

Apoderamiento preventivo y autodelación de la tutela en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de la personas con discapacidad (Preventive empowerment and self-disclosure of the guardianship in the Law 41/2003, of November 18, of patrimonial protection of the persons with disability)

M^a del Carmen Colmenar Mallén

Dra. Universitat Jaume I (Castelló) (Spain)

Law and Forensic Science, Volume 15 (2018/1).

Submitted: June 8, 2018.

Abstract: The present work focuses on the regulation of preventive seizure and self-protection or self-demarkation of the guardianship, figures both introduced in our common Civil Law by means of Law 41/2003, of November 18, on patrimonial protection of persons with disabilities. Mention has been made of the regulation of these figures in some of our statutory rights, such as Catalan, precedent of our current legislation, Galician and Aragonese. The differences between both figures have been analyzed, as well as the different modalities, formalization requirements of their constitution, persons entitled to grant it, etc.

Keywords: Law, self-defense, preventive empowerment, guardianship, disability

Introduction

En la actualidad, afortunadamente, la esperanza de vida ha ido incrementándose en el tiempo debido a los múltiples avances de la medicina y asistencia sanitaria, pero tampoco puede ignorarse que en el transcurso de la vida puede generarse una pérdida de facultades que necesite ser suplementada por algún tipo de figura de carácter asistencial. Esta merma de facultades no es exclusivo ni excluyente con respecto a otros sectores poblacionales mucho más jóvenes que determinada causa (pensemos, simplemente a modo de ejemplo, en las lesiones medulares ocasionadas por accidentes de tráfico, drogadicciones, etc.), también necesitarían el nombramiento de una figura de carácter asistencial.

Ante estas nuevas realidades nuestro ordenamiento jurídico contempla básicamente las instituciones tutelares (tutela, curatela,...) para cuyo nombramiento se requiere del preceptivo procedimiento judicial de modificación de la capacidad de las personas y es un Juez quien procede a dicho nombramiento. Al mismo tiempo también

arbitra mecanismos preventivos (autotutela y apoderamiento preventivo) por si algún día llega a producirse una situación de incapacidad.

En el presente trabajo son esos mecanismos los que han suscitado nuestro interés y especialmente la regulación que efectúa la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad de las figuras del apoderamiento preventivo y la autodelación de la tutela o autotutela, que constituyen una innovación en nuestro ordenamiento jurídico.

Concepto

La figura de la autotutela ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante 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.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, define la autotutela como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, y añade que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”.

La Jurisprudencia menor, como la Sentencia nº 108/2005, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 14 de junio de 2005 (Id. Cendoj: 31201370032005100259), ofrece una gran precisión respecto al concepto y alcance de la autotutela al definirla como la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente. Esta figura resultará aplicable cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales, momento en el que puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos, incluso, de acuerdo con el art. 3.1 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ... La autotutela permite que una persona organice su propia tutela cuando todavía goza de plenas facultades cognoscitivas y para el momento en que va a carecer de ellas siendo objeto de incapacitación judicial.

Esta sentencia establece que ello permite distinguir los dos presupuestos esenciales de la autotutela, a los que se añade un tercer presupuesto de carácter formal.

En primer lugar, .la capacidad natural plena de la persona que ordena la autotutela.

De acuerdo con el art. 223.2 Código Civil (en adelante C.C.), "cualquier persona con capacidad de obrar suficiente» puede nombrarse un tutor para el evento de una futura incapacitación. No sólo debe tenerse la capacidad de obrar necesaria sino que la persona debe gozar de capacidad natural -de capacidad de entender y querer- en el momento en que efectúa la designación de tutor o adopta cualquier otra previsión en atención a una futura incapacitación.

En segundo lugar, en cuanto a la capacidad de obrar necesaria, no hay duda de que los mayores de edad y los menores de edad emancipados están legitimados, pues la capacidad de éstos se asimila a la de aquéllos, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que en la esfera personal se rigen como mayores de edad (es, pues, «suficiente»). En cuanto a los menores mayores de catorce años, si gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1.º C.C.) y, por consiguiente, para nombrar tutores a sus hijos, ya que, por otra parte, el art. 223.1 C.C. se refiere a los «padres» sin especificar una edad en concreto,

señalando que podrán organizar la tutela de sus hijos en testamento, habrá que concluir que gozan asimismo de capacidad para ordenar la autotutela.

3.- Finalmente, cabe cuestionarse si cabe que la persona incapacitada parcialmente y a quien la sentencia de incapacitación no haya modificado la capacidad de obrar sobre su persona puede designarse tutor para el supuesto de una incapacitación total. Si la sentencia no ha privado de ese ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle la legitimación de disponer la autotutela, máxime cuando, como es el caso solo se le incapacita para regir sus bienes.

Justificación

La introducción en nuestro Derecho de la figura de la autotutela ha sido defendida por gran parte de la doctrina en aras medio para dotar de mayor intervención de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las instituciones tutelares (Linacero, M., 2004; Martínez, M.A., 2000).

La justificación de la introducción de la institución de la autotutela la encontramos en la Exposición de Motivos de la propia Ley en la medida en que establece que “si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado”.

La propia Exposición de Motivos configura la autotutela como un modo para tratar de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, aumentando las posibilidades de afectar medidos económicos a la satisfacción de sus necesidades.

Badosa, define la autotutela como “la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación” (Valls, J.D. & Padilla, A., 2004).

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

De hecho, en el Derecho Romano (Ley XII Tablas) los padres podían nombrar en testamento un tutor a sus hijas impúberes y la validez de la tutela dependía del testamento en general, y se anulaba si el testamento era formalmente inválido.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación.

Las mínimas modificaciones efectuadas en el C.C. para De Amunátegui Rodríguez son insuficientes porque las novedades introducidas en el texto resultan incompletas, limitándose a proporcionar un concepto general en el art. 223 C.C., y aunque regula claramente su forma (documento público notarial) y su publicidad (mediante la indicación de la existencia del documento en la inscripción de nacimiento), procediéndose también a reformar el orden de los llamados a la tutela recogido en el art. 234 C.C., sin embargo, no se ha procedido al tiempo a la

reforma del art. 224 C.C. (“Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”), así como el párrafo segundo del art. 234 C.C. (“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 del incapacitado así lo exigiere”) (De Amunategui Rodríguez, C., 2008). En la misma línea se pronuncia Bello Janeiro (Bello Janeiro, D., 2011).

Además, se garantiza, mediante los mecanismos oportunos que el juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz.

Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 del Código Civil en el art. 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil que deroga a la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, contempla en su art. 4 el acceso al Registro Civil de actos regulados en algunos Derechos civiles especiales como, por ejemplo, las autotutelas, apoderamientos preventivos, actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegidos de las personas con discapacidad (Martin Morato, M., 2013) o especialidades en materia de régimen económico del matrimonio,...

Por tanto, los anteriores preceptos necesariamente deben de ponerse en relación con el art. 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta ley incorpora la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007), que regula la inscripción de autotutela y apoderamientos preventivos, con el tenor literal siguiente: “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil”.

La introducción de la autotutela si bien constituye una novedad en nuestro Derecho común, no lo es para ciertos derechos forales que ya se ocupaban de regular esta figura, como es el caso del Derecho foral catalán, en su Código de Familia, y posteriormente también ha sido regulado en el Derecho civil gallego y aragonés.

En Cataluña la regulación de la autotutela es anterior a la que se realiza el Derecho común, se trata de la primera regulación de esta institución en derecho positivo español. La Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de Tutela e Instituciones Tutelares, inspirada en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma, introduce la denominada autotutela por modificación de los arts. 4º y 5º de la Ley 39/1991. En particular, en el art. 1 se otorga nueva redacción a los arts. 4 y 5 de la Ley 39/1991, en particular, el art. 4 establece que “La tutela se defiende por: a) testamento o codicilo; b) escritura pública (expresamente fija la escritura pública como documento adecuado para formalizar la autotutela a diferencia de nuestro Derecho Común); c) resolución judicial”; y en relación a la delación de la tutela por escritura pública, el art. 5.1 recoge que “Cualquier persona en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos, u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido en la presente Ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación

sobrevenida de las circunstancias explicitadas que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”. De la misma forma, como novedad, en el art. 3 se añadió una Disposición adicional tercera a la Ley 39/1991, por la que en el punto 1) se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el art. 5. En el punto 2) se dispone la remisión a este Registro por los Notarios autorizantes, de un oficio al efecto, pero sin indicar la identidad de los designados. Y en su punto 3) dispone que reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad de dicho Registro.

El Código de Familia (en adelante C.F.) dispone en su art. 172.1 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, prevalecerá 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”. Contenido que se reproduce en la vigente Ley 25/2010, de 29 de julio, se aprueba el libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia, en sus arts. 222.2 y 222.3.1.

El Título II, Capítulo I de este título sistematiza unas disposiciones comunes a todas las instituciones de protección y las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida y de acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas.

Paralelamente, se han fijado unas cautelas (Bello, D., 2011) para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar a la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz. Por ello, por una parte, se consideran ineficaces las delaciones hechas por uno mismo si la escritura que las contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sobre su capacidad o después de que el Ministerio Fiscal haya iniciado sus diligencias preparatorias; y por otra parte, se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o al Ministerio Fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el mismo interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad. (arts. 222-4.3 C.C. Cat , 222-9 C.C. Cat.).

La legislación civil gallega, regula la autotutela (recordemos que esa figura viene regulada en los arts. 223 y 224 C.C. español) en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, y concretamente en su art 42, que contempla la posibilidad que cualquier persona mayor de edad (por lo que excluye a los menores de edad) podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, en previsión de una eventual incapacidad, para que ejerzan el cargo de tutor, así como los posibles sustitutos de los mismos y las personas que deseen excluir del cargo. Merece destacarse que no establece el requisito de la capacidad de obrar suficiente que sí exige el C.C.

Del mismo modo, en su art. 43, se establece que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública. Nos encontramos, pues, ante una figura que goza de similitudes con la autotutela, si bien podrá trasladarse la decisión de designar en un futuro a una tercera persona, para que sea ésta quien decida en quién debe recaer el cargo de tutor, se trataría de una especie de “autotutela delegada”.

La mencionada Ley 2/2006, dentro de las facultades de disposición que se permiten al interesado en esta materia, contempla la posibilidad de fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, además de las reglas para la administración de sus bienes.

El art. 45 del Código Civil gallego establece el carácter vinculante de las disposiciones realizadas por el interesado a los efectos de designación de tutor, salvo cuando el interés del interesado lo requiera, en cuyo caso podrá apartarse de dicha designación mediante resolución motivada. De este precepto también se desprende la preferencia de los intereses y el bien del interesado por encima de otra serie de circunstancias, criterio que, por otra parte, tampoco se aparta de la línea de nuestro Código Civil (art. 224 C.C.).

Por su parte, el Derecho civil aragonés regula en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, a la que precedía la Ley 1/1992, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte y la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, la figura de la autotutela, y la configura como una institución que puede otorgar cualquier persona, con el doble requisito de ser capaz y mayor de edad, con lo que descarta que los menores puedan otorgarla. Al mismo tiempo también exige de forma expresa la formalización mediante escritura pública.

Distinción entre autotutela o autodelación de la tutela y apoderamiento preventivo

1.- Autotutela o delación de la tutela (arts. 223, 234, 239 C.C.)

Para De Amunategui Rodríguez (De Amunategui, C., 2008) la autotutela es la manifestación por la que una persona expresa su deseo de quien quiere que sea su tutor en caso de ser incapacitada en un futuro, así como las posibles decisiones que pueda adoptar en cuanto al funcionamiento del organismo tutelar, se concibe como una declaración de voluntad unilateral no recepticia, personalísima (En este punto es de destacar que la regulación que realiza el Derecho gallego, art. 43 de la Ley de Derecho civil (Ley 2/2006, de 14 de junio: “La persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública”, donde contempla una especie de autotutela delegada), revocable y solemne (requiere documento público).

Durán Corsanegro (Durán, E., 2007) la define como la designación de un tutor para sí mismo, hecha por una persona con plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz.

La tutela es una institución de orden público y está sometida a intervención judicial (Fernández Piera, Á., 2005), quien decide es siempre el juez, de manera que este documento será un apoyo para la toma de la decisión judicial mediante la sentencia pertinente.

Para que la autotutela despliegue sus efectos es necesario que se produzca el supuesto de la pérdida de capacidad de la persona, con el correspondiente procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

La autotutela puede ser:

A.- Positiva

B.- Negativa

A.- Positiva:

Es positiva cuando en la escritura se nombra uno o varios tutores, puede hacerse constar lo que el otorgante quiera respecto a su actuación siempre dentro del marco legal y teniendo en cuenta que esa voluntad será indicativa para el juez en su día, en el caso de pérdida de la capacidad del otorgante. En definitiva, cada persona conoce quién es mejor para que lo represente y se ocupe de su persona y de sus bienes si en un futuro pierde la capacidad y ello resulta una premisa muy importante para la toma de la decisión judicial.

Por otra parte, en los casos de la autotutela positiva la designación de la persona puede ser:

- Individual
- Colectiva: pueden nombrarse tantos tutores como se desee. En este caso pueden ser designados para ejercer la tutela todos juntos o de manera sucesiva o bien uno/s en caso de falta de alta de otro/s o en caso de renuncia de la persona designada. Cuando se designen varias personas pueden serlo unos para el cuidado de la persona y otros para el patrimonio, al tiempo que se puede establecer que actúen de forma conjunta o mancomunadamente.

En lo que respecta a la remuneración del tutor, si no se establece previsión en este sentido por el otorgante en la escritura, el ejercicio del cargo tendrá carácter gratuito, salvo previsión expresa al respecto.

B.- Negativa:

La autotutela o autodelación negativa de la tutela se produce cuando en la escritura el sujeto otorgante excluye a determinada/s persona/s para el ejercicio del cargo de tutor.

Romero Candau al definir la autotutela hace referencia a la autotutela negativa como la “posibilidad de una persona para excluir a alguien del cargo”, mientras que Carpio González hace una mención expresa al término señalando que “es la posibilidad de que una persona mayor de edad para en el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)” (Bello, D., 2011).

Para Leonseguí Guillot (Leonseguí, R. A., 2005) de los términos del art. 223.2 C.C. se deduce que nuestro legislador se ha limitado a regular la autotutela positiva -esto es, la designación de la persona que debe ocupar el cargo de tutor- sin decir nada de la negativa o posibilidad de excluir a determinada persona de dicho cargo, pero en principio nada impide reconocer esta posibilidad y aplicar por analogía la facultad que se reconoce a los padres en el art. 245 C.C. de excluir expresamente de desempeñar el cargo de tutores a las personas que estimen conveniente.

El nombramiento de tutor atenderá a una serie de criterios preferenciales, en función de los cuales para el nombramiento de tutor se preferirá (art. 234 C.C.): al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223 C.C., es decir, al cónyuge que conviva con el tutelado; a los padres; a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad o al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Bello Janeiro también destaca que no se especifica la autotutela negativa, es decir la exclusión de determinadas personas a que se refieren, en cambio, expresamente la normativa catalana, aragonesa y gallega, pudiendo haberse aprovechado para referirse también de modo expreso al curador, al que puede entenderse aludido al amparo de lo dispuesto en el artículo 291 del Código Civil (Bello, D., 2011).

La escritura en la que únicamente se excluya a alguien del ejercicio de la tutela sin que se designe a nadie para ocupar el cargo es válida en la medida en que la ley permite que se designe un tutor o se excluya a quién sea del ejercicio del cargo tutelar. Remarca Fernández Piera, en este sentido, que no se trataría de una escritura vacía de contenido, sino que resultaría de gran importancia, por cuanto contendría la verdadera voluntad del sujeto que la otorga, de querer que determinada/s persona/s no se hagan cargo de ella.

En estos supuestos de autodelación negativa voluntaria de la tutela el juez deberá tener en cuenta que esa/s persona/s, por la razón que sea (que no es necesario hacer constar en la escritura) el otorgante las ha excluido voluntariamente y procederá al nombramiento del tutor que considere necesario de entre las personas llamadas por la ley para el ejercicio del cargo tutelar (Fernández Piera, Á., 2005).

Ahora bien, es posible que el otorgante excluya a quienes estén llamados por la ley con carácter preferente, sin que sea necesario que en el documento se deje constancia del motivo de exclusión.

Tanto para el caso de la autotutela positiva como negativa deberá hacerse constar la/s persona/s concreta/s que se designan o se excluyen, pero no podrá efectuarse con respecto a una generalidad de personas.

2.- El apoderamiento preventivo. Art. 1732 CC.

El apoderamiento preventivo está regulado en el art. 1732 C.C de con conformidad con el cual, según la redacción dada por la Ley 41/2003:

“El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”

Para Espineira (Espineira, I., 2005) la función esencial del poder preventivo (art. 1732 C.C.) es la de solventar la etapa que media entre la disminución de facultades (discapacidad natural) y la incapacitación judicial de la persona discapacitada y distingue entre el apoderamiento preventivo en sentido estricto, que se caracteriza porque se otorga precisamente en previsión de la incapacitación judicial del poderdante, Y distingue el apoderamiento con subsistencia de efectos, que surte sus efectos desde el momento de su otorgamiento. Éste a diferencia del anterior que tiene su causa en una futura declaración de incapacidad, este segundo despliega sus efectos de forma inmediata.

Ahora bien, en ambos supuestos, podrán terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor, si bien e

Con la modificación del art. 1732 la incapacitación no constituye necesariamente causa de extinción del mandato, negocio jurídico que como contrato que es, exige la aceptación del mandatario, con independencia de que se acompañe el documento unilateral de apoderamiento, que en este caso resulta imprescindible.

Garrido denomina el apoderamiento preventivo como una institución quasitutorial, y el apoderado, aunque no tenga un auténtico cargo tutelar, sí desarrolla funciones tuitivas (Fernández, Á., 2005).

Al igual que en el supuesto de la autotutela pueden ser uno o varios los designados por el poderdante y el nombramiento de ambas figuras puede formalizarse en la misma escritura o en escrituras distintas, al tiempo que el poder puede conferirse a la misma persona que se designe como tutor, o bien a favor de otra/s diferente/s. En el caso que se las designaciones se efectúen en escrituras distintas su redacción se debe efectuar con una especial cautela, por cuanto este poder tras la mencionada reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003, a diferencia con lo que ocurría con carácter previo a dicha reforma, el poder no se extingue por la pérdida de capacidad del poderdante, y para que ello subsista es necesario que así se prevea en el correspondiente poder, para lo que es importante que quién vaya a formalizar este poder sea debida y convenientemente informado del acto que va a efectuar (corresponde al notario competente al respecto informar debidamente al interesado del acto jurídico, así como las consecuencias del mismo), en la medida en que una vez conferido el poder y la pérdida de capacidad del poderdante, este poder deviene irrevocable y deber ser respetado (Fernández, Á., 2005), salvo que una vez conferido el poderdante siendo capaz decida revocarlo. Ahora bien, una vez declarada la incapacidad únicamente a instancia de la propia persona interesada y en virtud de una sentencia podrá el apoderado seguir actuando en nombre del poderdante.

Una cuestión que plantea el apoderamiento preventivo es si está sujeto a supervisión judicial o no, y en este sentido, a diferencia con la tutela, que al ser de orden público está sujeta a control judicial, el apoderamiento preventivo no lo está. El apoderamiento preventivo puede estar conferido en la escritura de autotutela, en cuyo caso el juez tendrá que tener en cuenta el contenido del poder en el momento de dictar la sentencia.

Formalización

Para la constitución de la autotutela se requiere un documento público notarial, si bien, nuestro ordenamiento jurídico no es siempre preciso respecto a si dicho documento ha de ser una escritura o es suficiente con otro tipo de documento notarial.

Otros Derechos forales como son el Derecho catalán, el aragonés y el gallego sí llegan a concretar la necesidad que la autotutela se formalice mediante escritura pública.

La mayoría de la doctrina se muestra partidario de que la formalización de la autotutela se efectúe en escritura pública.

En el momento del otorgamiento no es necesario la comparecencia de la persona designada y el notario debe advertir al otorgante la no obligatoriedad de aceptar el cargo de la persona designada (Fernández, Á., 2005). Si comparece supone únicamente una cierta tranquilidad para el otorgante con respecto a que la persona designada vaya a aceptar el cargo.

La autotutela no puede efectuarse en testamento por cuando mientras éste es un acto que despliega sus efectos tras la muerte, la autotutela despliega sus efectos en vida del otorgante.

La Sentencia nº 108/2005, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 14 de junio de 2005 (Id Cendoj: 31201370032005100259), establece que “en cualquier caso, puesto que la ordenación de la autotutela requiere el otorgamiento de documento público notarial, el notario debe analizar la capacidad de la persona de acuerdo con los arts. 145 CC. Hay que partir de la presunción de capacidad de las personas mientras no se haya pronunciado una sentencia firme de incapacitación, aunque ciertamente, y más tratándose de personas que pueden estar afectadas por una enfermedad degenerativa, podrá atacarse el acto probando que la

persona otorgante carecía de capacidad natural en el momento del otorgamiento”. Esta sentencia tampoco precisa la necesidad de escritura pública.

Para el apoderamiento preventivo, sin embargo, se prevé simplemente un documento público notarial, pero la doctrina se postula por la formalización en escritura pública y con especiales cautelas a la hora de su constitución que deberán ser explicadas por el notario otorgante por cuanto, tras la reforma efectuada del art. 1732 del Código civil por la Ley 41/2003, el apoderamiento, si así se prevé expresamente, puede persistir aún tras una hipotética declaración de incapacidad de la persona otorgante, deviniendo en ese momento en irrevocable, salvo por resolución judicial. Es por tanto de trascendental importancia que el notario advierta debidamente e informe de las consecuencias del acto en que va a participar.

Debe ponerse de manifiesto que pueden efectuar actos de autotutela o delación de la tutela (mayores de edad, menores emancipados, personas incapacitadas parcialmente, etc....). la capacidad de los menores de edad para constituir la autotutela o el apoderamiento preventivo se desprende del contenido del art. 232 C.C., de conformidad con el cual “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.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”

Al tratarse de un acto personalísimo los menores emancipados no necesitarían la asistencia de los padres o tutores.

Tal y como sostiene Rovira (Rovira, M. E., 2004) los menores de edad por sí mismos están habilitados para constituir el documento de autotutela.

La persona encargada de verificar la capacidad del otorgante no es otro que el notario, etc. Se trata de un acto personalísimo donde no tiene cabida la representación.

Conclusiones

En primer lugar, tal como hemos visto la introducción de la autotutela, esto es la posibilidad que una persona en previsión de una futura incapacidad pueda decidir quién quiere que sea designado tutor o quien quiere ser excluido del ejercicio del cargo en nuestro Código civil mediante la Ley 41/2003 constituye una supone una innegable novedad que ya había sido regulado por el Derecho Foral Catalán.

En segundo lugar, merece destacarse la importante posibilidad de exclusión del cargo de tutor a ciertas personas, eso sí, deberán precisarse a qué personas concretas, no pudiendo efectuarse la exclusión con respecto a una generalidad de personas.

En tercer lugar, consideramos que la autotutela no debe ser contemplada únicamente como un mecanismo aplicable para aquellas personas que puedan haber alcanzado una cierta edad y que puedan adolecer de ciertas patologías, la amplitud de las personas a las que pueda resultar adecuada la institución de la autotutela

pensamos que va mucho más allá, sin que sea necesario padecer ninguna dolencia o haber alcanzado una cierta edad, más o menos avanzada.

No debemos perder de vista que nuestra legislación contempla la posibilidad de que los menores de edad emancipados puedan constituir la autotutela. Aunque en determinados derechos civiles forales se les limite esta posibilidad en la medida en que lo conciben únicamente para personas mayores de edad.

En cuarto lugar, respecto a la formalización de la autotutela y el apoderamiento preventivo, aunque la mayoría de la doctrina se muestran partidarios de que se otorgue no sólo en un documento público sino que además ese documento público sea una escritura, postura que no podemos sino compartir y en este sentido quizá nuestro legislador debiera ser más preciso en este aspecto como lo hacen los derechos forales catalán, aragonés y gallego.

En términos generales, consideramos que la introducción de ambas figuras en nuestro ordenamiento jurídico aunque ha supuesto una positiva innovación y un avance de nuestro legislador en aras de dotar de mayores garantías la autonomía de la voluntad de las personas también es cierto que se trata de figuras cuya regulación debiera ser perfeccionada.

Referencias

Bello, D. (2011). Una mirada crítica sobre la regulación de la autotutela, obtenido de <https://www.acaderc.org.ar/doctrina/una-mirada-critica-sobre-la...de-la-autotutela/.../file>

De Amunategui, C. (2008). Incapacidad y mandato

Durán, E. (2007). La autorregulación de la tutela

Espineira, I., (2005). Apoderamiento preventivo y autodelación de la tutela. Obtenido de <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/08apoderamiento-preventivo.htm>.

Fernández, Á. (2005). “L'autotutela en dret català: examen d'una escriptura”, en Revista Catalana de Dret Privat: Institut d'Estudis Catalans, Vol. 5, pp. 167-194

Leonseguí, R. A. (2005). Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ponencia impartida en el seno de las Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005 bajo la dirección del Prof. Dr. Pérez Cruz Martín, coordinadas por el Prof. Dr. Busto Lago (Edb 2005/331046)

Linacero, M. (2004). Protección jurídica de personas con discapacidad menores desfavorecidos y personas mayores

Martin, M., (2013). El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 30

Martínez, M.A., (2000) Apoderamientos preventivos y autotutela” en la obra colectiva La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”

Rovira, M. E., (2004), La autotutela, Anuario da Facultade de Dereito

Valls, J.D. & Padilla, A. (2004), L'autodelació voluntària de la tutela: l'autotutela, en Revista Catalana de Dret Privat (Societat Catalana d'Estudis Jurídics), vol. 4