

# LA AUTOTUTELA

María E. Rovira Sueiro

**Sumario:** 1.-Antecedentes, fundamento, concepto y clases. 2.-Régimen jurídico: A) Código de Familia Catalán. B) Código Civil. 3.- Conclusiones.

## 1.- ANTECEDENTES, FUNDAMENTO, CONCEPTO Y CLASES

En principio, por la razón que nos asiste y que nos diferencia de los demás seres las personas somos capaces de dominar el curso de nuestros actos. Ahora bien, desgraciadamente en ocasiones la persona carece o tiene mermada esa capacidad, ya sea desde un principio, ya sea como consecuencia de avatares ligados a su propia existencia y alteridad. Es más, dados los últimos avances de la ciencia y, en concreto, de la genética una persona plenamente capaz puede conocer la tendencia, e incluso el casi inexorable padecimiento futuro de una enfermedad degenerativa que merme su aptitud volitiva e intelectual hasta su completa desaparición.

Esta realidad, junto con otros factores sociales como el incremento de la esperanza de vida, es la que me ha empujado a adentrarme en el estudio de la autotutela como uno de los medios que el Derecho civil pone al alcance de la persona para afrontar desde la plena capacidad una eventual pérdida.

Se trata de una figura recientemente incorporada al texto de nuestro Código civil si bien el debate acerca de la oportunidad de su inclusión se remonta bastante tiempo atrás. Pero ¿a qué se hace referencia con este término generalmente aceptado por la doctrina?

En sentido general, se entiende por autotutela, el negocio jurídico por el que una persona designa a quien quiere que le asista o supla en el supuesto de incurrir en una causa de incapacitación, así como el régimen jurídico de dicha asistencia y constituye, a nuestro juicio, junto con los poderes preventivos o de autoprotección, el instrumento con el que mejor se puede hacer frente a una futura incapacitación.

En el contexto de nuestro ordenamiento el empleo del término autotutela se atribuye a SANCHEZ TORRES, aunque con anterioridad alude al mismo concepto en nuestro Derecho con otras palabras CREUHET DEL AMO. En concreto éste se refiere a la tutela fiduciaria conceptuándola como «la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacitación. 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>1</sup>». La elección del término fiduciaria se debe como

---

1 Cfr. CREHUET DEL AMO, D.Mª, *La tutela fiduciaria*, (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Edit.Reus, Madrid, 1921, pág. 9, advierte asimismo el autor en el concepto de tutela abarca la curaduría.

él mismo explica a que equivale a confianza «y, aunque este sentimiento debe inspirar todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en la que se defiera el futuro o posible tutelado: como que este encomienda la guarda de sí y de sus bienes para el momento luctuoso en que pierde su capacidad. En ninguna otra forma de la tutela el efecto de fe, de satisfacción, en cuanto al tutor, se dibuja con caracteres tan vigorosos y firmes, porque aquí lo perfila y magnifica la voluntad del que ha de quedar sometido a la guarda, a la vigilancia de aquel a quien el que necesita ser guardado y vigilado constituye en guardián y vigilante.»<sup>2</sup>

Conocedor del trabajo anterior SANCHEZ TORRES justificó el planteamiento de la cuestión a partir de un caso resuelto por la justicia rusa. Se trataba de un joven ruso Ivon Cnimzo mayor de edad que sufría una tara hereditaria incurable que solía aparecer hacia los veinte años por lo que éste al alcanzar la mayoría de edad redactó un documento en el que dispuso que «Por si en mi naturaleza encuentra exteriorización en su día, la enfermedad, en mí 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>3</sup>, llegado el temido momento de locura se planteó la validez de tal estipulación, cuestión que la justicia rusa resolvió positivamente reconociendo la legalidad de dicho documento. Pues bien, SANCHEZ TORRES trasladando su posibilidad a la luz de nuestro ordenamiento se mostró favorable parangonando la situación del acto de autotutelarse a las herencias a favor del alma señalando en tal sentido la identidad de su fundamento y fines<sup>4</sup>.

Aproximadamente veinte años más tarde la posibilidad de autotutela vuelve a plantearse, esta vez, de la mano de RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE quien también toma como punto de partida el trabajo de CREHUET y se muestra partidario de su admisión en nuestro Derecho. Justifica la tutela fiduciaria no sólo en el criterio que inspira toda institución tutelar de que siempre se debe apreciar el interés del tutelado, sino también en las posibilidades que nuestro Código ofrece de forma expresa. Dicho en otras palabras, si unos extraños pueden nombrar tutor al menor o incapacitado en virtud del art. 207 CC, si también el menor de edad y mayor de catorce años (art. 663.1 CC) e incluso el demente, en el caso y con las formalidades del art. 665 CC, y el pródigo ex art. 221.2ºCC, tienen posibilidad de hacer esta designación, con mayor razón la persona plenamente capaz ha de poder nombrárselo a sí misma antes de ser incapaz<sup>5</sup>. Propone a tal fin lo que él mismo denomina *mandato tutelar* que no sería contractual sino unilateral porque al ser la tutela una institución obligatoria y de orden público no necesitaría la aceptación del llamado a salvo las excusas señaladas por ley «independientemente de que dicho acto no podría ser otorgado más que por personas mayores de edad y de que surtiría efectos jurídicos en vida del que lo realizó, por lo demás guardaría grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor, por lo que también se le podría denominar «cuasi-testamento». De este modo, sería factible de renovación, ínterin no se iniciase el procedimiento para pronunciar la incapacidad del otorgante, ya que, si la voluntad humana es mudable hasta la muerte, no hay razón para que no tengan eficacia las mudanzas expresadas en acto unilateral que no afecta en cada una de sus manifestaciones a tercero, sino que sólo en la última manifestación ha de existir con éste el nexo obligatorio de la tutela»<sup>6</sup>. Desde el punto de vista positivo considera que el art. 204 CC

2 Cfr. CREHUET DEL AMO, D.Mª, *La tutela...*, cit., pág. 10.

3 SANCHEZ TORRES, E., «Una nueva modalidad tutelar», *RCDI*, 1928, pág. 345-346.

4 SANCHEZ TORRES, E., «Una nueva modalidad ...», cit., pág. 348.

5 RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», *RCDI*, 1953, pág. 350.

6 RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela ...», cit., pág. 352.

podría servir de fundamento basándose en la elasticidad para el nombramiento del tutor propuesto por la doctrina moderna, en la solemnidad que rodea al documento público y en la semejanza entre la institución tutelar y el albaceazgo. En este último sentido, aun reconociendo las peculiaridades de una y otra figura pesan más, a su juicio, las semejanzas, lo que le lleva a afirmar lo siguiente: «cabe que nos sean útiles sus semejanzas para afirmar que con ellas el legislador ha querido dejar patente cómo, más allá de la muerte del causante o de la incapacidad del tutelado, hay que respetar en lo posible la voluntad de lo que dispusiera en vida o siendo capaz, pues ante y sobre todo se trata en ambos casos de cumplir su postrero mandato, siendo fieles al destino que imprimieron a su patrimonio. También, en uno y otro supuesto, se da un evento fatal para el libre ejercicio de sus libertades: la muerte y la incapacidad. Pasa por ello a segundo plano la trascendencia que pudiera tener el instrumento en que se hiciera el nombramiento del cargo, pues lo importante es el contenido de la voluntad y no el vehículo que se utiliza para darla a conocer, siempre que la forma usada ofrezca las garantías mínimas de autenticidad a los terceros»<sup>7</sup>.

En esa línea trazada a favor de su reconocimiento y viabilidad quizá la principal aportación del autor sea el evidenciar la dimensión negativa de la autotutela, aspecto, -como el mismo advierte-, no planteado por CREHUET al cuestionarse la posibilidad de que el presunto incapaz formulase su oposición a que determinada persona desempeñe el cargo de tutor en el supuesto de futura incapacidad, lo cual considera que debe admitirse sin que ello suponga «forzar la interpretación de ningún precepto del articulado de nuestro Código civil, pues constituye el ejercicio de una facultad potestativa por parte de persona individual, que no está en contradicción con el carácter social de la institución tutelar, en cuanto ésta tiene como finalidad principal, la protección de la persona e intereses del incapaz. Luego la sociedad por su propio bien, no puede imponerle a una persona, el que sufra la potestad 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>8</sup>.

No obstante, pasarán bastantes años hasta que la doctrina vuelva a preocuparse al menos de forma expresa por esta cuestión y lo hará, en cierto modo, de soslayo y en forma de texto articulado en el proyecto particular de los profesores DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CAFFARENA y CABANILLAS del año 1977. En éste, bajo la rúbrica de «De la incapacitación voluntaria» se prevé la posibilidad de que personas en las que concurren determinadas circunstancias invalidantes pero que no han adquirido la entidad de causa legal de incapacitación puedan voluntariamente someterse a incapacitación (arts. 211 y 212 del proyecto)<sup>9</sup>. Estas previsiones trataban de aportar soluciones a los problemas planteados en la realidad social de ese momento siguiendo las pautas del Código civil suizo como se explica en la introducción del propio proyecto<sup>10</sup>.

---

7 RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela ...», cit, págs. 352-354.

8 RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela ...», cit., pág. 352.

9 En concreto en los arts. 211 y 212 del proyecto se establece, respectivamente que: «podrán someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias contempladas en el artículo 200, y las personas en avanzado estado de senilidad o alto grado de inexperience, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus actos e intereses», «en la incapacitación voluntaria se aplicarán plenamente las disposiciones del presente título, con excepción de lo dispuesto en el artículo 205».

10 En este sentido vid. Proyecto particular de los profesores DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CAFFARENA, y CABANILLAS, *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 y 23.

Lo que ocurre es que el texto se queda corto en el sentido de que omite cualquier referencia a una de las consecuencias más lógicas de la incapacitación voluntaria y colofón del incipiente reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la persona en ese ámbito y así en las normas relativas a la designación de tutor (arts. 245 y ss del proyecto particular)<sup>11</sup> nada se dice acerca de la elección del tutor por parte del voluntariamente sometido a incapacitación, ni mucho menos de la posibilidad de exclusión de determinadas personas que, sin embargo, sí se contempla en el caso de los padres<sup>12</sup>. Pero es que además el limitado alcance de la autotutela todavía es mayor en la medida en que las causas de incapacitación voluntaria señaladas en el proyecto: toxicomanías, alcoholismo, avanzado estado de senilidad o personas con alto grado de inexperiencia, no necesariamente coincidirán con el supuesto de hecho generador de la autotutela que abarca a cualquier persona preocupada por lo que el futuro le depare, ya sea de forma cierta por padecimiento actual de una enfermedad degenerativa, ya de forma incierta por sufrir, por ejemplo, un accidente de fatales consecuencias. Es más tratándose de personas en avanzado estado de senilidad o de toxicómanos es posible que falte la capacidad para otorgar válidamente el negocio jurídico de autotutela.

En cualquier caso, en la reforma de la tutela operada en el año 1983 este punto no prosperó y a ello contribuyeron razones de diversa índole tal y como resulta de los trámites parlamentarios<sup>13</sup> a pesar de algún intento como la enmienda del Diputado señor Canellas en la que, además de incorporar el documento público notarial como forma de delación de la tutela de los padres, proponía que se añadiese el siguiente párrafo «cualquier persona en documento público o notarial podrá ordenar respecto de sí misma las medidas prevenidas en el párrafo anterior». Se trataba claramente de introducir la figura de la autodelación de la tutela. La enmienda relativa al documento público fue aceptada no sin antes suscitar un debate acerca de su oportunidad, la otra enmienda, sin embargo fue rechazada en ambas cámaras a pesar de los argumentos vertidos a su favor por los Diputados García Amigo, Durán Corsanego y Fernández Inguanzo y senadores Portabella i Rafols y Reigada Montoto<sup>14</sup>, (algunos de los cuales reproduce la doctrina que se ha ocupado de esta materia al proceder a una interpretación auténtica de las normas relativas a la tutela y otras instituciones de guarda). En cualquier caso, a la luz de las discusiones parlamentarias cabe concluir que «nada hay en el debate de esta enmienda que nos haga pensar que fue la voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta; antes bien, el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro derecho positivo obedeció a razones de prudencia legislativa.»<sup>15</sup>

---

11 En el sentido indicado el art. 245 del proyecto establece que «para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al cónyuge del tutelado, que no se encontrare previamente separado de éste. 2º A los padres. 3º A la persona designada por los padres en sus disposiciones de última voluntad. 4º A la persona que el juez elija entre los descendientes, ascendientes y hermanos del tutelado, con prioridad a los consanguíneos respecto de los afines». Por su parte el art. 246 completa lo anterior señalando que «En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el juez designará tutor a la persona física o jurídica que en virtud de sus anteriores relaciones personales con el tutelado o por su garantías de solvencia y responsabilidad mejor concepto le merezca. Si el tutelado se encontrara recogido en un establecimiento público, podrá deferirse la tutela al mismo establecimiento o institución» es evidente que nada se dice acerca de la persona designada por el futuro incapacitado o por quien voluntariamente se someta a la incapacitación.

12 En efecto el art. 248.5º del proyecto establece que «no pueden ser tutores: los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones de última voluntad».

13 Sobre las razones que condujeron al rechazo de la autotutela vid. infra 2.A.b.5.

14 Acerca de los debates parlamentarios vid. ZAPATERO GONZALEZ, R., «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», en *Estudios sobre la tutela (En torno a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, (García Cantero dir y coord.), Edit. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1986, págs. 72 a 76.

15 Cfr. ZAPATERO GONZALEZ, R., «Antecedentes y trámite parlamentario ...», cit., pág. 76.

En los últimos tiempos y más, si cabe, con la declaración del Consejo de la UE del año 2003 como Año europeo de las personas con discapacidad<sup>16</sup>, volvió la autotutela a ocupar un puesto importante en el debate social y jurídico que finalmente tuvo su reflejo normativo en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en virtud de la cual se modificaron, entre otros, los arts. 223, 234 y 239 CC para dar entrada a la tan ansiada institución. De todas formas no sería justo omitir aquí que la insatisfactoria regulación de los regímenes de guarda y su distonía con las situaciones reales no constituía un problema exclusivo del Derecho español que, desafortunadamente en este punto, estaba en la misma situación que numerosos países de nuestro entorno y de fuera de nuestra órbita<sup>17</sup>. La posibilidad de que una persona en previsión de una incapacitación pueda disponer de alguna medida que mantenga o adquiera eficacia después de ésta es bastante escasa y además allí donde existe no es precisamente la fórmula de la autotutela la elegida, salvo Suiza (arts. 372, 381 y 394 Code Civil Suisse) sino la previsión del mandato válido para después de la incapacitación prevista (arts. 2167 y 2168, CC de Québec de 18 de diciembre de 1991, art. 1896.2 BGB) o el *enduring power of attorney act* (reconocido legalmente desde 1985 aunque con un ámbito limitado a lo patrimonial) e incluso a veces a través de los mal llamados testamentos vitales.

En España, hasta la reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, el problema era afrontado sólo en el ámbito de algunos Derechos civiles territoriales y con la excepción de Cataluña, que reconocía la autotutela<sup>18</sup>, las soluciones aportadas también transcurrían por otros caminos, fundamentalmente se recurre a los pactos de acogimiento de personas mayores y al reconocimiento de situaciones convivenciales de ayuda mutua siendo la única situación de discapacidad contemplada la de la vejez. Así por ejemplo nos encontramos en Cataluña con la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua<sup>19</sup>, la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores<sup>20</sup>, la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores<sup>21</sup>, y en Navarra con la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre de acogimiento familiar de personas mayores. En todas ellas es curioso observar que entre las causas de extinción ya sea de la convivencia ya de la acogida no se contempla la incapacitación<sup>22</sup> lo cual podía plantear en la práctica importantes pro-

16 Así se recoge en la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 2001 (2001/903/CE), DOCE L 335, de 19 de diciembre de 2001.

17 TAIANA DE BRANDI, N.A., LLORENS, L.R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacitación (Previsiones para el cuidado de la persona y de los bienes del incapaz otorgadas durante su capacidad*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1996, págs. 43-62.

18 Arts. 172 y 239 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de Familia.

19 Publicada en el BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1999.

20 Publicada en el BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001.

21 Publicada en el BOE núm. 206, de 28 de agosto de 2001.

22 En concreto la extinción se regula en los siguientes términos: El art. 5 de la Ley 19/1998, establece que: «1. Las relaciones de convivencia se extinguen por las siguientes causas: a) Por acuerdo de todos los convivientes. b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros. c) Por matrimonio o establecimiento de relación de pareja estable de uno de los convivientes. d) Por defunción de uno de los convivientes. e) Por las establecidas en el pacto entre los convivientes». El art. 5 de la Ley 22/2000, establece que: «La acogida se extingue por las siguientes causas: a) Por lo pactado en la escritura de formalización. b) Por común acuerdo de las personas acogedoras y acogidas manifestado en escritura pública. c) Por voluntad de una de las partes, manifestada en escritura pública. La resolución debe ser notificada de forma fehaciente a la otra parte con seis meses de antelación. d) Por voluntad de una de las partes, si la otra incumple las obligaciones que le corresponden o si le es imputable alguna causa que haga difícil la convivencia. En estos supuestos, la notificación resolutoria en la que deben expresarse las causas tiene efectos inmediatos. e) Por muerte o declaración de defunción de la persona acogida única o de los dos miembros de la pareja acogida. f) Por la muerte

blemas que se evitan con la posibilidad de la autotutela, no siendo extraño que si existe un negocio jurídico en tal sentido sean las personas acogedoras o los convivientes las designadas para ejercer el cargo de tutor o de curador, según el caso. Es evidente que la persona que hasta entonces se encargó del ahora incapacitado sea tenida en cuenta por el juez a la hora de la designación pero no tendrá porqué resultar vinculante.

## **2.- RÉGIMEN JURÍDICO**

La ausencia de una regulación expresa de la autotutela en el ámbito del Derecho común hasta la reciente reforma operada en los arts. 223, 234 y 239 CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, nos ha llevado a comenzar su estudio por el régimen jurídico de la autotutela previsto en el Derecho civil catalán desde el año 1996 por considerar que su mayor tiempo de vigencia junto con unas previsiones más pormenorizadas permiten un análisis más completo, contrastado y crítico del régimen que instaura el Código civil posteriormente.

### **a) Código de familia catalán**

La ley 30/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares (LTIT) no contenía previsión alguna respecto de la autotutela que se introdujo a raíz de la reforma operada por la Ley 11/1996, de 29 de julio que, entre otros extremos, reguló un sistema de autodesignación el cual, con ciertas modificaciones, es el que se contiene en la actualidad en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (CF).

En concreto el art.172 CF señala que «cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva. 2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por Ley para ejercer la tutela o por el

---

o declaración de defunción de la persona acogedora única de las dos, si se trata de una pareja acogedora. La muerte de uno de los dos también puede dar lugar a la revisión de la contraprestación establecida por el pacto de acogida realizada en escritura pública y a la extinción del pacto de acogida las obligaciones asumidas. En dicho caso es necesario que se lo notifique a la persona acogida con tres meses de antelación. (...). La ley 11/2001, de 13 de julio sólo alude a la extinción de forma incidental sin enumera las causas y lo hace en el art. 3.4 «En todos los supuestos de extinción de la acogida, la persona acogedora o la que es acogida han de comunicarlo a la Administración competente por lo que respecta a la acogida de acuerdo con la presente ley ». Por último el art. 10 de la Ley 34/2002 establece que: «1. El acogimiento familiar se extingue por las siguientes causas: a) Por las causas establecidas en el pacto de acogimiento. b) Por común acuerdo de las personas acogedoras y acogidas. c) Por voluntad de una de las partes, manifestada por escrito. La resolución debe ser notificada de forma fehaciente a la otra parte con tres meses de antelación. d) Por voluntad de una de las partes, si la otra incumple las obligaciones que le corresponden o si le es imputable alguna causa que haga difícil la convivencia. En estos supuestos, la notificación resolutoria, en la que deberán expresarse las causas, tendrá efectos inmediatos. e) Por la muerte o declaración de defunción de la persona acogedora, o de ambas si se trata de una pareja acogedora. La muerte de uno de ellos también puede dar lugar a la revisión de la contraprestación establecida por el pacto de acogimiento y a la extinción del pacto de acogimiento si el superviviente justifica que no puede cumplir las obligaciones asumidas. En este caso será necesario que lo notifique a la persona acogida con tres meses de antelación (...))»

Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión». El precepto transcrito positiviza las dos posibles clases de autotutela positiva y negativa, en el sentido no sólo de designar a quienes se quiere que ejerzan el cargo tutelar sino también a quienes se les veta tal posibilidad. Por otra parte algunas de las modificaciones de la LTIT a las que hemos hecho referencia se encuentran precisamente en esta materia así a diferencia de la anterior regulación que preveía la posibilidad de que el juez prescindiera de los nombramientos efectuados si así lo consideraba oportuno (art. 5 LTIT), el actual art. 172.2 de CF limita la legitimación activa para modificar los nombramientos y exclusiones supeditándolo además a que concurra una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o presumiblemente tenidas en cuenta a la hora de hacer la designación.

Por lo demás y con una coherente técnica jurídica también se contempla la delación voluntaria de la curatela. En tal sentido el art. 239 CF prevé que «la designación de la persona que debe ejercer la curatela puede realizarla la propia persona interesada, el padre y la madre o judicialmente, en las mismas circunstancias de la tutela» resultando de aplicación la normativa de la tutela en la medida en que lo permita su naturaleza, rigiendo para el curador las causas de inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (art. 238 CF).

Pasando ya al análisis de los distintos elementos del negocio jurídico de autotutela y por lo que se refiere a los sujetos, en cuanto a quien puede autodesignar un tutor para el supuesto de una futura incapacitación el art. 172 CF se refiere a «cualquier persona» pero no hace referencia alguna a la capacidad exigible. Como afirma GRAMUNT FOMBUEÑA el preámbulo del CF sí alude a la capacidad al tratar de sus principios inspiradores exigiendo la plena capacidad de obrar, lo cual no debe ser interpretado en sentido estricto sino como sinónimo de capacidad suficiente. Así las cosas se plantea la cuestión de si además del mayor de edad, el menor emancipado podría válidamente realizar el negocio de autotutela. La respuesta es positiva esgrimiendo a favor de dicha posibilidad las siguientes razones: La primera porque no se trata de uno de los actos que precisen complemento de capacidad del art. 159 CF sino que se refiere a un acto relativo a su persona, bienes y derechos sobre los que puede actuar como si fuera mayor. La segunda porque así se desprende también del art. 161 CF. Y la tercera porque al no hallarse el menor emancipado sometido a la patria potestad de sus progenitores éstos ya no podrían realizar la designación en sustitución de su hijo, de modo que el menor emancipado no podría decidir quien habría de representarle o quien nunca debería ocuparse de él y de su patrimonio.<sup>23</sup>

Hay incluso quien lleva la interpretación más allá. En tal sentido GARRIDO MELERO se muestra partidario de considerar capaz para realizar el negocio de autotutela al mayor de catorce años y menor de dieciocho que no esté emancipado teniendo en cuenta el contenido del art. 104 del CS que le permite organizar su sucesión al margen de sus padres o tutores y teniendo presente además que en los trabajos parlamentarios preparatorios del CF en un primer momento se aludía a la persona mayor de edad o emancipada alusión que desapareció en el texto definitivo que se refiere a «cualquier persona» redacción final que es, precisamente, la que da pie al planteamiento de esta cuestión<sup>24</sup>.

23 GRAMUNT FOMBUEÑA, M<sup>º</sup>D., «La protección de menores e incapacitados no sujetos a potestad. Los cargos tutelares», en *Derecho de Familia. Análisis desde el derecho catalán (Maluquer de Motes Bernet coord.)*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 440-441. En el mismo sentido se había pronunciado GARRIDO MELERO, M., *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación en el Código Civil*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 570. En contra DAVILA HUERTAS, E., «La autotutela», *Boletín Informativo de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 227, abril, 2000, pág. 1317.

24 GARRIDO MELERO, M., «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.), Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 773.

Por lo demás no parece requisito necesario el que exista una base o causa objetiva en la que se funde la previsión de autotutela, pueden ser razonables y tener una base científica, diagnóstico precoz de enfermedades degenerativas, pruebas genéticas etc, o responder a una mera hipótesis representada por la persona carente, en principio, de todo fundamento.

En cuanto a quiénes pueden ser designados tutores, son de aplicación las normas de aptitud, inidoneidad, excusabilidad y remoción contenidas en los arts. 185 a 187 y 195 CF.

El art. 185 CF establece que «1. Pueden ser tutores o administradores patrimoniales las personas físicas que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no incurran en alguna de las causas señaladas en el artículo 186. También pueden serlo las personas jurídicas que no tengan afán de lucro y se dediquen a la protección de los menores y de los incapacitados y que reúnan los requisitos establecidos en la normativa vigente. 2. Las personas jurídicas deben notificar al órgano de asesoramiento y supervisión de la Administración de la Generalidad el nombramiento y cese como tutores en el plazo de quince días desde que han tenido lugar. 3. En el caso de ejercicio de la tutela por persona jurídica, se entiende que la ejecución material corresponde al órgano que tenga su representación o, si éste es colegiado, a quien ostente su presidencia, salvo que haya designado especialmente a alguno de sus miembros. Dicha designación debe formalizarse en escritura pública, que debe inscribirse en el Registro Civil donde esté inscrita la tutela». En cuanto a esta previsión se plantea el mismo problema que en el contexto del CC art. 241 a cuyo estudio nos remitimos.

El art. 186 CF bajo la errada rúbrica de causas de incapacidad recoge un elenco de causas de inhabilidad y así establece que «1. No pueden ser tutores ni administradores patrimoniales las personas que: a) No estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles. b) Por resolución judicial, estén o hayan sido privadas o suspendidas del ejercicio de la potestad o de una tutela o privadas total o parcialmente de la guarda y educación. c) Que hayan sido removidas de una tutela. d) Estén cumpliendo una pena privativa de libertad, e) hayan quebrado o no estén rehabilitadas de un concurso de acreedores, salvo que la tutela no incluya la administración de los bienes. f) Hayan sido condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentadamente que no desarrollarán la tutela de modo correcto. g) Por su conducta puedan perjudicar a la formación del menor o al cuidado del incapacitado. h) Estén en situación de imposibilidad de hecho para ejercer el cargo. i) Tengan enemistad manifiesta con la persona tutelada, tengan o hayan tenido con ella pleitos o importantes conflictos de intereses o sean deudores de la misma por cualquier concepto. j) No dispongan de medios de vida conocidos. 2. No pueden ser tampoco tutores ni administradores patrimoniales las personas jurídicas descalificadas o intervenidas por la Administración, o si las personas a que se refiere el apartado 3 del artículo 185 están en alguna de las citadas situaciones de incapacidad, descritas en el apartado 1 del presente artículo. 3. Tampoco pueden ser tutores ni administradores patrimoniales las personas físicas o jurídicas que mantengan una relación laboral de asalariado o contratado o de naturaleza análoga con el incapacitado. En caso de personas jurídicas, esta incompatibilidad es aplicable cuando cualquiera de los miembros que integren el órgano de representación o de administración mantenga, directa o indirectamente, una relación de aquel tipo con el incapacitado».

Se prevén en este precepto causas de inhabilidad absolutas y relativas, tanto para personas físicas como para personas jurídicas. Con respecto a las personas físicas, constituyen causas absolutas las contenidas en los apartados a), b), c) si bien en relación a esta causa habrá que ver si sólo afectan a la tutela anterior o si se extienden a la actual, d), f), g) y la h) del párrafo 1º del art. 186, resultando inhabilidades relativas las contenidas en los párrafos 1º i) y j) y las del párrafo 3º. Por lo que respecta a las personas jurídicas son

causas comunes la del art. 186.3º CF, las del párrafo 1º también resultan aplicables en la medida en que la ejecución material de la tutela la realiza una persona física, lo cual no significa en el supuesto de que concurra alguna de ellas que la persona jurídica deje de tener la tutela del incapacitado sino simplemente que habrá de nombrarse a otra persona física<sup>25</sup>. Y específicas las del art. 186.2 CF, en este último caso habrá que ver si se cumplen las condiciones que el art. 3 del D 188/1994, de 28 de junio, en caso contrario la administración, -en concreto la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuida la tutela de menores o incapacitados-, puede descalificar o intervenir a las citadas personas jurídicas<sup>26</sup>.

Correlativamente al carácter obligatorio del cargo de tutor se contemplan la posibilidad de excusarse. En tal sentido, el art. 187 CF establece que «pueden ser alegadas como excusas para no ejercer la tutela la edad, la enfermedad, la falta de relación con el menor o incapaz, las derivadas de las características peculiares de la ocupación profesional del designado o cualquier otra que haga especialmente gravoso o pueda afectar al buen ejercicio de la tutela. 2. Las personas jurídicas pueden excusarse si no disponen de medios suficientes para el desarrollo adecuado de la tutela». Con relación al contenido de este artículo es comúnmente admitido que se trata de una enumeración abierta, en la que encontrarían cabida todas las circunstancias que, de alguna manera, dificulten o imposibiliten el correcto ejercicio de las funciones tutelares, al igual que en el CC aunque a nuestro juicio aquí estaría si cabe más justificado al poder recaer el nombramiento en cualquier persona.

Puede ocurrir que aun concurriendo el supuesto de hecho previsto como excusa la persona afectada por la misma no lo invoque, en tal caso tendrá que ser el juez el que determine si la aprecia o no en el momento del nombramiento para lo cual podría servir de fundamento el art. 186.h) CF que alude a estar en situación de imposibilidad de hecho para ejercer el cargo. Esta solución es quizá la más adecuada pero el fundamento utilizado tiene el inconveniente de convertir las excusas en causas de inhabilidad porque el art. 186.h) CF estaría absorbiendo el contenido del art. 187 CF<sup>27</sup>. A la misma solución se llegaría desde un razonamiento con el que se salvaría el obstáculo anterior; así resultaría de aplicación lo afirmado por GIL RODRIGUEZ en relación al art. 251 CC que conjuga el principio dispositivo vigente en materia de excusas con el papel decisorio del juez «nadie niega, en efecto, que la alegación de la excusa quede formalmente a voluntad del tutor. Lo que se propugna es que, una vez alegada, en la actuación del juez no sea ya determinante (sólo) el interés de quien trata de excusarse sino (también y, a veces, sobre todo) el beneficio del tutelado. Tan es así que, aún en presencia de un común denominador de las razones de excusa -«excesiva gravosidad del ejercicio del cargo»- que inmediatamente valora la inexigibilidad de un deber, para ese tutor, desproporcionado, la superposición del indicado principio hermenéutico acaba por aconsejar la estimación de excusas en las que las razones alegadas no alcancen aquella cota de «gravosidad» y, sin embargo, perfilen la inidoneidad del tutor en cuestión. Adviértase, en fin, que, si en trámite de excusas ese principio dispositivo veda al juez la valoración de concretas circunstancias de edad, enfermedad, ocupación o alejamiento concurrentes en la persona del tutor que, dispuesto al sacrificio, no alega la excusa y, pese a ello, obs-

---

25 En este sentido vid. YSAS SOLANES, Mª, «Comentario al art. 186 CF», en la obra colectiva *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación en el Código Civil*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 832-833.

26 En este sentido vid. YSAS SOLANES, M., «Comentario al art. 186 CF», cit., pág. 833; *La prelación en el Código Civil*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 829-833.

27 En sentido vid. YSAS SOLANES, Mª., «Comentario al art. 187 CF», en la obra colectiva *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación en el Código Civil*, cit., págs. 834-835.

tativas para el beneficio del tutelado, el sistema salido de la reforma deja también al arbitrio judicial la cobertura de este espacio, que media entre la imposibilidad legal de ser tutor (inhabilitades) y la razonable comodidad de no serlo (excusa), con la apreciación motivada de la inconveniencia de que lo que una persona con tales condicionamientos»<sup>28</sup>

En cuanto a las causas de remoción se contemplan en el art. 195 CF que establece que: «1. El titular de las funciones tutelares y, en su caso, de la administración patrimonial deben ser removidos del cargo, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, de la persona tutelada, del consejo de tutela, del tutor o tutora o del administrador o administradora, esto últimos, el uno en relación al otro, por causa sobrevenida de inhabilitación, por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo o por ineptitud o negligencia en su ejercicio. El tutor o tutora también puede ser removido si se producen problemas de convivencia graves y continuados con la persona tutelada. 2. Antes de resolver sobre la remoción, la autoridad judicial debe oír a la persona afectada, a las que pueden instar la remoción y al tutelado o tutelada, si tiene suficiente conocimiento y, en todo caso, si tiene al menos doce años y se trata de tutela de un menor». Como se deduce del tenor literal transcrito las causas de remoción hacen referencia tanto a la persona que ocupa el cargo como al ejercicio mismo de la tutela y a ella hay que añadir la del art. 191.2 CF que expresamente establece que «el titular de la tutela y, en su caso, el administrador o administradora que no incluyan en el inventario los créditos que la persona tutelada tenga contra ellos deber ser removidos de su cargo», lógicamente la sanción de la remoción estaría justificada en la presunción razonable de defraudar al incapacitado, de todas formas consideramos que podría probarse la falta de diligencia o el olvido sin más con lo que se estaría destruyendo esa presunción, lo que permitiría reconsiderar el mantenimiento de la causa de remoción. Puede resultar llamativa esta previsión por lo dispuesto en el art. 186.i. CF porque la persona deudora no podría ser tutor pero existe una posibilidad, que se considerase que no existe conflicto de intereses<sup>29</sup>.

Por último, no hay que olvidar que el negocio jurídico de autotutela constituye una de las pocas fuentes de tutela pluripersonal. En tales supuestos se suscita la cuestión del ejercicio de la misma, si es solidario o mancomunado. En principio habrá que estar a lo previsto en el propio negocio (art. 199 CF), en ausencia de previsiones habrá que optar por la misma solución que se da cuando la pluralidad tiene su origen en una decisión judicial ese mismo artículo establece el ejercicio mancomunado admitiendo la actuación individual sólo fundada en razones de urgencia y en relación a aquellos actos que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse normal el que sean ejercitados por uno solo. En el supuesto de falta de acuerdo será el consejo de tutela el que resuelva y en su defecto el juez siempre con audiencia previa de los interesados (art. 201 CF). A su vez, en el caso de que se produzca un conflicto de intereses entre uno o alguno de los tutores y el tutelado la persona afectada será sustituida por la otra y si aún se mantiene el conflicto entonces el juez nombrará un defensor judicial, en el caso de que existiese consejo de tutela corresponderá a éste nombrar a la persona sustituta (art. 202 CF). Por último, si se produce el cese de uno de los tutores o del administrador patrimonial, se prevé una especie de *acrecimiento inicial* del cargo, así el art. 203 CF que establece que «en el caso de que haya dos tutores, aunque el ejercicio no sea conjunto, o que haya un tutor o tutora y un administrador o administradora patrimonial, si por cualquier causa cesa uno de ellos, la tutela o administración es continuada por el otro.

28 Cfr. GIL RODRIGUEZ, J., «Comentario al art. 251», en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 406.

29 En este sentido YSAS SOLANES, M<sup>a</sup>., «Comentario al art. 191 CF», 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.), Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 851.

Éste debe poner la circunstancia en conocimiento del Juez o Jueza, a fin de que designe el correspondiente sustituto». Para la designación de sustituto habrá de atender, en primer lugar, a lo dispuesto por el interesado ya que éste a tenor del art. 174 CF puede designar sustitutos. Si las personas sustitutas designadas son más de una, y no se especifica el orden de sustitución, es preferida la persona sustituta designada en el documento posterior o, si el documento contiene más de una designación, la persona designada en primer lugar.

Por lo que se refiere al contenido propiamente dicho de este tipo de negocio jurídico, teniendo en cuenta las posibilidades que ofrecen las previsiones de los arts. 172 a 177 CF éste puede versar fundamentalmente sobre cuatro puntos: 1) Designar a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares o excluirlas, 2) establecer medidas de control, 3) remuneración, 4) determinación del contenido, especialmente en lo referente al cuidado personal, no siendo preceptiva la inserción de todas ellas para la validez del negocio.

El primero sería la designación de la persona que se quiere desempeñe el cargo de tutor. En este sentido, las previsiones admiten a su vez tres posibilidades: a) designación positiva de la persona que ejercerá el cargo de tutor o en su caso las personas, b) establecimiento de sustitutos, c) designación negativa, esto es, determinación de la persona o personas a las que no se quiere que ejerzan el cargo. En todo caso la designación debe hacerse de la forma más precisa posible para garantizar al máximo su viabilidad.

El segundo sería el relativo al establecimiento de medidas de control cuya eficacia precisa de su expresa previsión, de lo contrario el control por defecto será el jurisdiccional. En este sentido el art. 176 CF establece que «tanto la persona interesada como el padre y la madre del menor o incapaz pueden establecer las medidas de control de la actuación tutelar y, en su caso, de la administración patrimonial que se crean convenientes, sin perjuicio de las que puedan establecerse judicialmente». A diferencia de lo que ocurría en la Ley 11/1996 y en el proyecto de CF que mencionaban la posibilidad de nombrar el interesado cualquier organismo tutelar establecido por ley, en el texto actual del CF ya no se menciona limitándose a establecer el nombramiento de alguno o algunos cargos tutelares establecidos en el propio Código, lo que suscita la cuestión de si el interesado puede establecer en atención a tal previsión, instituciones tutelares distintas y si pueden ser paralelas o coexistentes con el Consejo de Tutela<sup>30</sup>. Lo adecuado parece ser una respuesta positiva. En el primer caso, vendría propiciada por la falta de precisión del texto actual en comparación con el correlativo de la LTIT de 1991 que podría ser incluso buscada de propósito por el propio legislador. En el segundo caso, los trabajos parlamentarios conducen a la conclusión de la compatibilidad de tales medidas de control con el Consejo de Tutela. Lo anterior permitiría concluir que el interesado, o en su caso los padres o la autoridad judicial podrán o bien prescindir de cualquier órgano de fiscalización de la tutela (arts. 176, 226 CF) supuesto en el que las facultades de vigilancia y control corresponden por defecto a la autoridad judicial, o nombrar un Consejo de Tutela con las funciones determinadas por ley y otros órganos de fiscalización y tutela con las facultades que se consideren oportunas, entre estos órganos se podría encontrar la figura del protutor. Lo que ya resultaría más dudoso en el contexto de la nueva ley es permitir que las funciones asignadas al Consejo de Tutela se puedan repartir entre dos o más órganos de control y vigilan-

---

<sup>30</sup> El consejo de tutela al que se alude aparece regulado en el Cap. VI y procede en la tutela deferida por la persona interesada o por su padre o madre, si es que así se desea en cuyo deberá formalizarse por el Juzgado en el marco de la constitución de dicha tutela (art. 226), su composición, desempeño de funciones etc se regula en los arts. 226 a 236 ambos inclusive.

cia de la tutela diferentes del propio Consejo, por ejemplo entre el protutor y el consejo de familia<sup>31</sup>.

El tercero sería el relativo a la remuneración, en este sentido el art. 177 CF establece que «1. En el documento de su designación, puede fijarse al titular de la tutela y, en su caso, al de la administración patrimonial la remuneración que se crea conveniente, siempre que el patrimonio de la persona tutelada lo permita, sin perjuicio del derecho de éstos al reembolso de los gastos que les origine el ejercicio del cargo. 2. Por decisión judicial o por acuerdo del consejo de tutela, si existe, puede modificarse la remuneración previstas, si ésta resulta excesiva o insuficiente, dadas las circunstancias de la tutela». Todo indica que el tutor no tiene derecho a una remuneración pero si se establece entonces debe hacerse convenientemente; la conveniencia se medirá por la constatación de la variación o no de las circunstancias previstas inicialmente<sup>32</sup>.

En cuarto lugar puede hacerse referencia a las obligaciones legales del tutor tanto en el aspecto personal de la guarda como en el patrimonial. En el ámbito personal es donde existen quizá mayores posibilidades de previsión por cuanto el propio art. 172 CF alude «especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona». Así se pueden destacar las obligaciones de cuidado, convivencia y representación.

- I) Obligación de cuidado del tutelado, a la que se refieren los arts. 207 y 218 CF; para su cumplimiento el administrador, si lo hubiera, deberá facilitar al tutor los correspondientes recursos a fin de que pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones (art. 207.2).
- II) Obligación de convivencia, con posibilidad de establecer un pacto en contrario (art. 208 CF).
- III) Obligación de representar al tutelado, es el representante legal y ha de suplir a éste en los supuestos en que sea necesario exceptuándose los actos enumerados en el párrafo 2 del art. 209 CF es decir: 1) los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen dispongan otra cosa, 2) los que, de conformidad con las leyes y las condiciones de la persona tutelada pueda realizar por sí misma, por ejemplo los especificados en la propia sentencia de incapacitación, 3) aquellos en los que hay un conflicto de intereses con el tutelado. No corresponderán al tutor pero tampoco al tutelado la administración de los bienes que éste haya adquirido por donación, herencia o legado si el donante o causante ha ordenado una administración especial de los mismos y ha nombrado a la persona que debe ejercerla (art. 169 CF).

A las obligaciones comunes a todo tipo de tutela cabe añadir las específicamente previstas para el incapacitado. En este sentido el art. 218 CF establece que «el tutor o tutora debe cuidar a la persona incapacitada y, en especial, debe asegurar su bienestar moral y material, y debe realizar todo lo necesario para conseguir el mayor grado posible de recuperación de su capacidad, así como para lograr, en la medida de lo posible, su inserción en la sociedad», lo cual está en sintonía con el mandato constitucional del art. 49 CE.

---

31 En este sentido GARRIDO MELERO, M., «Comentario al art. 176 CF», 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.), Edit.Tecnos, Madrid, 2000, págs. 787-788.

32 Sobre la remuneración, la supresión de los criterios en la redacción definitiva y su significado vid. GARRIDO MELERO, M., «Comentario al art. 177 CF», 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.), Edit.Tecnos, Madrid, 2000, pág. 793

El cumplimiento de las obligaciones puede implicar en algunos casos la adopción de medidas limitativas de la libertad de la persona incapacitada, y por ello para evitar privaciones o limitaciones injustificadas de derechos se va a exigir para su realización la previa autorización judicial. Tales supuestos se recogen en el art. 219 CF en el que se prevé que «La persona titular de la tutela necesita autorización judicial para: a) Internar a la persona incapacitada en un establecimiento adecuado. b) Aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o integridad física o psíquica. 2. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al consejo de tutela, si lo hay, la decisión adoptada, en el plazo de veinticuatro horas, como máximo». Precepto que está en sintonía con el art. 763 LEC que entendemos resulta de aplicación supletoria, de tal forma que en lo no previsto en el art. 219 CF se atenderá a lo dispuesto en éste, ciertamente más prolijo.

Por lo que se refiere a los aspectos patrimoniales de la tutela la persona puede también reproducir en el negocio las pautas legales de actuación del tutor, o en su caso, del administrador al que corresponderá: 1) La representación del tutelado en los actos que no esté excluida la representación. 2) La administración de su patrimonio con la diligencia de un buen administrador (arts. 205, 206, 210CF) perteneciendo al tutelado los frutos (art. 210.2 CF).

En todo caso existen una serie de actos para cuya realización el tutor, o en su caso el administrador patrimonial, precisan autorización judicial o del consejo de tutela (arts. 212, 234.2.c). Se trata de: «a) Enajenar bienes inmuebles, gravarlos o subrogarse en un gravamen preexistente sobre bienes inmuebles que suponga la adquisición simultánea del inmueble gravado por un precio en cuya fijación se tenga en cuenta la existencia del gravamen, enajenar o gravar embarcaciones y aeronaves inscribibles, establecimientos mercantiles o industriales o elementos de los mismos que sea esenciales, derechos de propiedad intelectual e industrial y objetos de arte o preciosos, así como enajenar o renunciar a derechos reales sobre dichos bienes, con excepción de la redención de censos. b) Enajenar o gravar acciones o participaciones sociales. No es necesaria la autorización, sin embargo, para enajenar, al menos por el precio de cotización, las acciones cotizadas en bolsa ni para enajenar los derechos de suscripción preferente. c) Renunciar a créditos. d) Aceptar herencias sin beneficio de inventario y renuncia a donaciones, herencias o legados, aceptar legados y donaciones modales u onerosas. La denegación de la autorización judicial para dichas renunciaciones supone la aceptación de la transmisión. Si se trata de una herencia, se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario. e) Otorgar arrendamientos sobre bienes inmuebles por un plazo superior a quince años. f) Dar y tomar dinero en préstamo. g) Ceder a terceras personas los créditos que el tutelado o tutelada tenga contra ellas o adquirir a título oneroso los créditos de terceras personas contra el tutelado o tutelada. h) Avalar o prestar fianza, o constituir derechos de garantía de obligaciones ajenas por un plazo superior a diez años. i) Constituir o adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de sus socios, así como disolver, fusionar o escindir dichas sociedades. j) Transigir en cuestiones relacionadas con los bienes o actos indicados en este apartado 1 o someterlas a arbitraje. k) Establecer alguna obligación personal o laboral con la persona tutelada. 2 La autorización puede darse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza, o referentes al mismo negocio o sociedad, aunque sean futuros, cuando así sea conveniente dadas sus características, especificando, sin embargo, las circunstancias fundamentales en que ha de tener lugar la actuación del tutor o tutora o del administrador o administradora patrimonial. La autorización se concede en interés de la persona tutelada, en caso de utilidad y necesidad justificadas debidamente y previa audiencia del Ministerio Fiscal. En

ningún caso esta autorización puede ser genérica. 3 No se precisa autorización para los actos relativos a los bienes adquiridos por donación, herencia o legado, si el donante o causante lo ha excluido expresamente.» (art. 212 CF).

En cuanto a la forma el legislador catalán ha optado claramente por la escritura pública<sup>33</sup> para cuya efectividad y publicidad se crea el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios al que habrá de remitirse el juez antes de constituir la tutela (art. 184.2 CF). La escritura pública es la única forma jurídica admitida para efectuar la pretensión y es el único documento que tiene acceso al Registro. Conclusión que resulta del art. 251 CF y del Decreto 360/1996, de 12 de noviembre<sup>34</sup>, de organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas (redenominado Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, DA de la Ley 9/1998, CF), que establece en su art. 1.1.1 que «en el Registro de Tutelas y Autotutelas deberán inscribirse los nombramientos y las exclusiones, y su revocación, si procede, de las tutelas y otros organismos tutelares hechos en escritura pública que no sean testamento ni codicilo, en uso de las facultades reconocidas para uno mismo para el padre o madre (...)».

Por lo que respecta al art. 251 CF en concreto prevé que: «1. En el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios se inscriben las delaciones de las tutelas que han sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172. 2 A fin de poder inscribir las delaciones y a efectos de la designación de tutor o tutora, los notarios que autoricen las escrituras en las que se haga uso de las facultades previstas en el artículo 172 deber dirigir un oficio al Registro a que hace referencia el apartado 1 indicando el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en tal fecha se ha procedido a dicha designación o anulación, pero sin indicar la identidad de las personas designadas»

El art. 251 no alude a la curatela pero ello no puede entenderse en el sentido de que no sea posible que la escritura pública en la que se designe, sustituya o excluya la personas o personas para el cargo de curador no tengan también acceso al Registro como no podría ser de otra forma<sup>35</sup>.

Finalmente por lo que se refiere a los efectos éstos dependen de la existencia de una sentencia firme de incapacitación, sin perjuicio de que la persona que otorga el

---

33 Esta parece ser también la elección en el ámbito del Derecho civil de Galicia. En el III Congreso de Derecho Gallego (celebrado en La Coruña los días 27 a 29 de noviembre de 2002) fue aprobado tanto en la comisión como en el pleno la inserción de la autotutela en la LDCG en términos similares a los propuestos por la Comisión Superior para o estudio do desenvolvemento do Dereito civil galego. En concreto se proponía el siguiente texto: «Art. 43 En previsión dunha eventual incapacidade, calquera persoa maior de idade poderá designar en escritura pública a persoa o persoas, físicas ou jurídicas, para que exerzan o cargo de titor. Do mesmo xeito, poderá nomear substitutos ós que designase para exercer-la tutela e excluir a determinadas persoas do cargo.

Art. 44 O interesado tamén poderá delegar no seu cónxuxe ou noutro familiar a elección do futuro titor entre unha pluralidade de persoas físicas ou jurídicas, previamente identificadas ou relacionadas en escritura pública.

Art. 45 Así mesmo o interesado poderá: 1º Fixa-la retribución do futuro titor e sinala-las regras xerais de funcionamento e contido da tutela prevista, especialmente no que se refire ó coidado da súa persoa. 2º Propoñer medidas de vigilancia e control da actuación tutelar, así como regras para a administración dos seus bens.

Art. 46 As disposicións ás que se refiren os artigos anteriores vincularán o xuíz ó constituí-la tutela, salvo que o beneficio do incapacitado esixa outra cousa, nese caso farao mediante decisión motivada».

34 Publicado en DOGC de 20 de noviembre de 1996, núm. 2283.

35 TOLDRA ROCA, M<sup>ª</sup>D., «Aspectos registrales de la tutela en el Derecho Civil Catalán. (Comentario a los Arts. 251 y 252 del Codi de Família)», *La Notaria*, 2002 núm. 4, pág. 9.

negocio podrá revocarlo en cualquier momento y es la única, antes de la incapacitación, que podrá solicitar certificación del Registro (art. 5 del Decreto 360/1996<sup>36</sup>).

La delación de la tutela será efectiva con la constitución de la tutela la cual corresponde al juez. Sin duda la previsión de la figura en el CF garantiza su eficacia cumplidos los requisitos legales al haberse arbitrado un sistema que permite publicitar eficazmente el otorgamiento del negocio. En este sentido es muy claro el art. 184 CF que establece que «1. En todo caso, la tutela se constituye por la autoridad judicial, previa audiencia del menor o incapacitado, si tiene suficiente conocimiento y siempre si tiene menos de doce años y se trata de tutela de menor, de las personas obligadas a promover la constitución de la tutela y de las demás que crea conveniente. 2. Antes de constituir la tutela y si no constan en el procedimiento, la autoridad judicial deberá solicitar certificados al Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios y al Registro de Actos de Última Voluntad, acreditativos del otorgamiento o no de las escrituras o testamentos a los que se hace referencia en los artículos 172 y 173. Si la certificación es positiva debe solicitar la correspondiente copia. (...)».

Si la certificación registral solicitada es positiva en ella se harán constar los datos de identificación necesarios para que el juez pueda solicitar del notario autorizante copia de la escritura, pero sólo los necesarios así pues no figura en el certificado, como tampoco figura en el Registro la identidad de los designados o, en su caso excluidos. En este sentido el art. 2 del Decreto 360/1996 prevé que: «2.1. Son objeto de inscripción el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento nacional de identidad del otorgante u otorgantes, (...), el lugar y fecha de autorización de la escritura correspondiente, el tipo de nombramiento o exclusión, y su revocación, si procede, el nombre y apellidos del notario que la ha autorizado, número de protocolo, clase de acto de que se trate y el colegio notarial al que pertenece. 2.2. En ningún caso se expresará la identidad de los designados o excluidos para cargos tutelares».

No cabe duda que la designación ya sea positiva o negativa realizada vincula al juez de tal forma que únicamente si hay impugnación y prospera el juez podrá desvincularse de ella<sup>37</sup>.

La delación voluntaria de la curatela que como vimos también es posible (arts. 238 y 239 CF) debe entenderse también inscribible. De otra forma su reconocimiento sería meramente programático porque sin la adecuada publicidad es prácticamente inoperante. Por tanto la falta de mención en el art. 251 CF en ningún caso puede significar que la escritura pública en la que se designe, sustituya o excluya la persona o personas para el cargo de curador no tenga acceso al Registro, como no podría ser de otra forma.<sup>38</sup>

## **b) Código civil**

Es muy reciente la regulación del régimen jurídico de la autotutela o más bien su previsión, porque quizá hablar de régimen jurídico resulte un tanto excesivo pues el alcance de la reforma es por lo de ahora bastante limitado, apenas modifica el contenido de los arts. 223, 234 y 239 CC.

---

36 El mencionado art. 5 hace referencia a la obtención de certificado en ejercicio de los derechos conferidos por la LO 5/1992, de 29 de octubre, remisión que hay que entender en la actualidad realizada a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que derogó a la anterior.

37 En este sentido GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>D., «La protección de menores e incapacitados...», cit., pág. 443.

38 En este sentido TOLDRA ROCA, M<sup>a</sup>D., «Aspectos registrales de la tutela...», cit., págs. 9-10.

En concreto el art. 223 CC establece que «los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

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».

Por su parte, el art. 234 CC establece que «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».

Finalmente, se añade un nuevo párrafo al art. 239 CC con el que se trata de evitar que quede una persona discapacitada en situación de desamparo y a tal fin se establece que «la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad con las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»

La reforma operada por la Ley 41/2003, ha venido a zanjar la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de acudir al negocio jurídico de la autotutela en virtud de la redacción anterior. Han sido mayoría los autores que dado el tenor literal del CC se inclinaban por una respuesta negativa, aún reconociendo las ventajas que supondría su reconocimiento, y en tal sentido se ha argumentado: la ausencia de regulación, incluida la no previsión en el elenco de personas llamadas a desempeñar el cargo de tutor en el art. 234 CC, con la consiguiente negación de interpretación analógica de las normas dado su carácter imperativo, la posible y fácil captación de voluntad del presunto incapacitado, el rechazo expreso de su inclusión en la discusión parlamentaria antesala de la reforma, y la falta de presencia social<sup>39</sup>. Argumentos que hemos intentado rebatir, uno a uno, en la línea de una corriente doctrinal minoritaria<sup>40</sup> y tomando como criterio principal de nuestra interpretación los valores ínsitos en el art. 10 CE y en los arts. 322 CC. Creemos que el necesario respeto a la libertad personal y a la autonomía privada como facultad de autorregulación del sujeto de sus propios intereses, una vez alcanzada la mayoría de edad, (arts. 322, 323, 1255 CC) permitía

---

39 Por todos vid PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», *RDP*, 2001, págs. 943 y ss.

40 Por todos vid. ROMERO CANDAU, P.A., «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo VIII, 1995, págs. 461-462. CAMPO GUERRI, M-A, «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», *RJN*, núm. 34, 2000, págs. 24-25.

afirmar que nadie mejor que el propio interesado puede determinar la persona más conveniente para que le asista o supla en caso de ausencia o merma cualificada de autogobierno, la cual no tiene porqué pertenecer al ámbito familiar, sobre todo en el modelo social actual en el que la familia, en sentido técnico jurídico y en su significado tradicional, no coincide con la real, que forja los vínculos afectivos propios del modelo familiar con personas extrañas que pasan a integrar el círculo más íntimo y próximo de la relación personal. Además, el art. 234 CC parte de las personas que presumiblemente están en mejor situación de afrontar la guarda legal, pero abrir la posibilidad de prescindir de su aplicación no necesariamente conduce a ello y mucho menos obliga a ello. La persona, en ejercicio de su libertad de elección, puede optar por cualquiera, incluidos lógicamente los designados legalmente y en ese mismo orden. Si además ocurriera así cuando menos ratificaría la adecuación de la decisión judicial (que puede prescindir del elenco cuando así lo exija el beneficio del incapacitado) al supuesto concreto, que es una de las finalidades perseguidas por la reforma de la tutela del año 1983 y que, consideramos acaba de lograrse con el reconocimiento de la autotutela.

En definitiva, en nuestra opinión incluso bajo la redacción anterior del CC era posible el otorgamiento del negocio jurídico de autotutela sin perjuicio de reconocer una limitación importante la derivada de una deficiente publicidad porque para garantizar su eficacia no basta con que el interesado otorgue un documento público, sino que es preciso arbitrar un sistema que publicite su otorgamiento; sistema que no puede ser suplido por vía interpretativa sino que precisa de todo un entramado orgánico, también imposible desde la sola autonomía de la persona.

Descendiendo ya al concreto plano de las previsiones del Código civil y teniendo en cuenta la escasa regulación trataremos de perfilar los elementos del negocio jurídico de autotutela en el Código civil. Comenzando por los sujetos del negocio, en principio se trataría de dos: el autotutelando y el tutor. Por lo que se refiere al primero no plantea dudas el supuesto del mayor de edad que será, por lo general, el más frecuente en materia de autoprotección, ahora bien ello no impide, a nuestro juicio, la posibilidad de reconocer a un menor emancipado capacidad en la medida en que no sólo el art. 323 CC establece que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio (...)» sino que también tal ampliación tiene cabida en la expresión «capacidad suficiente» empleada por el legislador en el actual art. 223 CC. Asimismo a tal conclusión se llega interpretando el mencionando precepto de acuerdo con los principios generales que inspiran la regulación del menor<sup>41</sup>.

Por lo que se refiere al designado tutor, consideramos imprescindible la capacidad de obrar plena por lo que, necesariamente, habrá de tratarse de un mayor de edad, siendo de aplicación las normas relativas a la tutela incluidas las causa de inhabilidad para ser tutor arts. 241 a 244 CC. En relación a estas últimas entendemos que aquellas que pueden considerarse como causas relativas en el caso de ser conocidas por el autor del negocio en el momento de la designación pueden ser excluidas por su voluntad, esto

---

41 Este es el sentir que preside toda la regulación y las modificaciones introducidas por la Ley del Menor, tal y como se expresa en su Exposición de Motivos. De todas formas esta opinión no es unánime así existen autores que apuesta por su restricción a los mayores de edad, en este sentido v.gr. GARCIA-GRANERO COLOMER, A.V., «La autotutela en el Derecho Común Español», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1998, pág. 200, RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», *RDN*, núm.26, 1998, pág. 179.

es, las previstas en los arts. 243.3, y 244.2 y 4 CC<sup>42</sup> y, cuando menos podrían excluirse las mismas permitidas a los padres en el art. 246 CC, es decir, las contempladas en los arts. 242.4º y 244.4º CC.

En relación a las personas jurídicas la aplicación analógica del art. 242 CC nos sitúa ante la posibilidad de que puedan resultar designadas tutores las personas jurídicas por lo que se reproduce la polémica acerca de si una persona jurídica dependiente del Estado puede ser designada a lo que siguiendo a BERCOVITZ creemos que debe responderse afirmativamente<sup>43</sup>. Por lo demás, no parece que sea necesario que la persona jurídica esté efectivamente constituida en el momento de la designación por el presunto incapaz lo que sí será preceptivo que ésta esté constituida en el momento en el que sea declarada la incapacitación y el juez proceda al llamamiento y nombramiento del tutor. Algún autor se ha planteado la posibilidad de que no estuviese constituida en el momento de la delación si bien a nuestro juicio es un fenómeno apenas planteable teniendo en cuenta que en el negocio jurídico de autotutela se recoge una previsión de futuro que incluso puede carecer de un fundamento objetivo en el presente y aún en el caso de sustentarse en una base objetiva, como puede ser el diagnóstico precoz de una enfermedad degenerativa, la exigencia de plena capacidad del autor del negocio para su otorgamiento junto con el tiempo que transcurre desde que se inicia el proceso de incapacitación hasta su conclusión implica el transcurso de un plazo más que razonable para la persona jurídica contemplada esté ya constituida<sup>44</sup>.

En cuanto al contenido mismo del negocio entendemos que cuando menos, teniendo en cuenta que el art. 223 CC alude a «cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor», el propio tutelado tendrá las mismas facultades que los padres, lo que se traduce en la posibilidad de establecer órganos de fiscalización de la tutela, designación de las personas que hayan de integrarlas así como todas aquellas previsiones que resulten de la aplicación de los artículos del Código civil concordantes con el anterior art. 223 CC y no estén en abierta contradicción con su tenor actual. Además aunque no se recoja de forma expresa la designación puede tener carácter excluyente, es lo que se denomina, autotutela negativa, en el sentido de mencionar a aquella persona o aquellas personas que no se quiere que ostenten el cargo de tutor. Así como también la posibilidad de designar una pluralidad de tutores que podrán actuar mancomunada o solidariamente y de prever su sustitución. Esta última posibilidad puede resultar especialmente oportuna sobre todo teniendo en cuenta que se trata de previsiones de futuro que consiguientemente no hacen descabellado sopesar y plasmar en el negocio las circunstancias tenidas en cuenta para la elección final de la persona porque permiten valorar, pasado el tiempo, si éstas se conservan y, por tanto, se mantiene la oportunidad de la elección realizada.

Finalmente, por lo que respecta a la forma del negocio, al igual que el CF el legislador ha optado por la escritura pública. Con anterioridad a la reforma se planteaba entre los partidarios de la autotutela la utilización también del testamento, teniendo en cuenta la riqueza de su contenido y la admisión de un contenido testamentario atípi-

---

42 En este sentido vid. SERRANO ALONSO, E., «Comentario al art. 244», en *Comentario del Código Civil*, (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coord.), Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 609. Por el contrario LETE DEL RIO, J.M., («Comentario del art. 244», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 743) reduce el elenco de las relativas a los números 2 y 4 del art. 244 CC.

43 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 242», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 361. En el mismo sentido RIVAS MARTINEZ, J.J., «Disposiciones y estipulaciones ...», cit., pág. 176.

44 La hipótesis es contemplada por PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: Una institución a regular ...», cit., pág. 957.

co, como el constituido por disposiciones no patrimoniales<sup>45</sup>, el cual si bien podía ser aceptable conllevaba numerosos problemas en su aplicación práctica<sup>46</sup>.

Lo que sin duda sigue siendo la gran asignatura pendiente en materia de autotutela en el ámbito del Derecho Común es la publicidad porque el actual artículo 223 CC prevé simplemente que «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». A nuestro juicio el Registro civil se presenta como claramente insuficiente e inseguro a tal fin de ahí la necesidad de crear un Registro *ad hoc*, siguiendo así el ejemplo del Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios catalán que se ha demostrado muy operativo.

Por último, señalar que lo afirmado respecto de la autotutela es extrapolable a la curatela con las modificaciones que sean necesarias en atención a su particular contenido entre otras razones por la remisión del art. 291 y lo establecido en el art. 292 CC<sup>47</sup>.

### 3.- CONCLUSIONES

Finalmente el Derecho civil, desde la perspectiva de lo que representa el valor institucional de la persona para su contenido, ha dado respuesta a uno de los problemas más acuciantes de nuestra sociedad en el que estamos todos involucrados. La falta de respuesta hasta la, tantas veces mencionada en este trabajo, Ley 41/2003, de 18, de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, no se conciliaba bien con una demanda social conectada con una de las facetas más íntimas de la persona, ni con un Derecho civil que es el Derecho de la persona y que debe realmente ser el Derecho de todas las personas.

Ahora bien la respuesta no ha hecho sino comenzar un camino que se promete muy largo. El reconocimiento de la autotutela exige la adopción de una serie de medidas directamente implicadas en el eficacia de ésta como es el instrumentar los medios que posibiliten la adecuada publicidad del documento público otorgado, de lo contrario poco habrá supuesto su expreso reconocimiento, sobre todo para quienes sosteníamos su viabilidad antes de la reforma.

La regulación actual es muy concisa lo cual tiene la gran ventaja de abrir una puerta a la autonomía de la persona pero también el gran inconveniente de no haber previsto una serie de extremos que no pueden ser suplidos por vía de interpretación, es decir resulta una necesidad inminente la creación de un Registro que centralice la información de los documentos otorgados a tal fin análogo al Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios creado en Cataluña.

---

45 En este sentido ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Edit.Bosch, Barcelona, 1997, pág. 233; DIEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», *RDN.*, 1960, pág. 87; DIEZ-PICAZO, L., GULLON BALLESTEROS, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.IV, Edit.Tecnos, Madrid, 2001, pág. 323; LACRUZ, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., *Derecho de Sucesiones*, Edit.Bosch, Barcelona, 1988, págs. 220-221; LACRUZ y Otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Edit.Bosch, Barcelona, 1993, págs. 184-185.

46 RIVAS MARTINEZ, J.J., «Disposiciones y estipulaciones ...», cit., págs. 188-189.

47 Es unánimemente admitido, en este sentido vid. LUNA SERRANO, A., «Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección de las personas mayores», conferencia pronunciada en las *Xornadas sobre a Tutela das Persoas Mayores*, organizadas por la EGAP, celebradas en A Coruña los días 8 y 9 de mayo de 2003, pág. 5.

En cualquier caso aún cuando ha concluido el año 2003, Año europeo de las personas con discapacidad, la realidad social que lo inspiró se mantiene, es más el paso del tiempo lejos de relativizarla enfatiza los problemas que supone la pérdida de capacidad de las personas algo cada vez más generalizado por el considerable aumento de la esperanza de vida. Si antes los discapacitados eran sólo unos pocos, los que habían nacido con alguna enfermedad o deficiencia, sufrido algún accidente o padecido alguna patología degenerativa, hoy potencialmente somos todos en tanto en cuanto traspasemos el umbral de una determinada edad. Por tanto la introducción de la autotutela es un paso que el ordenamiento ha dado y con el que comienza a demostrarse que todos somos personas, capaces o no, y que el ser persona conlleva unas necesidades más allá de las puramente materiales y físicas que el Derecho debe atender. El respeto a la persona y a su situación no se logra con la proporción de medios que *de cualquier forma* aseguren alimentos, vestido e incluso un flujo patrimonial periódico, sino de la forma que asegure el respeto de la voluntad de la persona emanada desde la plena capacidad para el supuesto de que se produzca la temida incapacidad a eso responde la autotutela por tanto parece que vamos por el buen camino.