



FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES,
UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS

E-3

LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN EL NUEVO MARCO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El apoderamiento preventivo y las autotutelas

Autor: Alberto López de Mata Crespo

Madrid

2014



RESUMEN:

El aumento de la esperanza de vida, y el descubrimiento de nuevas enfermedades propias de personas de edad avanzada han sido la principal causa de que en la actualidad, sea cada vez más común encontrar en nuestra sociedad a personas que han perdido todas o la mayor parte de sus facultades, tanto para regir su persona, como su patrimonio. Por tanto, puede llegar a ser necesario tener que recurrir a una serie de medidas de protección que engloben dichas esferas, la personal y la patrimonial, ante la posibilidad de padecer en el futuro incapacidad sobrevenida. Desde un punto de vista jurídico, es posible tomar medidas en la actualidad en previsión de una futura situación de incapacitación jurídica, aunque plantearse tales opciones en la plenitud de la vida sea algo poco corriente.

Ante esta necesidad de la sociedad moderna, el ordenamiento jurídico español pone a nuestra disposición una serie de herramientas o medidas para salvaguardar la integridad personal y patrimonial de aquellas personas que pierden la capacidad de hacerlo por si mismos. La autotutela o delación voluntaria es uno de esos mecanismos de protección que permite adoptar una serie de medidas concernientes a nuestro futuro, cuando todavía estamos en pleno uso de nuestras facultades, a través de la designación de un representante legal que actúe en nuestro nombre o tome las decisiones necesarias en situaciones excepcionales. Existen también otras figuras alternativas, que confieren la misma protección, como es el caso de los poderes preventivos, documentos que designan a un “apoderado” que actúe en nuestro nombre en el tráfico jurídico.

El objetivo del presente trabajo es analizar ese problema al que se tiene que enfrentar las sociedades modernas, y las soluciones que ofrece el nuestro ordenamiento jurídico a ese problema, a través del estudio de las figuras del apoderamiento preventivo, y la autotutela.

PALABRAS CLAVE

Autotutela; Apoderamiento preventivo; Discapacidad; Incapacidad; Protección Patrimonial; Protección Personal.

ABSTRACT:

Rising life expectancy, and the discovery of new diseases of the elderly, have been the main cause of a current society problema, increasingly common in our society which is to find people who have lost all or most of their hability to rule themselves or their capital. It may therefore be necessary to have a series of protective measures that encompass these dimensions, both personal and economic, regarding the possibility of a future incapacity. From a legal standpoint, it is possible to take action today in anticipation of a future state of legal incapacitation , but consider these options during the youth or adult age is something unusual.

Given this modern society's need, the Spanish legal system makes available a series of tools and measures to safeguard the personal integrity and property of those who have lost the ability to act by themselves . The "*autotutela*" is one of those mechanism that allows everyone to adopt a series of measures, concerning a future situation, when still in full possession of our mental faculties, through the appointment of a legal representative who acts on our behalf or take the necessary decisions in an exceptional situation. There are also other alternative figures, which give the same protection as in the case of "*preventive powers*", documents by which we designate a "*representative*" to act on our behalf in legal transactions .

The aim of this study is to analyze the problema that modern societies have to face, and the solutions offered by the Spanish legal system to this problema, through the analisis of the "*preventive powers*", and the "*autotutela*".

KEYWORDS

Self-governance; Preventive Seizure; Disability; Wealth Protection; Personal Protection .

GLOSARIO DE ACRÓNIMOS

- BGB *Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán de 1900).*
- CE Constitución Española de 1978.
- CC Código Civil Español de 1889.
- DRGN Dirección General de los Registros y del Notariado.
- LPPD Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; BOE núm. 277 de 19 de Noviembre de 2003.
- RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RRC Reglamento del Registro Civil de 1957.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS Tribunal Supremo.

ÍNDICE

I.	Introducción: la protección de las personas con discapacidad	5
II.	La representación voluntaria: el poder de representación	10
1.-	Evolución histórica y concepto	10
	Derecho Romano	10
	Derecho intermedio	10
	Pandectística alemana del siglo XIX	12
2.-	Derecho Comparado	14
	Derecho francés	14
	Derecho italiano	15
	Derecho alemán	15
3.-	Regulación por nuestro ordenamiento jurídico	16
4.-	Clasificación	18
5.-	Diferencias entre el mandato y el poder	21
III.	La autotutela	24
1.-	Evolución Histórica	25
2.-	Naturaleza jurídica	30
IV.	Conclusiones	32
V.	Bibliografía	38

I. Introducción: la protección de las personas con discapacidad

No podemos considerar el derecho exclusivamente como un instrumento cuya finalidad es ordenar la convivencia dentro de cada estado. Su esencia, el fin último de esta herramienta debe ser el de facilitar una respuesta a los complejos problemas de las sociedades modernas. El Profesor Carlos Santiago Nino¹ defiende que *“hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el Derecho y las circunstancias sociales y económicas. Esta recíproca influencia se pone de manifiesto cuando el ordenamiento jurídico acusa recibo de los cambios producidos en la sociedad y devuelve el efecto reflejo sobre ésta al servir de promotor de nuevas pautas de conducta social”*. El objetivo de este trabajo es el de analizar, a través de las figuras del apoderamiento preventivo y la autotutela, la protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a aquellas personas que, por sus circunstancias personales, no pueden operar en condiciones de igualdad en el tráfico jurídico. Para ello es necesario analizar, cual es esa realidad social.

A principios del siglo XX, la población mundial rondaba los mil quinientos millones de habitantes, cifra que, 60 años más tarde, se elevaba hasta los tres mil millones, para seguir aumentando exponencialmente en los años sucesivos: cuatro mil millones en 1974 y cinco mil millones en 1987. Si bien el ritmo de crecimiento se ha ralentizado en las últimas décadas, pasando de una tasa de crecimiento del 2,4 al 1,3 por ciento, de acuerdo con las predicciones de la ONU, en el año 2050 se prevé que la población mundial será de ocho mil novecientos millones. Centrándonos ahora en España, el aumento poblacional se debe fundamentalmente a dos factores: la menor mortalidad infantil y el aumento de la esperanza de vida. A principios del 2007 la expectativa de vida para los españoles era de 74,9 años para los hombres y de 83,5 para las mujeres de acuerdo con la Catedrática de Econometría, Economía y Estadística, la Profesora Montserrat Guillén². Lo verdaderamente llamativo es que en la década de los 50, la esperanza de vida en nuestro país, se situaba en 59 y 64 años respectivamente. De todo lo dicho, podemos extraer que, el aumento de la población se ha producido, no porque nazca más gente, sino porque se muere menos. Solzhestein afirma que la prolongación de la vida, ha hecho que

¹ Santiago Nino, C; *Intrdocucción al Análisis del Derecho*; Editorial: Ariel Derecho, 1983, Barcelona.

² Guillén, M. *“Longevidad y dependencia”* Informe elaborado por la Fundación BBVA; Editorial: FUNDACIÓN BBVA, Diciembre 2006, Bilbao.

la generación de ancianos se convierta en una carga para los hijos, lo cual, en una sociedad cada vez más laxa en cuanto a valores tradicionales, supone en muchos casos que las personas mayores sufran el abandono por parte de sus familiares

Dejando de lado las cuestiones éticas y morales, otra de las consecuencias de este aumento de la longevidad al que venimos haciendo referencia es el incremento del riesgo de discapacidad, impulsado fundamentalmente por las enfermedades psíquicas o mentales. Varios son los tipos de enfermedad neurodegenerativas que se han descubierto recientemente, de entre las que podemos destacar: el Síndrome del cromosoma X frágil, la enfermedad de Lafora, la enfermedad de Huntington, la enfermedad de Parkinson, el mal de Alzheimer, el síndrome de Burnout, la fibromálgia, la Esclerosis Lateral Amiotrófica “ELA”, entre otras. Ante este panorama, bastante desolador a priori, no es ilógico que muchas personas se planteen: ¿Quién me cuidará cuando sea viejo?

En los últimos años se ha extendido la práctica del llamado testamento vital³. Ésta figura, cuya finalidad primordial consiste en permitir que se lleven a cabo los deseos de una persona (en relación con su cuidado físico y el de su patrimonio), una vez que ésta no tenga las facultades para tomar decisiones, ya sea por una enfermedad o bien por su fallecimiento⁴. Nuestro ordenamiento jurídico contempla tres figuras o documentos que formarían lo que acabamos de denominar como testamento vital, a saber: el documento de voluntades anticipadas, la delación de la autotutela y por último el apoderamiento preventivo.

El primero de ellos, el documento de voluntades anticipadas, es una declaración de voluntad, plasmada por escrito en documento público o privado, realizada por una persona mayor de edad y que goza de plenas facultades en el momento de su redacción, mediante el cual, y para el caso de que en el futuro no pueda tomar decisiones de forma racional (enfermedad, accidente...), el otorgante deja constancia de cuál debe ser la forma de actuar, en función de las situaciones que se puedan dar, en relación única y exclusivamente con su cuidado e integridad física. Existen tres formas válidas para redactar un documento de voluntades anticipadas: ante notario, ante la persona encargada

³ Figura que en el derecho anglosajón, dónde históricamente ha tenido más importancia, se conoce como *living will*, o traducido literalmente al castellano: “voluntad del vivo/viviente”

⁴ Ávila Navarro, P; *Formularios Notariales*; 4ª Edición, 1999, Madrid.

del Registro de Voluntades Anticipadas o ante tres testigos, y en cualquiera de los tres casos, deberá obligatoriamente inscribirse en el Registro de Voluntades Anticipadas⁵.

En segundo lugar, la declaración de la autotutela, cuya finalidad es similar al documento de voluntades anticipadas, es aquella a través de la cual cualquier persona que, previendo la posibilidad de perder la capacidad de actuar en el tráfico jurídico, designa ante notario a aquella persona que éste desea que sea su tutor en caso de que se dé la situación descrita anteriormente, a la vez que puede manifestar cualquier deseo norma o criterio que deberá ser tenido en cuenta en relación con su persona o bienes.

El primer intento de inclusión de la figura de la autotutela en nuestro Código Civil se produjo en el año 1983, si bien el proyecto fracasó durante los trámites parlamentarios, en opinión de la doctrina, por su “*deficiente planteamiento*”⁶ La regulación expresa de esta figura, ha sido demandada por un amplio sector doctrinal⁷, ya que, con la redacción del Código Civil en materia tutelar, anterior a la reforma introducida en el año 2003, se podía discutir acerca de una admisión de esta figura con carácter vinculante o semi-vinculante para la Autoridad Judicial, el principio general de la autonomía de la voluntad, la generalización de las causas de incapacitación, una interpretación extensiva de la facultad atribuida a los padres en los artículos 223 y ss del Código Civil, y por último, la constitución judicial de la tutela, de tal forma que, la posibilidad de auto-designación habría de ser tenida en cuenta como un criterio tan válido o más que el de los padres. Como complemento a esta opción, se planteó la posibilidad de la regulación del apoderamiento preventivo, de tal forma que la regulación de las situaciones de pérdida de capacidad fuera completa⁸.

La primera vez que se recogió la tutela en un texto legal, fue en el artículo 172 del Código de Familia de Cataluña, y su introducción en el Código Civil no se produjo hasta

⁵ Y en los casos que proceda, en el registro de donantes de órganos.

⁶ Palomino Díez, I. “*La Ley 41/2003, De 18 De Noviembre Y Su Reforma De La Tutela*”

⁷ Entre Otros, Badosa Coll, F. “*La Autotutela*”; Romero Candau, P.A., “*Posibilidades De Autoprevisión De Quien Conoces y pérdida progresiva de capacidad*”; Rivas Martínez, J.J., “*Disposiciones Y Estipulaciones para La Propia Incapacidad*”

⁸ Citando textualmente a Martínez García, M. en *Apoderamientos Preventivos y Autotutela*: “*extendiéndose la vigencia de estos apoderamientos desde el momento del otorgamiento u otro posterior fijado por el poderdante, hasta la sentencia de incapacitación, siempre que la consecuencia de la misma fuera l establecimiento de un sistema de representación legal*”

la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁹: Esta reforma afectó a los artículos 223 y 234 del Código Civil, estableciendo expresamente que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluyendo la designación de tutor, y un orden de preferencia a favor del designado por el propio tutelado, siguiendo lo establecido al nuevo párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil, en el cual se establece que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Añade el citado artículo, 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. Finalmente, dispone el artículo que 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 otra parte, el artículo 234 CC establece un orden de prelación ante un caso de nombramiento de tutor, de acuerdo con el cual, en primer lugar se preferirá al designado por el propio tutelado, tal y como establece el artículo 233 del mismo cuerpo normativo.

El principal problema que encuentra la doctrina, es que no se haga una mención expresa en el segundo párrafo del artículo 223, acerca de la posibilidad de que dispone el futuro incapacitado de establecer un sistema de control o fiscalización de la tutela, y de designar expresamente a las personas que deban ejercerla. Los estudios acerca de esta reforma, concluyen que no hay nada que indique que el establecimiento de dichos órganos de fiscalización, sea una previsión que no pueda establecer el futuro tutelado en relación con su persona o su patrimonio

⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; BOE núm. 277 de 19 de Noviembre de 2003.

Por último, tal y como lo define en sus estudios del Profesor José M^a Ruiz de Huidobro de Carlos¹⁰, el poder preventivo es un documento en el cual, una persona (poderdante) autoriza a otra (apoderado) a contratar en su nombre en el tráfico jurídico. Las principales características del mismo consisten en que no requiere ni de la incapacitación del poderdante ni del nombramiento del apoderado en vía judicial, y que, salvo que expresamente se contemple en el poder, no se extingue por la incapacidad del poderdante. Esto último fue una de las modificaciones que introdujo expresamente la Ley 41/2003¹¹, dando una nueva redacción al artículo 1.732 del Código Civil de tal forma que tras la nueva redacción introducida, el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida 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.

¹⁰ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M; “Manual de Derecho Civil: Parte General”; 3^a Edición; Editorial: DYKINSON S.L.; 2012, Madrid.

¹¹ Idem

II. La representación voluntaria: el poder de representación

Hoy en día, es casi imposible referirnos al tráfico jurídico sin hacer mención a la intervención de los representantes voluntarios, independientemente de su denominación (gerentes, apoderados, dependientes, delegados síndicos, defensores, testaferros, mandatarios, agentes, comisionistas...). Todos ellos, intervienen en negocios en los que no entran en juego sus intereses (al menos directamente) o lo que es lo mismo: son ajenos al resultado, tanto favorable como desfavorable, de la operación. A pesar de la familiaridad con la que tratamos esta institución, la representación no ha recibido el mismo tratamiento a lo largo de la historia, por tanto es conveniente hacer un primer inciso y referirnos a la evolución histórica de la misma.

Lo que hoy en día conocemos como “representación” es el fruto de una evolución histórica que tiene su origen o punto de partida en el derecho romano, evoluciona durante la Edad Media y finalmente fueron los juristas alemanes quienes en el siglo XIX dieron el impulso definitivo a dicha institución. A continuación haremos referencia a las principales características y aportaciones que se han producido en cada uno de los periodos que acabamos de mencionar.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO

- **DERECHO ROMANO**

De acuerdo con Arias Ramos¹², en el derecho Romano (ni siquiera en la fase del derecho bizantino) se produjo un reconocimiento pleno de la figura de la representación directa es decir, aquella en la que el representante actúa en nombre del representado, a diferencia de la indirecta, en la que el representante actúa por cuenta del representado¹³, pero en nombre propio., ya que únicamente era considerada como válida la representación indirecta, impropia o mediata¹⁴. No se reconoce por tanto la facultad de manifestar una

¹² Arias Ramos, J.; *Derecho Romano*; págs. 144 y 145 Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, Madrid.

¹³ Navarro Mendizabal I.; *Derecho de obligaciones y contratos, 2ª Edición*, págs. 588 y 589; Editorial Cívitas, Pamplona, 2013.

¹⁴ Arias Ramos, J.; *Derecho Romano*; págs. 144 y 145 Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, Madrid.

propia determinación de voluntad en un negocio que se concluye por cuenta y en nombre de otro.

Tal y como señala Díez Picazo¹⁵, el acto o negocio jurídico del gestor no produce sus efectos de manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado, ni para perjudicarlo ni para beneficiarlo. A pesar de lo dicho anteriormente, el *pater familias*, podía adquirir toda clase de derechos a través de las personas que estuviesen sujetas a su potestad (hijos y esclavos fundamentalmente). La explicación a esta excepción tiene su fundamento en la idea de que todo el patrimonio familiar, formaba una única masa de la cual el único titular era el *pater familias*. El cambio en las circunstancias socio-económicas que se produjo con el paso del tiempo, dio lugar a dos instituciones de gestión que se desarrollaron en paralelo y acabaron unificándose en el derecho justinianeo¹⁶: la *procuratio* y el mandato. La primera de ellas, la *procuratio*, tenía una doble naturaleza, de un lado procesal (el procurador actuaba en nombre del interesado en un pleito) y de otro de administración patrimonial (un esclavo de la familia quedaba encargado de la administración del patrimonio familiar, con amplias facultades). Por otra parte, el mandato, tiene su origen en la expansión comercial y económica que se produjo en el Imperio Romano. La principal diferencia de esta figura con la anteriormente descrita, consiste en que el mandatario actuaba en su propio nombre, y en caso de que éste incumpliese lo pactado, el mandante contaba con una serie de acciones para conseguirle el efectivo traspaso de los efectos patrimoniales.

- DERECHO INTERMEDIO

En el periodo de tiempo denominado por Díez-Picazo¹⁷ como derecho intermedio o derecho romano del medievo, se mantuvo el rechazo hacia la aceptación de la representación directa. Sin embargo, la expansión del comercio y de las necesidades comerciales fueron clave en la aparición del contrato a favor de tercero. Permitir que un tercero pasase a formar parte de la relación jurídica sin haber formado parte de la misma (el mandante o representado) fue el primer paso hacia la aceptación de la representación directa¹⁸. Sin embargo tuvo que ser el Derecho Canónico el que, a través de la regla

¹⁵ Díez-Picazo, L., *La Representación En El Derecho Privado*, Editorial, Civitas, 1979.

¹⁶ Iglesias, J.; *Derecho Romano*, pág 173; Editorial: Ariel; Barcelona, 1979.

¹⁷ Díez Picazo, L.; *La representación en el Derecho Privado*, pág 26; Editorial: Cívitas; 1979

¹⁸ Paccioni, *Los Contratos A Favor De Tercero*, Traducción De F. J. Osset, Madrid, 1948

*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*¹⁹ y como solución práctica a las necesidades del momento, quien admitiese la representación directa. Muy importante fue la labor de los notarios en la aceptación social de la figura de la representación. La eficacia *erga omnes* de los actos que quedaban plasmados en los documentos redactados por éstos, favoreciendo su acogida en el tráfico jurídico.

- PANDECTÍSTICA ALEMANA DEL SIGLO XIX

La delimitación definitiva y completa de la representación se consiguió a raíz de los trabajos de la escuela de la pandectística alemana²⁰. El primer autor en estudiar la materia fue SAVIGNY, quien en su párrafo 113 del *Sistema de derecho romano actual* hizo un estudio de la materia en cuestión. En la misma línea de estudio podemos encuadrar los estudio de BUCHKA recogidos en obras como *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*²¹, de 1852. En último lugar, tenemos que hacer mención a RODOLFO VON IHERING, autor que delimitó el concepto de representación del de otras figuras de similar naturaleza jurídica.

Concluida una breve referencia a la evolución histórica de la representación en tres momentos claves de la historia, conviene analizar cual ha sido el resultado de las distintas aportaciones que cada corriente ha hecho en su configuración actual, pasando a estudiar la naturaleza jurídica de la misma.

No es nada sencillo dar una definición precisa del concepto de la representación, y muchos de los elementos que algunos autores consideran como fundamentales, son descartados por otros. En cualquier caso, de las numerosas alternativas que nos ofrece la doctrina, debemos hacer mención a los siguientes autores:

CASTÁN TOBEÑAS la define como “el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otro y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado”²², centrándose fundamentalmente en las consecuencias jurídicas del acto y a quién afectan las mismas. Por su parte, ALBALADEJO, señala que “mediante la representación, además de la acción de representar-cuya consecuencia es la

¹⁹ “Puedo hacer por otro lo que puedo hacer por mí mismo”.

²⁰ Betancourt, F; *Derecho Romano Clásico*, 3ª edición; Editorial Universidad de Sevilla, 2007, Sevilla.

²¹ “La doctrina de la representación en la celebración de contratos”

²² Castán Tobeñas, J.; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. II, Pág. 856; Editorial Reus, 1984.

realización del negocio representativo- se designa a la figura o institución jurídica-acogida en nuestro derecho- en cuya virtud es posible que una persona obre en nombre y por cuenta de otra”²³. Para DÍEZ-PICAZO la representación es “aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas”²⁴. DE CASTRO, recurre a un concepto técnico y operativo y se refiere a la representación como “el confiar a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir (dentro de ciertos límites) en interés y por cuenta de otra (representado)”²⁵, como podemos observar, una definición mucho menos técnica e imprecisa que las anteriores. Finalmente para LACRUZ la representación es “aquel fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de éste; autorizado por el representado para ello, o, en su caso por la Ley, de forma que los efectos jurídicos de dicha situación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado”²⁶.

A modo de conclusión, podemos decir, a la luz de todas las definiciones que acabamos de mencionar, que la representación es una institución jurídica, a través de la cual, una persona (representante), mediante una declaración de voluntad expresa o tácita, actúa jurídicamente por cuenta e interés de otra (representado), ya sea en nombre de éste último, o en su propio nombre (del representante), creando, en cualquiera de los dos casos, una relación jurídica con terceras personas en la que las consecuencias de la actuación, ya sean de forma directa o indirecta, recaen en la esfera jurídica del representado. Centrándonos en la protección patrimonial de las personas discapacitadas, el poder voluntario (preventivo) es una herramienta fundamental para la protección patrimonial de las personas discapacitadas, pues les permite seguir participando en el tráfico jurídico, en condiciones de igualdad, al mismo tiempo que permite que los familiares o terceros ajenos se hagan cargo del patrimonio de estas personas, ya que las consecuencias patrimoniales de sus actos, siempre que no se excedan de las facultades que les han sido conferidas, repercutirán exclusivamente en el patrimonio del incapacitado

²³ Albaladejo, M., “*La Representación*” en *Anuario De Derecho Civil*, Pág., 767; Madrid 1958.

²⁴ Díez Picazo, L; *La Representación En Derecho Privado*, Pág 64; Editorial Civitas, 1979.

²⁵ De Castro y Bravo, F., *Temas De Derecho Civil*, pág. 108; Editorial Marisal, 1979.

²⁶ Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos De Derecho Civil, Parte General*, Tomo I; Editorial Bosch, Barcelona, 1974.

2. DERECHO COMPARADO²⁷

En las primeras codificaciones, encontramos una regulación conjunta de la representación y el mandato, como ocurría en el código Prusiano que se refiere al fenómeno como “mandatos de apoderamiento” o el austriaco, el cual habla de “contratos de apoderamiento”. Los códigos francés, italiano y español siguen esta línea de regulación conjunta, mientras que el alemán, como consecuencia de la influencia de la pandectística alemana, opta por la regulación separada de las figuras

- *Derecho francés*

Como acabamos de decir, la regulación que el Código Civil francés hace de la representación se encuentra incluida en el artículo 1984, junto con el contrato de mandato, considerando ambas instituciones como elementos esenciales de una única e idéntica relación jurídica. Como podemos ver, el artículo emplea el mismo término “*acte*” o acto para ambas figuras. Algunos autores²⁸ defienden que no cabe lugar a duda acerca de la necesidad de que el mandatario actúe en nombre del mandante, en contra de la dicción literal del Código, siendo por tanto la relación a través de la cual una persona se encarga de actuar *por cuenta de otro*, pero en nombre propio.

La otra postura doctrinal, interpreta la definición dada por el Código Civil, en sentido demostrativo, de tal forma que la representación es considerada como una característica “ordinaria” del mandato, pero en ningún caso un elemento esencial del mismo.²⁹

Como veremos al analizar la naturaleza jurídica de la representación en el ordenamiento jurídico español, el francés ha sido el derecho que más ha influido en la configuración de esta materia.

²⁷ En esta parte sigo a Fernández Lozano, J.L.; *Instituciones De Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 2º, Editorial, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

²⁸ Laurent, F., *Principes de Droit Civil Français*, pág. 373, T. XXVII, Bruselas-Paris, 1893.

²⁹ Siguiendo a Bonet Ramón, F.; “*Representación y mandato en el Código Civil*” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, pág. 421; Madrid, 1989, podemos citar A Duranton, Delamerre et Lepoitivin, Troplong, Domenget, Demante Et Colmet De Santierre, Planiol Y Ripert.

- *Derecho italiano*³⁰

El Código Civil italiano de 1865, tampoco tiene una regulación específica de la representación, insertando ésta dentro de la regulación del mandato. Su definición se centra más en la faceta económica, tal y como podemos apreciar del contenido del artículo 1.737, en el que, el legislador lo definió como “un contrato mediante el cual una persona se obliga gratuitamente o mediante una recompensa, a realizar un negocio *por cuenta* de otra persona de la que ha recibido dicho contrato”. Además, el artículo 1.734 inhabilita al mandante a actuar contra aquellas personas con las que haya contratado el mandatario, siempre y cuando éste hubiese actuado en su nombre. Por tanto, el hecho de contratar “*en nombre*” del mandante no se considera un elemento fundamental del mandato.

Posteriormente la regulación mercantil definió el mandato mercantil incluyendo el requisito de actuar “*por cuenta y en nombre*” del mandante, lo que motivó una polémica en la doctrina, acerca del carácter esencial o no de la representación en el mandato, debido al desencuentro existente entre las regulaciones mercantil y civil.

Finalmente, fue la reforma del Código Civil de 1942 la que concluyó con esta polémica doctrinal excluyendo definitivamente la exigencia de actuar *en nombre* de la definición del mandato. Además, separa la regulación del mandato de la de la representación por influencia del derecho civil alemán. La doctrina italiana valora positivamente las reformas introducidas en la reforma anteriormente mencionada, si bien critican el hecho de que todavía no se haya producido una separación total entre la regulación de ambas figuras jurídicas, puesto que todavía existen normas más bien propias de la representación, incluidas dentro de la regulación del mandato.

- *Derecho alemán*³¹

³⁰ Fernández Lozano, J.L.; *Instituciones De Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 2º, Editorial, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

³¹ *Idem*

La doctrina alemana del siglo XIX ha dado lugar a una de las mejores producciones científico jurídico en derecho privado en lo relativo a la representación. Es a partir de este momento, tal y como dijimos al analizar la evolución histórica. La pandectística alemana parte de dos teorías para analizar la naturaleza jurídica de la representación:

De una parte, la teoría “*del dueño del negocio*” según la cual el representado es el único sujeto que debe ser tenido en cuenta en relación al acto jurídico realizado por el representante, y de otra la “*teoría de la representación*”, en virtud de la cual, el representante es el sujeto al que ha de atenderse para valorar el acto de que se trate, sin perjuicio de que los efectos jurídicos de dicho acto recaigan en la esfera del representado. Tal y como dispone el párrafo 165 del Código Civil alemán (BGB) que defiende que la validez de una declaración de voluntad emitida por un representante o dirigida a este no resultará afectada con tal de que, al menos, el representante goce de una capacidad limitada, el ordenamiento jurídico germano ha optado por esta segunda teoría.

Las fuentes de la representación pueden ser la ley o la voluntad de las personas, y como mencionamos al principio, regula por separado la representación (Títulos V y VI del BGB) del mandato (párrafos 662 y siguientes del BGB).

3. REGULACIÓN POR NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica y sistemática de la representación, en nuestro código civil encontramos una serie de artículos aislados que regulan determinados supuestos, tales como:

- El matrimonio por poder (art 55 CC)³².

³² Art 55 Cc: “Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del juez, alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. en caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación

- Representación de los cónyuges (art 71 CC)³³.
- Revocación y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art 102 CC)³⁴.
- La adquisición de la posesión (art 439 CC)³⁵.
- Representación contractual (art 1.280.5º CC)³⁶.
- La revocabilidad de la representación conferida al administrador de una sociedad civil (art 1.695.1º CC)³⁷.
- La representación en relación con la patria potestad (art 154 a 171 CC).

en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. la revocación se notificará de inmediato al juez, alcalde o funcionario autorizante”.

³³ Art 71 Cc: “Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”.

³⁴ Art 102 Cc: “ Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la ley, los efectos siguientes:

1.º los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el registro civil y, en su caso, en los de la propiedad y mercantil”.

³⁵ Art. 439 Cc: “Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

³⁶ Art. 1280 5º: “El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”.

³⁷ Art 1695 1º: “Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes:

-Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal.”

Una característica fundamental de la regulación que nuestro ordenamiento hace de esta institución es que no distingue el poder de representación de una figura muy similar, como el mandato, regulado en los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil. tema que abordaremos más adelante. Como consecuencia de esa falta de una regulación concreta de la materia, un problema que tenemos en el Derecho español, a diferencia del alemán, italiano o portugués, es que en el ámbito del Derecho Privado y sobre todo en derecho civil, tenemos que recurrir a aplicación analógica (con ciertos matices) de las normas contenidas en el Código Civil que regulan el mandato.

4. CLASIFICACIÓN

Los criterios más comunes a la hora de delimitar los diferentes tipos de clasificación son varios. Sin embargo, aquel que más relevancia tiene para este trabajo es aquel que distingue entre representación legal y representación voluntaria, dependiendo de si ésta tiene su origen en la voluntad del sujeto (voluntaria) o en el ordenamiento jurídico (legal). De acuerdo con ALBADALEJO³⁸, estos dos tipos de representación se encuentran regulados en el artículo 1259 del Código Civil cuyo contenido establece que *“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”*.

A modo de resumen, y para esquematizar el análisis de ambas formas de representación, la principales características de las mismas son:

- a) La representación legal tiene como misión principal suplir la falta de capacidad de un sujeto disminuido o no capaz, así como la protección del mismo, mientras que la representación voluntaria exige capacidad por parte del poderdante.
- b) A resultas de lo anterior en la representación legal, todos los negocios realizados por el representante son aquellos que no puede realizar por si mismo el poderdante como consecuencia de su falta de capacidad, mientras que en la forma

³⁸ Albaladejo, M., *“La Representación”* en *Anuario De Derecho Civil*, Pág., 767; Madrid 1958.

voluntaria, el representante realiza los mismo negocios jurídicos que podría llevar a cabo por si mismo el poderdante.

- c) Dado que la base de la representación legal se encuentra en la legislación (valga la redundancia) el representante legal no puede ser privado de sus facultades como tal por voluntad del representado (revocación). En el caso de la representación legal, ocurre todo lo contrario.
- d) Los límites de una y otra, se encuentran en la ley o bien en los límites generales establecidos al principio de autonomía de la voluntad.
- e) Mientras que la delegación o la transmisión a favor de tercero no está permitida en la representación legal³⁹, no ocurre lo mismo en el supuesto de la representación voluntaria, donde es común la sustitución de poder.
- f) A sensu contrario, la renuncia del representante esta contemplada en la representación voluntaria, pero no en la legal.
- g) En la representación legal no cabe la ratificación por el representado de lo ejecutado por el representante excediéndose de los límites de actuación. No ocurre lo mismo en la representación voluntaria dónde la ratificación en dichos supuestos será preceptiva para la validez del acto.
- h) La publicidad en la representación se materializa a través de la Sección Cuarta del Registro civil, donde se inscriben “*el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de persona jurídicas y sus modificaciones*” de acuerdo con el contenido del artículo 283 RRC

Tantas son las diferencias entre la representación legal y la voluntaria, que una parte de la doctrina se plantea si la representación legal es un verdadero caso de representación. Así por ejemplo, MOSCO⁴⁰ defiende que como consecuencia de todas esas diferencia y a pesar de ser englobadas en un mismo género para algunos aspectos comunes, la representación legal y voluntaria son dos especies claramente diferentes e incluso contrapuestas en algún punto.

La protección de las personas con discapacidad, se articula en torno a los dos tipos de representación que acabamos de analizar. Si el incapacitado hubiese nacido en tal estado

³⁹ No olvidemos que ésta es un deber que el ordenamiento jurídico confiere a personas en concreto en interés y para garantizar la protección del representado.

⁴⁰ Mosco, L.; *La Representación Voluntaria*, Colección Nereo, Barcelona, 1963 (Traducción De Cerrillo Quilez), Pág. 29.

civil, o hubiese sido declarado como tal posteriormente sin haber otorgado un poder voluntariamente, será un juez, a petición de cualquiera de las personas que autoriza la ley a solicitarlo, el que a través del procedimiento de incapacitación nombre un representante (apoderamiento legal) y solo a partir de ese momento, el apoderado podrá actuar en nombre del discapacitado. Sin embargo, cuando el incapacitado hubiese concedido un poder a favor de una persona (apoderamiento voluntario), ésta no necesitará de autorización judicial para poder actuar en nombre de su representado, desde el mismo momento en que se conceda el poder, si nada en contrario se contempla en el mismo.

El segundo criterio de clasificación atiende a la forma de actuar del representante, y nos permite distinguir entre la representación directa o abierta, y la indirecta o cerrada.

La representación directa se produce al actuar el representante *en nombre y por cuenta del representado, es decir*, al actuar da a conocer que está contratando en nombre de un tercero, del cual revela su identidad. Por el contrario, en la representación indirecta, el representante no da a conocer que el negocio que está realizando, lo hace en nombre de otra persona.

Un sector de la doctrina no considera la representación indirecta como una verdadera forma de representación, entre otras razones porque la *contemplatio domini* independientemente de que sea tácita o expresa, es un requisito esencial en la representación, hasta el punto que, de no darse, no podríamos hablar de fenómeno representativo. En el caso de la representación de un incapaz, nos encontramos ante una representación directa, pues el tercero conoce en todo momento que el negocio jurídico que está realizando es con la persona incapacitada, quien actúa a través de su representante o apoderado.

Ya por último, y sin ánimo de extenderme más en las diferentes clasificaciones que podemos hacer⁴¹, un tercer criterio sería aquel que diferencia entre la representación activa y pasiva, siendo la primera aquella en la que se emite una declaración de voluntad en nombre de otro, y la pasiva cuando el representante recibe la declaración en lugar y por el representado.

⁴¹ Otros criterios de clasificación que podemos analizar serían:

- La representación en función del interés por el que actúa el representante.
- La extensión del poder
- Plena o específica

5. DIFERENCIA ENTRE EL MANDATO Y EL PODER

Como ha quedado de relieve al estudiar la evolución histórica de esta figura, desde el primer momento, ha existido una confusión entre la figura del mandato y la de la representación, problema que vamos a intentar solventar en este apartado.

Centrándonos en la postura de la doctrina española, tenemos que distinguir dos momentos diferentes. En primer lugar, antes de la promulgación del Código Civil, la mayoría de la doctrina española defendía el carácter esencial de la representación en el mandato.

Los autores inmediatamente posteriores a la publicación del texto legal, al no haber una regulación específica de la representación separada de la del mandato, mantuvieron la misma postura anterior, matizándola al defender que ésta era un efecto característico del mandato. Por influencia de la doctrina alemana e italiana, esta concepción se modificó y surgió una importante corriente doctrinal a esta postura, en la que encontramos figuras como la de Castán Tobeñas, Pérez Gonzalez y Alguer, Puig Peña, Jerónimo Gonzalez, Garrigues entre otros.

Con el tiempo, la doctrina ha elaborado una serie de criterios de diferenciación entre ambas figuras, los cuales reproduzco a continuación⁴²:

- En atención al nacimiento, el mandato tiene su origen en un contrato entre dos partes, (mandante y mandatario), mientras que el poder nace de la ley, de una decisión judicial o de una declaración unilateral de la voluntad del poderdante.
- Por la perfección de la relación jurídica, el mandato exige la concurrencia de dos personas. En este punto, y aunque la doctrina considera que en el caso del apoderamiento se requiere la confluencia de tres partes (representante, representado y tercero ante el que se contrata) en mi opinión, es incoherente tal requisito si consideramos el poder como un negocio unilateral que se perfecciona al formalizarse en documento público por el poderdante, por tanto, desde mi

⁴² Navarro Mendizabal I.; *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª Edición, págs. 588 y 589; Editorial Cívitas, Pamplona, 2013.

punto de vista, la perfección de este negocio sólo requiere de la intervención de una persona como indica la STS de 15 Nov. 2010⁴³.

- En cuanto al objeto y contenido de ambas figuras, el mandato regula relaciones internas entre mandante y mandatario, esto es, el conjunto de obligaciones y derechos para cada una de las partes. El poder sólo contiene una autorización para obrar en nombre del *dominus*.
- Finalmente, si analizamos las causas de extinción, el mandato se extingue por revocación y comunicación al mandatario, mientras que el poder exige para su revocación, además de la comunicación al apoderado, la comunicación a los terceros. La revocabilidad y extinción por muerte del *dominus* son elementos esenciales en el caso del mandato, pero no ocurre lo mismo en el caso del poder, ya que pueden otorgarse poderes irrevocables que no se extinguen en caso de fallecimiento del poderdante.

Queda nada más analizar la postura de la jurisprudencia en cuanto a la distinción de estas dos figuras.

La jurisprudencia inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil concretó la naturaleza jurídica del mandato fijándola en la de la representación, así siguiendo a Bonet Ramón⁴⁴, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 1902 declaró terminantemente que “*el mandatario asume en los actos que realiza la personalidad del*

⁴³ STS de 15 Nov. 2010, rec. 1741/2006 “*Igualmente, para la STS de 28 de julio de 1999, no hay duda de que el mandato para realizar determinada gestión puede otorgarse verbalmente (artículo 1710 CC), pero el poder para obrar frente al tercero exigiéndole la observancia de una conducta en nombre del poderdante está sometido a la regla de forma del artículo 1280.5. ° CC en cuanto aquel encargo le perjudica. No puede haber confusión entre los artículos 1790 y 1280.5. ° porque se refieren a dos conceptos distintos: mandato y representación. El representante habrá de acreditar su representación del modo previsto legalmente si le es exigido por el tercero. Lógico y ajustado a la buena fe resulta que quien es requerido para observar una conducta en nombre del poderdante compruebe la existencia del poder en favor del que se la exige. Añade la STS de 24 de febrero de 1995 que, como tiene sancionado la jurisprudencia y una prevalente doctrina científica, mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario; el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido”.*

⁴⁴ Bonet Ramón, F.; “*Representación y mandato en el Código Civil*”, en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 417 a 449; Madrid, 1989.

mandante, pudiendo, en su virtud, ser demandado en la representación de este”, y en el mismo sentido, en las sentencias de 1 de junio de 1927 y 1 de julio de 1942

La separación entre ambas figuras por parte de la jurisprudencia, se produjo a partir de la RDGRN de 18 de mayo de 1933, la cual establece que *“la doctrina jurídica moderna, como algunos códigos, distingue ya con precisión y como cosas distintas la representación y el mandato, admitiendo la posibilidad de representación sin mandato y mandato sin representación”*.

En esta tendencia se enmarcan la STS de 10 de febrero de 1935 en la cual, el alto tribunal afirma que *“no es posible ya, en la fase actual de la evolución de las ideas jurídicas, comprender las ideas de representación (concepto jurídico meramente formal) y mandato (relación material de la gestión) perfectamente deslindadas por la doctrina científica a partir de Laband y por la misma jurisprudencia de esta Sala, ni cabe considerar la distinción como meramente académica y sin trascendencia práctica, pues aun cuando los poderes van ligados a una relación jurídica interna constituida de ordinario por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan ni siempre son idénticos los principios y normas a que respectivamente han de ligarse el poder y la manifestación jurídica obligatoria que da base a su otorgamiento”*.

La STS de 22 de mayo de 1942 confirma la distinción al afirmar que *“con general aceptación, el Derecho científico distingue actualmente los conceptos jurídicos de mandato y representación, y hace observar que las diferencias esenciales entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo, porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario, y el apoderamiento, (...) trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro del poder que se le haya conferido (...)”*.

Otras sentencias posteriores que han seguido en esta misma línea⁴⁵, nos permiten concluir, que, en la actualidad para la jurisprudencia, mandato y representación son dos figuras jurídicas independientes.

⁴⁵ Podemos mencionar: SSTS de 27 de enero de 1945, 21 de marzo de 1946, 31 de enero de 1954, 17 de diciembre de 1959, 3 de julio de 1976, 26 de junio de 1978, 28 de junio de 1984, 1 de marzo de 1988 ó 24 de febrero de 1995, todas ellas citadas por Lozano Fernández J.L.; *Instituciones De Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 2º, Editorial, Thomson Civitas, Año 2003.

III. La autotutela

Ante una situación de pérdida de autogobierno, el legislador tiene que establecer mecanismos protectores, de tal forma que no se abandone a su suerte a aquellos que han perdido la capacidad de decidir. La figura que vamos a analizar en este apartado, es una de las que se configuran como mecanismos de protección patrimonial recogidos en la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad. La principal finalidad de esta norma, tal y como establece su exposición de motivos, es la de “(...) *regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad*”, centrándose en el aspecto patrimonial.

Esta norma recoge, la definición de la “autotutela”, figura a la que se refiere, como “*la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas*”. Como decíamos en el primer apartado y al hablar del poder, una situación cada vez más común en nuestra sociedad, es que una persona, al llegar a una determinada edad, como consecuencia de las enfermedades a las que hacíamos mención al principio, pierda la capacidad de gobernarse, tanto a sí mismo, como su patrimonio.

Siguiendo con el contenido de la exposición de motivos de la ley, esta figura se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, de tal forma que se habilita a las personas capaces para adoptar las disposiciones que consideren oportunas, en previsión de su propia incapacitación, pero sobre todo, alterando el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, todo ello sin modificar la competencia de los jueces de modificar dicho orden de preferencia, siempre y cuando así convenga al interés del incapacitado (STS de 17 Jul. 2012⁴⁶) y

⁴⁶ STS de 17 Jul. 2012, rec. 1362/2011: “*Pues bien, aplicando la doctrina expresada, debe desestimarse el motivo, porque la sentencia razona adecuadamente la denegación de la designación de la persona propuesta como tutora por el interesado en previsión de ser declarado incapaz y ello, evaluando diferentes factores:*

1º La decisión se ha tomado teniendo en cuenta que para el nombramiento de la persona encargada de la tutela, debe primar el interés superior del incapacitado.

2º El incapacitado es muy influenciado por personas ajenas, dada su enfermedad.

siempre que se hayan producido una serie de circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el tutelado en el momento de efectuar la designación. De todo esto, se puede concluir, que la finalidad de la norma es la protección de las personas discapacitadas (objeto del presente trabajo) y como mecanismo de protección que ofrece nuestro ordenamiento, la analizamos en este apartado.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA⁴⁷

A continuación vamos a analizar la evolución que se ha producido en la regulación de la tutela. Sin embargo, y al contrario de lo que hice en el apartado anterior al analizar la evolución histórica del apoderamiento, y al ser la tutela una figura jurídica relativamente “joven”, no puedo desarrollar momentos históricos concretos.

El punto de partida lo encontramos en los años 50 del siglo pasado, momento en el que empieza a constatarse la presencia social de los discapacitados. Inicialmente, estas personas eran considerados “anormales”⁴⁸, y no era extraño que en estos casos, los familiares recurriesen al ocultamiento o a la reclusión del miembro de la familia que sufriese una patología de estas características. Esta persona se convertía en un lastre para la familia quien debía hacer frente al cuidado del discapacitado con la consiguiente carga económica. A partir de la década de los 50, comienzan a darse casos de personas que empiezan a solicitar medidas y soluciones a esta situación. Aunque pueda parecer que el origen del interés social por el cuidado de las personas discapacitadas responda a intereses egoístas, es el primer esbozo de concienciación social de que las personas disminuidas física o mentalmente, los “anormales”, debían ser atendidos, y que dicha atención requería de colaboración económica por parte del Estado. Es a partir de este momento que el disminuido empieza a aparecer en sociedad en vez de ser ocultado. El “anormal”, la persona que se aleja de la normalidad y es recluida y ocultada por ello, pasa

3º Estas mismas razones llevan evitar el nombramiento de personas que pudieran administrar su importante patrimonio, de forma no conveniente para sus intereses.”

⁴⁷ En esta parte sigo a Serrano García, I.; *Autotutela*; Editorial. Tirant Lo Blanch; Valencia., 2012

⁴⁸ Literalmente, eran considerados como personas “fuera de la norma” o de la “normalidad”.

a ser un “subnormal”, persona con capacidades inferiores a la normalidad, pero no fuera de ella.⁴⁹

La primera reivindicación social en relación con este colectivo, fue la que realizaron las familias a través de asociaciones o agrupaciones. Es importante destacar que peleaban por los derechos de los propios familiares, no por los derechos propios de estas personas.

Estas reivindicaciones iban dirigidas a los poderes Estatales, exigiendo que éstos debían cumplir con su parte y asumir ciertas responsabilidades en lo que por entonces únicamente se consideraba una “ayuda” más que una obligación del Estado. Con la Constitución española de 1978, nuestro país se convirtió en un “Estado social, y democrático de Derecho” tal y como propugna el artículo primero de nuestra Carta Magna “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad (...)”. Destacar, que la primera definición que da el texto legal, es la de “social”, antes incluso que “estado democrático” o “de derecho”.

A partir de ese año, la presencia de los discapacitados en la escena pública, ha ido adquiriendo importancia, entre otras gracias a tres elementos que a continuación procedemos a mencionar. En primer lugar, con el paso del tiempo, se ha producido una especificación de esta realidad. “Discapacitado” ha pasado a ser un término genérico con el que referirse al conjunto de personas, pero cada situación se ha concretado; no todas las minusvalías son iguales y no todas requieren el mismo grado de ayuda o atención. No es lo mismo una persona que padece el Síndrome de Down, una espina bífida o un autista, y esta especificación de los casos se ha conseguido gracias a los avances de la medicina.

En segundo lugar, y como consecuencia también de los avances en la medicina, se ha producido un considerable incremento de la esperanza de vida de estas personas, quienes, en los umbrales del conocimiento de esta realidad, no aspiraban a vivir más allá de los veinte o treinta años. A día de hoy esta situación ha cambiado drásticamente y en la actualidad es normal encontrarse a personas discapacitadas adultas, e incluso personas que, habiendo nacidas sin problemas, como consecuencia de la aparición de nuevas

⁴⁹ No pretendo herir u ofender a nadie utilizando estos términos para referirme a las personas discapacitadas. los “anormales” pasaron a ser “subnormales” luego “deficientes mentales”, “discapacitados”, “minusválidos psíquicos” y en la actualidad “personas con minusvalía o discapacidad psíquica”. en mi opinión la evolución terminológica no es para nada arbitraria, y responde a la intención tanto de la comunidad como del ordenamiento jurídico, por encajar a estas personas dentro de la sociedad a la que pertenecen.

enfermedades, se convierten en discapacitadas al llegar a la edad adulta o a la denominada “tercera edad”. Son muchas las situaciones que pueden darse, desde la persona mayor discapacitada que requiere del cuidado y atención de sus hijos o cónyuges, hasta el padre o abuelo sin discapacidad que tiene que cuidar de sus hijos disminuidos, y para todas ellas el ordenamiento jurídico ha tenido que ir proporcionando soluciones.

Ya por último, y quizás el factor más importante, es que el papel de la persona discapacitada en la sociedad, ha cambiado. Nuestra sociedad, a través de la legislación, ha optado por un modelo de participación plena del disminuido en la comunidad y en el tráfico jurídico. Pero para ello ha sido necesario idear un sistema de protección que les permita desenvolverse en igualdad de condiciones que las persona sin problemas.

Entrando propiamente en la cuestión que nos atañe, ¿cuál ha sido el sistema que nuestro ordenamiento ha ideado para garantizar la igualdad de todas las personas, disminuidas o no?.

En primer lugar, la norma fundamental de nuestro ordenamiento, la Constitución de 1978, recoge en su artículo decimocuarto el principio de no discriminación entre las personas por ninguna razón, también llamado *principio de igualdad*, gracias al cual se produce el primer paso hacia la integración de las personas con deficiencia psíquica. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la igualdad supone tratar de la misma manera a aquellos que son desiguales⁵⁰. Además la LPPD es la materialización de la obligación que la Constitución establece en su cuadragésimo noveno artículo para los poderes públicos de realizar “*una política de previsión tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”

A pesar de ello, la desigualdad en el día a día es un hecho, y por ello, el artículo cuadragésimo noveno del texto constitucional, establece, en su último párrafo, el mandato

50

- STC 86/1985 de 10 de julio: “*Implícita, pero inequívocamente, pues se viene a afirmar que este precepto constitucional encierra no ya sólo una prohibición del trato desigual ante situaciones subjetivas análogas, sino, más simplemente, la interdicción de la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes*”.
- STC 34/1981 de 10 de noviembre: “*(...) lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable*”

a los poderes público de garantizar los instrumentos necesarios para el ejercicio de los derechos fundamentales, si bien en mi opinión, la redacción del artículo debería referirse a todos los derechos⁵¹.

Nuestro Código civil establece el siguiente sistema de protección: la persona que no esté, con carácter permanente, en condiciones de regir su persona o sus bienes necesita el complemento de la tutela o en ciertos casos de la patria potestad prorrogada. La gran modificación que se produce como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución consiste en que la medida de protección se consiga sólo a través de una sentencia judicial, previo acto jurídico contradictorio, en el cual, el afectado tendrá la oportunidad de ser oído. En dicha sentencia se recogerán específicamente detallados, aquellos actos que esta persona puede realizar por sí mismo y aquellos que precisan la intervención de padres, tutores o curadores. Además, se prevé la posibilidad de recuperación de la persona enferma, en cuyo caso se procederá a la modificación de la sentencia de incapacitación.

Por último, tenemos que mencionar que todos los actos que lleve a cabo el tutor curador o padre, en nombre de su tutelado, deberán estar orientados conforme al mejor interés del discapacitado, y en aquellos casos en que el juez deba autorizarlos habrá de estar a lo dispuesto por él mismo por encima de todo. Debemos también tener en cuenta que las cuestiones sobre las que se debate en estos procesos requieren no solo de conocimientos jurídicos sino también unas condiciones especiales por parte del juez que le permitan conocer la opinión del interesado así como la necesidad o no de incapacitarle.

No podemos encontrar antecedentes históricos de regulación de la tutela en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la preocupación de la administración pública por regular esta realidad se ha desarrollado en las últimas décadas. No hay, en nuestro Código Civil ni en ninguna norma de la época antecedentes de la figura de la *autotutela*.

La primera aproximación a esta figura la encontramos en el año 1924, cuando a través de una Real Orden de 14 de marzo, se autoriza la designación de un tutor para el caso de una futura incapacidad. Y no es hasta el año 28 hasta que no encontramos a nadie que vuelva a ocuparse de este tema, fecha en la que el Notario y Abogado del Estado Eloy Sánchez Torres realiza una exposición de su punto de vista acerca de la figura, aportando para apoyar su postura, antecedentes consuetudinarios.

⁵¹ La redacción literal del citado artículo se refiere a “los derechos recogidos en este título”

María de los Ángeles Parra⁵², considera como un posible antecedente legislativo de la autorregulación de la tutela, el “Proyecto de Ley de tutela y curatela” elaborado por el parlamento Catalán en 1934, cuyos pilares fundamentales eran la Constitución Española de 1931 y el Estatuto de Cataluña de 1934. En el artículo 19 del texto, se establecía la posibilidad de la autotutela tal y como la entendemos hoy en día.

Sin embargo el proyecto no llegó a ser ley, y no sería hasta 1979 que se volvería a intentar abordar la materia legalmente. De este año es un borrador elaborado por la Comisión General de Codificación, en el que participaron maestros del derecho como Castán Vázquez o el profesor Díez Picazo. Este borrador fue enviado a las Cortes el 8 de mayo de 1981, y la redacción de su artículo 223 era la siguiente: *“los padres podrán en testamento nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos y ordenar cualquier otra disposición, siempre que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres”*.

El grupo parlamentario Comunista introdujo una enmienda en la cual se proponía que la redacción del mencionado artículo fuese la siguiente: *“Podrán en testamento nombrar tutor (...): 1. Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concurra en ellos causa de incapacitación. En el supuesto de que nombraren tutor a persona distinta de los padres, no se rehabilitará la patria potestad que se establece en el artículo 171(...)”*.

Argüían que toda persona mayor de edad es la más indicada para designar su propio tutor, y establecer las medidas que él considere oportunas y necesarias para el caso de que en el futuro se produzca la incapacitación del mismo. El principal problema de esta aportación consiste en que, al reducir la constitución de la tutela únicamente a través de testamento, la convertía en una alternativa cuanto menos inservible. En el año 82, la disolución de las Cortes impidió que este Proyecto de Ley llegara a su fin.

El Segundo Proyecto de Ley enviado a las Cortes en enero de 1983, no contenía ninguna referencia a la autotutela, proyecto que posteriormente se convertiría en la Ley 13/1983 de 24 de octubre. El grupo popular, durante la tramitación parlamentaria de la norma, intentó que se introdujesen enmiendas a la misma, en las que se regulase la autotutela, defendidas por los Diputados Cañellas Fons, García Amigo y Durán Corsanegro⁵³. Esta

⁵² Parra Lucán, M^a de los A., *El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el derecho catalán*, “Revista Jurídica de Castilla la Mancha, abril de 1994. Pág.111

⁵³ Sesiones de Comisión de 18 de mayo de 1983 (Diario nº29, p. 958) y de Pleno de 24 de mayo (Diario nº 39, pág, 1814 y ss).

propuesta sufrió la misma consecuencia tanto en la Cámara Baja como en el Senado: el rechazo por el Grupo Socialista, quienes manifestaban su oposición argumentando que no se daba una “base real” ni una “presencia social” suficiente para regular jurídicamente esta realidad.

La primera fórmula legal de esta figura, la encontramos en Cataluña, comunidad que en el año 1996 modificó, a través de la ley 11/1996 de 29 de julio, la Ley 39/1991 de la Tutela y las instituciones Tutelares, y a nivel estatal, la primera vez que se regula esta realidad jurídica es mediante la ya mencionada Ley 41/2003 de 18 de noviembre en la que por primera vez, se contempla la posibilidad de que una persona capacitada jurídicamente, adopte las medidas que considere convenientes ante un posible futuro caso de incapacitación

2. NATURALEZA JURÍDICA

Para delimitar el concepto de la *autotutela* el primer punto al que tenemos que hacer referencia a la definición que Crehuet elaboró de la misma. El jurista, en su discurso *La Tutela Fiduciaria*⁵⁴ elaboró la siguiente definición de la figura: “*la guarda de la persona y bienes deferida pro mandato o comisión del sujeto a ella, antes de haber incidido en incapacidad*”. El concepto que aquí se propone es el de una figura a través de la cual se designa a un tutor para uno mismo, hecha por una persona con plena capacidad jurídica, en caso de que se le incapacite en el futuro.

En relación con esta primera aproximación, encontramos la definición elaborada por la notaria García-Granero Colomer, según la cual la autotutela es “*la facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente*”⁵⁵

*Para el notario Dávila Huertas*⁵⁶, sería “*aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona física, en previsión de ser declarada incapaz, nombra, en escritura pública, y para que actúen de forma conjunta o sucesiva, con retribución o sin ella, a una o varias*

⁵⁴ Crehuet del Amo, D.M; *La tutela fiduciaria* discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 23 de mayo de 1921.

⁵⁵ García-Granero Colomer, A. V; *La Autotutela*; Boletín Oficial del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998, pág. 200

⁵⁶ Dávila Huertas, E.; *La Autotutela, Estudio*, Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado n° 227, abril/2000, pág. 1311.

personas designadas dignas de su confianza, para el cargo de tutor y, en su caso, para integrar los órganos tutelares que constituya en dicho acto”

Como podemos ver todas las definiciones que acabamos de mencionar, definen la figura de una forma similar, resaltando sus elementos esenciales, a saber:

- Acto unilateral. Declaración de voluntad elaborada por un sujeto.
- Elaborado por una persona capacitada: Es un acto que lleva a cabo una persona en pleno uso de sus facultades, de ahí que deba materializarse a través de documento público notarial.
- Designación de medidas: En el mismo se recogen todas las medidas tanto personales como relativas al patrimonio y bienes del interesado que éste desea que se lleven a cabo, en caso de que se dé una situación específica.
- Futura incapacidad: Es esta precisamente la situación a la que acabamos de hacer referencia, la eficacia de las medidas plasmadas en el documento, solo surtirán efecto en caso de que el otorgante fuese incapacitado en el futuro.
- Documento público: Dado que la declaración de voluntad debe llevarla a cabo una persona en pleno uso de sus facultades, por ello, debe llevarse a cabo ante notario.

Por último, me parece importante resaltar, que todo lo que se disponga en el documento, deberá ser aprobado en vía judicial, cuando se desarrolle el proceso de incapacitación de la persona en cuestión, ya que debe ser un juez quien, en última instancia, designe al tutor del incapaz y las facultades que se le atribuyen.

La mayoría de la doctrina coincide con estas definiciones descriptivas, pues comprenden todos los elementos que caracterizan a la figura. La esencia de la figura de esta figura reside en *“la legitimación de quien prevé la posibilidad de ser incapacitado en el futuro para configurar su tutela. Es la designación del propio tutor, hecha por persona mayor de edad, jurídicamente capaz, para el caso de que deje de serlo”*⁵⁷

A la luz de todo lo dicho, podemos concluir que la autotutela es un mecanismo jurídico, gracias al cual, mediante una declaración de voluntad dirigida al órgano judicial competente para conocer del nombramiento del tutor. No podemos olvidar, que cuando se inicia un procedimiento de modificación de la capacidad de una persona, hay que tener en cuenta, que el procedimiento finaliza con una decisión judicial, en la que se debe

⁵⁷ García García, L.; *Marco Jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Tesis Doctoral. ‘Editorial Revista General de Derecho’ Pág. 108. Valencia, 2000.

recoger todas las medidas de protección y los apoyos que necesitará la persona cuya capacidad ha sido modificada.

Ante una situación de incapacidad futura, ya sea esta previsible o no, toda persona puede tomar las medidas que considere oportunas, ya sean estas referidas a su persona (físicamente considerada) o respecto de sus bienes, ya se realicen mediante declaración judicial o son ella; *“organizando su tutela, estableciendo órganos de fiscalización de la gestión y designando a las personas que vayan a integrarlos, así como estableciendo disposiciones acerca de la administración y de la afectación de rentas y utilidades”*⁵⁸

IV. Conclusiones

Ignacio Serrano García, Catedrático de Derecho Civil, afirmaba que *“En la sociedad moderna, no sólo se reconoce la igual dignidad humana de los disminuidos físicos y psíquicos de toda índole, sino que en particular desde el punto de vista del Estado social, sus mayores dificultades para desarrollar su personalidad y entrar en relación con los demás, participando en la vida política, económica, cultural y social, les hace acreedores de una atención particular que se concreta en medidas asistenciales, sanitarias y educativas, tendentes a su rehabilitación e integración en la sociedad (...) con lo que el problema excede del marco familiar del marco familiar en el que tendía tradicionalmente a mantenerse”*⁵⁹.

Las conclusiones que extraemos tras la realización del trabajo son:

PRIMERA: Apoyándonos en el anterior comentario del Profesor Serrano Molina, los criterios que mencionaba, son aquellos a los cuales responde el artículo 49 de la Constitución Española, indicaciones que pueden ser matizadas si consideramos que en el cuidado patrimonial de las personas discapacitadas, deben involucrarse, en primer lugar el propio discapacitado, en la medida en que tenga oportunidad de hacerlo, y en segundo lugar su familia y las personas de su entorno que ostenten un “interés legítimo”, y en última instancia, los poderes públicos.

⁵⁸ Serrano García, I.; *Autotutela*; Editorial. Tirant Lo Blanch; Valencia., 2012

⁵⁹ Idem

SEGUNDA: No tenemos datos cuantitativos que puedan defender el éxito (o fracaso) de las medidas introducidas por la Ley 41/2003, aunque si que es cierto que se han llevado a cabo numerosos estudios sobre las instituciones reformadas tras la entrada en vigor de la LPPD, como el dirigido por la profesora Díaz Alabart⁶⁰, o la Escuela Gallega de Administración Pública⁶¹. Con todo, es justo decir que la impresión que la citada norma transmite a autores⁶² que han tratado la materia es positiva, puesto que ésta confiere mayor protección a las personas que requieren de más medios económicos que las personas no afectadas, para conseguir esa igualdad que defiende la CE.

TERCERA: La ley 41/2003 de 18 de noviembre, llamada “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”, desarrolla su contenido a lo largo de tres capítulos: Patrimonio protegido de las personas con discapacidad, Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil y ya por último Modificaciones de la normativa tributaria. Desde mi punto de vista existe una descompensación, dado que ocho de los diecisiete artículos de la ley regulan la protección del patrimonio protegido; del noveno al decimocuarto se recogen las modificaciones del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, y los tres últimos, es decir del decimoquinto al decimoséptimo ambos inclusive, se dedican a la modificación de la normativa tributaria. Si se pretende incentivar el uso de este mecanismo de protección, las reformas introducidas en el ámbito tributario deberían haber sido más profundas

CUARTA: Podemos destacar que casi la totalidad de las reformas introducidas por la LPPD se orientan hacia la protección patrimonial, y deja en un segundo plano otro gran

⁶⁰ Díaz Alabart, Silvia; Hernández Díaz Hambrona, M^a Dolores; Álvarez Moreno, M^a Teresa; Represa, M^a Patricia; *La Protección Jurídica De Las Personas Con Discapacidad*; Ibermutuamur-Asociación Catalana Nabiu, Madrid, 2004.

⁶¹ Jornadas Y Seminarios N^o30, *La Tutela De Las Personas Mayores*, Coordinado por Domingo Bello Janeiro y Carlos Maluquer De Motes I Bernet; Y N^o32, *Protección Patrimonial De Los Discapacitados*, coordinado por Domingo Bello Janeiro.

⁶² Díaz Alabart, Silvia; Hernández Díaz Hambrona, M^a Dolores; Álvarez Moreno, M^a Teresa; Represa, M^a Patricia; *La Protección Jurídica De Las Personas Con Discapacidad*; Ibermutuamur-Asociación Catalana Nabiu, Madrid, 2004., Serrano García, I.; *Autotutela*; Editorial. Tirant Lo Blanch; Valencia., 2012

problema que se plantea en relación con estas personas, como puede ser la protección personal de las mismas. Las medidas más significativas en este plano serían la reforma de los artículos dedicados a la tutela (posibilidad de predeterminar a quien se prefiere como tutor, o a quien NO se desea que cuide de su persona y bienes, o la introducción de una causa de indignidad introducida por la reforma “por no prestar las atenciones debidas”, ya que este concepto no sólo engloba las prestaciones patrimoniales, sino también las afectivas. La mayor reforma en el plano personal de protección de las personas discapacitadas es la introducida por la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo undécimo regula las denominadas “instituciones previas”, también conocidas como “testamento vital” y “documento de voluntades anticipadas”. A raíz de esta ley, en caso de que una persona otorgue este documento indicando las instrucciones que deberán seguirse (atenciones médicas que le deben ser aplicadas en un futuro supuesto de necesidad, actuación en cuanto al cadáver...) no será de aplicación el artículo 271 1º del Código civil, si no lo dispuesto por el incapacitado, aunque para una parte de la doctrina, la cuestión puede quedar abierta para ser debatida.

QUINTA: Coincidentemente con lo que señala Montserrat Pereña⁶³, la ley puede causar en el que la analiza algún desconcierto, ya que, si bien en su título utiliza la expresión “personas con discapacidad”, la gran mayoría de sus preceptos se aplican a personas declaradas incapaces por sentencia judicial. Añade la registradora, que *“en puridad, la incapacidad es un estado civil de la persona (casi el único estado civil que subsiste con las notas que para el mismo señalara el insigne Federico de Castro en su obra Derecho Civil de España) que por padecer una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, no puede gobernarse a su misma, tal y como establece el artículo 200 del Código Civil, y en el que sólo se puede caer como consecuencia de una sentencia judicial”*⁶⁴. La discapacidad no es considerada por nuestro ordenamiento como un estado civil, si no que se trata de una de una situación personal en la que las principales consecuencias son administrativas, si bien gracias a la LPPD, ahora también tiene alguna repercusión civil. El procedimiento de declaración de ambas situaciones es diferente, ya que la discapacidad requiere de un procedimiento administrativo, procedimiento de

⁶³ Montserrat, P.; “*El Derecho Sucesorio Como Instrumento De Protección Del Discapacitado*”, Boletín Del Colegio De Registradores, N°103 Pág. 1523.

⁶⁴ Idem

naturaleza declarativa, mientras que la incapacitación requiere de un procedimiento constitutivo judicial civil..

El desconcierto al que antes hacía mención antes viene producido porque de un análisis de la ley se puede extraer que intenta hacer una separación radical entre las soluciones que ofrece para las personas incapacitadas y para las discapacitadas. Y eso, a mi modo de ver ya es un error, puesto que, y aunque resulte obvio decirlo, es cierto que todos los incapacitados son discapacitados, pero no todos los discapacitados son incapaces de regir su persona y su patrimonio. Por tanto, establecer soluciones diferentes para dos realidades que están relacionadas, es ya en sí, un aspecto a mejorar.

Existen en nuestro ordenamiento determinadas normas que asemejan a los incapacitados con discapacitados, como ocurre en los beneficios sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Tal equiparación no se da en la LPPD, y así ocurre que, formalmente, hay artículos que se refieren a “incapacitados” y otros a “discapacitados” distinguiendo entre dos figuras que son la misma realidad.

SEXTA: Las dudas que plantea la doctrina relacionadas con la anterior conclusión son ¿por qué no es indigno aquel que no preste “las atenciones debidas” a un incapacitado?, o ¿por qué no puede donarse o legarse el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a un incapacitado judicialmente?, entre otras situaciones que quedan excluidas de la regulación de la ley. La solución que da Ignacio Serrano García, a la cual me adhiero, es la de hacer una interpretación correctora “*apelando al espíritu y finalidad de la ley*” del artículo 3.1 del Código civil, para entender que las situaciones a las que hacía referencia antes (la indignidad y la donación o el legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual) también se pueden aplicar en los casos de incapacitados.

SEPTIMA: ¿Cómo encajamos esta ley dentro de nuestro ordenamiento jurídico?, ¿cuál es su entronque? Como hemos mencionado anteriormente, es la Constitución española de 1978, y más concretamente sus artículos décimo y decimocuarto, donde se proclama la dignidad de las personas y la igualdad de las mismas ante la ley.

OCTAVA: ¿Cómo ha querido el legislador llevar a cabo esta tarea?, mediante la modificación de figuras civiles que consientan un incremento en su capacidad económica que, ciertamente, no elimina su discapacidad, pero que intenta paliar sus mayores necesidades económicas. Con esta ley, el legislador da un giro de ciento ochenta grados, y pretende que las personas discapacitadas encuentren una solución no solo a través de las ayudas públicas, sino a través de medidas que pueden adoptar ellos mismos. El mecanismo elegido por la ley es el del “patrimonio protegido”, figura que podrá constituir el propio discapacitado siempre y cuando tenga capacidad suficiente y medios económicos. Esta posibilidad que establece la ley es elogiada, pero no podemos olvidar que el legislador no ha constituido ningún incentivo fiscal en tal sentido, ni tampoco la separación de la responsabilidad de las obligaciones que se generen con la gestión de los bienes que constituyen el mismo patrimonio protegido.

NOVENA: Otras soluciones que establece la ley para la protección de los discapacitados y que podrían ser objeto de mejora serían las siguientes:

- El establecimiento de la tutela, a semejanza del sistema previsto en Cataluña, es algo positivo. Sin embargo, y de acuerdo con el profesor Serrano García, no ha contemplado, en la norma, los supuestos de tutela de mayores desamparados o el supuesto de tutela ejercida por persona jurídica.
- En relación con las soluciones sucesorias planteadas, éstas podrían considerarse un tanto rebuscadas, y ha recurrido a figuras ya casi extintas en nuestro ordenamiento jurídico, como la sustitución fideicomisaria o el legado legal⁶⁵
- Por último, la indignidad sucesoria, no existe en ningún país de nuestro entorno, como por ejemplo en Italia, donde la indignidad y la desheredación se han unido en una misma figura jurídica desapareciendo la primera.

Por tanto, y como valoración global del nuevo sistema de protección patrimonial de las personas discapacitadas e incapacitadas, podemos decir que, a pesar de que la ley 41/2003 tuvo un proceso de gestación largo, en torno a cuatro años antes de iniciar su redacción, el efecto de la misma ha sido menor del esperado, o como dice Ignacio Serrano, “*El parto ha producido un ser diminuto y poco reconocible*”

⁶⁵ La doctrina que critica esta solución, arguye que “legado” y “legal” son términos incompatibles, puesto que el legado exige voluntariedad en el que dispone, manifestada en las disposiciones testamentarias.

V. Bibliografía

- Ávila Navarro, P. (1999). *Formularios Notariales*. Madrid: 4ª Edición.
- Albaladejo, M. (1958). La representación. en *Anuario de derecho Civil* (p. 767). Madrid.
- Albaladejo, M. (1958). La Representación. en *Anuario de Derecho Civil* (p. 45-80). Madrid.
- Arias Ramos, J. (1979). Derecho Romano. *Revista de Derecho Privado* , 144-145.
- Bello Janeiro, D. (2005). *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública.
- Bello Janeiro, D. (2007). Protección Patrimonial de los discapacitados. *Jornadas y Seminarios "La tutela de las Personas Mayores"*.
- Betancourt, F. (2007). *Derecho Romano Clásico 3ª edición*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Bonet Ramón, F. (1989). Representación y mandato en el Código Civil. en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (p. 421). Madrid.
- Carballo Casado, C. (2000). Fiscalidad de los minusválidos y discapacitados en el sistema tributario español. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas.
- Castán Tobeñas, J. (1984). *Derecho Civil Español, Común y Foral T. I, Vol. II*. Reus: Editorial Reus.

- Consejo General del Notariado. (2003). *Revista Jurídica del Notariado*. Madrid: Revista Jurídica del Notariado.
- Consejo General del Notariado. (2010). *Revista Jurídica del Notariado*. Madrid: Revista Jurídica del Notariado
- Consejo General del Poder Judicial. (2000). *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Estudios de derecho Judicial.
- Crehuet del Amo, D. (1921, mayo 23). La tutela fiduciaria, en *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* .
- Dávila Huertas, E. (2000, abril). La Autotutela; Estudio. *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado* , 1311.
- Díaz Alabarta, S., Hernández Díaz-Hambrona, M. D., Álvarez Moreno, M. T., & Represa, M. P. (2004). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Ibermutuamur-Asociación Catalana Nabiu.
- Díez- Picazo, L. (1979). *La representación en el Derecho Privado*.Madrid Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1979). *La representación en el Derecho Privado*. Madrid: Civitas.
- Durán Corsanegro, E. (2007). *La autorregulación de la Tutela*. Madrid: Ramón Araceres.
- Fernández Lozano, J. (2003). *Instituciones de derecho Privado T. I V. 2º*. Madrid: Thomson-Civitas.

- García Cantero, G. (2007). *Estudio comparado de tutela*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García García, L. (2001). Marco Jurídico de la enfermedad mental; Incapacitación e internamiento. *Revista General de Derecho* , 108.
- García-Granero Colmenrer, A. (1998). La Autotutela. *Boletón Oficial del Ilustre Colegio Notarial de Granada* , 200.
- Guillén, M. (2006, Diciembre). Longevidad y dependencia. *Informe elaborado por la Fundación BBVA* .
- Iglesias, J. (1979). *Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.
- Lacruz Berdejo, J. *Elementos de derecho Civil, Parte General T. I*. Barcelona, 1974: Bosch.
- Lacruz Berdejo, J., Rivero Hernández, F., & Sancho Rebullida, F. d. (1989). *Derecho de familia 3ª Edición V.II*. Barcelona: Bosch.
- Leña Fernández, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (pp. 149-212). Madrid: Civitas.
- Lucán, M. d. (1994). El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el derecho catalán. *Revista Jurídica de Castilla la Mancha* , 111.
- Marín, C. (2014, Abril). ¿Autotutela? en *Escritura Pública* , pág. 67.
- Martínez Díe, R. (2000). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas.

- Martínez García, M. (2000). Apoderamientos Preventivos y Autotutela. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (pp. 115-147). Madrid: Civitas.
- Montserrat, P.; El derecho sucesorio como instrumento de protección del capacitado. *Boletín del Colegio de registradores nº103* , 1523.
- Mosco, L. (1963). *La representación voluntaria*. (C. Quirez, Trans.) Barcelona: Colección Nereo.
- Muñoz de Dios, G. (2000). El Patrimonio del discapacitado. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas.
- Navarro Mendizabal, I. (2013). *Derecho de Obligaciones y Contratos, 2ª Edición*. Pamplona: Civitas.
- Navarro Viñuales, J. (2007). *El nuevo derecho de familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Paccioni. (1948). *Los contratos a favor de tercero*. (F. Osset, Traduc..) Madrid.
- Palomino Díez, I. (2006). La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y su reforma de la tutela. *El nuevo derecho de familia: Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Pérez Huete, J. (2004). *Régimen Fiscal del Patrimonio Protegido de los Discapacitados*. Agencia Estatal de Administración Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

- Ruíz de Huidobro de Carlos, J. (2012). *Manual de Derecho Civil: Parte General*, 3ª Edición. Madrid: DYKINSON SL.
- Sainz de Robles Rodriguez, F. (2007). *Una perspectiva Histórica*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Santiago Nino, C. (1983). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona : Ariel Derecho.
- Serrano García, I. (2012). *Autotutela*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Serrano García, I. (2007). *Dos años de vigencia de la LPPD: Balance*. Valencia: Tirant Lo Blanch.