARES LASO o SIERRA GIL DE LA CUESTA entre otros.

---

<sup>37</sup> El extracto literal de la SAP de A Coruña de 14 de noviembre de 2007 (AC\2008\278) ilustra perfectamente la necesidad de que medie sentencia de incapacitación cuando prevé lo siguiente: "... consideramos aplicable la Disposición Transitoria 1ª, y por tanto la validez de la designación efectuada por el Sr. Vicente en la escritura pública mencionada (autotutela), en tanto que el hecho determinante del nacimiento del derecho no fue aquella designación, sino que lo ha sido la declaración de incapacitación pues es a partir de ésta y de la conclusión de que el otorgante debe ser sometido a tutela, cuando ha de entrar en juego bien la designación hecha por él mismo."

#### 4.1.1 El artículo 223

Si tomamos la Jurisprudencia Civil Comentada dirigida por PASQUAU LIAÑO, las encargadas de comentar los artículos que nos incumben son GONZÁLEZ PACANOWSKA y SILLERO CROVETTO<sup>38</sup>.

En cuanto al artículo 223, observamos cómo ambas encuentran en la SAP de Navarra de 14 de junio de 2005<sup>39</sup> el concepto y presupuestos de la autotutela, que queda definida claramente<sup>40</sup>. Con motivo de ejemplificar las funciones que esta figura implica, mencionan la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2003<sup>41</sup>; se muestra aquí cómo ha de respetarse, por presumirse válido y eficaz, el nombramiento de tutores realizado en escritura pública por la declarada incapaz en el ejercicio de la posibilidad que ofrece la delación realizada por uno mismo.

En la misma línea, GASPAR LERA<sup>42</sup>, quien se ocupa del comentario de los artículos relativos a la autotutela en el Código Civil comentado dirigido por CAÑIZARES LASO, también presenta el artículo 223 como el fundamento de la autotutela y manifiesta su pertinente inclusión en nuestra regulación con los requisitos de validez necesarios para la misma y la eficacia que esta puede conseguir.

Además, O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>43</sup> en su Código Civil comentado, coincide con el mismo sentido que estas autoras han venido dando a este artículo y se suma a ellas. Evidencia que esta figura de la autotutela es una concesión a la autonomía privada de notable importancia, incidiendo en el hecho de que no hay que confundir nombramientos con designaciones: los padres y los interesados podrán realizar designaciones, pero quien constituye la tutela y hace el nombramiento es siempre el Juez. También, relativo a la vinculación del Juez por el contenido de la autotutela, ésta queda supeditada al beneficio del menor o de la persona con la capacidad de obrar judicialmente modificada, siguiendo una interpretación literal del artículo 224, del que no puede deducirse otra cosa.

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL y SILLERO CROVETTO, BLANCA. *Jurisprudencia Civil comentada* dirigida por Miguel PASQUAU LIAÑO. Granada: Comares, 2009.

<sup>39</sup> SAP de Navarra de 14 de junio de 2005 (AC\2005\1813).

<sup>40</sup> Alude a la capacidad de obrar suficiente a la que venimos refiriéndonos a lo largo de todo el trabajo. Lo que de ella se extrae no es sino la reiteración de las capacidades volitivas e intelectivas, también reconocidas para menores mayores de catorce años e incapacitados disponentes de su capacidad natural.

<sup>41</sup> SAP de Barcelona de 22 de abril de 2003 (ROJ SAP B 3416/2003).

<sup>42</sup> GASPAR LERA, SILVIA. *Código Civil comentado* dirigido por Ana CAÑIZARES LASO. Navarra: Aranzadi SA y Thomson Reuters (Civitas), 2011.

<sup>43</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016.

SERRANO ALONSO<sup>44</sup>, por su parte, es el encargado del estudio y análisis de los artículos que nos ocupan en el Comentario del Código Civil coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA. Este autor se refiere al contenido del artículo 223 de una manera más pesimista, ya que contempla que en la autotutela la situación de hecho es atípica por sobrevenir después de que el futuro incapaz haya adoptado las previsiones que hubiese estimado convenientes, y esto le hace dudar del buen resultado de esta norma. Sin embargo, resume de una manera similar a las dos anteriores el funcionamiento del artículo, aunque sí que se refiere a la modificación de éste como superflua por estar ya contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente en sus artículos 775 y 759.

#### 4.1.2 El artículo 234

Respecto del artículo 234, SERRANO FERNÁNDEZ<sup>45</sup>, quien comenta los Comentarios al Código Civil dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, considera fundamental la idea de la auto designación de tutor por la propia persona junto con la posibilidad judicial de alterar el orden establecido si así beneficia a dicho interesado. Además, añade que, en el caso de los menores, es beneficioso que el tutor designado se introduzca y se integre en la vida familiar, habiendo de ser tenido en cuenta en cualquier caso por la autoridad judicial encargada.

No es infrecuente encontrar resoluciones de sentencias que se alejan del orden de prelación que se predica del artículo comentado, y esta autora menciona por ejemplo el AAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2001<sup>46</sup> cuando se confiere el cargo tutelar a una tía por línea materna sin estar ésta contemplada de manera explícita en el tenor literal del precepto. Sin embargo, como este caso encontramos numerosos otros, porque como ya hemos adelantado antes, hay que estar al caso concreto con las circunstancias que de él puedan derivarse<sup>47</sup>.

GONZÁLEZ PACANOWSKA y SILLERO CROVETTO poco añaden, porque consideran que el contenido objetivamente es el que de su lectura se extrae. Con la misma

---

<sup>44</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. *Comentario del Código Civil* dirigidos por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Barcelona: Bosch, 2006.

<sup>45</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, María. *Comentarios al Código Civil* dirigidos por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO. Valladolid: Lex Nova S.A.U., 2010.

<sup>46</sup> AAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2001 (ROJ AAP Z 88/2001).

<sup>47</sup> Otro caso al que podemos referirnos es el de la SAP de León de 4 de abril de 2014 (JUR\2014126172), en la que el orden de preferencia de tutores basando en la actual convivencia de la interesada con uno de sus hijos no coincide con quien ella había expresado y convenido para que fuese su tutor. En este caso, la falta de acreditación expresa por parte de la interesada de esta voluntad lleva a desestimar el recurso por el que se solicitaba la tutela de otros de sus hijos atendiendo así a su propio beneficio.



finalidad ilustrativa que en el caso anterior, añaden a la jurisprudencia relativa al artículo 234 la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de junio de 2004<sup>48</sup>, que arroja luz sobre el orden de preferencia en los nombramientos, consistiendo simplemente en aplicarlo respetando los intereses de la persona.

Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ interpreta el orden de prelación de este artículo como una indicación dependiente de la libre discrecionalidad del Juez y que mucho tiene que ver con el beneficio que atribuye a la autotutela.

La diferencia la marca SERRANO ALONSO, que señala cómo concibe que la tutela empieza con el nombramiento del tutor en lugar de ser una figura que pone fin a un proceso, distinguiéndola así de la delación, que no es sino una designación para el eventual caso de que quien hay sido nombrado tutor pueda desempeñar dicha función tutelar. Además, señala cómo la tutela actualmente es únicamente judicial, frente a la triple posibilidad -legítima, testamentaria y dativa- que existía antes de la reforma de 1983, salvo en los casos de menores desamparados.

Vemos así cómo esta tutela judicial se corresponde con el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el juez para el nombramiento del tutor.

Observamos un enfoque negativo por parte del autor, quien piensa que el sistema de preferencias ahora establecido no tiene demasiado sentido, pues a su juicio acudir a éste, en gran medida vinculante para el juez, hace más difícil que la persona designada, y finalmente nombrada, sea la idónea en base a razones afectivas y de convivencia, pues sólo podrá él alterar orden de nombramientos de manera justificada cuando la primera persona a quien se pretendiera nombrar no reuniese los requisitos; se pasa entonces al nombramiento de las designadas en el siguiente llamamiento y no aquellas que él estimase oportuno por razones de idoneidad y beneficio del tutelado. De cualquier manera, se realizan excepciones dentro del orden de llamamientos no pudiendo ser designados tutores, por ejemplo, en el caso del apartado 2 "*cónyuge que conviva con el tutelado*", el cónyuge separado de hecho o aquel que por cualesquiera otras causas no conviva con el tutelado.

Sin embargo, en contraste con la opinión de SERRANO ALONSO y coincidiendo con la del resto de autores mencionados, GASPAR LERA contempla como lógico el orden de preferencia para el nombramiento del tutor acudiendo al argumento ya conocido de "nadie mejor que la propia persona para designar a su tutor". A priori se tratará de alguien que

---

<sup>48</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de junio de 2004 (ROJ SAP TF 1434\2004).

cuenta con la confianza del futuro tutelado y con quien éste comparte lazos afectivos, quedando resuelta la cuestión de la idoneidad. Además, se matiza que lo que pretende este artículo es, primero, un respeto al orden establecido ilustrado con la SAP de Navarra de 9 de febrero de 2009<sup>49</sup>, y segundo, un respeto de las circunstancias excepcionales que viene dado por una alteración justificada de dicho orden motivada sólo por el beneficio e interés del tutelado, y ejemplo de ello encontramos en la SAP de Madrid de 30 de abril de 2008<sup>50</sup>. El juez no puede desconocer el orden de prelación, está claro, pero de hacerlo debe justificarlo y motivarlo, pudiendo llegar a prescindir de todas las personas señaladas en el propio artículo 234, supuesto bastante infrecuente, recogido por ejemplo en la SAP de Badajoz de 21 de diciembre de 2010<sup>51</sup>.

#### 4.1.3 El artículo 239

Por último, vamos a mencionar el artículo 239 del Código Civil, cuyo contenido se aparta ligeramente de la autotutela que estudiamos, pero trata un tema tan importante como la tutela de menores en situación de desamparo.

El Código Civil dispone lo siguiente:

- “1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.
2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste. En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.
3. Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela.”

Los autores que he analizado coinciden en el sentido en que interpretan este precepto, observando cómo es una tutela estatal o pública, y una figura esencial para el caso de

---

<sup>49</sup> SAP de Navarra de 9 de febrero de 2009 (ROJ SAP NA 599/2009).

<sup>50</sup> SAP de Madrid de 30 de abril de 2008 (ROJ SAP M 9302/2008).

<sup>51</sup> SAP de Badajoz de 21 de diciembre de 2010 (JUR\2010\69345).

menores en situación de desamparo, cuya tutela se ofrece generalmente a entidades especializadas para tal función.

No inciden demasiado sobre él, ya que contemplan como innecesaria una reforma de este por ser su contenido similar al del artículo 172 del Código Civil, para no redundar en el mismo.

#### **4.2 BREVE RECAPITULACIÓN**

Si bien es cierto que la autotutela es una figura bastante nueva y reciente en nuestro sistema, encontramos nutrida jurisprudencia al respecto que nos explica el porqué de su inclusión. Si algo empieza a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico es porque se reitera y nace una acuciante necesidad de regularlo: de ahí que haya sentencias en las que se hace referencia a esta figura, aunque sin denominarla autotutela como tal.

Una de las más importantes que podemos destacar una vez introducida con el nombre que recibe ahora es la SAP de Barcelona de 17 de junio de 2008<sup>52</sup>, y su contenido podemos resumirlo de la siguiente manera: se incapacita a D. Emilia en grado total por deterioro cognitivo progresivo, siendo correctamente valorada la incapacidad. Se nombra tutor a una institución, puesto que no se estima procedente el nombramiento voluntario realizado por D. Emilia en escritura pública en 2007, habiéndose iniciado un procedimiento para su incapacitación en 2006. Estudiado el caso, se resuelve revocar el proceso de incapacitación porque no media en el procedimiento para ello sentencia judicial firme y existe persona válidamente designada por la incapaz, aunque bajo control judicial.

Esto no es sino un ejemplo de aplicación de lo que se desprende de los artículos 223 y 234 del Código Civil, que se ponen en funcionamiento previendo que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede nombrar para sí mismo un tutor en caso de devenir incapaz; se acude al primer número del orden de prelación dando preferencia al tutor designado por el propio tutelado.

### **5. CONTENIDO DE LA AUTOTUTELA**

Si nos dirigimos al artículo 223 del Código Civil en su apartado 2, queda fijado el contenido de la autotutela de la siguiente manera declarando que el interesado “podrá en

---

<sup>52</sup> SAP de Barcelona de 17 de junio de 2008 (JUR\2008\265725).

documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.”.

Analizado su contenido, podemos afirmar con seguridad la amplitud de posibilidades de ordenación que este precepto ofrece<sup>53</sup>, y por ejemplo para CASTRO REINA parece bastante evidente que no es necesaria de manera imperativa la designación de tutor y que el hecho de no designarlo no excluye que puedan establecerse otras disposiciones<sup>54</sup>.

Sin ninguna duda, el control judicial dentro de la autotutela tal y como está prevista en nuestro ordenamiento se sigue manteniendo, y además el artículo 224 del mismo Código establece que las disposiciones adoptadas en el escrito de autotutela vincularán al Juez a no ser que el beneficio o interés del tutelado exija otra cosa<sup>55</sup>, contenido que también reflejan por su parte las legislaciones civiles autonómicas que regulan esta figura, como la catalana y la gallega.

Tras la Ley 41/2003, que viene a reestructurar las instituciones tutelares, es evidente que no todas las incapacidades son iguales y, por lo tanto, no pueden comportar las mismas consecuencias e incapacitaciones.

Además, como resultado de esto, tampoco todas las tutelas son iguales y no van a tener el mismo alcance; es la sentencia de incapacitación a la que se refiere el artículo 210 del Código Civil la que recogerá las particularidades de cada caso concreto a que deberán ajustarse los tutores -sobra decir que el contenido de la sentencia de incapacitación vinculará al Juez en la medida en que sea razonable con la incapacidad que se sufre, y que deberá respetarse salvo que el beneficio del otorgante requiera un cambio motivado-. Además, el Juez actuará como un límite a la autonomía del otorgante, ya que hay actos que imperativamente necesitan de su autorización, como la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, la realización de gastos extraordinarios en los bienes, la renuncia de derechos o

---

<sup>53</sup> Podemos comprobar algunas de estas posibilidades de contenido en los ANEXOS II y III.

<sup>54</sup> CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato...” vid. págs. 225-227.

<sup>55</sup> Así lo dispone, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2009 (ROJ SAP B 7747/2009), cuando establece que “deberá dejarse sin efecto el nombramiento de tutora efectuado en dicha sentencia acordando en su lugar que el nombramiento de tutor deberá recaer en la persona jurídica que sea la entidad más adecuada a propuesta de la Comisión competente del Institut Català d'Assistència i Serveis Socials” puesto que el beneficio de la otorgante resulta ser incompatible con el nombramiento que realizó debido a un cambio sustancial de las circunstancias. Otro ejemplo más reciente puede ser también la SAP de Barcelona de 7 de septiembre de 2011 (ROJ SAP B 10986/2011).

el internamiento del tutelado en un establecimiento de salud especializado, enumerados en el artículo 271 del Código Civil<sup>56</sup>.

Siempre respetando los límites del orden público y con la discrecionalidad que le proporciona la propia Ley, el disponente podrá adoptar entre otras las siguientes consideraciones<sup>57</sup>:

- Designación positiva o negativa de tutor o tutores, así como de órganos de fiscalización para el ejercicio de la función tutelar, o la no designación de éstos,
- Disponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar,
- Cualquier disposición respecto de sus bienes con el grado de detalle que considere oportuno sobre la manera en que será administrado su patrimonio y cómo será aplicada la renta de sus bienes,
- Disposiciones respecto de su persona relativas a los cuidados que quiera que se le dispensen, a su negativa a recibir determinados tratamientos médicos, y a su conformidad o no, con limitaciones como el internamiento (que no está permitido),
- Facultar al tutor a tener y hacer suyos los frutos de los bienes en contraprestación a la prestación de alimentos y al margen de la retribución que para él pueda fijar el Juez, y eximirle de prestar fianza en algunos casos,
- Mandatar al tutor para que constituya un patrimonio protegido, en el caso de personas con discapacidad.

Vamos a detenernos un poco en este patrimonio protegido<sup>58</sup>: sólo previsto para personas que adolezcan alguna discapacidad, esta masa que constituye el patrimonio protegido es la

---

<sup>56</sup>Artículo 271 del Código Civil: “El tutor necesita autorización judicial: 1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, 2. 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, 3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado, 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades, 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes, 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía, 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años, 8. Para dar y tomar dinero a préstamo, 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

<sup>57</sup> Frente a todas estas posibilidades, si acudimos por ejemplo a la figura de la autotutela tal y como la concibe el derecho francés en su *Code*, la facultad del interesado se ve limitada sólo a la designación de tutor; de querer hacer un mayor uso de lo que supone la autonomía de la voluntad debe acudir al mandato de protección futura. Nada se dispone en el artículo 448 del Código Civil francés sobre que la figura de autotutela pueda incluir algo que no sea la designación de tutor -como si ocurre en la autotutela en nuestro ordenamiento jurídico-, porque para ello cuentan con otras figuras.

<sup>58</sup> El patrimonio protegido es introducido por la Ley 41/2003, “BOE” núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, BOE-A-2003-21053.

suma de bienes, derechos y dinero procedentes de la propia persona o terceros, siempre realizados a título gratuito, que se formalizará por el tutor nombrado ante notario inventariando todo lo que forma parte de él en escritura pública.

Para ser beneficiarios de dicho patrimonio protegido, tendrán que reunir una minusvalía bien psíquica igual o superior al 33%, bien sensorial igual o superior al 65%. Según tenga o no capacidad de obrar, podrá construirlo el propio discapacitado o sus padres o tutores, en cualquier caso.

En estos supuestos se cuenta con una serie de beneficios fiscales o medidas tributarias introducidas por la propia Ley de Protección Patrimonial, a través de la cual los aportantes pueden tener el beneficio de una deducción en la base imponible del IRPF o IS de hasta 8000 euros anuales (de existir varios aportantes, el límite anual es 24.500 euros por el total de todas las aportaciones que realicen, pudiendo extenderse en los cuatro ejercicios siguientes si se exceden estos límites, que sin embargo varían según la Comunidad Autónoma).

Su finalidad es la protección patrimonial íntegra de estos discapacitados.

## **6. LA DESIGNACIÓN DEL TUTOR**

### **6.1 ¿QUIÉN PUEDE DESIGNAR TUTOR?**

Hemos definido la autotutela como un negocio jurídico de carácter personalísimo, y por lo tanto es la propia persona del tutelado quien lo elige para sí mismo.

Ahora bien, ¿quién puede nombrar tutor para sí mismo?

La persona que ocupa la posición de disponente tiene que ser plenamente capaz y no tener judicialmente modificada su capacidad de obrar -no siendo por lo tanto incapaz no declarado o incapacitado de hecho-, pidiéndose como requisitos personales que sea mayor de edad o menor emancipado según GARCÍA-GRANERO COLOMER<sup>59</sup>. Además, no será necesario justificar dicha designación.

Está claro que la mayoría de edad y la no incapacidad no suscitan problema alguno, pero la expresión “plenamente capaz” siempre es generadora de dudas y más cuando al acudir al

---

<sup>59</sup>GARCÍA-GRANERO COLOMER, Ana Victoria. “La autotutela en el derecho común español”. *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, 1998, pág. 216.

artículo 42 de la ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia<sup>60</sup> y al artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2011 por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón<sup>61</sup>, encontramos también que se exige haber alcanzado los dieciocho años para constituir la autotutela.

Sin embargo, el propio artículo 223.2 del Código Civil habla de “capacidad de obrar suficiente” y no de sujetos “plenamente capaces”, y es esto con lo que vamos a trabajar.

Mientras que para CREHUET DEL AMO<sup>62</sup>, “padre” de la autotutela, los menores por el hecho de serlo carecen de la madurez intelectual para apreciar lo que verdaderamente les conviene y beneficia, considerando por lo tanto que no pueden designar un tutor para sí mismos, según CAMPO GUERRI<sup>63</sup>, GARRIDO MELERO<sup>64</sup>, RIVAS MARTÍNEZ<sup>65</sup> o SERRANO GARCÍA<sup>66</sup>, el menor mayor de catorce años sí podrá hacerlo, estableciendo así una conexión con la edad mínima que se reconoce para la capacidad de testar en el artículo 663 del Código Civil. De cualquier manera, para los supuestos en que entran en juego menores de edad hay que valorar el caso concreto y la edad del involucrado, pues no es lo mismo tener siete que catorce años.

En cuanto al menor emancipado, la mayoría de la doctrina<sup>67</sup> parece admitir la posibilidad de que pueda disponer para sí su autotutela; reuniendo la capacidad para estar legalmente emancipado la reúne también para poder auto designar un tutor. Dispone el artículo 323 de nuestro Código que puede regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, y por lo tanto así se considera de manera general.

Ambos son casos en los que se valoran las condiciones de madurez y el suficiente juicio, pero indudablemente existen diferentes posturas al respecto.

---

<sup>60</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

<sup>61</sup> Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, “BOA” núm. 67, de 29 de marzo de 2011, BOA-d-2011-90007.

<sup>62</sup> CREHUET DEL AMO, Diego María. “La tutela...” vid. págs. 15-21.

<sup>63</sup> CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. “La auto protección del discapacitado...” vid. págs. 24-25.

<sup>64</sup> GARRIDO MELERO, Martín. “Comentario al art. 172”. *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'ajuda Mutua*, (Egea i Fernández, J., y Ferrer i Riba dirs.), Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág. 773.

<sup>65</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165.

<sup>66</sup> SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Autotutela...* vid. pág. 73.

<sup>67</sup> PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “La autotutela: una institución...” vid. págs. 937-974, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. “La autotutela en el Derecho Civil Común”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, págs. 161-167, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165 y ROCA TRÍAS, Encarna. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Valencia, 1985, pág. 145.

El caso de locos, dementes o incapaces reviste otra dificultad, porque lo sometido a examen en este supuesto es el juicio de capacidad que implica entender y querer un acto. Pueden designar la autotutela aquellas personas en facultades de entender y querer - conservando por lo tanto su capacidad natural- aunque adolezcan alguna discapacidad, siempre y cuando no estén incapacitadas judicialmente. Cada caso deberá ser objeto de examen, y tendrá que ser acreditada la capacidad de discernimiento de los sujetos en cuestión por facultativos especializados y el Notario<sup>68</sup>.

Mediando sentencia de incapacitación, habrá que atender a su contenido para comprobar si la esfera personal de la persona ha sido modificada, pues de no ser así, sí podrá acceder a constituir su autotutela. Esto pone de manifiesto que hay casos en los que la incapacitación puede ser parcial.

En el caso particular de Francia, se hace mención expresa a que, si el interesado resulta ser hijo menor de edad, sólo se prevé autotutela para el caso de muerte de sus padres, mientras que, si resulta ser un hijo incapacitado, se prevé autotutela para aquellos casos en que los padres no puedan seguir haciéndose cargo del hijo incapaz, además del fallecimiento de ambos.

## **6.2 ¿PUEDE DELEGARSE EL NOMBRAMIENTO DEL TUTOR?**

Como negocio jurídico integrado dentro del Derecho de Familia, la autotutela no es muy amiga de la representación y delegación.

Además, hemos precisado que uno de los caracteres de esta institución es la nota de “personalísimo”, lo que se muestra de todo punto incompatible con que esta función pueda ser delegada.

Asistimos aquí a una interpretación negativa de la doctrina, conservando y preservando los caracteres que definen las relaciones familiares.

Sin embargo, este principio se quiebra cuando se admite la posibilidad de delegar en el cónyuge u otra persona la facultad de elegir un tutor de entre una pluralidad de personas

---

<sup>68</sup> En la SAP de Donostia de 17 de julio de 2017 (ROJ SAP SS 608/2017), la aquejada de Alzheimer Doña Zulima otorga escritura de autotutela con posterioridad al examen médico que determina que padece esta enfermedad, siendo por lo tanto inválida. Se intenta alegar que la sentencia no respeta el orden de nombramientos previsto por el artículo 234 del Código Civil, pero este motivo no prospera porque no puede respetarse un orden así fijado en escritura otorgada por quien no tenía capacidad.



físicas que hubiesen sido identificadas en la escritura pública por el otorgante, y así lo regula el artículo 46 de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>69</sup>.

En nuestro derecho común cabe contemplar que nos encontremos con un nuncio en que se permita esto, y quien se encargará de esta tarea será generalmente el Juez; así ya no nos encontramos con un supuesto de representación sino de ejecución de voluntad con un mínimo margen de decisión.

### **6.3 ¿QUIÉN PUEDE SER NOMBRADO TUTOR?**

Como bien hemos podido comprobar, tanto la autotutela positiva como la negativa implican la designación de un tutor por el interesado. Pues bien, ésta podrá realizarse de distintas maneras.

De forma más generalizada, suele nombrarse tutor a una sola persona, bien determinando su nombre y apellidos, bien describiendo los criterios que debería reunir para poder desempeñar la función de tutor.

Mención aparte merece la cuestión de si es posible la designación plural de tutores. Nada se dice en nuestro Código Civil, pero ha de intentar compaginarse y admitirse en la medida de lo posible la autotutela plural, aunque de no reunirse los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta siempre prevalecerá la designada en último lugar. Este supuesto sí ha sido contemplado por el legislador catalán, que en el artículo 222-4 del Libro Segundo de su Código de Familia<sup>70</sup> prevé cómo “en caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”, coincidiendo con lo que acabamos de decir.

Es preferible y más aceptada la tutela unipersonal por las ventajas que ofrece, ya no sólo a nivel de economía, pues genera un desembolso económico menor, sino también a nivel personal, para obrar sin discriminaciones y proporcionar una mayor atención al tutelado.

Para encontrar los supuestos en que se admite una tutela plural acudimos al artículo 236 del Código Civil, siendo éstos los siguientes:

---

<sup>69</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

<sup>70</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

- Bien cuando convenga hacer una distinción y separar los tutores de la persona y bienes del tutelado, siendo estas dos esferas independientes que sólo actuarán juntas para la toma de decisiones que incumban a ambas,
- Bien cuando el tutelado designe conjuntamente a sus padres en ejercicio de la patria potestad,
- Bien cuando se designa tutor a alguien de los hijos de su hermano y se extiende la designación al cónyuge de este, y
- Cuando el Juez nombrase tutores a las personas que los padres del tutelado hubiesen dispuesto sea en testamento o escritura pública notarial para el ejercicio de una tutela conjunta.

De asistir a este nombramiento de tutela conjunta, es de vital necesidad establecer de qué modo va a ejercerse para evitar colisiones entre las funciones de uno y otro tutor. La norma general es la mancomunidad, y para ello bastará con una intención de que así sea por parte del tutelado.

Así, tanto si se designa uno como varios tutores, la doctrina en su mayor parte<sup>71</sup> entiende que son admisibles todas las posibilidades que pudieran surgir:

- Que solo se designe un tutor,
- Que se designe una pluralidad de tutores, para que ejerzan sus funciones tutelares sea de manera solidaria<sup>72</sup>, con simultaneidad o de manera sucesiva<sup>73</sup>,
- Que se designe un tutor para la persona y otro para el patrimonio<sup>74</sup>,

---

<sup>71</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela”. *Annuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, núm. 9, 2008, págs. 15-141, CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato...” vid. pág. 219, ORDÁS ALONSO, Marta. “La autotutela”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2014, págs. 15-18, VAQUER ALOY, Antoni. “La autotutela en el Código...” vid. págs. 3-8.

<sup>72</sup> Podemos mencionar aquí un caso particular de Alzheimer como el contenido en la SAP de A Coruña de 26 de octubre de 2010 (JUR\2011\5068), en que la afectada por tal enfermedad había realizado una escritura de autotutela válida y eficaz en virtud de sus cuatro hijos como tutores solidarios que revoca la primera apreciación realizada por el Juzgado de Primera Instancia.

<sup>73</sup> Por ejemplo, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de junio de 2010 (JUR\2010\418066) se designa como tutora sucesiva a la hermana mayor del incapacitado para el caso de que la primera tutora, su madre de avanzada edad, fallezca.

<sup>74</sup> En la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2018 (ROJ SAP B 1074/2018), bastante reciente, se solicita que se nombren separadamente dos tutores: Doña Clemencia, hija de la incapacitada, para los asuntos personales de la misma, y a una fundación para los patrimoniales (aunque subsidiariamente se contemple la posibilidad de que sea la fundación la que gestione ambas esferas).

- Que se designen eventuales sustitutos de los nombrados tutores<sup>75</sup> (posibilidad primeramente mencionada en el Código de Familia catalán y posteriormente en el Borrador de la Ley 41/2003 y en la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>76</sup>),
- Que se designe un defensor judicial para los casos de colisión de intereses entre tutelado y nombrado tutor.

En cualquier caso, mencionamos ahora que las personas jurídicas -no sólo las físicas- también pueden ser nombradas para el ejercicio de la función tutelar.

Recogido en el artículo 242 del Código Civil, ya referido con anterioridad, podrán ser nombradas siempre y cuando no persigan fines lucrativos, y que, no persiguiéndolos, sí busquen la salvaguarda de menores y personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada.

Los supuestos más frecuentes en que nos encontramos a una persona jurídica como tutor son los casos de ausencia de las personas nombradas según el orden de preferencia del artículo 234, aunque puede ocurrir también que, no estando ausentes, no sean las ideales para el desempeño de la función.

Dentro de estos casos, puede distinguirse el nombramiento más concreto o más general de dicha persona jurídica; bien se la describe concretamente, bien se hace una designación más amplia, por ejemplo, refiriéndose en términos generales a instituciones especializadas en el tratamiento de la enfermedad que motiva la autotutela.

### **6.3.1 El nombramiento por la autoridad judicial**

Pasando al llamado nombramiento de la autotutela por autoridad judicial, precisamos que el término judicial hace referencia a que el ejercicio de ésta está bajo el control del juez, requiriéndose en ocasiones que autorice determinados actos que rebasan los límites de lo que supondría una administración ordinaria.

---

<sup>75</sup> Pongamos como ejemplo la SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2012 (JUR\2013\35968). Sucede que la otorgante de la escritura de autotutela nombra tutora sustituta a su amiga cercana Doña Esmeralda para el caso de que fallezca su marido, primer tutor. Esta amiga nombrada por la incapaz en escritura pública es la persona idónea para el ejercicio del cargo. La sentencia es ciertamente controvertida (finaliza con un voto particular) que termina por subrayar esta idoneidad de la amiga en cuestión frente a recurso de los hijos alegando no haber dispensado a la incapaz las atenciones adecuadas durante el tiempo que estuvo bajo su cargo. Queda suficientemente probada la inverosimilitud de lo alegado por los hijos, siendo por lo tanto Doña Esmeralda tutora vitalicia garantizando un cumplimiento diligente de la función tutelar.

<sup>76</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

La autotutela, como la tutela, no permite más que designar tutores; el nombramiento propiamente dicho corresponde al Juez, quien respetará por supuesto al tutor designado por el propio tutelado y acudirá al artículo 234 del Código Civil de no poder llevarse esto a cabo. El juez cuenta con potestad para alterar el orden de este precepto de manera motivada siempre que se busque el beneficio del tutelado.

Es cierto que la alteración del nombramiento realizado a través de la autotutela no es muy frecuente, pero ejemplo de ello podemos encontrarlo en la STS de 17 de julio de 2012<sup>77</sup>. Aquí, habiendo designado el tutelado en escritura pública una tutora, con quien compartía una cuenta bancaria en la que ingresaba grandes cantidades de dinero procedentes de la suya propia y padeciendo un trastorno bipolar que le impedía supervisar correctamente sus bienes, se desestima la designación porque la Audiencia Provincial de Pontevedra observa que la designada es susceptible de administrar los bienes del tutelado en su propio beneficio y en perjuicio de éste.

A todo esto, podríamos añadir la posibilidad de que órganos de fiscalización de la tutela ejerzan las funciones propias de la misma, pues al ser una posibilidad que se da a los padres para con sus hijos, se extiende también a los menores o resto de tutelados a quienes pudiera interesar.

Los requisitos que han de cumplir para desempeñar la función tutelar han de ser reunidos individualmente por las personas que los integren, y son análogos a los que tienen que concurrir en los tutores tal y como los hemos descrito hasta ahora. Sin embargo, tendrán libertad para aceptar o rechazar el cargo.

De cualquier manera, si un órgano de fiscalización de la tutela es el encargado de ejercer la función de tutor, no es sino para aumentar las garantías de imparcialidad y salvaguarda, nunca para atenuarlas. Además, tampoco excluye la supervisión final por parte de la autoridad judicial.

#### **6.4 CAUSAS DE INHABILIDAD DEL TUTOR**

Los supuestos de inhabilidad serán aquellos en que convergen en la persona que puede ser nombrada tutor una serie de circunstancias que la hacen inidónea para el ejercicio de la función tutelar.

---

<sup>77</sup> STS de 17 de julio de 2012<sup>77</sup> (RAJ\2012\8362).

Para conocerlas, es a los Artículos del 243 a 245 del Código Civil a los que tenemos que dirigirnos.

Podemos resumir el contenido de estos preceptos con las siguientes causas de inhabilidad:

- Los que por resolución judicial estuviesen privados o suspendidos de patria potestad o total o parcialmente privados de derechos de guarda y educación,
- Quienes conforme a la ley hubiesen sido removidos por una tutela anterior,
- Quienes estando condenados a penas privativas de libertad estuviesen cumpliendo la condena,
- Quienes estuviesen condenados por algún delito que revele una falta de aptitud para el correcto desempeño de la tutela,
- Quienes estén imposibilitados de hecho,
- Quienes tuviesen una enemistad manifiesta con el tutelado,
- Quienes fuesen considerados de mala conducta o de quienes no se supiese modo de vivir,
- Quienes tuviesen con el tutelado importantes conflictos de intereses<sup>78</sup>,
- Quienes habiendo sido quebrados o concursados no hayan sido rehabilitados, y
- Quienes hubiesen sido expresamente excluidos por el padre o madre en su testamento o documento notarial salvo que el Juez estime lo contrario.

Sin embargo, las causas que enuncian los artículos 243.4 y 244.4, cuyo tenor literal es el siguiente respectivamente, tienen un régimen particular:

“Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela” y “Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración”.

Resulta que no se aplicarán en virtud del artículo 246; podrán ser tutores quienes las reúnan y hubiesen sido nombrados tutores por el tutelado si éste las conociese, salvo que el Juez resolviese en contrario y dispusiese otra cosa motivadamente.

---

<sup>78</sup> En la SAP de A Coruña de 14 de noviembre de 2007 (AC\2008\278), observamos una causa de inhabilidad del primer designado tutor, que resultaba ser el asesor jurídico de la empresa que constituía el principal activo del incapacitado. Aquí se aprecia que existe conflicto de intereses.

Probar que el tutelado conocía tales causas de inhabilitación en el momento en que constituye la autotutela, sin embargo, es tarea complicada, y para ello es muy importante que el interesado exprese el hecho de conocerlas.

Además, al interrogante de si es posible que el interesado establezca causas no recogidas por la ley, se contesta de manera afirmativa siempre y cuando las que establezca no contravengan la propia ley o el orden público, en cualquier caso.

Por su parte, en el artículo 448 de su *Code*, los franceses mencionan cómo se exige que aquellos que ejerciten el contenido inherente a la función tutelar no estén bajo ningún concepto sometidos a tutela o curatela, causa que les inhabilitaría<sup>79</sup>.

## 6.5 LA RETRIBUCIÓN DEL TUTOR

Si bien es cierto que es preferible que la persona en quien recae la figura del tutor no tenga ánimo de lucro, el artículo 274 del Código Civil establece que ésta tendrá derecho a una retribución en caso de admitir tal posibilidad el patrimonio de aquel a quien tutela. Por lo tanto, es posible que carezca de tal retribución; no es más que una posibilidad.

De existir, será fijada por el juez, y así se desprende del artículo que hemos mencionado.

De manera general, no suele hablarse de números o porcentajes, pero podemos encontrar autores como MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS<sup>80</sup> que entienden que en la medida de lo posible se intentará que no supere el 20% y sin bajar del 4% del valor líquido que suponga el patrimonio del tutelado.

Lo que sí que se permite, por el Artículo 275, es que el tutor tenga como suyos bienes del tutelado si a cambio asume prestarle alimentos.

Además, si acudimos al artículo 222-13 del Libro Segundo del Código de Familia catalán<sup>81</sup>, vemos cómo:

“1. La persona interesada o los titulares de la potestad parental, en el acto de delación voluntaria de la tutela, o la autoridad judicial, en la resolución de aprobación del inventario,

---

<sup>79</sup> En el segundo párrafo de este artículo 448 se prevé expresamente que las personas designadas tutores que sean objeto de una medida tutelar no podrán desempeñar este cargo de la siguiente manera “Il en est de même lorsque les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisait pas objet d’une mesure de curatelle ou de tutelle”.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. “La autotutela...” vid. págs. 161-167.

<sup>81</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

en su caso, pueden fijar una remuneración para el tutor y, si procede, para el administrador patrimonial, siempre y cuando el patrimonio del tutelado lo permita.

2. La autoridad judicial puede modificar la cuantía de la remuneración si es excesiva o insuficiente dadas las circunstancias de la tutela o si varía sustancialmente el patrimonio del tutelado.”

La diferencia entre ambas legislaciones radica en que en esta última, la catalana, la retribución la fija el propio tutelado, y también encontramos proyección de esta facultad en el artículo 44 de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>82</sup>.

Por lo tanto, aquí no asistimos sino a una afirmación de lo dispuesto por el Código Civil y los derechos autonómicos; la retribución o la remuneración no es más que una posibilidad que se articulará o no en función del patrimonio del tutelado.

## **6.6 ¿CÓMO SE NOMBRA AL TUTOR?**

Como venimos señalando a lo largo de todo el trabajo, la autotutela es un negocio jurídico que ha de otorgarse a través de documento público notarial, cumpliendo así con la solemnidad que lo define.

Con carácter general, no se admite que ésta se realice en testamento, aunque nos encontramos cómo por ejemplo GARCÍA-GRANERO COLOMER<sup>83</sup> presenta como documentos admisibles la escritura, el testamento y el acta notarial de manifestación.

Pero la razón que nos lleva a excluir la forma testamentaria es que busca desplegar sus efectos una vez fallecido el disponente, no durante su vida.

Esto es así a partir de la reforma en que se incluye esta figura jurídica, y es una exigencia recogida por el Artículo 223 del Código Civil; la cuestión es determinar qué tipo de documentos notariales son admitidos.

Documentos públicos notariales lo son los instrumentos públicos que reciben el nombre de escritura, para recoger declaraciones de voluntad, o acta, para que consten determinados hechos

Por excelencia, se utiliza la escritura pública para instrumentarla, y es la más utilizada por ser considerada más pertinente que el acta -que a efectos prácticos se utiliza para otro tipo

---

<sup>82</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

<sup>83</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, Ana Victoria. “La autotutela en el...” vid. pág. 216.

de actos-. ¿Por qué se elige la escritura pública? Es sencillo, porque es el documento que mejor ilustra y recoge la declaración de voluntad, conllevando esto una prestación de consentimiento. Además, reviste todas las cautelas y garantías que tienen que rodear la actuación del notario.

Por lo tanto, la utilización del documento público notarial facilita la labor del Juez cuando ha de comprobar si ya existe alguno en el Registro Civil con disposiciones relativas a la tutela del interesado en los procedimientos de incapacitación.

Completamos esto con lo que las legislaciones catalana y gallega prevén sobre la forma de la escritura de autotutela; según el artículo 222-8 del Libro Segundo del Código de Familia catalán<sup>84</sup> y el 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>85</sup>, se establece que la escritura pública es la única forma jurídica que podrá tener acceso al Registro.

Sin embargo, en legislaciones extranjeras como la francesa, se exige para los hijos menores que el negocio de la autotutela esté contenido en testamento o declaración especial ante notario. Además, para los hijos incapacitados no se impone requisito formal alguno, algo que nos conduciría a pensar en la libertad de forma; no es una solución nada aconsejable, pero es algo que pone de manifiesto las diferencias que una misma figura puede revestir en los distintos ordenamientos jurídicos.

## **6.7 LA REVOCACIÓN DE LA DESIGNACIÓN**

La revocabilidad, otra de las notas caracterizadoras de la autotutela, nos conduce a hablar de esta posibilidad.

Si la persona disponente conserva la capacidad de obrar suficiente que se le exige para constituir el negocio jurídico de la autotutela, podrá revocarla a través del otorgamiento del oportuno documento público. Tal documento podrá tener dos contenidos: bien su voluntad expresa de dejar sin efecto la regulación de la propia tutela que ya hubiera dispuesto, bien un contenido que resultase incompatible con el ya otorgado, teniendo este último carácter preeminente sobre el anterior.

Esta operación podrá llevarse a cabo tantas veces como quiera el interesado, de conservar la capacidad suficiente a la que nos referimos, aunque preferiblemente deberá realizarse tan lejos del proceso de incapacitación como sea posible, con el fin de no ser viciada por éste y su proximidad.

---

<sup>84</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

<sup>85</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.



Aparte de la revocación, es posible la modificación de la autotutela, y ésta puede proceder bien del propio tutelado, bien de la autoridad judicial si se aprecia una modificación sustancial de las circunstancias que tuvo en cuenta el sujeto en el momento de constituir este negocio jurídico.

De hacerse por la autoridad judicial, puede llevarse a cabo un examen y revisión de las características de esta, atendiendo al beneficio e interés del disponente, aunque siempre va a intentar respetarse lo establecido en la escritura de autotutela y sin vincular a las disposiciones no afectadas por la modificación de las circunstancias sustanciales que la motivaron.

## **6.8 LA AUSENCIA DE DESIGNACIÓN**

Es muy infrecuente encontrarnos con una escritura pública de autotutela en que no figure la designación del tutor por parte del interesado, pero como observamos del contenido que ésta puede tener, puede darse esta circunstancia.

Sin regulación por parte de nuestro Código Civil, es el Libro Segundo del Código de Familia catalán quien se encarga de prever qué es lo que sucede en estos casos. En su artículo 222-10, si no hay tutor designado por el propio interesado, ni tampoco han hecho designación alguna sus padres, corresponderá a la autoridad judicial dicha designación, siempre haciéndola acorde con el interés y beneficio del tutelado, por supuesto.

Me gustaría mencionar que, en ocasiones, no es que haya una ausencia de designación en el escrito de autotutela, sino que no nos encontramos ante una autotutela como tal. Podemos acudir a la SAP de A Coruña de 13 de julio de 2016<sup>86</sup>. Resulta aquí que el hijo de Doña Celestina revoca el nombramiento de Don Landelino como tutor de ésta. Queda desestimada la revocación por dos razones: porque Don Landelino y Doña Celestina convivían juntos en una relación análoga a la marital, siendo éste por lo tanto la primera persona a la que hace referencia el orden de preferencias del artículo 234 y porque “si bien en este caso la poderdante no hizo designación expresa de tutor, no puede el Juez desconocer su voluntad de encomendar precisamente a don Landelino en primer lugar el encargo de velar por ella en caso de enfermedad grave que le impida expresar su voluntad y decidir, en esa misma hipótesis, sobre su tratamiento médico, su asistencia y cuidados”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> SAP de A Coruña de 13 de julio de 2016 (ROJ SAP C 1848/2016).

<sup>87</sup> Extracto literal de la SAP de A Coruña de 13 de julio de 2016 (ROJ SAP C 1848/2016).

Otro ejemplo de ello sería la SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2017<sup>88</sup>, en la que no nos encontramos ante una escritura pública de autotutela tal y como la conocemos, sino expresamente ante una “escritura de voluntad anticipada con fines de autotutela”<sup>89</sup>, que no se corresponde exactamente con la figura que estudiamos: se trata de una escritura de voluntad anticipada, también llamada testamento vital, que lo que hace es recoger disposiciones relativas al ámbito sanitario de la afectada, y que en este caso cuenta, subsidiariamente, con el nombramiento de un tutor propio de la autotutela.

## **7. MODIFICACIÓN DE LA AUTOTUTELA**

Las características de la institución de la autotutela nos conducen a establecer que, al igual que es revocable, puede estar sujeta a modificaciones. Siendo un negocio jurídico que establece un régimen tutelar, tiene que reunir una serie de garantías de eficacia y obligatoriedad, y es por esto por lo que se permite su modificación; continuar con algo que la propia persona querría cambiar no es sino un sometimiento que contravendría tanto nuestra Constitución como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como en el caso de la revocación, es preferible que se haga lo más alejada posible de la sentencia de incapacitación, pero el hecho de realizarse más próxima a ella de lo aconsejable no la convierte en ineficaz.

La modificación puede proceder tanto de quien ordena su propia autotutela como de la autoridad judicial.

Además, se contempla que la modificación pueda tener lugar antes de la incapacitación o después de ésta.

Antes de ser incapacitado, el interesado podrá modificar lo que estimase conveniente reflejándolo oportunamente en Registro Civil, y podrá tratarse de una modificación parcial que no hará sino poner de manifiesto la vigencia del resto de disposiciones.

Por otro lado, después de la incapacitación, la autotutela puede modificarse por analogía a la posibilidad de modificar la tutela, teniendo cabida la remoción y renuncia, por ejemplo. Además, se admite aquí la posibilidad de una modificación operada por el incapacitado

---

<sup>88</sup> SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 2390/2017).

<sup>89</sup> Extracto literal del SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 2390/2017).

durante un episodio o período de lucidez, siempre que se haga por escritura pública notarial.

Así, retomando la idea expuesta al principio del epígrafe y conservando la opinión de GARRIDO MELERO, “la negativa a prever o a realizar estas modificaciones supondría condenar al tutelado a un permanente secuestro de su persona y sus bienes”<sup>90</sup>; la posibilidad de modificar la autotutela es esencial y necesaria, puesto que es una garantía de los intereses del tutelado.

## 8. IMPUGNACIÓN DE LA AUTOTUTELA

La impugnación de la autotutela no se prevé en ninguna norma perteneciente al Derecho Civil común estatal que venimos estudiando, sino que se puede inferir de la combinación de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>91</sup> en su artículo 45 (muy similar al contenido del Artículo 224 de nuestro Código Civil) y la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>92</sup> en su artículo 757.3. Estos preceptos vienen a permitir que se puedan manifestar una serie de circunstancias sobrevenidas que motiven una incapacitación, implicando por lo tanto la posibilidad de impugnar el negocio de la autotutela, si bien es cierto que también suponen que el juez pueda no seguir la designación realizada por el propio incapaz atendiendo a su beneficio.

Por suerte, el artículo 222-33 del Libro Segundo del Código de Familia catalán<sup>93</sup> prevé expresamente el supuesto que acabamos de enunciar, haciendo posible una impugnación de la autotutela por alteraciones subjetivas de los hechos de su escritura. Frecuentemente, estas alteraciones están relacionadas bien con una pérdida de confianza entre el autotutelado y el que éste ha nombrado tutor, bien con un lapso temporal en que las características del nombrado tutor han sufrido modificaciones.

En cualquier caso, estos cambios subjetivos habrán de ser necesariamente puestos en conocimiento del Juez por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela, según el

---

<sup>90</sup> GARRIDO MELERO, Martín. “Comentario al artículo...” vid. pág. 773.

<sup>91</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

<sup>92</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm. 7 de 8 de enero de 2000, BOE-A-2000-323.

<sup>93</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

tenor literal del artículo, y si atendemos a la legislación procesal civil española, los hechos deberán contar con la audiencia del Ministerio Fiscal, siendo la consecuencia más normal una exclusión de la persona designada para desempeñar la función tutelar.

## 9. PUBLICIDAD DE LA AUTOTUTELA

Vamos a referirnos ahora de manera un poco más detallada al elemento formal que supone la publicidad de la autotutela y que tiene un carácter principalmente informativo. La efectividad de su contenido depende de su publicidad y del conocimiento de ésta por la autoridad judicial. Nuestro Código Civil basa este elemento de la publicidad en el Registro Civil, tal y como se desprende del artículo 223 en sus párrafos tercero y cuarto, que dicen de la siguiente manera:

“Los documentos públicos a los 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”.

Al contar con esta base en el Registro Civil, si acudimos al mismo, encontraremos también disposiciones relativas a la autotutela; la redacción de la Ley 1/2009 de 25 de marzo<sup>94</sup>, que deroga la Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil<sup>95</sup> -primera Ley española reguladora de la materia-, señala que los documentos relativos a la autotutela se inscriben no en la inscripción de nacimiento del interesado sino en la Sección IV del Registro Civil, que es donde se anotan los cargos tutelares. Sin embargo, el artículo 77 de la nueva Ley del Registro Civil, que data de 2011 y se halla provisionalmente en período de *vacatio legis* hasta el 30 de junio del presente año, prevé el carácter inscribible del documento público de constitución de la autotutela en el registro individual del interesado.

---

<sup>94</sup> Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administraciones de patrimonios protegidos, “BOE” núm. 73, de 26 de marzo de 2009, BOE-A-2009-5028.

<sup>95</sup> Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, “BOE” núm. 151, de 10 de junio de 1957, BOE-A-1957-7537.

Tenemos que mencionar que, aunque esta es la forma que sigue nuestro derecho común, se creó en Cataluña un registro de nombramientos tutelares. Éste respondía al nombre de Registro de Tutelas y Autotutelas, fruto de la reforma de 1996, cuyo nombre fue cambiado por Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios<sup>96</sup>, respondiendo de una manera más adecuada al contenido de nuestra figura. Incluso existe una propuesta del Ilustre Colegio Notarial de Valencia para la creación de un “Archivo de tutelas”<sup>97</sup> que se encargue de la inscripción de éstas y de la misma autotutela a través de un registro público.

Esta base en el Registro Civil es en ocasiones insuficiente; para algunos autores<sup>98</sup>, la insuficiencia e inseguridad que transmite deberían llevarnos a seguir los pasos de Cataluña.

De todos modos, la razón por la que el legislador a nivel estatal se decanta a favor de la utilización del Registro Civil no es otra que la reserva que tiene el Estado de manera exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, así prevista en la Constitución.

En cualquier caso, el contenido del artículo suscita algunas preguntas relativas a su contenido: entendemos que en la misma constará obligatoriamente la identificación del otorgante, con su nombre, apellidos, documento nacional de identidad y domicilio<sup>99</sup>; datos suficientes que nos permitan identificar a la persona. También con carácter obligatorio encontramos la identidad del notario y la fecha de autorización por parte de éste, a efectos de comprobar, por ejemplo, si coexisten delaciones incompatibles.

Lo que parece que debe mantenerse “oculto, secreto” es la persona en favor de la cual se realiza la delación, la que va a desempeñar el cargo tutelar. Se entiende por lo general que esto es algo que solo se conocerá en el eventual caso de que la persona, habiéndolo nombrado, devenga incapaz. Como ya hemos referido con anterioridad en el trabajo, el juez deberá ordenar una comprobación para que se verifique si existe una tutela ya prevista en documento público notarial por el afectado, y esto suele hacerse así en los procedimientos de incapacitación, reclamándose una certificación del Registro Civil, pues aquí se deben instrumentar los medios para hacerlo de la manera más fiable posible.

---

<sup>96</sup> Decreto 30/2012, de 23 de marzo, del Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de Patrimonios Protegidos.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña. “La autotutela”. *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, 2002, pág. 3.

<sup>98</sup> ROVIRA-SUEIRO, María Esther. “La autotutela”. *Annuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pág 761 y VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *La reforma de la tutela*. Colex, 1985, pág. 508.

<sup>99</sup> Podemos comprobar los datos que constan en la escritura pública de autotutela en los ANEXOS II y III al final del trabajo.

Así, parece evidente que también deberán comunicarse y publicitarse por parte del notario autorizante las revocaciones que pudiesen existir.

## 10. EFICACIA DE LA AUTOTUTELA

Por eficacia de la autotutela entendemos que ésta reúne todas las notas que le permiten desplegar la totalidad de sus efectos.

Estas notas se corresponden con los elementos tanto formales como personales de la autotutela, como pueden ser la escritura en documento público notarial, la capacidad o la publicidad a la que nos hemos referido en el apartado anterior, pudiendo influir también el lapso que media entre el otorgamiento y la incapacitación del otorgante, no siendo esto determinante en ningún caso.

Relativo a este lapso o período de tiempo, podemos mencionar un ejemplo como el de la SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2013<sup>100</sup>. Doña Marta, que padece la enfermedad de Alzheimer, otorga escritura de autotutela ocho meses antes de su incapacitación nombrando tutoras a dos amigas cercanas.

Este intervalo de tiempo es utilizado por su hermano Don Benjamín para solicitar la nulidad de la escritura de autotutela por falta de capacidad en el momento de su otorgamiento -bastante próximo a la incapacitación pudiendo suponer que en estos ocho meses tampoco se hallaba en plenas facultades- pidiendo así la tutela sobre su hermana. Los informes periciales y la investigación notarial, sin embargo, acreditan la capacidad suficiente de la otorgante desestimando este motivo; en este caso vemos cómo no resulta determinante.

Pero aún hay una cuestión a la que no hemos aludido, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ refiere así “la decisión personal no es eficaz en sí misma, y requiere para adquirir eficacia de la aprobación judicial, que en este caso será la sentencia de incapacitación”<sup>101</sup>.

No es necesario que en el momento de ordenación de la autotutela exista una enfermedad o defecto que tenga que derivar a una incapacitación, y ni siquiera es necesario que se albergue la duda de que pueda sobrevenir; es una previsión de futuro que solamente se verá

---

<sup>100</sup> SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2013 (JUR\2013\336851).

<sup>101</sup> ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina. “Análisis jurisprudencial del ...” vid. págs. 341-354.

materializada por la sentencia judicial de incapacitación a la que hace referencia el artículo 199 del Código Civil.

Así, aquella deficiencia que sobrevenga no es un requisito de validez sin el cual la autotutela no pueda otorgarse, no tiene por qué existir y, por lo tanto, en el propio documento en el que se ordena, no es necesario mencionarla, pero la incapacitación, a través de la sentencia judicial pertinente, sí es una *conditio sine qua non* de eficacia de la autotutela.

CASTRO REINA habla de “presupuesto de eficacia de la autoordenación de la incapacitación es la incapacitación del disponente”<sup>102</sup>. De su explicación deducimos una doble vertiente: el negocio jurídico que constituye la autotutela está válidamente constituido como tal desde que se otorga en documento público notarial, y la autotutela en tales términos exige que se incapacite legalmente al disponente a través de una sentencia firme, con todas las particularidades del régimen al que deba quedar sometido.

Las previsiones de la autotutela sólo producen efectos tras la firmeza de dicha sentencia; sólo habrá efectos jurídicos a partir de este momento en que se declare como firme la sentencia de incapacitación de la persona.

Para autores como JIMÉNEZ CLAR<sup>103</sup>, es una suerte de suspensión de la eficacia de la autotutela hasta que se declare judicialmente la incapacitación, porque para ello tiene que sobrevenir la circunstancia para la que se configura esta institución.

Es aquí donde puede plantearse qué ocurre si se han previsto unas condiciones para la incapacitación que resultan ser otras por el régimen de tutela que finalmente se estima oportuno, y si se produce un cambio de las circunstancias existentes en el momento en que se otorga la autotutela; en ambos casos, la respuesta tiende a ser favorable con el disponente y se tienden a conservar las disposiciones que pudieran mantenerse de acuerdo con su voluntad.

Si se tratase, por ejemplo, de un supuesto en que ha mermado la confianza del designante hacia su designado, ello no implica la ineficacia de la autotutela, sino que serán eficaces las disposiciones que no se hayan visto afectadas por esta circunstancia, como podrán ser las medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar que el designante hubiera dispuesto, por ejemplo.

---

<sup>102</sup> CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato...” vid. pág. 229.

<sup>103</sup> JIMÉNEZ CLAR, J. Antonio. “Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los enduring powers of attorney”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, 2003, págs. 21-36.

En cualquier caso, todo esto estará supervisado por el juez o por la autoridad judicial correspondiente, que velará por los intereses del propio autotutelado.

A esto podemos añadir que, aunque sea un negocio unilateral, solemne y personalísimo, es necesario que sea dado a conocer por parte del juez a la persona que designa el otorgante para el desempeño de la función tutelar en el momento en que tenga que tomar posesión del cargo, y también es necesario que medie una aceptación a efectos de considerar que la autotutela tiene completa eficacia.

## **11. EXTINCIÓN DE LA AUTOTUTELA**

Por mucho que hablemos de autotutela y la contemplemos como una figura independiente, no deja de ser sino una modalidad de la tutela con la particularidad de la persona del otorgante, y al igual que ésta, puede extinguirse.

Así, en los supuestos de autotutela, será de aplicación la normativa del Código Civil que conocemos.

Nos dirigimos aquí al artículo 276.3 que enuncia la extinción de la tutela “por fallecimiento de la persona sometida a tutela”, y al artículo 277.2 que se refiere a la extinción “por dictarse 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 curatela”. Ambos supuestos son de aplicación a las situaciones de autotutela por analogía.

A esta regulación del derecho común se suman particularidades propias de la figura de la autotutela, que podrá extinguirse:

- Una vez se ha cumplido el plazo para el que el tutelado hubiese nombrado tutor sin haber previsto sustituto para éste. Resulta que la tutela sigue, pero no desempeña tal función una persona nombrada por el tutelado, y de ahí que se produzca la extinción de la autotutela. Aquí pasa a entrar en juego el arbitrio del juez, siempre persiguiendo el beneficio del tutelado.
- Cuando sobreviene la muerte, declaración de fallecimiento o incapacitación del tutor sin haberse previsto sustituto, y aquí nos encontramos en la misma situación que en el caso anterior, porque la tutela sigue, pero la autotutela no.



Es conveniente añadir aquí otros supuestos como que sobrevengan circunstancias que excusen a los tutores del cargo o les hagan incurrir en las causas de remoción o inhabilidad de las que ya hemos hablado<sup>104</sup>.

Relacionadas ya con el ejercicio de la tutela propiamente dicho, causa de extinción sería un incorrecto desempeño de la tutela, incumpléndose los deberes y obligaciones inherentes a la misma, o que la persona tutor denote una ineptitud ejemplar.

En cualquier caso, estos últimos no son casos de extinción de la autotutela como tal, sino que son la extinción particular del cargo tutelar de las personas tutores que en ello incidan.

## **12. PODERES Y COMPLEMENTOS DE LA AUTOTUTELA**

Como ciencia cambiante, el Derecho ha de ir adaptándose a los cambios que la realidad social va sufriendo, y por eso nace la necesidad constante de adecuarse a las nuevas situaciones y problemas que puedan surgir.

Todo esto es fruto del auge de la autonomía de la voluntad y de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>105</sup> ratificado por España en 2008, que en su artículo 3 a) enuncia el siguiente principio, siendo necesario:

“El respeto de la dignidad inherente, de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y de la independencia de las personas.”

Así, junto a la autotutela -la novedad más reciente e importante en materia de protección de las personas vulnerables-, surge un conjunto de complementos como los poderes preventivos, que permiten amparar a dichas personas por una vía alternativa.

### **12.1 LOS PODERES PREVENTIVOS**

Los poderes preventivos suelen ser algo más sencillos porque no requieren de incapacitación judicial, presupuesto absolutamente necesario en la figura de la autotutela, y

---

<sup>104</sup> DURÁN CORSANEGRO, Emilio. “*La autodelación...*” vid. págs. 230-231.

<sup>105</sup> Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “BOE” núm. 96, de 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.

aún así nos permiten, “mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse, he aquí la novedad, que no implicaría la revocación del poder”<sup>106</sup>.

El requisito indispensable aquí es que la persona del otorgante tenga capacidad para realizar los actos en el momento en el que otorga el poder, y que la persona del apoderado tenga capacidad para cumplirlos y llevarlos a cabo. Además, se prevé que estos poderes puedan sustituirse a pesar de la incapacitación, de haberse dispuesto así, y podrán ser extinguidos en el momento en el que el Juez constituya la tutela sobre el interesado o a petición del tutor en un momento posterior.

Es cierto que cuenta con el inconveniente de que puede ser mal utilizada por el apoderado, pero en contrapartida nos encontramos con la ausencia de conflictos motivada por la elección de representante por el propio otorgante, y además sorteamos el proceso de incapacitación, que suele resultar gravoso.

El poder deberá realizarse ante notario, y de él podrá obtenerse bien el nombramiento de un representante, bien el nombramiento de varios que actúen sea mancomunada, sea sucesivamente, sin que esto se prevea en Registro alguno.

## **12.2 LAS INSTRUCCIONES PREVIAS**

Respecto de las instrucciones previas lo que cabe decir es que son un tipo de apoderamiento preventivo, pero que operan en el ámbito sanitario. Su contenido entonces podrá ser, por ejemplo, la manifestación de los deseos frente a un posible futuro internamiento o bien la intención de no recibir un determinado tratamiento y proponer alternativas a éste. La principal diferencia que presentan respecto de los anteriores es que sí quedan reflejados en un Registro Nacional de Instrucciones Previas, creado por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal<sup>107</sup>.

## **12.3 EL CONTRATO DE ALIMENTOS**

---

<sup>106</sup> SANTOS URBANEJA, Fernando. “La autotutela por parte de las personas con enfermedad mental”. *Revista Estudios Jurídicos (Ponencia en las Jornadas de especialistas en el orden civil)*, núm. 2012, 2012, págs. 1-16.

<sup>107</sup> Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, “BOE” núm. 40, de 15 de febrero de 2007, BOE-A-2007-3160.

Por último, hacer mención al llamado contrato de alimentos, que suele incluirse al hablar de la autotutela, y no es sino el contrato por el que “una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”, como se desprende del artículo 1791 del Código Civil.

Así, los padres de una persona afectada de una discapacidad podrán entregar, en caso de fallecimiento, sus capitales a un tercero a cambio de que éste cuide y vele durante el resto de su vida por su hijo con discapacidad. De esta manera lo explica el abogado BARREIRO PEREIRA<sup>108</sup>, contemplando este caso como el más frecuente para la utilización de esta figura.

### **13. NECESARIEDAD E INTEGRACIÓN DE LA AUTOTUTELA EN SOCIEDAD**

A lo largo de todo el trabajo, el estudio realizado sobre la figura de la autotutela nos ha permitido definirla y hablar de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Pero ¿de dónde procede esa incorporación?

Si volvemos la vista al apartado 4 “La autotutela en el Código Civil” observamos cómo esta inclusión obedece a razones de necesidad funcionales: se están dando y reiterando multitud de supuestos cuyo contenido es la autotutela, aunque entonces no recibiera aquel nombre.

La ya citada Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria<sup>109</sup>, prevé para la autotutela una regulación y un nombre propiamente dichos, porque, en palabras de MARTÍN MORA, “decidir en el presente pensando en el futuro siempre es posible desde el punto de vista jurídico, aunque no es una opción a la que habitualmente recurramos”<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón. “Autotutela e incapacitación voluntaria”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005, págs. 71 a 89.

<sup>109</sup> Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, “BOE” núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, BOE-A-2003-21053.

<sup>110</sup> MARTÍN MORA, María José. “La autotutela”. *Revista Escritura Pública*, núm. 86, 2014, págs. 64-66.

Otro factor de necesidad es la celebración en 2006 en Nueva York de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>111</sup> a la que ya nos hemos referido, cuyo fin es conseguir un respeto global de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, tanto física como intelectual, y un apoyo para realizar actos jurídicos en los que necesiten ayuda. Esto obedece simplemente a una razón de no discriminación, porque en ningún caso puede privarse a estas personas de la realización de actos jurídicos. Esta discapacidad, extendida también a las minorías de edad e incapacidades, no es sino una condición social y no puede recibir como “castigo” una privación que aumente la exclusión social y la marginación de estos colectivos; hemos de proporcionarles una inclusión en todos los ámbitos de la sociedad que se encuentra regulada en los artículos 12 y 13 de la Convención, y desconocer esto sería una desprotección manifiesta.

Es aquí donde los Estados parte de esta Convención, entre los que se encuentra España desde 2008, deben intensificar el apoyo a estas personas, siempre correspondiéndoles a ellas mismas su configuración y autorregulación, que es en lo que consiste la figura objeto de estudio.

Sin ir más lejos, el artículo 2 de la presente Convención define la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” y el artículo 3 en sus apartados b) y c) incluye los principios generales de no discriminación y participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

La autotutela es beneficiosa en nuestra sociedad, y a esta conclusión se llega atendiendo a órdenes de coherencia y razonabilidad; parece bastante obvio el beneficio que supone que el interesado se encargue de realizar las disposiciones que estime necesarias respecto a su persona y bienes para hacer frente a una futura incapacitación, sea ésta motivada por razones de edad, enfermedad, alcoholismo o toxicomanía entre otras. Para esto, tomamos entonces las palabras de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE cuando manifiesta que “la sociedad por su propio bien no puede imponerle a una persona el que sufra la potestad

---

<sup>111</sup> Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “BOE” núm. 96, de 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.

de un tutor que él ha reprobado de antemano, porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual”<sup>112</sup>.

La autotutela es objeto de ensalzamiento porque colma una laguna legislativa merecedora de muchas críticas en un momento en el que la autonomía de la voluntad ocupa un papel muy destacado dentro del Derecho de la persona.

DURÁN CORSANEGRO basa su trabajo “La autodelación de la tutela”<sup>113</sup> en estadísticas que en 2003 situaban a España como el país más viejo para el año 2050, con un porcentaje del 22% de población mayor de sesenta años. Este porcentaje en la actualidad se ha reducido hasta el 18’4%, pero sin dejar de estar entre las más altas de la Unión Europea en cuanto a esperanza de vida según el Instituto Nacional de Estadística<sup>114</sup>. A raíz de los avances médicos y del aumento de la esperanza de vida, la autotutela se convierte en un mecanismo para la solución de los problemas que pueden acarrear la aparición progresiva de enfermedades degenerativas o la pérdida de la capacidad de auto regimiento que la edad comporta, y este autor acierta, en su trabajo, a enunciar los siguientes factores de riesgo de incapacidad en el siguiente orden:

- El envejecimiento de la población española.
- Las enfermedades neurodegenerativas (muchas veces hereditarias) como el síndrome del cromosoma X frágil, la enfermedad de Lafora, la enfermedad de Huntington, la enfermedad de Parkinson, la fibromialgia, el Alzheimer, el Síndrome de desorden postraumático (SDPT) o la Esclerosis lateral amiotrófica (ELA) entre otras.
- Causas externas como la jubilación por decreto o sufrir desórdenes afectivos que causan dependencia, así como la soledad.
- Otros factores que causan la demencia senil, el alcoholismo o toxicomanía, junto a, hoy en día, la contaminación acústica, los accidentes laborales y práctica de actividades que puedan conllevar una incapacitación (safaris, paracaidismo, etcétera).

Así, ORDÁS ALONSO apuesta por una integración analógica de la autotutela con base en los artículos 4.1 y 4.2 del Código Civil y en el cumplimiento de los requisitos que en ellos se

---

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. “¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 300, 1953, págs. 350-352.

<sup>113</sup> DURÁN CORSANEGRO, Emilio. “*La autodelación...*” vid. págs. 16-21.

<sup>114</sup> Los datos estadísticos han sido recabados de la página web oficial del Instituto Nacional de Estadística, [www.ine.es](http://www.ine.es).

recogen, sin dar lugar a una suplantación. Tiene que existir bien una laguna legal, bien una similitud evidente entre el caso que se pretende resolver y otros ya resueltos, a lo que se añade que el método analógico no haya sido expresamente prohibido por la ley.

Esta autora observa ciertas lagunas legales porque las modificaciones operadas en los artículos 223 y 234 del Código Civil abordan de manera fragmentaria la autotutela<sup>115</sup>. Sostiene que, mejor, debería haberse modificado la institución tutelar por completo y haber atajado de raíz los problemas de ésta, pero, sin embargo, con la totalidad de disposiciones y contenido del articulado sobre la materia en general y la autotutela en particular, tales lagunas se ven resueltas. Aun así, está claro que las funciones que integrarán la autotutela deberán cumplir con el doble requisito del artículo 216 del Código Civil y serán, por un lado, un deber que tendrá que ejercerse en beneficio del tutelado, y, por otro lado, que estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

En cualquier caso, contrastados diferentes autores y contrastados diferentes estudios<sup>116</sup>, queda evidenciada la necesidad de esta figura en la legislación española, puesto que la integración de ésta en sociedad y en nuestro ordenamiento jurídico no comporta sino beneficios y seguridad para sus destinatarios, así como un mayor apoyo y protección.

## 14. CONTROVERSIAS DE LA AUTOTUTELA

Como hemos visto, la incorporación de la figura de la autotutela a nuestra legislación no ha sido un camino fácil, sino más bien controvertido. Con un primer intento lanzado durante el primer cuarto del siglo XX y otras tantas tentativas a lo largo del mismo, su consolidación no llega hasta el año 2003.

Las múltiples discusiones parlamentarias sobre esta institución en el iter legislativo de la reforma de 1983, anterior a aquella en la que se incluye, van allanando su camino, denotando una imperiosa necesidad de ser por fin regulada contando cada vez con menos detractores.

---

<sup>115</sup> ORDÁS ALONSO, Marta. “La autotutela”, vid. págs. 1-25.

<sup>116</sup> BADOSA COLL, Ferrán. “La autotutela...” vid. pág. 910, DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María. “Algunas reflexiones sobre...” vid. págs. 17-30, CASTILLO TAMARIT, V. José. “Tutela...” vid. págs. 39-54, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “La autotutela: una...” vid. págs. 937-974, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165, SANTOS URBANEJA, Fernando. “La protección de las personas mayores: el nuevo fenómeno de la autotutela, problemas teóricos y prácticos”. *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 2005, 2005, págs. 1-30 y VAQUER ALOY, Antoni. “La autotutela en el...” vid. págs. 1859-1865.

Por lo tanto, a lo largo de este tiempo y esta evolución, hallamos críticas y controversias motivadas por los distintos autores<sup>117</sup>.

Una de las primeras críticas con la que nos encontramos es con una realizada al propio CREHUET DEL AMO<sup>118</sup> aduciendo que en su definición de autotutela no contempla la autotutela negativa para excluir a alguien del cargo; a tal crítica no le falta razón, pues al margen de que el interesado pueda nombrar aquellas personas que quiere que desempeñen la función tutelar, ha de proporcionársele la opción de excluir a determinadas otras que por razones de conflicto, falta de afinidad o cualesquiera distintas, no desee que la ejerzan. Este es un problema resuelto en la actualidad, quedando pertinentemente reflejadas ambas opciones como autotutela positiva y negativa.

Ya dentro de la propia regulación de la autotutela surgen cuestiones que encuentran distintas respuestas dependiendo del sector de la doctrina al que acudamos<sup>119</sup>. Todas han quedado resueltas dentro del presente trabajo, pero voy a enunciarlas para ilustrar un poco mejor que dentro de la misma quedan dudas o “zonas grises”, por así decirlo, que podrían ser aún matizadas o aclaradas: si la escritura de autotutela debe revestir necesariamente la forma de escritura pública notarial o cabría hacerse por testamento en algún caso; la edad a partir de la cual puede otorgarse una escritura de autotutela, si mantener la misma edad de catorce años que es la exigida para testar o bien deben establecerse y evaluarse otros límites; si la persona jurídica puede desempeñar la función tutelar, preferida por ciertos autores; si es posible una tutela plural y si es posible diferenciar un tutor para la esfera patrimonial y otro para la esfera personal, o qué es la capacidad de obrar suficiente, por ejemplo.

Así, en un momento de actualidad como el que vivimos, en el que están en liza más que nunca los derechos sobre la propia persona y en el que aún no se dispensa un trato igualitario en el ámbito social a personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente, discapacitados y menores, no podemos por menos que garantizarles una solución que les ofrezca la posibilidad de decidir respecto a su futuro cuando son perfectamente conscientes de ello, añadiendo un compromiso activo del apoyo que ha de

---

<sup>117</sup> BERCOVITZ CANO, Rodrigo. *Estudios para la reforma de...* vid. págs. 22-23, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “La autotutela: una institución...” vid. págs. 937-974 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones...” vid. págs. 156-165.

<sup>118</sup> ROVIRA-SUEIRO, María Esther. “La autotutela” vid. pág. 745.

<sup>119</sup> Relativo por ejemplo a la remuneración del tutor, encontramos posiciones distintas en BERCOVITZ CANO, Rodrigo. *Estudios para la reforma de...* vid. págs. 22-23 y VAQUER ALOY, Antoni. “La autotutela en el...” vid. págs. 1859-1865.

proporcionárseles, si bien es cierto que aún hay cosas a concretar para terminar con las dudas referidas anteriormente.

Es SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>120</sup> quien pone de manifiesto cómo la mayoría de la doctrina se oponía a la posibilidad de regular la autotutela sin dejar de reconocer las ventajas que supondría su reconocimiento en el Código Civil, algo que no deja de ser contradictorio. Esta controversia es finalmente zanjada por la ley que la introduce, justificando la necesidad de la regulación de la autotutela en su Exposición de Motivos con razones motivadas y suficientes, acabando con el problema de si la autotutela es o no admisible.

---

<sup>120</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “El Artículo 223.2º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, págs. 861-886.



## CONCLUSIONES

Como puede observarse del desarrollo del trabajo, la figura de la autotutela ha constituido un paso adelante muy importante en materia de la autonomía de la voluntad y los derechos personales, y aquí voy a presentar las conclusiones que he extraído:

PRIMERA. El aumento de la esperanza de vida y de la población implica un mayor número de personas de edad elevada, donde se multiplica la probabilidad de sufrir enfermedades o incapacidades que no podrán evitarse, y es en estas situaciones donde enmarcamos la autotutela.

SEGUNDA. La incorporación de una figura como la autotutela no hace sino humanizar en cierto modo el derecho, algo que la demanda social venía pidiendo desde hacía tiempo, y nada mejor que permitir a las personas tomar decisiones para su futura asistencia en situación de dependencia. Queda comprobado que todos somos personas, capaces o no, pero por el simple hecho de serlo tenemos unas necesidades ya no materiales, sino jurídicas, que el Derecho debe proteger.

TERCERA. Teniendo como finalidad el beneficio de la persona que la ordena, la autotutela deberá ser posible siempre que el disponente se encuentre en poder de suficiente capacidad de obrar, siguiendo los cauces legales y sin contravenir la moral ni el orden público.

CUARTA. Una figura como esta era muy necesaria en nuestro sistema y considero su inclusión como un avance muy palpable en la práctica, que nos sitúa un paso por delante de numerosas legislaciones internacionales.

Sin embargo, y siendo realistas, nuestro ordenamiento jurídico hoy en día no ha contemplado determinados límites que pueden llevar a la confusión, puesto que nada se dice sobre ellos, y que no pueden completarse de manera suficiente ni permanente acudiendo a otras vías, como pueden ser regular expresamente si cabe optar o no por la tutela plural, determinar expresamente la escritura pública notarial como único requisito de forma o qué es verdaderamente la capacidad de obrar suficiente.

QUINTA. La solución pasaría por completar la institución así prevista por el Código Civil añadiendo máximos y reglas que no dejaran lugar a dudas o que al menos las redujeran significativamente.

SEXTA. Personalmente, propondría una revisión de la figura de la autotutela y su regulación, bien a través de la introducción de nuevos preceptos, bien modificando y dándoles un nuevo sentido a los ya existentes, para cubrir las cuestiones que vengo de mencionar en la cuarta conclusión, entre otras, y creo que esto implicaría un mejor uso de esta institución.

Coincido con la mayoría de los autores a los que he podido leer y estudiar cuando afirman que vamos bien encaminados, porque no se puede prescindir de estas técnicas de la autonomía de las personas; pero es cierto que aún le queda camino por recorrer a nuestra justicia civil.

Me gustaría terminar con la siguiente frase de John Stuart Mill en su libro *Sobre la libertad* y que dice así:

“Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses.

El hombre o la mujer más común tienen al respecto medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquellos que pueda poseer cualquier otro.”

Esta es la verdadera esencia de la autotutela, el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad para afrontar el futuro, y confío en que las reformas que sobre ella se hagan respeten su finalidad y contenido, porque no podemos dejar desprotegido un ámbito tan importante como el derecho de la persona.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina. “Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 2015, págs. 341-354.

BADOSA COLL, Ferrán. “La autotutela”. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Verdejo*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1933, pág. 910.

BARREIRO PEREIRA, Xosé Antonio. “Autotutela e incapacitación voluntaria”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005, págs. 71 a 89.

BERCOVITZ CANO, Rodrigo. *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, 1976, pág. 35.

BERCOVITZ CANO, Rodrigo. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela”. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, núm. 9, 2008, págs. 15-141.

BUSTO LAGO, José Manuel. “La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”. *Revista Actualidad Civil*, núm. 9, 2007, págs. 994-1020.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

CAMPO GUERRI, Miguel Ángel. “La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad.” *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, págs. 24-25.

CASTILLO TAMARIT, V. José. “Tutela. Autotutela. Protección de menores”. *Revista jurídica del notariado*, núm. 39, 2001, págs. 39-54.

CASTRO REINA, José Ramón. “Autotutela y contrato de alimentos”. *Academia sevillana del notariado, Conferencias del curso académico 2004-2005*, tomo XVI, vol.2, Edersa 2008, págs. 209-263.

Constitución Española de 1978, “BOE” núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, BOE-A-1978-31229.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York de 13 de diciembre de 2008, ratificada por España en 2008, “BOE” núm. 96, de 21 de abril de 2008, BOE-A-2008-6963.

CREHUET DEL AMO, Diego María. “*La tutela fiduciaria*”. Discurso del Sr. Diego María Crehuet del Amo en el acto de su recepción de Académico de Mérito. Madrid: Reus, 1921.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María. “Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña”. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, págs. 17-30.

Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, “BOA” núm. 67, de 29 de marzo de 2011, BOA-d-2011-90007.

Decreto 30/2012, de 23 de marzo, del Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de Patrimonios Protegidos.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

DURÁN CORSANEGRO, Emilio. “*La autodelación de la tutela*”. Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña. “La autotutela”. *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, 2002, págs. 1275-1282.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Méjico: Editorial Porrúa, 2014.

GARCÍA-GRANERO COLOMER, Ana Victoria. “La autotutela en el derecho común español”. *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, 1998, pág. 216.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. “La protección de los discapaces: la autotutela y el poder preventivo de protección”. *Revista El notario del Siglo XXI*, núm. 23, 2009, págs. 65-86.

GARRIDO MELERO, Martín. «Comentario al art. 172», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'ajuda Mutua*, (Egea i Fernández, J., y Ferrer i Riba dirs.), Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág. 773.

GASPAR LERA, SILVIA. *Código Civil comentado* dirigido por Ana CAÑIZARES LASO. Navarra: Aranzadi SA y Thomson Reuters (Civitas), 2011.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. *Jurisprudencia Civil comentada* dirigida por Miguel Pasquau Liaño Granada: Comares, 2009.

JIMÉNEZ CLAR, J. Antonio. “Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los enduring powers of attorney”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, 2003, págs. 21-36.

LAGUNES PÉREZ, Iván. “Tutela”. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, Porrúa, México, 2004, pág. 896.

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, “BOE” núm. 151, de 10 de junio de 1957, BOE-A-1957-7537.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm. 7 de 8 de enero de 2000, BOE-A-2000-323.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, “BOE” núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, BOE-A-2003-21053.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, “BOE” núm. 191 de 11 de agosto de 2006, BOE-A-2006-14563.

Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administraciones de patrimonios protegidos, “BOE” núm. 73, de 26 de marzo de 2009, BOE-A-2009-5028.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, “BOE” núm. 203, de 21 de agosto de 2010, BOE-A-2010-13312.

LÓPEZ SANZ, Salvador. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión del 11 de mayo de 1983, núm. 27, pág. 2658.

MARÍN CALERO, Carlos. “¿Autotutela?”. *Revista Escritura Pública (sección En sociedad)*, núm. 86, 2014, pág. 67.

MARTÍN AZCANO, Eva María. “Designación de tutor por el propio interesado: la delación voluntaria de la tutela o autotutela”. *La Ley Revista Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 5, 2015, págs. 107-114.

MARTÍN MORA, María José. “La autotutela”. *Revista Escritura Pública*, núm. 86, 2014, págs. 64-66.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. “La autotutela en el Derecho Civil Común”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, págs. 161-167.

MATEO SANZ, Jacobo Bernardo. “Cuestiones sobre la regulación de la autotutela en el Código Civil español”. *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, capítulo 1, 2015, págs. 137-153.

NAVARRETE MERINO, Carlos. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión del 18 de mayo de 1983, núm. 29, pág. 2682.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”. *Revista Economist&Jurist*, 2006, págs. 64-70.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2016.

ORDÁS ALONSO, Marta. “La autotutela”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2014, págs. 1-25.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 73, 2007, págs. 2235-2253.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 85 (mes 12), 2001, págs. 937-974.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, “BOE” núm. 40, de 15 de febrero de 2007, BOE-A-2007-3160.

RECOVER BALBOA, Torcuato. “La jurisdicción voluntaria y los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Escritura Pública (sección En curso legal)*, núm. 86, 2014, págs. 22-23.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, 1998, págs. 156-165.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María. “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 90 (mes 1), 2006, págs. 83-102.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María. “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 91-119.

ROCA TRÍAS, Encarna. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Valencia, 1985, pág. 145.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. “¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 300, 1953, págs. 350-352.

ROGER VIDE, Carlos. *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22-23.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. “La autotutela en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885, 2013, págs. 6-10.

ROVIRA-SUEIRO, María Esther. “La autotutela”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, págs. 743-762.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. “El Artículo 223.2º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, págs. 861-886.

SÁNCHEZ TORRES, Eloy. “Una nueva modalidad tutelar”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 41, 1928, pág. 347.

SANTOS URBANEJA, Fernando. “La autotutela por parte de las personas con enfermedad mental”. *Revista Estudios Jurídicos (Ponencia en las Jornadas de especialistas en el orden civil)*, núm. 2012, 2012, págs. 1-16.

SANTOS URBANEJA, Fernando. “La protección de las personas mayores: el nuevo fenómeno de la autotutela, problemas teóricos y prácticos”. *Revista Estudios Jurídicos*, núm. 2005, 2005, págs. 1-30.

SERRANO FERNÁNDEZ, María. *Comentarios al Código Civil* dirigidos por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO. Valladolid: Lex Nova S.A.U., 2010.

SERRANO ALONSO, Eduardo. *Comentario del Código Civil* dirigidos por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Barcelona: Bosch, 2006.

SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Autotutela*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

SILLERO CROVETTO, Blanca. *Jurisprudencia Civil comentada* dirigida por Miguel PASQUAU LIAÑO. Granada: Comares, 2009.

VAQUER ALOY, Antoni. “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”. *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2004, págs. 1859-1865.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *La reforma de la tutela*. Colex, 1985, pág. 508.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. *El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella*. Barcelona: Cedecs Editorial, 2000.



## JURIDPRUDENCIA UTILIZADA

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) Auto de 19 de febrero de 2001 (ROJ AAP Z 88/2001).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia de 22 de abril de 2003 (ROJ SAP B 3416/2003).

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) Sentencia número 283/2004 de 28 de junio (ROJ SAP TF 1434\2004).

Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª) Sentencia número 108/2005 de 14 junio (AC\2005\1813).

Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) Sentencia número 407/2007 de 14 noviembre (AC\2008\278).

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) Sentencia número 502/2008 de 30 de abril (ROJ SAP M 9302/2008).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 415/2008 de 17 junio (JUR\2008\265725).

Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) Sentencia número 19/2009 de 9 de febrero (ROJ SAP NA 599/2009).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 430/2009 de 15 de julio (ROJ SAP B 7747/2009).

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) Auto número 152/2010 de 14 junio (JUR\2010\418066).

Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia número 463/2010 de 26 octubre (JUR\2011\5068).

Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) Sentencia número 155/2010 de 21 de diciembre (JUR\2010\69345).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 519/2011 de 7 de septiembre (ROJ SAP B 10986/2011).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia número 504/2012 de 17 julio (RAJ\2012\8362).

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª) Sentencia número 744/2012 de 8 octubre (JUR\2013\35968).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 339/2013 de 24 mayo (JUR\2013\336851).

Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) Sentencia número 90/2014 de 4 abril (JUR\2014\126172).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia número 487/2014 de 30 septiembre (RAJ\2014\4864).

Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia número 259/2016 de 13 de julio (ROJ SAP C 1848/2016).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 609/2016 de 20 de julio (ROJ SAP B 7730/2016).

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia número 130/2017 de 17 de marzo (ROJ SAP PO 2390/2017).

Audiencia Provincial de Donostia (Sección 2ª) Sentencia número 202/2017 de 17 de julio (ROJ SAP SS 608/2017).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia número 111/2018 de 9 de febrero (ROJ SAP B 1074/2018).

# **ANEXOS**

## ANEXO I

<i>Autotutelas</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
Designaciones .....	256	382	450	419	428
Exclusiones .....	23	14	14	15	9
Revocaciones de designaciones .....	3	4	2	9	19
Revocaciones de exclusiones .....	1	—	—	—	—
<b>TOTAL DE INSCRIPCIONES .....</b>	<b>314</b>	<b>445</b>	<b>505</b>	<b>512</b>	<b>524</b>

Esta tabla extraída de “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil” de la *Revista de Derecho Privado*, número 85 de 2001 de José Pérez de Vargas (ver bibliografía) nos muestra cómo, en una valoración global, la utilización de la autotutela es creciente en Cataluña atendiendo a datos del Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios a partir de 1997.

Estudiada la repercusión de esta figura, el autor afirma que un paralelismo se dará en el resto del territorio estatal una vez se incluya, aumentando progresivamente su utilización por la importancia, utilidad y ventajas que conlleva.

## ANEXO II

**AUTOTUTELA: Positiva y negativa**  
**«Escritura de autotutela positiva y negativa».**  
De FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ GOYANES. *Notario de Madrid.*

**Número**  
**En la villa de Madrid, mi residencia a**

Ante mí, **FRANCISCO-JOSÉ LÓPEZ GOYANES**, notario del Ilustre Colegio de esta capital.

### -COMPARECE-

Doña....., mayor de edad, viuda, sin profesión especial, vecina de Madrid, con domicilio en ....., provista de documento nacional de identidad número.....

**Interviene** en su propio nombre.

La juzgo con plena capacidad para esta escritura de **autotutela positiva y negativa**, y,

### -EXPONE-

I.- Que conforme al artículo 322 del Código civil, la persona mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil.

II.- Que en aplicación del último inciso del artículo 234 del Código civil, las personas que propone como tutores podrán ser nombradas por el juez, si éste así lo estima, en beneficio de la señora compareciente, una vez declarada incapaz por sentencia judicial en virtud de las causas de incapacitación establecidas en la ley que le impidan gobernarse por sí misma.

III.- Que tiene una enemistad manifiesta con la persona que después dirá, lo que le impide ser tutor de la señora compareciente, según la norma del artículo 244-2.º también del Código civil.

IV.- Y por esta escritura,

**-OTORGA-**

Doña....., ante la posibilidad de que en el futuro pudiera ser incapacitada, establece, en plenitud de facultades:

A) La delación del cargo tutelar que comprende la guarda y protección de su persona y de sus bienes, a favor de:

- Su hermana....., mayor de edad, casada, vecina de Madrid, con domicilio en....., con D.N.I.....,

- En defecto o a falta de la anterior, su sobrino, mayor de edad, casado, vecino de Madrid, con domicilio en ....., con D.N.I.....

B) Excluye de ejercer su tutela a su hermano....., mayor de edad, casado, vecino de Madrid, con domicilio en....., con D.N.I.....

Le hago las reservas y advertencias legales.

Le leo esta escritura, por su elección, la aprueba y firma conmigo, notario, que de conocerle y del total contenido de este instrumento público, extendido en..... folios de papel timbrado exclusivo para documentos notariales, serie....., números..... y el del presente, doy fe.

FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ GOYANES  
*Notario de Madrid*

Encontramos en las publicaciones del Ilustre Colegio Notarial de Granada un ejemplo de escritura pública de autotutela utilizado por el notario Francisco José López Goyanes.

Su particularidad reside en que puede ser utilizada conjuntamente como positiva y negativa, permitiendo tanto elegir a la persona que se quiere para el desempeño de la función tutelar como a la que se pretenda excluir.

Cumplen, como se puede observar, con todos los requisitos de contenido de la autotutela.

## ANEXO III

### >>> MODELO DE DOCUMENTO NOTARIAL DE CONSTITUCION DE AUTOTUTELA EN EL CODIGO CIVIL

En Madrid, a 1 de mayo de 2006

**ANTE MI,** ....., Notario del Ilustre Colegio de Madrid, con residencia en calle Hermosilla 48, 28001 Madrid

**COMPARECE:**  
DON ....., mayor de edad, vecino de Madrid, con domicilio en ..... Exhibe D.N.I. ....

**Interviene** en su propio nombre y derecho.

Le identifico por su expresado documento nacional de identidad; considero que tiene la capacidad legal necesaria para esta escritura de **NOMBRAMIENTO DE CARGO TUTELAR y**

**DICE:**

I.- Que nació en Orihuela, el día ..... constando inscrito su nacimiento en el Registro Civil de la misma localidad, al Tomo .....

II.- Que hallándose plenamente capaz en este acto, libremente **OTORGA:**

Que para el caso de ser declarado incapaz en un futuro y de acuerdo con la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, el compareciente nombra tutor a ....., y en su defecto (por muerte, renuncia o incapacidad de éste) serán tutores del compareciente los señores siguientes: Don ..... y Don ....., por orden correlativo y el último en defecto del anterior.

Así lo dice y otorga.

**COMUNICACIÓN:** Indico al compareciente que, de conformidad con el artículo 223 del Código Civil, procederé a comunicar el presente otorgamiento al Registro Civil antes indicado.

**PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.** Advierto expresamente al compareciente que sus datos van a ser incorporados al fichero del Protocolo y documentación notarial y al fichero de Administración y organización, así como del hecho de que, en su caso, tales datos pueden ser cedidos a aquellas Administraciones públicas que según una norma con rango de ley tengan derecho a ello. Hechas las advertencias de sus derechos al respecto.

**OTORGAMIENTO Y AUTORIZACION.-** Se han hecho las reservas y advertencias legales.

Le leo, por su elección, esta escritura, advertido de su derecho a leerla por sí, del que no usa y, enterado la acepta, se ratifica y firma.

Yo, el Notario, Doy fe de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada del otorgante.

Queda extendida en dos folios de papel notarial, serie ....., números .....

Y de su contenido, DOY FE.

Se trata de un modelo de escritura de autotutela positiva extraído del artículo “Autotutela: propuesta de la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad” de la *Revista Economista&Jurist* de 2006, escrito por Xavier O’Callaghan Muñoz (ver bibliografía). Cumple con todos los requisitos de contenido propios de la autotutela.