



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Mandato preventivo

Presentado por:

Javier Gregorio Castaño

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 6 de julio de 2023

RESUMEN:

El presente trabajo sobre “*El mandato preventivo*” analiza la posibilidad de la persona, física o jurídica, que, en su propia autonomía, tenga la capacidad de decidir acerca del futuro de sus intereses económicos y personales, designando a otra persona, el mandatario, para que le represente legalmente en determinados actos jurídicos en caso de sufrir un hecho incapacitante.

El mandato preventivo fue introducido mediante la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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*, mediante la reforma del artículo 1732 del Código Civil, y actualmente regulado por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

PALABRAS CLAVE: Apoderamiento. Mandato. Preventivo. Discapacidad. Mandatario. Mandante. Representación. Incapacidad.

ABSTRACT:

The present essay on “*The preventive mandate*” analyses the possibility of the person, natural or legal, who, in their own autonomy, has the capacity to decide about the future of their economic and personal interests, designating another person, the mandatary, to legally represent them in certain legal acts in the event of suffering an incapacitating event.

The preventive mandate was introduced by *Law 41/2003, of 18 November, on the patrimonial protection of people with disabilities and the modification of the Civil Code, the Civil Procedure Act and the Tax Regulations for this purpose*, through the reform of article 1732 of the Civil Code, and currently regulated by *Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity*.

KEY WORDS: Power of attorney. Mandate. Preventive. Disability. Head of state. Mandator. Representation. Disability.

ABREVIATURAS

ART.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CNY: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LEY 41/2003: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil.

LEY 8/2021: Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

LH: Ley Hipotecaria.

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria.

LRC: Ley del Registro Civil.

ÍNDICE:

1. <u>INTRODUCCIÓN.</u>	6
2. <u>EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONFIGURACIÓN LEGAL DEL MANDATO PREVENTIVO.</u>	8
2.1. Definición y concepto del mandato preventivo.	8
2.2. Evolución histórica del mandato preventivo, normativa legal y regulación del mandato preventivo.	10
3. <u>FUNDAMENTOS Y REQUISITOS FORMALES DEL MANDATO PREVENTIVO.</u>	14
3.1. Fundamentos del mandato preventivo.	14
3.2. Forma y procedimiento para el otorgamiento de un mandato preventivo.	15
3.3. Presupuestos del mandato preventivo.	16
3.4. Contenido del mandato preventivo.	21
4. <u>CONTENIDO Y ALCANCE DEL MANDATO PREVENTIVO.</u>	27
4.1. Tipos de mandato preventivo.	27
4.2. Mecanismos de control y salvaguarda sobre las medidas voluntarias	30
4.3. La importancia del Notario en los apoderamientos notariales.	35
4.4. Publicidad del mandato preventivo.	36

5. <u>REVISIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL MANDATO PREVENTIVO.</u>	39
5.1. Revisión.	39
5.2. Modificación.	39
5.3. Extinción.	41
6. <u>REFLEXIONES.</u>	45
6.1. Análisis crítico del estudio realizado.	45
6.2. Conclusiones.	46
7. <u>BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.</u>	48

1. INTRODUCCIÓN.

Mediante el presente trabajo se pretende llevar a cabo un análisis en profundidad del mandato preventivo en España, considerando minuciosamente su origen y su regulación en el ordenamiento jurídico común.

Dado que se trata de una figura relativamente reciente, resulta imprescindible analizar el contexto y las razones que llevaron a su aparición para así comprender su aplicación dentro de nuestro ordenamiento.

En primer lugar, debemos destacar que el mandato preventivo es una figura jurídica que no se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico hasta noviembre de 2003, con la aprobación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil (en adelante, Ley 41/2003).

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), se aprecia una amplia reforma en el ámbito del derecho de la persona, y además, se regula por primera vez y de manera expresa los poderes preventivos, especialmente con la nueva redacción de los artículos 256 a 262 del Código Civil (en adelante, CC.) entrando en vigor el 3 de septiembre de 2021.¹

Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el poder preventivo se regulaba como una variante del contrato de mandato. Este tipo de poder se extingue, según lo establecido en el CC, con el fallecimiento del poderdante y, hasta ahora, con su incapacidad mental.

El objeto principal del mandato preventivo es, además de garantizar el cumplimiento de la voluntad de la persona, conseguir el máximo grado de autonomía posible en la toma de decisiones de la persona durante su periodo de lucidez, permitiendo llevar a cabo la adopción de medidas voluntarias en previsión de una posible situación de discapacidad futura como así lo regula el artículo (en adelante, ART.) 257 CC.

Por tanto, con el propósito de analizar a fondo la figura del mandato preventivo, estructuraremos el trabajo en cuatro grandes apartados.

En el primer bloque analizaremos su evolución histórica y la configuración legal actual del apoderamiento preventivo en el ordenamiento jurídico español.

¹ GOMÁ LANZÓN, Fernando. “El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid.” N.º 108 MARZO/ABRIL 2023.

Para ello, realizaremos un breve estudio sobre la figura del mandato y analizaremos la situación histórica que da lugar a la aparición de esta nueva figura jurídica.

También procederemos al análisis de su regulación a través de las diferentes leyes que lo rigen, y haremos una importante referencia a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY), en la cual se establecen las bases de la figura objeto de estudio.

El segundo bloque consistirá en analizar los fundamentos y requisitos necesarios para la aplicación del apoderamiento preventivo, es decir, la capacidad legal requerida para otorgarlo y su procedimiento correspondiente.

El tercer bloque nos permitirá analizar el contenido y alcance del apoderamiento preventivo en España. Para determinar este alcance, deberemos estudiar cuales son las limitaciones y restricciones en los contratos generales de mandato y analizar cuáles de ellas afectan al mandato preventivo.

También analizaremos los diferentes tipos de mandato preventivo que nos encontramos en nuestra regulación, los posibles mecanismos de control y salvaguarda aplicables a las medidas voluntarias, y en qué casos es necesaria la publicidad de dicho mandato.

Tras ello, en el cuarto y último bloque lo dedicaremos a la revisión, modificación y los diferentes modos de extinción del mandato preventivo.

Cómo conclusión realizaremos unas reflexiones sobre el conjunto del trabajo y las conclusiones obtenidas del estudio de esta figura, llevando a cabo también un análisis crítico de los poderes y mandatos preventivos.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONFIGURACIÓN LEGAL DEL MANDATO PREVENTIVO.

2.1 Definición y concepto del mandato preventivo.

El progresivo aumento de la esperanza de vida en la población mundial, producido en gran parte, gracias al desarrollo de diferentes medidas sociales, sanitarias y económicas, ha producido consecuentemente un aumento de la población anciana, situándose actualmente en España en un 21% total de la población con 65 años o más, y duplicando sus cuotas en la población mayor de 80 años en los últimos 20 años, siendo de un 3,4% en el año 2001 y de casi un 6% de la población total en el año 2020.²

En consecuencia, existe un mayor número de personas envejecidas que sufren enfermedades asociadas al aumento de la edad, y provocando, por tanto, una disminución en sus capacidades físicas y mentales, así como en su capacidad de obrar.³

En la actualidad un 15% total de la población mundial experimenta algún tipo de discapacidad. Es decir, en 2023, un total de mil millones de personas desarrollan alguna discapacidad que les hace más vulnerables frente a problemas económicos, de salud y sociales⁴, sin embargo, el porcentaje aumenta drásticamente a medida que aumenta la edad. En España, un tercio de la población mayor de 75 años sufren algún tipo de incapacidad, elevándose hasta la mitad cuando superan los 80 años.⁵

Es por ello por lo que, tras observar el constante aumento de la esperanza de vida en la actualidad, en los últimos años se han estudiado diferentes instrumentos jurídicos de protección y ayuda a la situación personal y patrimonial de las personas mayores, anticipándose así a las posibles discapacidades asociadas a la edad, y que puedan afectar a la toma de decisiones y el autogobierno de una persona.

El objetivo principal es, por tanto, garantizar el cumplimiento de la voluntad de la persona discapacitada, así como garantizar el mayor grado de autonomía posible en la toma de decisiones, pudiendo llevar a cabo medidas voluntarias en previsión de una posible situación de discapacidad futura.

² Instituto Nacional de Estadística. Una población envejecida.

³ Organización Mundial de la Salud. Envejecimiento y salud. 2022.

⁴ El Banco Mundial. Disability Inclusion Overview.

⁵ Epdata. Población con discapacidad en España. 2022.

Recientemente se ha producido una reforma legislativa en el Código Civil, con el objetivo de llevar a cabo una adaptación de nuestra legislación a lo establecido en la CNY, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, pasando así a formar parte del derecho nacional.⁶

En el preámbulo de esta CNY, y según lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), los Estados parte reconocen la igualdad en derechos y libertades a todas las personas sin distinción de ninguna índole, y reconociendo además, que la discapacidad es un concepto en continua evolución, y como tal, debe tratarse en igualdad de condiciones a todas las personas, independientemente de si sufren o no una discapacidad, naciendo así la necesidad de llevar a cabo una legislación que promueva el desarrollo de los derechos humanos y libertades de las personas discapacitadas en igualdad.⁷

De hecho, uno de los pilares fundamentales en la redacción de la Convención de Nueva York de 2006 es la figura del apoyo, y es que la palabra “apoyo” aparece hasta en diecinueve ocasiones a lo largo de la CNY.

El apoyo debe entenderse como un instrumento jurídico flexible y el cual en la mayoría de las ocasiones no va precedido de un pronunciamiento judicial, sino que está basado en el acuerdo de voluntad entre el poderdante y el apoderado, existiendo siempre, por parte de la CNY, una cierta libertad otorgada a los Estados firmantes en cuanto a las formalidades del acuerdo.⁸

La consecución de este apoyo ha sido buscada por el legislador a lo largo de los años a través de diferentes mecanismos jurídicos de protección a las personas con discapacidad. Y es por este motivo por el cual, la Exposición de Motivos del Proyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal señala que:

“Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de

⁶ BOE-A-2008-6963 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁷ BOE-A-2008-6963 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁸ MARTÍNEZ SANCHEZ, Nuria. “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Página 315. Tesis doctoral. Almería 2020.

prevalecer, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos.”^{9 10}

Debemos entender por tanto el apoderamiento preventivo como la figura de autoprotección complementaria de la autotutela, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, a través de la reforma del ART. 1.732 CC.

A través de la cual se pretende que, cuando se declare la incapacidad del mandante, una vez se haya producido el mandato preventivo, este no se extinga si el mandante ha dispuesto su pervivencia a pesar de la modificación de su capacidad, garantizando de tal forma que la persona declarada incapaz pueda establecer previsiones anticipadas para atender a una eventual situación de discapacidad futura.

2.2 Evolución histórica y regulación del mandato preventivo.

El entorno sociocultural existente durante el siglo XX no permitía a las personas con discapacidad participar en muchas situaciones en la vida social e incluso, en ciertas ocasiones, en la vida familiar. Y es que, a pesar de que hubo diferentes iniciativas a mediados de siglo que pretendían cambiar esta situación, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, no es hasta la Convención de Nueva York de 2006 dónde, por primera vez, nos encontramos ante un tratado global que se enfoca principalmente en la protección de estas personas.

La CNY se caracteriza por su carácter vinculante, recogiendo una serie de principios fundamentales que deben ser cumplidos por todos los Estados signatarios en sus regulaciones.

Esta Convención de Nueva York generó una llamada de atención al conjunto de la sociedad y fomentó un cambio de visión hacia este colectivo, los cuales dejaron de ser discriminados y marginados como ocurría en siglos pasados. Así lo refleja el ART. 1 de la CNY, el cual establece “*el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de*

⁹ Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 17 de julio de 2020 Núm. 27-1.

¹⁰ MARTÍNEZ SANCHEZ, Nuria. “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Página 317. Tesis doctoral. Almería 2020.

*igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”*¹¹

Una vez ratificada por España la CNY el 23 de noviembre de 2007, existía la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones recogidas por la CNY.

¹² Esta necesidad ha quedado reflejada en la reciente promulgación de la Ley 8/2021.¹³

La nueva Ley 8/2021 lleva a cabo una extensa reforma de la legislación vigente hasta el momento, sentando las bases del nuevo modelo basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, como así dispone el preámbulo de esta ley.

Con la aprobación de la Ley 8/2021, se incluye en el CC una nueva regulación específica relativa a los poderes preventivos, otorgando la posibilidad de favorecer la autonomía de la voluntad de las personas en la gestión de la propia discapacidad y atendiendo a la posible aparición futura de una discapacidad.

Sin embargo, la aparición de los poderes preventivos como figura legal se remonta al año 2003, con la aprobación de la Ley 41/2003¹⁴, donde se introduce en el artículo 1.732 del CC la excepción a la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante, cuando este hubiera dispuesto su continuación.

Es en el punto VI de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 donde queda recogida la modificación del ART. 1.732 CC: *“con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida 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.”* Quedando tras esta modificación el ART. 1.732 CC redactado de la siguiente manera:

ART. 1.732 CC:

El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

¹¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 1. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

¹² MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 18.

¹³ BOE-A-2021-9233 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁴ BOE-A-2003-21053 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.

2.º Por renuncia del mandatario.

3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario.

4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.

5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos.

Antes de la aparición de la Ley 41/2003, la doctrina mayoritaria se mostraba contraria a la extinción de forma automática de los apoderamientos por incapacitación, ya que entendían los poderes preventivos como declaraciones unilaterales en las que se otorgaban facultades a otra persona para actuar de forma válida en su nombre.

Y, además, una gran parte de la doctrina consideró que esta regulación resultaba insuficiente, dado que no se hacía referencia a los diversos problemas asociados con los mandatos preventivos, tales como la capacidad para su otorgamiento, los requisitos de forma que han de reunir, sus efectos, los controles y garantías para su correcto funcionamiento o las causas de extinción.¹⁵

Es por eso por lo que, con la reforma del Art. 1.732 del CC operada a través de la aprobación de la Ley 8/2021, quedan regulados los poderes y mandatos preventivos. Por primera vez se regula de manera autónoma los poderes preventivos, con una nueva redacción de los artículos 256 a 262 del CC, en concreto en el Libro I, Título XI, Capítulo II, Sección II: De los poderes y mandatos preventivos.

El ART. 256 CC establece:

“El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.”

Es la definición más utilizada para el poder preventivo, la cual pretende que tenga efectos de manera inmediata y que este poder no expire en caso de existir una discapacidad por parte del poderdante.

¹⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los Códigos Civiles español y francés”, en AA.VV.: Familia y discapacidad. Páginas 43-46. (Coord. Por DÍAZ ALABART, Silvia), Reus, Madrid, 2010.

El ART. 257 CC en cambio establece la posibilidad de que el poder preventivo solo sea aplicable para el caso en el que se presente una enfermedad degenerativa en el poderdante, quedando inactivo por tanto el poder, si este mantuviese plenamente sus capacidades.

ART. 257 CC:

“El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.”

Sin embargo, y como queda patente en la redacción del ART. 259 CC., la regulación de los mandatos preventivos incluida con la Ley 8/2021 continúa resultando insuficiente, pues no termina de resolver ciertas lagunas legales.

Y es que el ART. 259 CC señala que:

ART. 259 CC:

“Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.”

Tras analizar la redacción de este precepto nos damos cuenta de que la remisión a las reglas de la curatela no termina de ser precisa, pues debemos tener en cuenta la distinción entre curatela representativa o asistencial, y de esa remisión dependerá que se apliquen a los poderes y mandatos preventivos algunas reglas que el Código Civil prevé expresamente para la curatela representativa.¹⁶

Es por ello por lo que, analizando en términos generales y teniendo en cuenta las similitudes existentes entre la curatela representativa y los poderes generales, lo más razonable es que ambos queden sujetos al mismo régimen.¹⁷

¹⁶ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 70-71.

¹⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Epígrafe 1.1 del capítulo 7. Página 116.

3. FUNDAMENTOS Y REQUISITOS FORMALES DEL MANDATO PREVENTIVO.

3.1 Fundamentos del mandato preventivo.

Al centrarnos en el estudio del apoderamiento preventivo concretamos que se trata de una delegación de facultades en favor de otra persona con carácter anticipado, que no se extingue en caso de una eventual situación de incapacidad.

Pudiendo afirmar, por lo tanto, que el apoderamiento preventivo está basado en la capacidad de autodeterminación que nuestro sistema legal reconoce a todo individuo sujeto de derecho en caso de una eventual discapacidad.¹⁸

El fundamento del apoderamiento preventivo también se encuentra recogido en la Constitución Española (en adelante, CE), como así queda redactado en la Ley 8/2021 en el punto I de su Exposición de motivos: *“La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”*.

Es importante realizar un exhaustivo análisis de la CE, para darnos cuenta de que existen una serie de principios constitucionales que pueden servir como bases para la capacidad de autorregulación y autoprotección.

Como podemos observar, tanto el ART. 9 CE, que exige a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, como el ART. 49 CE, que ordena a los poderes públicos que presten a las personas con discapacidad la atención especializada que requieran y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos son ejemplos evidentes de como la CE respalda los conceptos de autorregulación y autodeterminación.¹⁹

¹⁸ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. “El apoderamiento o mandato preventivo”, Boletín de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, n.º 10, 2009, página 18.

¹⁹ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 41-42.

3.2 Forma y procedimiento para el otorgamiento de un mandato preventivo.

Los poderes preventivos son siempre notariales, y una vez otorgados deben ser inscritos en el Registro Civil, cómo así lo establece el ART. 4.10 LRC y el ART. 300 CC, que establece la obligatoriedad de inscripción en el Registro Civil de los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad.

Sin embargo, la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 no estableció nada sobre la forma de los apoderamientos preventivos, y hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el poder preventivo se regulaba como una variante del contrato de mandato.

El mandato, como contrato, establece una relación entre el mandante y el mandatario, por la cual, y como ya hemos visto anteriormente, el primero encarga al segundo la realización de una tarea específica realizada en su nombre. La representación deriva por tanto de un negocio de apoderamiento, conferido por el poderdante al apoderado, y consiste en la facultad de este último para actuar frente a terceros en nombre del primero.²⁰

Sin embargo, tras la aprobación de la presente ley, la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 establece en sus dos últimos párrafos: *“Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil.”*

Es el Notario la persona autorizante y, por tanto, la que deberá juzgar si el otorgante del poder posee en el momento de otorgarlo la capacidad necesaria para ello.

El ART. 1732 CC no exige ningún requisito de capacidad para el otorgamiento del poder ni para ser apoderado, de manera que debemos recurrir a la interpretación de la doctrina para determinar los requisitos necesarios.

La doctrina mayoritaria aboga por el principio de autonomía de la voluntad, donde es responsabilidad del poderdante evaluar la situación del apoderado, así como las ventajas y desventajas de otorgar dicho poder, y asegurarse de la validez de la persona en la que deposita la confianza y la cual recibe la responsabilidad de representarle.²¹

²⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Derecho Civil II. “Obligaciones y contratos”, Valencia, 2019. Páginas 416-417.

²¹ MARTÍNEZ SANCHEZ, Nuria. “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Página 367. Tesis doctoral. Almería 2020.

3.3 Presupuestos del mandato preventivo.

Para referirnos a los presupuestos del mandato preventivo debemos hacer una clasificación en varios apartados, comenzando por los requisitos de capacidad, tras ello analizaremos los requisitos de forma, mínimamente introducidos en el apartado anterior, así como el carácter personalísimo del mandato preventivo, y por último hablaremos sobre la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

1. Requisitos de capacidad:

El primer requisito exigible de capacidad es haber obtenido la mayoría de edad o haber accedido al estado de la emancipación. Así lo encontramos en la redacción del ART. 255 CC, que establece que: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.”*

Sin embargo, en el artículo anterior, ART. 254 CC, nos encontramos una excepción a este principio, el cual establece que: *“Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.”*

Respecto a la situación descrita en el ART. 255 CC sobre el menor emancipado, este únicamente podrá incluir en el poder aquellos actos que la emancipación le habilita a realizar, salvo que cuente con la asistencia de sus padres o del defensor judicial.²²

En relación con las personas que sufren alguna discapacidad debemos tener en cuenta para determinar si pueden o no otorgar poderes preventivos, los actos concretos que se incluyan en los mismos. Es decir, no habría problema en que otorgasen un poder sobre un determinado acto para el cual conserven la capacidad natural de llevarlos a cabo por sí mismos.

Para el resto de los actos deberíamos distinguir entre si la persona que va a otorgar el poder cuenta o no con medidas de apoyo.

²² MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo. “El apoderamiento o mandato preventivo”, página 20.

Si el poderdante está provisto de medidas de apoyo, cuando dichos apoyos sean de carácter representativo, no existe ninguna posibilidad de inclusión en el poder aquellos actos para los que se exige dicha representación, ya que el carácter personalísimo necesario para el otorgamiento del mandato preventivo impide que pueda ser adoptado por quien ostente la representación del poderdante.²³

Sin embargo, si dichos apoyos son de carácter asistencial, la mayor parte de la doctrina acepta la posibilidad del otorgamiento de los mandatos preventivos siempre y cuando se cuente para ello con las medidas de apoyo establecidas para ese fin.²⁴

Por el contrario, si la persona carece de medidas de apoyo que puedan completar su capacidad, estará impedida para otorgar poderes y mandatos preventivos que incluyan actos que no esté facultada para llevar a cabo por sí misma. Será necesaria la valoración del Notario para determinar si en el caso concreto la persona cuenta o no con la capacidad suficiente para otorgar el poder.²⁵

2. Requisitos de forma:

Existe la obligatoriedad para que, con carácter general, las acciones adoptadas por una persona ante una posible situación de discapacidad futura conste en escritura pública, cómo así lo establece el ART. 255.1 CC, y en el ART. 260.1 CC para el caso de los mandatos preventivos.

Se trata, por tanto, de un acto *ad solemnitatem*, y es que la doctrina mayoritaria exigía esta obligatoriedad como requisito de validez para el mandato preventivo.

Toma especial importancia como ya dijimos anteriormente la figura del Notario, que se convierte en garante del cumplimiento de los requisitos de validez, así como posible informador al poderdante sobre la trascendencia que tiene otorgar poderes en favor de otra persona, además de la misión de confirmar que el contenido se corresponde con la voluntad del otorgante.

Es oportuno que en la escritura pública en la que se instrumentaliza el otorgamiento del poder se especifique que una vez que se produzca la necesidad de apoyo, este tendrá el

²³ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 75-76.

²⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 58, 2018. Página 176.

²⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Incapacitación y mandato.” Página 238.

carácter de mandato, y que su utilización después de que el mandatario tenga conocimiento de la situación implica su aceptación.²⁶

Además, si el mandato comprende todos los negocios del mandante y no se ha establecido otra cosa, se debería indicar que estará sujeto al régimen jurídico de la curatela.²⁷

3. Carácter personalísimo:

El carácter personalísimo del mandato preventivo, al igual que en la autocuratela, se trata de una característica obligatoria para la mayor parte de la doctrina. Esta obligatoriedad queda reflejada también en el ART. 1259 CC, que establece lo siguiente: “*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*”

Este carácter personalísimo en el mandato preventivo también es propio de las regulaciones de otros países de nuestro entorno. Sin embargo, en el Derecho francés existe una posibilidad de otorgar un mandato preventivo con relación a un tercero, es el ART. 477.3 del *Code Civil* el que permite a los padres nombrar a uno o varios mandatarios encargados de representar a sus hijos menores sujetos a patria potestad para el caso en el que los primeros fallezcan o no puedan cuidar al interesado.²⁸

4. Necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica:

Como explicamos con brevedad anteriormente²⁹, y desarrollaremos más adelante, la ley considera dos modalidades de poderes preventivos. En primer lugar, el poder continuado, que es aquel que adquiere eficacia con carácter inmediato y sigue siendo efectivo si en el futuro el poderdante precisa de apoyo en el ejercicio de su capacidad, cómo así lo establece el ART. 256 CC. Y, en segundo lugar, el apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, que es aquel que es otorgado por el poderdante solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, tal y como redacta el ART. 257 CC.

El poder preventivo *ad cautelam* solo será eficaz por lo tanto desde el momento en el que se produzca la necesidad de apoyo, es decir, es necesario que, junto a la declaración de voluntad del interesado para establecer el poder, se exige que se produzca el supuesto de hecho para el que ha sido prevista.

²⁶ MAGARIÑOS BLANCO, Víctor, “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”. Página 211.

²⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 70-71.

²⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés”, en AA.VV.: “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad” (coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Montserrat), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, vol. 1,2011. Página 296.

²⁹ Vid. epígrafe 2.2

En el supuesto contrario, cuando se trata de poderes continuados, al ser eficaces desde el mismo momento de otorgamiento, no se requiere ningún requisito adicional, de tal forma que el apoderado no tendrá la carga de demostrar que se ha producido el supuesto de hecho necesario para que el poder resulte eficaz.

Es esencial destacar que, desde el momento que se produce la situación de necesidad de apoyo pasa de ser un poder ordinario, a convertirse en un poder preventivo propiamente dicho³⁰, teniendo importantes consecuencias, especialmente cuando se trata de un poder con alcance general, pues empezara a regularse por el régimen de la curatela, es decir, se necesitara, entre otras cosas, autorización judicial para que el apoderado pueda llevar a cabo los actos previstos en el ART. 287 CC.

Sin embargo, el problema que se plantea es que, ni el Código Civil, ni la Convención de Nueva York de 2006 establecen que debemos de entender por necesidad de apoyo.

Y es que, en el caso de la curatela corresponde al Juez determinar en cada caso concreto si existe o no necesidad de apoyo, pero, sin embargo, en el caso de los poderes y mandatos preventivos no se requiere una intervención judicial, ya que basta con que el poderdante tenga una discapacidad, sin necesidad de que esta sea reconocida judicialmente.

Por tanto, para resolver el problema acerca del momento exacto en el que el mandato cobra eficacia, acabando así con la inseguridad jurídica que ello genera, el ART. 257 CC prevé que: *“El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante.”*

Tras el análisis de este artículo se plantea la cuestión sobre si se debería incluir las previsiones en ambos tipos de mandato preventivo. De hecho, un gran número de autores ha considerado que en el mandato se debería incluir de modo explícito el momento en el que ha de considerarse que existe una necesidad de apoyo.³¹ Sin embargo, el legislador todavía no ha querido llegar a incluirlo como un requisito de validez.

Si analizamos las diferentes formas en las que el poderdante puede justificar su necesidad de asistencia, encontraremos una amplia variedad de opciones³². Por ejemplo,

³⁰ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 71.

³¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio” Conferencia pronunciada en el Congreso “El Código Civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica” celebrado los días 24 y 25 de marzo de 2021 y organizado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación. Universidad de Zaragoza, 2021.

³² LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel, “Longevidad y poderes preventivos.” Página 19.

puede presentar un certificado médico que confirme su condición de discapacidad y, por lo tanto, su necesidad de ayuda, o una declaración del médico que lo esté tratando. También es posible que una persona de confianza del poderdante o incluso el apoderado mismo determine la necesidad de asistencia.

También se podría exigir una intervención judicial, estableciendo por ejemplo que el mandato comience su eficacia desde el momento en el que una resolución judicial declare que la persona tiene necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.³³

En todo caso, la labor del Notario seguirá jugando un papel muy importante, y es que, para garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas, el ART. 257 CC prevé que: *“Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.”* Además, cuando se trate de un poder *ad cautelam*, el poder no debería entregarse al mandatario hasta que el Notario haya constatado que se han cumplido las condiciones establecidas para que este comience a desplegar sus efectos.³⁴

Pero los principales inconvenientes aparecen cuando el poderdante no ha incluido en el poder las condiciones necesarias para que este cobre eficacia, ya que pueden producirse situaciones de gran incertidumbre e inseguridad jurídica, ya que puede ser difícil determinar en qué momentos el poder es o no efectivo.

Por esta razón, sería conveniente que la ley hubiera sido más precisa en este aspecto, ya sea exigiendo que el poder especificara en todo momento el modo en el que ha de acreditarse la falta de capacidad del poderdante y su necesidad de apoyo, o bien estableciendo algún criterio secundario para aquellos supuestos en los que el poderdante no haya especificado nada en el poder. Evitando de esta manera la ambigüedad y proporcionando una mayor claridad y seguridad jurídica en estos casos.³⁵

³³ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 79.

³⁴ DE SALAS MURILLO, Sofía, “La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general”, en AA.VV.: Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad (coord. DE SALAS MURIDILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010. Páginas 42 y siguientes.

³⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 80.

3.4 Contenido del mandato preventivo.

Al referirnos al contenido tenemos que distinguir el apartado en dos bloques, primero desarrollaremos el nombramiento del apoderado, y más adelante hablaremos sobre la configuración y el alcance del mandato preventivo.

A. Nombramiento del apoderado.

a. Libertad para designar a una o varias personas.

El poderdante tiene la posibilidad de designar a una o varias personas como apoderadas. En el caso de que nombre a varias, se entiende que puede hacerlo de forma acumulativa o sucesiva.

En caso de nombrar varios apoderados de manera acumulativa, como en el régimen de la curatela, el otorgante deberá indicar las funciones que cada uno de ellos desempeñará, así como las reglas a las que deben seguir en el ejercicio de sus funciones.

Y en el caso de nombrar a varios apoderados de forma sucesiva, supone que el poderdante designa a una persona específica como primer apoderado, y si esta persona no puede o no desea asumir el cargo, se designará a otro u otros apoderados para que lo sustituyan en el ejercicio de las funciones delegadas.

b. Posibles límites a la autonomía de la voluntad en el nombramiento del apoderado.

Deberíamos preguntarnos si la capacidad del interesado para otorgar poderes en favor de otra persona está sujeta o no a algún tipo de restricción legal. Y es que, como ya vimos anteriormente³⁶, el ART. 259 CC establece si el poder otorgado abarca todos los negocios del poderdante, el apoderado estará sujeto al régimen de la curatela, por lo que se podrá aplicar el ART. 275 CC en relación con el cargo del curador.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la mayor parte de las reglas contenidas en el ART. 275 CC tienen carácter dispositivo, y por tanto también son de carácter dispositivo su aplicación al mandato preventivo.

De tal forma que, el poderdante, tendría la capacidad de nombrar para el desempeño del cargo de apoderado a cualquier persona jurídica, incluidas aquellas que no tengan carácter altruista o cuya función principal no sea la atención a personas con discapacidad, por lo que

³⁶ Vid. Epígrafe 3.2

no estaría sujeto a lo dispuesto en la última parte del ART. 275.1 CC. Y no existiría ningún impedimento para designar a una persona que cumpla con cualquiera de las circunstancias mencionadas en el ART. 275.2 CC, o a alguna de las previstas en el ART. 275.3 CC.

El art. 250.8 CC permite designar como apoderado a quien, en virtud de una relación contractual, le preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga, dado el carácter dispositivo de este artículo. Además, MARTÍNEZ CALVO considera que, al igual que en la autocratela, este artículo está pensado para aquellos casos en los que, no existiendo medidas voluntarias de apoyo, estas han de ser establecidas por el Juez.³⁷

En caso de que la inhabilidad del representante ocurra después de su designación, se aplicará entonces el ART. 278.1 CC, que establece las causas de remoción del curador, extinguiéndose en consecuencia el poder. El ART. 258 CC permite a cualquier persona con legitimidad solicitar el procedimiento de provisión de apoyos, y al curador, si lo hay, pedir la extinción judicial de los poderes preventivos si el apoderado presenta alguna de las causas de remoción del curador, a menos que el poderdante haya establecido una cosa diferente.³⁸

El nombramiento del apoderado estaría sujeto a una limitación en relación con la capacidad de la persona designada para desempeñar el cargo, pues, al igual que ocurre en el caso del curador, parece esencial que la designación recaiga sobre una persona que haya alcanzado la mayoría de edad y tenga plena capacidad de obrar. Y por ello, no debería aplicarse la regla recogida en el ART. 1716 CC, puesto que puede menoscabar la protección al poderdante, al permitir que sea un menor de edad quien asuma las funciones previstas en el mandato.

La ausencia de la necesidad de intervención judicial para la vigencia de los poderes preventivos ofrece ciertas ventajas significativas. En particular, el procedimiento es mucho más simple que en el caso de la autocratela y se evita tener que recurrir al proceso de provisión judicial de apoyos para la administración del patrimonio del interesado.³⁹

El gran inconveniente que encontramos a esta ausencia de intervención judicial ocurre cuando la persona designada como apoderado no resulta ser la idónea para realizar el cargo.

³⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 81.

³⁸ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 137.

³⁹ ALÍA ROBLES, Avelina, “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Actualidad Civil, N.º 2, 2020, LA LEY 2232/2020. Página 11.

En la actualidad, la única posibilidad que prevé la norma para poner remedio a esta situación es un control a posteriori, ya que el ART. 258.4 CC otorga la facultad a cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el procedimiento de provisión de apoyos.

El problema es que, para que puedan tomarse medidas legales contra el apoderado, deben esperar a tener conocimiento del desempeño inadecuado del cargo y, además, deben probarlo. Esta situación puede provocar que durante ese tiempo se produzcan daños graves o incluso irreversibles en el ámbito personal o patrimonial del poderdante.⁴⁰

B. Configuración y alcance del mandato preventivo.

a. Determinación del ámbito de actuación del apoderado.

El apoderado puede actuar tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito personal⁴¹, y es que, a pesar de la negativa inicial por una gran parte de la doctrina a que un poder pudiese incluir funciones personales⁴², con la Ley 8/2021 el problema ha quedado resuelto.

El CC, en el ART. 261 establece que las facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables, dejando claro que sí que pueden formar por tanto parte de un mandato, y confirmándolo finalmente en el ART. 262, admitiendo la existencia de un mandato sin poder, el cual permite llevar a cabo funciones únicamente de carácter extrapatrimonial.⁴³

Por lo general, el poder continuado se limita al ámbito patrimonial, ya que en la mayoría de los casos el poderdante confía la gestión de sus negocios y finanzas personales a un especialista, deseando que se haga cargo de ellos en el futuro en caso de que padezca una discapacidad.⁴⁴ Sin embargo, cuando el poder se otorga pensando en una futura discapacidad, es más común que se incluyan disposiciones tanto en el ámbito personal como patrimonial.

⁴⁰ ALÍA ROBLES, Avelina, “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, N.º 2, 2020, LA LEY 2232/2020. Página 12.

⁴¹ LECIÑENA IBARRA, Ascensión, “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo”. Navarra, 2014. Página 144.

⁴² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras”. Madrid, vol. 1, 2011. Páginas 272-278.

⁴³ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 71-72.

⁴⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. Página 37.

En relación con el ámbito patrimonial, el ART. 1712 CC establece que: *“El mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo, uno o más negocios determinados.”* Si nos referimos al mandato especial, el poderdante puede establecer libremente las situaciones concretas para las que se prevé la actuación del apoderado.

Esta norma es igualmente aplicable a los poderes y mandatos preventivos, de tal forma que, los mandatos preventivos también pueden ser de alcance general o especial. De hecho, el ART. 259 CC menciona específicamente que los poderes y mandatos preventivos pueden abarcar todos los negocios del poderdante.

Tras esto, surge la duda acerca de si cuando se menciona todos los negocios del otorgante se refiere únicamente a los actos de administración o también a los de disposición.⁴⁵ Lo que establece el régimen general del mandato, recogido en el ART. 1713 CC, es que este *“no comprende más que los actos de administración, y que, para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.”* Regla que debemos aplicar también al mandato preventivo salvo que el poderdante establezca lo contrario. De hecho, en un poder general, si el poderdante no establece lo contrario, el apoderado estará sujeto al ART. 287 CC, el cual requiere una autorización judicial para poder realizar actos de disposición en nombre del poderdante.⁴⁶

Como señala MARTÍNEZ CALVO⁴⁷, existe la posibilidad de que el poderdante encargue al apoderado que se encargue de la gestión de su identidad virtual y del conocido como patrimonio digital. Y es que, a pesar de todavía no se ha desarrollado de una manera muy extensa, todo hace pensar que irá adquiriendo un gran protagonismo con el paso del tiempo.

Hasta el momento, tan solo la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, ha sido la única en preocuparse de esta cuestión. Así, en el ART. 1 de la Ley 10/2017, de 27 de junio, el cual supone la modificación del ART. 222-2 del CC de Cataluña, se establece lo siguiente: *“El poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevinida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con*

⁴⁵ MAGARIÑOS BLANCO, Víctor, “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”. Página 210.

⁴⁶ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 70.

⁴⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 85.

quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas.”

A nivel nacional todavía no encontramos ninguna norma que resuelva esta cuestión, sin embargo y atendiendo a la redacción del ART. 255 CC, el cual parece amparar la posibilidad de que el apoderado adopte cualquier medida de apoyo relativa a su persona o a sus bienes, se puede prever que el poderdante establezca ciertas previsiones relativas a su identidad digital.⁴⁸

El poderdante tiene la facultad de establecer todas las instrucciones que considere necesarias para la actuación del apoderado, como así lo establecen los ARTS. 255.2 y 258.3 CC. Además, es recomendable que estas instrucciones sean precisas evitando así problemas futuros por abusos o irregularidades por parte del apoderado.⁴⁹ Sobre todo cuando el poder tenga alcance general, porque como ya vimos anteriormente⁵⁰, si el poderdante no establece lo contrario, el poder se someterá al régimen de la curatela.

Debemos tener en cuenta que, junto a estas instrucciones, el poderdante podrá establecer las medidas u órganos de control que considere necesarios, con el objetivo de salvaguardar sus intereses y evitar abusos o conflicto de intereses, consiguiendo así el mayor respeto a su voluntad, deseos y preferencias.⁵¹

- b. Posibles límites a la autonomía de la voluntad en la configuración de los poderes y mandatos preventivos.

Como establece el ART. 259 CC, cuando el poder tenga alcance general, se le aplica el régimen jurídico de la curatela. Así, el ART. 287 CC, establece una serie de actos en los cuales, el curador que ejerza funciones representativas necesite autorización judicial.

En el caso de los poderes y mandatos preventivos, el carácter dispositivo que refleja el ART. 287 CC es mucho más claro que en el caso de la curatela. Y es que, el ART. 259 CC permite al poderdante excluir la aplicación del régimen de la curatela y suprimir así la

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. Página 43.

⁴⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. Página 49.

⁵⁰ Vid. epígrafe 3.2

⁵¹ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 118-119, 134-135 7 137 y siguientes.

necesidad de autorización judicial para que el apoderado pueda realizar en su nombre actos previstos en el ART. 287 CC.

Además, atendiendo a lo dispuesto en el ART. 12.4 de la CNY y el ART. 249.1 CC, el sistema de apoyos que se establezca deberá estar basado en los principios de necesidad y proporcionalidad, poniendo en duda la posible existencia de un poder con alcance general cuando la discapacidad existente sea leve, y que apenas limite la capacidad de autogobierno del poderdante.

Sin embargo, y a diferencia de la curatela, que no permite establecer un sistema de curatela representativa ante situaciones de discapacidad leve, en el mandato preventivo sí que cabría la posibilidad de que el poder tenga alcance general independientemente del grado de discapacidad del poderdante ya que este podría en todo momento seguir realizando por sí mismos aquellos actos para los que siga siendo capaz con independencia de si están o no incluidos en el poder.⁵²

Para finalizar, debemos destacar lo recogido en el ART. 261 CC, que establece que todas estas funciones impuestas por el poderdante en el poder deberán ser llevadas a cabo de manera personal por el apoderado, sin que este pueda delegar a terceros, salvo que el poderdante disponga otra cosa, sobre todo en lo referido a las funciones de carácter patrimonial.

⁵² MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 87.

4. CONTENIDO Y ALCANCE DEL MANDATO PREVENTIVO.

1. Tipos de poder o mandato preventivo.

- a. Poder continuado u otorgado con cláusula de continuidad expresa en caso de modificación judicial de la capacidad.

Son los más comunes. Aquí los efectos del poder nacen desde el otorgamiento, sin necesidad de que el apoderado deba acreditar ni mencionar el estado de capacidad del poderdante. Además, este subsistirá independientemente de si tiene lugar una modificación judicial de la capacidad del sujeto, pues contiene una cláusula de pervivencia otorgada por el poderdante.⁵³

- b. Poder preventivo *ad cautelam*.

El poder preventivo *ad cautelam* está sujeto a la condición de la pérdida de capacidad futura del poderdante, de tal forma que este no tendrá validez hasta que ocurra dicha circunstancia, si es que llega a suceder. Es decir, existe una condición suspensiva.

Puede que la pérdida de capacidad no se llegue a producir nunca, bien por el fallecimiento previo de la persona antes de la modificación judicial de la capacidad, o bien porque nunca se declare la misma. Es por ello, por lo que adquiere una gran importancia la determinación del momento en el que empieza a producir los efectos dicho poder preventivo.

Se han determinado diferentes modos de acreditar la pérdida de la capacidad como, por ejemplo, a través del dictamen de un facultativo, por aquel que haya sido designado por el poderdante, o incluso por el propio notario. Diferentes autores defienden la posibilidad de que el notario no entregue la copia autorizada al apoderado si este no acredita previamente la pérdida de la capacidad del poderdante.

Lo más recomendable es que el notario aconseje al poderdante sobre la necesidad de establecer un momento o circunstancias concretas que den lugar al inicio del poder, sin embargo, en las ocasiones que esto no ocurra, será necesario que el juez decrete la

⁵³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, Tesis Doctoral “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Directora: CAZORLA GONZÁLEZ, María José. Almería, 2020. Página 351.

incapacidad, sin que esto reste facultades al apoderado ni prejuzgue la validez y eficacia del poder.⁵⁴

El problema de redacción del Art. 1732 CC da lugar a la aparición de confusiones en cuanto al momento a tener en cuenta. Atendiendo a lo dispuesto en el Art. 1732 CC, el legislador establece que la modificación de la capacidad no extinguirá el poder, y, por tanto, es necesario la aparición de una incapacidad, situación que deberá estar prevista en el poder otorgado, el cual comenzará a desplegar su eficacia desde ese mismo momento.

Una vez iniciado el poder, se plantea la cuestión de la pervivencia del poder, puesto que puede ser que el poderdante haya establecido algún mecanismo de control o vigilancia hacia el apoderado, pero también cabe la posibilidad de que no sea así, pudiendo aparecer posibles abusos o aprovechamientos de los cuales el poderdante no podrá defenderse puesto que su representación la ostenta la misma persona que está llevando a cabo estas actuaciones.⁵⁵

- c. Poder otorgado sin previsión de pervivencia en caso de pérdida de la capacidad natural del poderdante.

Este tipo de poder normalmente son otorgados por personas mayores que, a sabiendas del progreso de su vejez, delegan la gestión de sus actuaciones a personas de su confianza, normalmente a sus hijos.

Como reflejábamos anteriormente, la redacción del ART. 1732 CC nos plantea dos posibilidades, por un lado, la admisión de la pervivencia del poder tras la pérdida de la capacidad natural, o bien, que el poder se extinga tras la pérdida de la capacidad natural del poderdante, posición que es más compatible con la Ley 41/2003, puesto que se debe analizar la relación existente entre la declaración de modificación de la capacidad y la pérdida de capacidad natural.

De tal forma que, en caso de existir una pérdida natural de la capacidad se trataría más que de un poder, de un mandato representativo, cuya duración depende del mandante, y si este no pudiese determinar dicha duración por la pérdida de la capacidad natural de actuar, este poder podría constituir un perjuicio para el propio poderdante.

⁵⁴ HERNÁIZ CORRALES, Francisco Javier. Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón. “El apoderamiento preventivo”. Página 81.

⁵⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, Tesis Doctoral “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Directora: CAZORLA GONZÁLEZ, María José. Almería, 2020. Página 353.

Hay autores que señalan que, al tratarse de una representación voluntaria, el apoderado solo puede llevar a cabo los actos que el poderdante puede realizar por sí mismo, a excepción de aquellos de carácter personalísimo. Situación distinta si se existiese un representante legal, el cual estaría sujeto a estrictos controles por parte de Jueces y Fiscales.⁵⁶

Tal y como se señala en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), número 292/2019, de 13 de mayo⁵⁷, en la que se desarrollan dos cuestiones fundamentales de los poderes preventivos, en primer lugar, la validez del poder condicionada por un otorgamiento que es emitido por una persona que entiende y quiere realizar ese acto, y en segundo lugar, la vigencia del poder, considerando si el poder se extiende hasta la modificación judicial de la capacidad o si se tiene en cuenta la pérdida de la capacidad natural. El órgano señala en esta situación que la capacidad natural debe probarse cumplidamente, y que, por tanto, el poder se convierte en ineficaz.

Sin embargo, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Convención de Nueva York, lo realmente importante es atender a la voluntad de la persona con discapacidad, pudiendo interferir el poder judicial a la hora de resolver los problemas surgidos, como así ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), número 307/2019, de 4 de abril⁵⁸, en la cual pondera el interés de la persona con discapacidad, y lo superpone a su voluntad, de forma que el apoderado queda relegado de su cargo en favor de la persona designada por el Tribunal como tutor.⁵⁹

En la SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 307/2019, de 4 de abril, anteriormente referenciada, el problema radica en que los demandantes proponen a uno de los hijos de la persona con discapacidad como administrador del patrimonio personal de esta, mientras que ella, a través de un poder preventivo otorgado previamente, otorgaba la representación a otro de sus hijos. El problema es resuelto atendiendo a la aprobación de la mayoría de los hermanos, solicitando que la tutela la asuma el hermano más votado, solicitando así que se extinga el poder otorgado en favor del otro hermano.

Aquí, la Audiencia Provincial resuelve acatando la posibilidad que ofrece el ART. 1732 CC de declarar la extinción del poder en caso de constituir un apoyo judicial.

⁵⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, Tesis Doctoral “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Directora: CAZORLA GONZÁLEZ, María José. Almería, 2020. Página 357.

⁵⁷ SAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 292/2019, de 13 mayo (JUR 2019\159167)

⁵⁸ SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 307/2019, de 4 de abril, (JUR 2019/202212)

⁵⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria, Tesis Doctoral “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Directora: CAZORLA GONZÁLEZ, María José. Almería, 2020. Página 361.

d. Poder de atención personal y gestión profesional.

Nos encontramos ante una modalidad de poder que se distingue de manera clara de las expuestas anteriormente, pero que es igualmente posible.

El Código de Comercio se refiere a estos poderes como una comisión mercantil, es decir, un poder o mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, estableciendo que por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindiría el contrato. Así pues, estos poderes se extinguirán si así lo decide el tutor del incapaz o los herederos del causante.⁶⁰

Resulta conveniente aplicar, a los cuatro tipos de poder explicados anteriormente, la previsión de mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el único objetivo de garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del mandante, como así lo reflejan tanto la Ley 8/2021, como los ARTS. 255 y 258 CC, al igual que el establecimiento de la entrada en vigor de cada uno de ellos.

2. Mecanismos de control y salvaguarda sobre la ejecución de las medidas voluntarias.

a. Mecanismos legales de control.

Normalmente, son el Juez y la persona interesada las encargadas de establecer los mecanismos de control que garanticen el correcto desarrollo de las actuaciones, sin embargo, nos encontramos supuestos diferentes, sobre todo cuando nos referimos a la curatela con funciones representativas, previsto en el ART. 285 CC, o para las situaciones en las que el curador ejerza funciones de representación de la persona que precisa de apoyo como así lo regula el ART. 287 CC.

Sin embargo, en lo referido a los poderes y mandatos preventivos, la ley no establecía expresamente ningún mecanismo de control, y la única forma de ejercer ese control sería la dispuesta en el ART. 1720 CC, el cual establece la obligación del mandatario de responder de su actuación ante el mandante. El problema surge cuando, atendiendo a la función de los poderes y mandatos preventivos, otorgados por la aparición de una discapacidad en el

⁶⁰ HERNÁIZ CORRALES, Francisco Javier. Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón. “El apoderamiento preventivo”. Página 82.

mandante, la cual no le permitirá ejercer adecuadamente ese control sobre el mandatario de manera efectiva.

Debemos tener en cuenta que, si el poder comprende todos los negocios del mandante, el mandatario quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela representativa⁶¹ en todo aquello no previsto en el poder, como explicamos anteriormente y como regula el ART. 259 CC, siempre y cuando el poderdante no haya dispuesto otra cosa distinta.

Tal y como se señala en la SAP de Madrid (Sección 24^a), núm. 993/2021, de 25 noviembre⁶², en la cual, tras un recurso de apelación, el Tribunal competente estima parcialmente el recurso presentado, y mantiene el poder preventivo otorgado en escritura notarial el 7 de junio de 2018, quedando sujeto el mandatario a las reglas de la curatela y con la obligación de someter las medidas de apoyo previstas a una revisión judicial anual.

Anteriormente señalábamos que la ley no establecía expresamente ningún mecanismo de control para los poderes y mandatos preventivos, sin embargo, todos los poderes y mandatos preventivos otorgados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se someterán a los mecanismos de control que la ley prevé para la curatela.

Los otorgados anteriormente, por tanto, no estarán sujetos a ningún mecanismo legal de control, lo que podría suponer una violación del ART. 12.4 de la CNY, la cual establece la necesidad de que se impongan salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos, así como someter estas salvaguardas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, actuación que también se exige en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.⁶³

b. Mecanismos judiciales de control.

En esta ocasión nos encontramos con que es el propio Código Civil, en concreto el ART. 249.4 CC el que autoriza al Juez a adoptar los mecanismos de control que considere necesarios para conseguir una correcta ejecución de las medidas de apoyo, y que estas, a su vez, atiendan a la voluntad, deseos y preferencias del mandante.

Además, y como ya explicamos anteriormente, en determinadas ocasiones se aplica a los mandatos y poderes preventivos el régimen legal de la curatela representativa⁶⁴, siendo el

⁶¹ Vid. Epígrafe 3.2

⁶² SAP de Madrid (Sección 24^a), núm. 993/2021, de 25 noviembre.

⁶³ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 117.

⁶⁴ Vid. Epígrafe 3.2

ART. 270.1 CC el que señala que la autoridad judicial establecerá en la resolución las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona discapacitada.

El Juez también tiene el poder de exigir en cualquier momento al mandatario que, en el ámbito de sus funciones, informe a este sobre la situación personal o patrimonial del mandante, así como constituir una fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones en determinadas circunstancias excepcionales, o extender la necesidad de autorización judicial para otros actos distintos de los previstos en la ley, tal y como viene regulado en los ARTS. 270, 284 Y 287 CC respectivamente.⁶⁵

El problema es que, las medidas descritas anteriormente solo serían efectivas si se aplicasen a la curatela, pues en los mandatos y poderes preventivos la principal característica que los distingue es que no se requiere una intervención del juez para que resulten eficaces.

Y es que en la práctica en la mayor parte de las ocasiones es muy difícil ejecutar un control efectivo sobre la ejecución de estos, teniendo en cuenta, además, que los mecanismos de control previstos para la curatela solo se podrán aplicar a los poderes y mandatos preventivos otorgados tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.⁶⁶

c. Mecanismos voluntarios de control.

Según el ART. 250.3 CC es posible incluir las precauciones apropiadas por parte del mandante con el fin de garantizar el cumplimiento de su voluntad, deseos y preferencias, de manera similar a lo establecido en el ART. 255.3 CC el mandante posee la autoridad de establecer previamente las medidas u órganos de control que considere convenientes.

Es recomendable seguir lo regulado en el ART. 258 CC, que en su párrafo tercero otorga expresamente la facultad al poderdante de establecer dichas medidas de control, pues como expliqué anteriormente, no se consideran mecanismos legales y judiciales de control para los poderes y mandatos preventivos.

Y debemos tener en cuenta que, en caso de no establecer dichas medidas de control de manera preventiva, el poderdante no podrá llevar a cabo un control efectivo del cumplimiento una vez se inicie el poder pues este no cuenta con la capacidad natural para

⁶⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 117.

⁶⁶ Vid. Epígrafe 4.b.1

detectar las irregularidades y poder adoptar medidas ante la misma, como por ejemplo la revocación del poder.⁶⁷

Independientemente, podrá otorgar poder sin establecer ningún mecanismo de control sobre la actuación del mandante cómo así lo determina la jurisprudencia.

En estas situaciones adquiere gran importancia la figura del Notario, quién deberá actuar como asesor frente al otorgante informándole de los diferentes mecanismos de control que puede establecer, así como advirtiéndole de los riesgos de no adoptar ninguna de estas medidas.⁶⁸

Algunos de los mecanismos de control de carácter voluntario que se pueden aplicar son: la supervisión por un tercero, que puede ser una persona física o un órgano creado para ejercer dicha función, que exista una rendición de cuentas por parte del mandatario, o la obligación de presentar informes periódicos.

d. Salvaguardas frente a posibles conflictos de intereses.

Tanto en la curatela como en los poderes preventivos pueden existir conflictos de intereses entre el mandante y mandatario, de tal forma que deben existir salvaguardas que permitan regular esta situación y entre las que debemos distinguir 3 tipos distintos:

- Salvaguardas legales.

En primer lugar, nos encontramos con el ART. 250 CC que, en su séptimo párrafo señala que al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que puedan producirse conflictos de intereses.

Seguidamente, nos encontramos con el ART. 251 CC, que prohíbe que el mandatario lleve a cabo actos concretos en los que exista conflicto de intereses con la persona necesitada de apoyo, actuando en nombre propio o de un tercero, así como adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle bienes por igual título.

Si existiese una situación de conflicto de intereses, sería necesario el nombramiento de un defensor judicial, atendiendo a lo dispuesto en el ART. 295 CC.⁶⁹

⁶⁷ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias.” Madrid, 2018. Páginas 99-100.

⁶⁸ GARCÍA CANO, Tomas. “Autotutela y poderes preventivos.” El justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. Página 127.

⁶⁹ SANCHEZ-VENTURA MORER, Inés. “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, en AA.VV.: Claves para la adaptación del ordenamiento

Cuando son varias las personas que ostenten el cargo de curador y exista conflicto de intereses respecto alguna de ellas, pero no respecto al resto, no procederá el nombramiento de un defensor judicial ni de un nuevo curador, pues en ese caso, las funciones se ejercerán por un curador respecto del que no exista conflicto de intereses según lo establecido en los ARTS. 283 y 296 CC, siempre y cuando el interesado no haya establecido otras medidas para atender esta situación. Como señala MARTÍNEZ CALVO, esta previsión debería extenderse a los poderes y mandatos preventivos.⁷⁰

- Salvaguardas judiciales.

Como ya vimos anteriormente, en los mecanismos judiciales de control, el ART. 275 CC impide al Juez nombrar curador a quien tenga conflicto de intereses con la persona necesitada de apoyo, salvo que ocurran situaciones excepcionales debidamente motivadas.

Ello no impide que el Juez tenga la capacidad de establecer las salvaguardas que considere necesarias para intentar evitar las situaciones de conflicto de intereses entre el curador y la persona necesitada.

Sin embargo, esta situación no es extrapolable a los mandatos y poderes preventivos, pues una de las características principales de estos es la no intervención del juez para garantizar su eficacia.⁷¹

- Salvaguardas voluntarias.

El ART. 255 CC permite al interesado incluir en la escritura pública las salvaguardas que considere necesarias para evitar situaciones de conflicto de intereses. Estas salvaguardas podrán ser complementarias a las descritas anteriormente, o bien ser distintas.

Incluso en estas previsiones podrá, expresamente, excluir del documento las prohibiciones previstas en el ART. 251 CC, así como prohibir expresamente el nombramiento de un defensor judicial si se diese una situación de conflicto de intereses y sustituirla por una medida que considere más idónea.

De nuevo, la función de asesoramiento del Notario es fundamental para que el interesado establezca las salvaguardas que considere más oportunas frente a los posibles

jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. DE SALAS MURILLO, Sofía, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria. Valencia, 2019. Páginas 271-290.

⁷⁰ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 121.

⁷¹ Vid. Epígrafe 4.4.b.2

conflictos de intereses, y sobre todo en los poderes y mandatos preventivos, pues en estos no existe ningún tipo de control judicial sobre la figura del mandatario.⁷²

3. La importancia del Notario en los apoderamientos notariales.

El requisito de capacidad es un elemento esencial y que se exige para realizar la gran mayoría de los negocios jurídicos. Por ejemplo, el ART. 663.2 CC establece que no podrán otorgar testamento todos aquellos que, habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, siendo el Notario el sujeto obligado a comprobar este requisito de capacidad, así como determinar si el testador conoce los efectos que producirán el otorgamiento de dicho negocio jurídico, según MARTIN-CARO GARCÍA.⁷³

A pesar de que, dependiendo del negocio jurídico que se vaya a celebrar, se puede exigir una mayor o menor capacidad para ello, en el caso del otorgamiento de poderes se requiere, por su naturaleza, plena capacidad jurídica.

Es en esta situación donde la figura del Notario adquiere una importancia fundamental, pues él es el encargado de determinar la capacidad de los intervinientes en el momento de realizar el negocio jurídico, así como dar fe del contenido del mismo y su adecuación a la ley, de acuerdo con lo establecido en el ART. 17 bis de la Ley del Notariado.⁷⁴

El Notario utiliza, como criterio para determinar la validez del negocio jurídico en términos generales, su experiencia y profesionalidad. En ocasiones, que no se apliquen conocimientos médicos o psicológicos para determinar la capacidad de las personas puede entenderse como una cuestión controvertida, sobre todo en personas de avanzada edad, que son especialmente vulnerables y pueden dudar de la imparcialidad del Notario.

Por ello, el Notario debe actuar de manera profesional y a la vez un tanto cercana con la persona, con el objetivo de transmitirle el mayor grado de confianza posible, determinando este si la persona se encuentra totalmente consciente en el momento de realización del negocio jurídico, si es conocedora de sus circunstancias personales, y del acto que va a realizar, así como de las repercusiones que tendrá. Es de vital importancia informar detallada y objetivamente sobre todos los aspectos.

⁷² MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 122.

⁷³ MARTIN-CARO GARCIA, F; HERNANDEZ-TAVERAMARTIN, V. 2015. “La competencia exclusiva del Notario para verificar la suficiencia de las facultades de los apoderados”. Revista Doctrinal Aranzadi, número 6/2015 parte Doctrina. Madrid, 2015. Página 1.

⁷⁴ Ley del Notariado de 1862.

Finalmente, el Notario comprobará que la persona tiene capacidad de gobernarse por sí misma, que conoce las repercusiones de su firma y lo dispone en el instrumento público correspondiente.

El estudio que realiza el Notario de la capacidad del poderdante se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, se considera cierta salvo que se pruebe lo contrario. De tal manera que, si la calificación que lleva a cabo el Notario sobre la capacidad de la persona es incorrecta, el acto deberá ser anulado y el Notario responder por los daños y perjuicios causados por el juicio erróneo sobre la persona.

4. Publicidad del mandato preventivo.

La publicidad del mandato preventivo, la cual se adquiere con la inscripción en el Registro civil, adquiere una transcendencia vital para la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.⁷⁵

De hecho, el ART. 4.10 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC) establece que son inscribibles en el Registro Civil tanto los poderes y mandatos preventivos, como las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.

Además, según el ART. 300 CC establece la obligatoriedad de la inscripción, pues establece que los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad deberán inscribirse en el Registro Civil, siendo el Notario el obligado por el ART. 255.4 CC de comunicar de oficio y sin dilación el documento público correspondiente para que conste así en el registro individual del otorgante.

También se establece la obligatoriedad de inscribir las resoluciones judiciales dictadas en provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, así como aquellas resoluciones judiciales que dejen sin efecto o la modifique según el ART. 72 LRC.

Debemos tener en cuenta que la inscripción de las medidas en el Registro Civil no tiene carácter constitutivo⁷⁶, si no que la principal función es dar publicidad a dichas medidas preventivas impuestas por el interesado.

⁷⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado número 41/2014, de 5 de diciembre. (JUR 2015/252844)

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.” Página 49.

De tal manera que, tras garantizar esa publicidad, los órganos judiciales podrán velar por la efectividad de las mismas asegurando el cumplimiento de la voluntad del interesado, cómo así refleja el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

Del mismo modo y como establece el ART. 73 LRC, la inscripción en el Registro Civil permite que los terceros que se relacionen con la persona con discapacidad puedan tener conocimiento de estas medidas, y que además estas medidas resulten oponibles frente a ellos.

Sin embargo, con el objetivo de proteger el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad, en el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 se establece que los datos de estas personas estarán sometidos al régimen de publicidad restringida, siendo tan solo el inscrito, o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo o este autorizado los únicos que podrán acceder o autorizar a terceros la publicidad de los asientos de aquellas personas que contengan datos especialmente protegidos según el ART. 84.1 LRC.⁷⁷

En muchas ocasiones será difícil que el tercero que pretenda contratar con la persona discapacitada conozca la existencia o no de medidas de apoyo, o incluso la existencia de un apoderado al que pedir la autorización para solicitar la información del Registro Civil.

Para MARTÍNEZ CALVO estas medidas resultan excesivas, puesto que, a pesar de que es importante garantizar el derecho a la privacidad de las personas discapacitadas, no considera que este derecho se vea afectado por la posibilidad de que los terceros con interés legítimo puedan acceder a la publicidad relativa a las medidas a apoyo.⁷⁸

De hecho, defiende la posibilidad de no expresar todas las circunstancias contenidas en la escritura, si no que únicamente se limitara a incluir la existencia y contenido de dichas medidas, ya que considera que esta situación no beneficia a la persona discapacitada, ya que puede disuadir a los terceros de iniciar cualquier relación jurídica con una persona que sospecha que puede tener alguna discapacidad, ya que al no poder acceder a los datos recogidos en el Registro Civil, en la mayoría de las ocasiones los terceros no se arriesgaran a que el contrato sea declarado nulo.

⁷⁷ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 125.

⁷⁸ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 126.

De tal forma que la mejor opción sería que el Encargado del Registro fuese quien decida en cada caso si existe o no un interés legítimo por parte del tercero para admitir o denegar el acceso a los datos de su Registro Civil.

Las medidas de apoyo para la protección de una persona con discapacidad también pueden comunicarse al Registro de la Propiedad según el ART. 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), pero con dos grandes diferencias.

La primera y más importante es que tanto los poderes como mandatos preventivos no podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que estos únicamente se recogen en escritura pública. Únicamente pueden inscribirse las resoluciones judiciales atendiendo a lo dispuesto en el ART. 755 LEC y en el ART. 2.4 y 242 bis 1 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH).

La segunda diferencia que nos encontramos es la ausencia de obligatoriedad a la hora de la inscripción, y la cual solo se realizará a petición de la persona incapacitada, mientras que en el Registro Civil la inscripción sí que era obligatoria.

Sin embargo, la idea inicial era promover la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad, así se reflejaba en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley elaborado para su tramitación parlamentaria.

Y, al igual que en la inscripción en el Registro Civil, esta información estará sometida a un régimen de publicidad restringida, con el objetivo, de nuevo, de dar amparo al derecho a la privacidad de las personas con discapacidad previsto en el ART. 22 de la CNY.

5. REVISIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DEL MANDATO PREVENTIVO.

1. Revisión.

Según lo establecido en los ARTS. 255 y 258 CC, la escritura pública en la que se recojan los poderes y mandatos preventivos podrá incluir tanto mecanismos como plazos para su revisión.

En la actualidad, la ley únicamente exige una revisión periódica de las medidas de apoyo impuestas cuando estas hayan sido establecidas judicialmente, situación que carece de sentido en los poderes y mandatos preventivos pues el Juez no interviene en su otorgamiento, de tal manera que tanto los mecanismos como plazos de revisión quedan sujetos al libre arbitrio del poderdante.

Sin embargo, nos encontramos con una excepción, cuando los poderes y mandatos preventivos hubiesen sido otorgados antes de la Ley 8/2021, en los cuales se podrá solicitar al Juez la revisión de las medidas para adecuarlas a la nueva ley en un plazo máximo de un año desde la solicitud. Y si no hubiese solicitud, la revisión deberá realizarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años, según lo dispuesto en el párrafo segundo de la Disposición transitoria quinta.⁷⁹

2. Modificación.

El propio interesado podrá, en la escritura pública correspondiente, establecer las posibles causas de modificación de esta.

Además, y basándonos en lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2018 (JUR 2018/227883)⁸⁰, la cual señaló que los apoyos establecidos podrán ser modificados cuando estos no resulten idóneos para la protección de la persona con discapacidad.

⁷⁹ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 134.

⁸⁰ SAP de Madrid, de 28 de junio de 2018 (JUR 2018\227883)

Es decir, el Juez podrá llevar a cabo modificaciones en el régimen si tras la revisión del proceso este detecta que las medidas establecidas por el propio interesado no salvaguardan los derechos de la persona interesada.

También se consideran válidas todas aquellas modificaciones que lleve a cabo el interesado mientras conserve su capacidad natural, sin necesidad de alegar ningún motivo para ello.

Para llevar a cabo esta modificación, el sujeto deberá llevar a cabo la formalización de una nueva escritura pública donde describa la modificación llevada a cabo, y para que esta siga vinculando al mandatario, estas modificaciones deberán ser aceptadas por el mismo, ya que si no se produciría una revocación del mandato.

El principal inconveniente que nos encontramos a la hora de llevar a cabo modificaciones es cuando el interesado ha perdido la capacidad natural requerida para poder llevar a cabo dichas modificaciones.

En el caso de los poderes y mandatos preventivos la doctrina mayoritaria estima admisible estas modificaciones siempre y cuando el interesado cuente con medidas de apoyo.⁸¹ Sin embargo, esta modificación no podrá ser llevada a cabo por el apoderado debido al carácter personalísimo del mandato.

Si el interesado no cuenta con medidas de apoyo, y a juicio del Notario, este carece de la capacidad requerida para llevar a cabo una determinada modificación, no podrá llevarse a cabo la misma.

No obstante, la Ley 8/2021 determina que, en caso de haberse otorgado los poderes y mandatos preventivos objeto de reforma antes de la entrada en vigor de la propia ley, estos podrán ser modificados con objeto de adaptarlos a la nueva Ley 8/2021 incluso cuando el interesado no contase con medidas de apoyo ni la capacidad natural exigida.

Aquí el Notario deberá, en el cumplimiento de sus funciones, asesorar al interesado en la toma de decisiones, así como ayudándole en su comprensión y razonamiento a la hora de determinar su voluntad, deseos y preferencias.⁸²

⁸¹ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 73 y siguientes.

⁸² MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 136.

3. Extinción.

La extinción del mandato es una de las cuestiones más importantes a tratar, y a la vez una de las más complicadas, pues la regulación al respecto se encuentra dividida en dos partes. Por un lado, en la regulación prevista para los poderes y mandatos preventivos, y por otro lado en la regulación del mandato.

En un primer momento nos encontramos con una extinción automática de los poderes y mandatos preventivos regulada en el ART. 258 CC, que determina que, cuando estos se hubiesen otorgado en favor del cónyuge o pareja de hecho y finalizase la convivencia, independientemente de si existe o no divorcio, finalizarán de igual forma los poderes y mandatos otorgados, salvo que el interesado disponga lo contrario.

La principal duda que se plantea ante el supuesto de interrupción de la convivencia es, por cuanto tiempo debe entenderse interrumpida para llevar a cabo la finalización de los poderes y mandatos preventivos, y que ocurriría si se reanudase la convivencia entre los cónyuges o pareja de hecho, se plantea si se debería entender renovado de manera automática o si bien sería necesario otorgar un nuevo poder o mandato preventivo.⁸³

Ante esta situación, tanto MARTÍNEZ CALVO⁸⁴, cómo GARCÍA RUBIO⁸⁵, defienden que, si un mandato o poder preventivo se otorga basándose en la confianza del interesado sobre el mandatario, si se interrumpe la convivencia se entiende que esa confianza se ha perdido, o ha mermado y que por tanto debería entenderse finalizado el otorgamiento. Si no fuese así, el ART. 258 CC otorga al poderdante la capacidad de excluir esta causa de la extinción de los poderes y mandatos preventivos y que, en el caso de existir una interrupción de la convivencia, fuese el mandatario el que siguiese ejerciendo el cargo si así lo considera el mandante.

Si analizamos lo dispuesto en el ART. 51 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), y lo establecido en el ART. 258 CC, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, podrá solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiese establecido otra cosa. Las causas de remoción del curador las encontramos descritas en el ART. 278 CC.

⁸³ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel. “Longevidad y poderes preventivos”. Página 20.

⁸⁴ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 138.

⁸⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.” Página 55.

Por tanto, en el caso de los poderes y mandatos preventivos, donde solo el interesado puede decidir la persona que asumirá el cargo de apoderado, si se produce la remoción del cargo del apoderado, se entenderá también disuelto el poder, ya que el Juez no podrá determinar una nueva persona para ejercer ese cargo.

En segundo lugar, y como comentaba al principio, la regulación sobre la extinción de los poderes y mandatos preventivos también se encuentra regulada en el régimen general del mandato, en el cual nos encontramos otras causas de extinción.

Entre ellas, el ART. 1732 CC nos describe algunas formas de extinción del mandato tales como la revocación, la renuncia, la incapacitación del mandatario, la muerte del mandante o del mandatario y la declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante.

En el supuesto de los poderes y mandatos preventivos, no debemos tener en cuenta como causa de extinción del mandato la pérdida de capacidad del mandante, pues se trata del presupuesto principal, pero sí que debería incluirse como causa de extinción la recuperación del mandante, al igual que la revocación del poder preventivo por parte del Juez mediante el proceso de pérdida de capacidad.⁸⁶

El resto de las medidas no plantean problemas a la hora de su aplicación, como la muerte del mandante o del mandatario que, lo cual no impide que hayan podido ser encomendadas al apoderado determinadas funciones para después del fallecimiento del poderdante, como por ejemplo el ejercicio del cargo de albacea.⁸⁷

MARTÍNEZ CALVO⁸⁸ entiende que, el establecimiento con relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deban intervenir según lo descrito en el ART. 1732 CC, la persona designada podrá mantener su condición de apoderado en relación con aquellos actos que no se hayan visto afectados por las medidas de apoyo.

Otra causa de extinción del mandato es la explicada anteriormente⁸⁹ y redactada en el ART. 1732.5 CC, que determina que el mandato acabará cuando se constituya en favor del mandante la curatela representativa.

⁸⁶ DE VARGAS MUÑOZ, José Pérez. “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos.” Página 66.

⁸⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.” Página 58.

⁸⁸ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Página 139.

⁸⁹ Vid. Epígrafe 2.2.

Sin embargo, al hablar de los motivos de extinción de los mandatos y poderes representativos descritos en el ART. 1732 CC, debemos prestar especial atención a las causas descritas en los párrafos primero y segundo del mismo artículo, es decir, la revocación y la renuncia del mandante, los cuales en un mandato general podrían llevarse a cabo, pero en el supuesto de los poderes y mandatos preventivos existe una discusión acerca de ello.

En primer lugar, la renuncia del mandatario podría perjudicar gravemente al mandante, quien, al haber perdido su capacidad, no podrá nombrar a otra persona sustituta del mandatario. Además, debemos tener en cuenta que, en este caso, el mandato cumple una función de apoyo y protección a la persona que padece la discapacidad, lo que lleva a autores como MAGARIÑOS BLANCO⁹⁰ a defender la posibilidad de necesitar una causa justificada por parte del mandatario para renunciar a este cargo, y entiende que solo podrán utilizarse las causas de excusa previstas para la curatela.

De cualquier forma, en el supuesto de que se admitiera la renuncia del mandatario sin necesidad de justificar la existencia de las causas de excusa previstas para la curatela sería necesario, cuanto menos, que se pusiese en conocimiento del Juez para así tomar las medidas de protección que considere necesarias para el mandante.

Otra posibilidad para evitar esta situación sería la anticipación por parte del mandante en la redacción del poder, llevando a cabo el nombramiento de varios apoderados, o bien de forma cumulativa o bien de forma sucesiva, de tal forma que la renuncia de uno de ellos no impida que el apoderamiento siga vigente.⁹¹

Por otro lado, la revocación es otra causa de extinción del mandato descrita en el ART. 1732 CC y la cual debe analizarse minuciosamente, ya que por revocación entendemos la extinción unilateral del poder con posterioridad a su otorgamiento.

En el caso de la revocación de los poderes y mandatos preventivos, si el mandante no ha perdido la capacidad se considera totalmente válida. Sin embargo, si el mandante se encuentra incapacitado, la posibilidad de revocar el poder dependerá de si cuenta o no con medidas de apoyo sin que a estos efectos resulte suficiente la actuación representativa que corresponde desempeñar al apoderado por su carácter personalísimo.

⁹⁰ MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad.” Revista de Derecho Civil Vol. 5, Número 3, 2018. Página 213.

⁹¹ Vid. Epígrafe 3.4 A) a.

De tal forma que, si carece de otros apoyos distintos a los del apoderado y al curador representativo, una vez que el mandante pierda la capacidad desaparece la posibilidad de revocar el poder quedando así en manos de la actuación del mandatario.⁹²

En las situaciones en las que se considera que el mandante no posee una capacidad adecuada, pero no se ha producido una pérdida total de la capacidad, una posibilidad que se baraja es la de iniciar un procedimiento judicial de pérdida de la capacidad, en la que el Juez evalúa la capacidad del mandante, y se considera la posibilidad de adoptar medidas preventivas, como la designación de un tutor, para salvaguardar los intereses del mismo.

Otra posibilidad que debemos contemplar es la posibilidad de que el poderdante recupere posteriormente la plena capacidad de obrar. Aquí nos encontraríamos ante un poder *ad cautelam*, y deberíamos entender extinto el poder⁹³, posibilidad que, a pesar de no estar prevista legalmente para el caso de los poderes y mandatos preventivos, si que se ha regulado en el caso de la curatela.

En el caso descrito anteriormente de la curatela, y como regula el ART. 291 CC, es necesario una resolución judicial extinguiendo expresamente dicha medida cuando no sea necesario las medidas de apoyo prestadas, ya sea por la recuperación de la capacidad por el mandante o porque se hayan concretado otras medidas más adecuadas.

⁹² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. “Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código civil” Páginas 670 y 671.; y PEREÑA VICENTE, Montserrat. “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil.” Página 226.

⁹³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos,” Página 121.

6. REFLEXIONES.

1. Análisis crítico del estudio realizado.

Hemos visto como, con el paso del tiempo, se ha intentado otorgar un mayor protagonismo en la vida cotidiana a las personas con discapacidad, integrándoles en todas las actividades y garantizándoles el cumplimiento de sus derechos a través de la tramitación de diferentes leyes que así lo permitan.

La Ley 8/2021 ha cobrado una gran importancia en el ordenamiento jurídico español, suponiendo la adaptación nacional a lo dispuesto en la Convención celebrada en Nueva York en 2006, así como la regulación del artículo 1732 del Código Civil que introduce una regulación específica sobre los poderes y mandatos preventivos otorgando, como decíamos, un mayor protagonismo dentro de la sociedad a las personas discapacitadas o necesitadas de especial protección.

Sin embargo, y por ser tan reciente la regulación sobre los poderes y mandatos preventivos resulta, en ciertos aspectos, totalmente insuficiente, debiendo acudir en ocasiones a la regulación de la curatela⁹⁴ para sanar la ausencia de regulación existente al respecto, y siendo de igual forma imprecisa, por no determinar la ley si se refiere a la curatela representativa o asistencial, las cuales tienen regulaciones muy diferentes en determinados aspectos.

Nos encontramos también con ciertas contradicciones, como por ejemplo en los ARTS. 254 y 255 CC. En el primero se establece como requisito de capacidad para poder otorgar poderes y mandatos preventivos ser mayor de dieciséis años, mientras que en el segundo se requiere la mayoría de edad, dejando así una regulación un tanto imprecisa que no ayuda a resolver la cuestión.

Además, tampoco se clarifica la cuestión sobre si se pueden adoptar poderes y mandatos preventivos por personas que carecen de capacidad natural. Ya analizamos que, si no cuenta con medidas de apoyo la respuesta es negativa⁹⁵, pero la cuestión no se resuelve para otras situaciones.

⁹⁴ Vid. Epígrafe 2.2

⁹⁵ Vid. Epígrafe 3.3.1

Otro problema ya planteado anteriormente⁹⁶ es el inicio de la eficacia de los poderes y mandatos preventivos, y es que la Ley no contempla lo que debe entenderse como medias de apoyo, y por tanto no es posible determinar un momento exacto de inicio de los poderes y mandatos preventivos, dando lugar en ocasiones a situaciones de inseguridad jurídica.

Y, por último, el problema grave de la publicidad restringida en la inscripción en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad que ya abordamos⁹⁷, el cual considero que es un perjuicio para la persona discapacitada someterse a tal régimen puesto que dificultara sus relaciones con terceros interesados por el carácter reservado de su situación.

No obstante, y a pesar de los problemas que nos encontramos en la legislación sobre los poderes y mandatos preventivos que acabamos de enumerar, la Ley 8/2021 tiene aspectos muy positivos que deben seguir siendo analizados y mejorados para aumentar la autonomía de las personas con discapacidad, así como el respeto a su voluntad y poder crear en un futuro una regulación legal completa, coherente y que subsane los errores e insuficiencias encontrados.

2. Conclusiones.

Tras un análisis exhaustivo y a la vista de lo expuesto en el presente trabajo, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

PRIMERA:

El aumento de la población anciana debido al aumento de la esperanza de vida conlleva, irremediablemente, un aumento de población con mayor probabilidad de sufrir enfermedades o discapacidades y por tanto necesitadas de una mayor atención.

SEGUNDA:

El principal pilar de la Convención de Nueva York de 2006 es el respeto a la voluntad y los deseos de la persona discapacitada, y cuyo objetivo principal es garantizar la capacidad jurídica de estas personas, a través de los diferentes mecanismos judiciales previstos en la misma.

⁹⁶ Vid. Epígrafe 3.3.4

⁹⁷ Vid. Epígrafe 4.d

TERCERA:

La finalidad principal de los poderes y mandatos preventivos es permitir a las personas de edad avanzada decidir sobre su futuro, ante la posibilidad de la aparición de una enfermedad futura que le impida tomar decisiones de manera autónoma.

CUARTA:

Es necesario seguir buscando una regulación homogénea, sin errores y completa para seguir garantizando a las personas que sufren cualquier discapacidad su presencia dentro de la sociedad, sin ningún tipo de discriminación y velando siempre por el respeto a su voluntad.

QUINTA:

Se debe promover un cambio de mentalidad en cuanto a las medidas de apoyo voluntarias, entendiéndolas más como una ayuda de futuro en vez de como una cuestión discriminatoria que no debe tratarse, así como llevar a cabo una difusión de esta posibilidad para aumentar el conocimiento de la población sobre este tipo de medidas tan útiles para salvaguardar nuestros derechos en la edad anciana.

SEXTA:

La legislación internacional se encuentra en el camino correcto y avanzando de manera gratificante en la adopción de medidas que garanticen la inclusión de las personas con discapacidad en el día a día. Sin embargo, es necesario seguir mirando hacia delante y analizando la posibilidad de incluir nuevos mecanismos eficaces que garanticen el cumplimiento de la voluntad de las personas contando siempre con un consentimiento libre y consciente por parte de estas y, por tanto, respetando siempre sus derechos.

7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.

- **ALÍA ROBLES, Avelina.** “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Actualidad Civil, N.º 2, 2020, LA LEY 2232/2020. Páginas 11-12.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina.** “Incapacitación y mandato.” Página 238.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina.** “Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras”. Madrid, vol. 1, 2011. Páginas 272-278.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina.** “Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los Códigos Civiles español y francés”, en AA.VV.: Familia y discapacidad. Páginas 43-46. (Coord. por DÍAZ ALABART, Silvia), Reus, Madrid, 2010.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina.** “Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código civil” Páginas 670 y 671.
- **DE SALAS MURILLO, Sofía.** “La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general”, en AA.VV.: Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad (coord. DE SALAS MURILLO, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010. Páginas 42 y siguientes.
- **DE VARGAS MUÑOZ, José Pérez.** “Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos.” Página 66.
- **DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.** Derecho Civil II. “Obligaciones y contratos”, Valencia, 2019. Páginas 416-417.
- **FUENTES BARROSO, PALOMA.** Trabajo de fin de Grado. “Inscripción de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.” Directora: LÓPEZ BARBA, Elena. Huelva, 2021. Páginas 20-22.
- **GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio.** “Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés”, en AA.VV.: “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad” (coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José y PEREÑA VICENTE, Montserrat), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, vol. 1,2011. Página 296.

- **GARCÍA CANO, Tomas.** “Autotutela y poderes preventivos.” El justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. Página 127.
- **GARCÍA RUBIO, María Paz.** “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 58, 2018. Página 176.
- **GARCÍA RUBIO, María Paz.** “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. Páginas 37-58.
- **GARCÍA RUBIO, María Paz.** “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio” Conferencia pronunciada en el Congreso “El Código Civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica” celebrado los días 24 y 25 de marzo de 2021 y organizado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación. Universidad de Zaragoza, 2021.
- **GARCÍA SALAZAR, Elena.** Trabajo de fin de Grado. “La reforma de la discapacidad.” Directora: MUÑIZ ESPADA, Esther. Valladolid, 2021. Páginas 49-51.
- **GOMÁ LANZÓN, Fernando.** “El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid.” N.º 108 MARZO/ABRIL 2023.
- **GUTIÉRREZ ALFAYATE, Álvaro.** Trabajo de fin de Grado. “Cuestiones jurídicas de los poderes otorgados en la ancianidad” Directora: CORRIPIO GIL-DELGADO, M.ª Reyes. Madrid, 2020. Páginas 44-49.
- **HERNÁIZ CORRALES, Francisco Javier.** Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón. “El apoderamiento preventivo”. Páginas 81- 82.
- **LECIÑENA IBARRA, Ascensión.** “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo”. Navarra, 2014. Página 144.
- **LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel.** “Longevidad y poderes preventivos.” El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid. N°85. 2019. Páginas 19-20.
- **MAGARIÑOS BLANCO, Victorio.** “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad.” Revista de Derecho Civil Vol. 5, Número 3, 2018. Páginas 210-214.

- **MARTIN-CARO GARCIA, F; HERNANDEZ-TAVERAMARTIN, V.** 2015. “La competencia exclusiva del Notario para verificar la suficiencia de las facultades de los apoderados”. Revista Doctrinal Aranzadi, número 6/2015 parte Doctrina. Madrid, 2015. Página 1.
- **MARTÍNEZ CALVO, Javier.** “Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura.” Páginas 18-139.
- **MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Nuria.** Tesis Doctoral “El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.” Directora: CAZORLA GONZÁLEZ, María José. Almería, 2020. Páginas 315-317, 351-353, 361 y 367.
- **MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo.** “El apoderamiento o mandato preventivo”, Boletín de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, n.º 10, 2009. Páginas 18-20.
- **MUÑOZ DE DIEGO, Claudia.** Trabajo de fin de Grado. “Cuestiones derivadas de la regulación de la autotutela.” Director: MATEO SANZ, Jacobo B. Valladolid, 2018.
- **MURILLO PLO, Laura.** “La autotutela y los poderes preventivos.” Directora: PARRA LUCÁN, María Ángeles. Zaragoza, 2015. Página 26.
- **PEREÑA VICENTE, Montserrat.** “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil.” Página 226.
- **PEREÑA VICENTE, Montserrat.** “La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias.” Madrid, 2018. Páginas 99-100.
- **PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José.** “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos,” Página 121.
- **SANCHEZ-VENTURA MORER, Inés.** “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, en AA.VV.: Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. DE SALAS MURILLO, Sofía, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria. Valencia, 2019. Páginas 271-290.

OTRAS FUENTES:

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 1. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
- El apoderamiento preventivo por María del Carmen Meléndez Arias. CENIE. Tribuna abierta. Septiembre de 2019.
- El Banco Mundial. Disability Inclusion Overview.
- El poder preventivo en la incapacidad. Garanley abogados.
- Epdata. Población con discapacidad en España. 2022.
- Instituto Nacional de Estadística. Una población envejecida.
- Organización Mundial de la Salud. Envejecimiento y salud. 2022.
- Poderes y mandatos preventivos en la Ley 8/2021 de 2 de junio. Notarios y Registradores. Octubre de 2021.

LEGISLACIÓN:

- BOE-A-2003-21053 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-A-2008-6963 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- BOE-A-2008-6963 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- BOE-A-2021-9233 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley del Notariado de 1862.
- Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 17 de julio de 2020 Núm. 27-1.

JURISPRUDENCIA:

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado número 41/2014, de 5 de diciembre. (JUR 2015/252844)
- SAP de Madrid, de 28 de junio de 2018 (JUR 2018\227883)
- SAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 292/2019, de 13 mayo (JUR 2019\159167)
- SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 307/2019, de 4 de abril, (JUR 2019/202212)
- SAP de Madrid (Sección 24ª), núm. 993/2021, de 25 de noviembre de 2021.