



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La autotutela y los poderes preventivos

Autora: Laura Murillo Plo

Directora: M^a Ángeles Parra Lucán

ÍNDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS	P. 1
II.	INTRODUCCIÓN	P. 2
III.	AUTOTUTELA	P. 4
1.	CONSIDERACIONES GENERALES	P. 4
2.	PERSONAS	P. 6
3.	FORMA	P. 8
4.	CONTENIDO	P. 9
4.1.	La designación plural	P. 10
4.2.	La autotutela negativa	P. 11
4.3.	La designación de una persona jurídica como tutora	P. 12
5.	EL NOMBRAMIENTO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. EL RESPETO A LA VOLUNTAD EXPRESADA.	P.13
IV.	LOS PODERES PREVENTIVOS.	P. 16
1.	CONSIDERACIONES GENERALES	P. 16
2.	CONFIGURACIÓN LEGAL	P. 17
3.	SUJETOS	P. 18
3.1.	El mandante	P. 18
3.2.	El mandatario	P. 19
4.	OBLIGACIONES DE LAS PARTES	P. 20
5.	CLASES	P. 22
6.	FORMA	P. 23
7.	OBJETO Y EXTENSIÓN DE LOS PODERES PREVENTIVOS	P. 24
8.	EXTINCIÓN	P. 25
V.	RELACIÓN ENTRE LA AUTOTUTELA Y LOS PODERES PREVENTIVOS	P. 27
VI.	CONCLUSIÓN	P. 29
VII.	BIBLIOGRAFÍA	P. 31

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

C.C.	Código Civil
Vid.	Véase
P.	Página
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
Art.	Artículo

II. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo tiene como objeto de estudio dos instituciones preventivas destinadas a la protección de la persona y sus bienes en previsión a una futura incapacidad: la autotutela y los poderes preventivos.

En primer lugar, haré mención a la figura de la autotutela, introduciendo ciertas consideraciones generales que se basarán sobre todo en la importancia de la autonomía de la voluntad como símbolo de respeto de la dignidad de la persona.

A continuación, analizaré los requisitos de capacidad necesarios para llevar a cabo la propuesta de la autotutela, diferenciando entre los regulados en el Código Civil y en el Código de Derecho Foral de Aragón, y después trataré la posibilidad de instituir esta figura según los requisitos de edad, en concreto, haciendo mención especial a la capacidad de los menores emancipados y a la de los menores no emancipados.

En segundo lugar, hablaré sobre la forma de establecer la autotutela, centrándome en la posibilidad de hacerlo a través de escritura pública ante notario o mediante testamento, señalando los posibles problemas que conlleva esta última forma.

Después haré un análisis sobre el contenido de la autotutela, centrándome en las diferentes designaciones que se pueden llevar a cabo. En este apartado, a parte del estudio de la designación común unipersonal, señalaré las posibles especialidades de la institución de la autotutela cuando ésta se designa de modo plural, la cual se lleva a cabo, o bien designado y diferenciando a varias personas para que una se ocupe del cuidado de los bienes y otra de la protección del patrimonio; o en previsión a una sustitución del tutor principal para el caso de que este no pueda ejercer su cometido. Además, también trataré la posibilidad de vetar a ciertas personas para que ejerzan el papel tutelar en un futuro tras la situación de incapacidad, que es lo que se conoce como la autotutela negativa, y también, hablaré de la importancia de considerar la designación de una persona jurídica como tutora, debido a las especializaciones que poseen para hacerse cargo de una persona afectada por una dolencia, normalmente, de carácter degenerativo.

Finalmente, para concluir el tema de la autotutela, y teniendo en cuenta que el nombramiento del tutor, aunque exista designación previa a través de la figura estudiada, corresponde en exclusiva a la autoridad judicial, señalaré, apoyándome en

diferente jurisprudencia, la capacidad que tiene el juez para alejarse de la escritura pública de designación, y nombrar tutor a otra persona diferente a la deseada por el incapaz.

Por otro lado, en relación a los poderes preventivos, introduciré el tema haciendo mención a la situación anterior a la reforma operada por la Ley 41/2003, a través de la cual se introduce la excepción a la extinción del mandato por incapacitación sobrevenida del mandante cuando se hubiese dispuesto su continuación, y después me centraré en la situación creada con la reforma y la importancia de la configuración legal de los poderes preventivos dentro de la regulación destinada al mandato.

Debida a dicha situación, llevaré a cabo una descripción general sobre los sujetos que participan de la relación de mandato, es decir, mandante y mandatario, pero siempre haciendo una mención específica al mandato preventivo, y siguiendo esta misma dinámica, llevaré a cabo un estudio exhaustivo de las obligaciones del mandatario cuando median unos poderes preventivos.

Posteriormente, diferenciaré entre dos mandatos preventivos que pueden surgir en la práctica, concretamente, los poderes preventivos otorgados y utilizados antes de la incapacidad y los poderes preventivos que únicamente surtirán efecto tras la pérdida de capacidad del mandante, resaltando la importancia de la declaración de incapacidad en este último caso.

A continuación, señalaré la importancia que tiene la libertad de forma a la hora de otorgar un poder preventivo, pero expresando la posibilidad de otorgarlos a través de escritura pública, atendiendo a las ventajas que ello otorga.

Más tarde, hablaré sobre la extensión de los poderes preventivos que se concretará sobre todo en la posibilidad de establecerlos a través de un mandato general, o por el contrario, a través de un mandato especial, cuyo ámbito de actuación será limitado según la voluntad del mandante.

Finalmente, aunque en la Ley los poderes preventivos tienen el mismo tratamiento que los mandatos, es necesario matizar una serie de cuestiones sobre su extinción, haciendo especial referencia a su revocación y a la renuncia. En estos aspectos, diferenciaré entre dos situaciones, que se resumen en sí la pérdida de capacidad del mandante ha sido declarada judicialmente o no, señalando los problemas o posibles soluciones que habrían de llevarse a cabo.

Para concluir este trabajo, a la luz del estudio de ambas figuras que gozan de un mismo fin: la protección de la persona incapaz, llevaré a cabo una relación entre la figura de la autotutela y los poderes preventivos, señalando, en primer lugar, las diferencias más destacables entre ambas instituciones y, en segundo lugar, la relación y los modos de actuar cuando, en relación a la misma persona, el juez nombra un tutor y, a su vez, existe un mandatario designado por el incapaz a través de un mandato preventivo válido.

Además, la metodología escogida para la realización de este trabajo se basa en el estudio comparado de la regulación recogida en el Código Civil y en los derechos forales, haciendo especial mención al derecho foral de Aragón, por ser la regulación de aplicación en nuestra Comunidad Autónoma.

III. AUTOTUTELA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tradicionalmente, cuando se hablaba de la autonomía de la voluntad se hacía referencia al ámbito del Derecho Patrimonial, sobre todo para referirse a temas relacionados con testamentos o contratos. Sin embargo, con el paso del tiempo, dicho concepto se ha ido ampliando hasta abarcar el ámbito de la libertad de configuración personal. En este sentido, hay que tener en cuenta que cuando se habla de autonomía de la voluntad se está haciendo referencia al poder de autorregulación del que goza una persona, es decir, al hecho de reconocer la libertad de gestión y organización, tanto de su persona como de sus bienes, sin injerencias de ningún tercero.

Una muestra de la existencia de dicha autonomía de la voluntad viene reflejada en la institución de la autotutela que es la facultad reconocida a una persona para configurar un régimen tutelar, en previsión a una futura incapacitación, de modo que designe libremente a un tutor que se ocupe de guardar su personas y bienes

(Artículo 223 del Código Civil¹ y artículo 108 del Código de Derecho Foral de Aragón²).

La voluntad de la organización de la propia discapacidad, otorgada a través de la figura de la autotutela, supone un reconocimiento a la dignidad y al respeto de la persona, ya que establece la posibilidad de que uno mismo, conociendo su propio entorno más próximo, elija a la persona que crea que mejor podrá asistirle, representarle, cuidarle y decidir por él cuando ya no esté en condiciones de hacerlo por sí mismo, suponiendo así que la vida de la persona con discapacidad se pueda regir conforme a los gustos y preferencia de la misma persona discapacitada³.

La autotutela fue una figura introducida en nuestro derecho a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Normativa Tributaria, en cuya exposición de motivos se reflejaba que la posibilidad de manifestación de la voluntad podría ser útil en el caso de enfermedades degenerativas, pero sobre todo supuso una novedad importante, ya que hasta el surgimiento de esta figura, en relación a las personas que carecían de familia, el nombramiento de un tutor era casi impracticable porque el proceso se demoraba en exceso, por ello, tras la reforma operada, se establece que si ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 CC⁴ y el artículo 116 del Código de Derecho Foral de Aragón, puede ser nombrada tutor, la entidad pública territorial a la que se

¹ Art. 223 CC. Párrafo segundo: « Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor ».

² Art. 108 CDFA, párrafo primero: «Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares.».

³ Vid. Parra Lucán M.A., «*Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad*» p. 1

⁴ El art. 234 CC establece que para nombrar un tutor se preferirá en primer lugar, al designado por el tutelado, a falta de designación, al cónyuge que conviva con el tutelado, a sus padres, a las personas designadas por éstos en sus últimas voluntades, o a los descendientes, ascendientes o hermanos designados por el Juez.

encomienda la tutela de incapaces asumirá, por ministerio de la Ley, la tutela del incapaz⁵.

2. PERSONAS

El análisis sobre qué personas pueden hacer la propuesta de autotutela parte desde la perspectiva de la capacidad, ya que el artículo 223 del Código Civil, en su párrafo segundo, establece que cualquier persona «con capacidad de obrar suficiente» podrá proceder a la designación de un tutor en previsión a una futura incapacitación. Por tanto, para proceder a la autodelación de la tutela se debe atender a esa capacidad suficiente del sujeto.

Ahora bien, la capacidad no solo puede ser entendida desde la perspectiva de la capacidad de obrar, sino que también debe existir una capacidad natural, entendiendo como tal, la capacidad de entender y querer, que debe concurrir en el momento de la designación de un tutor o la adopción de cualquier otro tipo de previsión atendiendo a una posible futura incapacitación. En este sentido, hay que recordar que nuestro ordenamiento jurídico prevé una presunción *iuris tantum*⁶ con respecto a la capacidad de las personas, de modo que únicamente se puede entender la inexistencia de la capacidad de un sujeto cuando existe el pronunciamiento de una sentencia firme de incapacitación.

Sin embargo, hay que destacar que dicha capacidad no es tratada de forma igualitaria en todos los ordenamientos jurídicos españoles, por ello, mientras el Código Civil únicamente establece el requisito de la capacidad suficiente, el Derecho Foral Aragonés, por ejemplo, en el artículo 108, exige que el sujeto también goce de la mayoría de edad para poder llevar a cabo la delación voluntaria.

⁵Vid. Chimeno Cano, M., «Incapacitación tutela e internamiento del enfermo mental». p. 155.

⁶Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998: «La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la Ley, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la transcendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial».

Aún con todo, debemos recordar que en la formación de la autotutela únicamente hay una manifestación de voluntad que no tiene eficacia inmediata, sino que solo la adquirirá cuando el Juez lo estime.

Por ello, al hablar de la capacidad suficiente requerida, habrá que interpretar dicha expresión legal en el sentido más favorable a la eficacia de la declaración. En este sentido, lo que el notario deberá comprobar en el acto, no es tanto si el sujeto tiene plena capacidad, sino que será más adecuado observar si sabe lo que quiere, entiende lo que expresa y se da cuenta de las consecuencias de las manifestaciones que está llevando a cabo, sobre todo, en relación con la elección del tutor que quiere efectuar⁷.

Hay que observar, que la autotutela es una institución que puede ser llevada a cabo, aparte de por los mayores de edad con plena capacidad, por menores emancipados y menores no emancipados, debido a que el Código Civil no establece ninguna objeción al contrario.

En el primer caso, es decir, los menores emancipados, no cabe duda de su legitimación, debido a que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, teniendo siempre en cuenta las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, que se basa sobre todo en restricciones en el ámbito patrimonial, por tanto, entre dichas restricciones no encontramos la autotutela.

Por otro lado, y en relación con los menores no emancipados, encontramos una mayor problemática, debemos tener en cuenta que a los menores mayores de 14 años se les otorga capacidad para otorgar testamento notarial⁸ y, por tanto, para nombrar tutor en los términos establecidos en el artículo 223.I CC, por ello, cabría concluir que gozan de capacidad para ordenar la autotutela. Esta interpretación es apoyada por algún autor⁹, que incluso, llega a concluir en sus estudios, que la capacidad y la madurez necesaria para designar tutor y establecer la autotutela, es menor que la necesaria para otorgar testamento, por lo que si no caben restricciones legales para que un menor mayor de catorce años disponga testamento, sería ilógico

⁷Vid. Serrano García, I., «*La autotutela*» p. 70.

⁸Art. 663.1º CC.: «Están incapacitados para testar: 1º Los menores de catorce años».

⁹Vid. Castro Reina, J.R.: «*Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados*» p. 212

que no pudiera instaurar su autotutela, teniendo en cuenta que, si lo dispuesto en la autotutela no fuera conveniente en un futuro proceso de incapacitación, entraría en juego lo establecido en el artículo 234 del CC que claramente sitúa de una forma preferente las previsiones del propio tutelado siempre que el juez no considere adecuado el alterar el orden de llamamientos en beneficio del sujeto.

3. FORMA

En cuanto a la forma para establecer la autotutela, existe una uniformidad entre el derecho común del Código Civil y los Derechos Forales¹⁰, ya que regulan la exigencia de recoger la autotutela a través de escritura pública. Esta modalidad elegida aporta una garantía extra debido a que la intervención del notario en el momento de establecer la escritura no se limita únicamente a recoger y dar fe de la voluntad expresada por el sujeto, sino que tiene la obligación de asesorarles en aquellos aspectos dudosos de interpretación legal y, del mismo modo, negarse a recoger disposiciones, que a su entender de experto, podrían ser contrarias al ordenamiento jurídico¹¹. Estas actuaciones de los notarios no son igual de decisivas en todos los supuestos, de modo que debe establecerse una vigilancia mayor cuando en el documento se estipulan medidas relativas a la propia persona y sus bienes, mientras que, cuando únicamente se establece la indicación de la persona del tutor o una autotutela negativa, la intervención del notario, y por tanto, la constancia en escritura pública parece que no se considera tan decisiva¹².

Hay que recordar que la escritura pública no es la única forma para recoger la autotutela, sino que también existe la posibilidad de otorgarla a través de testamento. Sin embargo, este modo únicamente surte efecto cuando se establece en testamento abierto, lo cual es lógico porque de hacerse a través de testamento cerrado u ológrafo las disposiciones relativas a la autotutela carecerían de eficacia, debido a que las cláusulas de estos tipos de testamentos son secretas hasta el momento del fallecimiento del testador, y la autotutela es una institución que únicamente produce

¹⁰Art. 223 del CC; Art. 108 del Código de Derecho Foral Aragonés; Art. 42 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Art. 222-4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código civil de Cataluña.

¹¹Art. 145 del Reglamento notarial.

¹²Vid. Serrano García I., «*Autotutela*», p. 81

efectos en vida, y además, en estos casos el notario tampoco estaría legitimado para comunicar al Registro civil la manifestación de la autotutela en el testamento a causa del carácter secreto del mismo¹³. Por tanto, únicamente podremos entrar al estudio de la figura de la autotutela redactada en testamento abierto, ya que el testador podrá disponer en el propio testamento la persona que prefiere como tutor o incluso a la que excluye para ello. Sin embargo, en estos supuestos, nos encontramos con el problema de que el notario tiene la obligación de comunicar de oficio al Registro civil la estipulación de una cláusula de autotutela en el testamento, el cual, en un acto posterior podría ser revocado sin decir nada de la misma, por lo que el notario no lo comunicaría. En este supuesto, la solución que cabría sería obtener un certificado del Registro civil y de últimas voluntades para averiguar si el testamento en el que se contiene la cláusula de la autotutela es el último otorgado, si así no fuera, el juez que conozca del procedimiento de incapacidad, y por tanto, del nombramiento del tutor, solicitará una copia del último testamento al notario para comprobar si hay disposiciones contradictorias con la autotutela, y actuar en consecuencia.

4. CONTENIDO

Como se ha ido reflejando en las páginas anteriores, es el párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil, el que establece la figura de la autotutela otorgando a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente la posibilidad de designar tutor en previsión a una futura incapacidad, recordando que lo que en realidad se realiza es una simple designación ya que el nombramiento será una competencia exclusiva del juez.

La designación de tutor se considera un negocio jurídico que afecta al ámbito del Derecho de familia, que en todo caso, es de carácter unilateral y no receptivo, pues en ningún momento se requiere que la declaración sea conocida por la persona designada para ocupar el cargo de tutor. Además, también es una declaración *inter vivos*, ya que sus efectos surgirán durante la vida del interesado, aunque, al recogerse en documento público, cabe la posibilidad de que la designación sea revocada.

Hay que observar que el contenido de la autotutela no está preestablecido por el ordenamiento jurídico, lo que permite que el ordenante, a parte de la designación de un tutor, pueda llevar a cabo una designación plural, ya sea con carácter sustitutivo, es

¹³Vid. De Amunátegui Rodríguez, C. «Comentarios al art. 234 C.C.» p. 2147

decir, en caso de que el primer designado no pudiese hacerse cargo, el sustituto se encargaría de las funciones otorgadas al principal; o complementario, de modo que se designase a una persona para el cuidado de la persona y otra para la disposición de los bienes del futuro incapaz. Además, la autotutela también puede revestir un carácter negativo, que conllevará que el sujeto establezca que ciertas personas no se ocupen del cargo tutela cuando él sea incapacitado.

A continuación, pasare a explicar las especialidades que ostentan cada una de las diferentes formas de designación.

4.1. La designación plural

Aunque lo más normal será la autotutela que sólo contenga un nombramiento de tutor, se puede dar la posibilidad de que la disposición contenga varias designaciones en previsión de que los designados ejerzan la tutela conjuntamente. Estos supuestos pueden darse con varias finalidades, que el juez deberá valorar y, si lo considera oportuno, establecerá una tutela plural.

En primer lugar, puede suceder que se señale a varias personas y se especifique las funciones de cada uno, de modo que, se establezca que uno de ellos será el encargado de cuidar la persona del incapaz, mientras que la otra persona será la que deba hacerse cargo de la gestión de los bienes del mismo.

En segundo lugar, la designación de varias personas también puede darse sin especificación alguna, de modo que, ambos tutores ejercerán de modo conjunto su cargo encargándose tanto de la persona del incapacitado, como de sus bienes.

En tercer lugar, puede que la pluralidad de designados sea con el fin de sustitución, es decir, se nombraría a un sustituto para el caso de que el primer llamado a ejercer la tutela no quiera o no pueda desempeñar el cargo. Pero hay que tener en cuenta que esta posibilidad solamente se encuentra de una forma expresa en el Derecho civil catalán y gallego. Así mismo, esta designación sucesiva también se podrá establecer para el primer caso expuesto, de modo que se nombre a una persona sustituta para el primer llamado encargado del cuidado de la persona, y otra diferente como sustituto de la persona llamada en primer lugar a encargarse de la gestión de los bienes.

En realidad, el nombramiento de la autotutela de modo plural existe sin limitaciones, ya que lo que únicamente establece el Código Civil son los dos tipos de

atribuciones en la tutela: la personal y la real, entendiendo la primera destinada al cuidado de la persona, y la segunda a la gestión de los bienes. Es por ello, que cabe concluir que al no existir una prohibición expresa se debe permitir sin restricciones.

4.2. La autotutela negativa

Cuando se establece la autotutela también se da la posibilidad de que esté sea una disposición en negativo, es decir, que se indique a la persona que no se quiere como tutor en un futuro. Esta forma de expresión, normalmente se hace en relación a las personas que legalmente, a través del artículo 234 del Código Civil, son los llamados a ejercer la tutela.

Esta tipo de disposición supondrá un causa de inhabilidad, que aún no estando regulada expresamente en ningún artículo del Código Civil, debe asimilarse a la posibilidad que se les otorga a los padres del tutelado para ejercer un voto respecto de ciertas personas para el ejercicio del cargo de tutor de sus hijos¹⁴, ya que esta posibilidad se establece al considerar que no hay nadie mejor que los padres para apreciar la idoneidad o inidoneidad de quien va a hacerse cargo de sus hijos. Por tanto, y siguiendo en paralelo la idea anterior, cabe considerar que nadie mejor que el propio interesado para tratar de ordenar su tutela si tiene capacidad suficiente, por lo que existe suficiente identidad de razón como para declarar inhábil a la persona excluida por el propio tutelado expresamente a través de escritura pública.

Esta exclusión deberá hacerse de una forma expresa, lo que exige que deba realizarse con respecto a personas concretas y determinadas, no siendo posible la realización de exclusiones genéricas, a no ser que se trate de la exclusión de categorías determinadas como podrían ser los ascendientes o descendientes, por ejemplo.

Con respecto a la motivación para llevar a cabo la exclusión, no es necesaria para que la disposición sea válida, pero sí que podría ser recomendable para que, cuando se lleve a cabo el procedimiento de incapacitación, el juez conozca los motivos que llevaron al sujeto a tomar esa decisión, ya que la exclusión no vincula al juez y podría darse el caso de que no decida atender esa exclusión y de manera motivada nombre tutor a aquella persona que fue vetada por el sujeto. Sin embargo,

¹⁴ Art. 245 del CC.

esta posibilidad raramente se podría dar, ya que hay que recordar que con la designación de la tutela se busca el beneficio del propio tutelado y, es muy posible, que el nombramiento de un sujeto excluido no sea la solución más adecuada, y por consiguiente, la más beneficiosa para él.

4.3. La designación de una persona jurídica como tutora

Tanto en el Código Civil, como en los Derechos forales, subyace la idea de que la finalidad de la autotutela es atender a personas que se hallen en situaciones incapacitantes, que normalmente se presentan con la edad avanzada, y entre las que suele destacar la demencia senil o el Alzheimer, aunque por supuesto pueden darse otros casos como sería la reaparición de una esquizofrenia o de una enfermedad de carácter degenerativa. Pero normalmente, son en las situaciones de demencia donde surge el asociacionismo de familiares de afectados por estas dolencias, por lo que se da la existencia de personas jurídicas especializadas en el tratamiento diario de personas con determinadas afecciones.

Teniendo en cuenta la mencionada especialización, resulta interesante la posibilidad de designar de forma preventiva a esas personas jurídicas con el fin de llevar a cabo la tutela del futuro incapaz cuando se produzca la situación de incapacitación.

Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos se plantea el ejercicio de la tutela como algo difícil, debido a que los síndromes pueden afectar al comportamiento de la persona, y es en este sentido cuando parece más adecuado el designar a una persona jurídica con conocimiento sobre los síntomas y los cuidados que requiere la persona, porque hay que recordar que normalmente estas personas jurídicas se formaron con el fin de tratar a personas con la misma enfermedad.

Además, si nos centramos en la protección del ámbito patrimonial de la persona, es conveniente señalar que normalmente las personas jurídicas con fines de protección a los discapacitados suelen tener varios departamentos, entre los cuales, uno únicamente se ocupará del ámbito patrimonial, y tendrá a una persona especializada para ello. Por tanto, se puede considerar que desde el punto de vista patrimonial, por lo general, una persona jurídica será más competente que una persona física para ocuparse del patrimonio del incapacitado.

Sin embargo, no cualquier persona jurídica podrá hacerse cargo de la tutela de un incapacitado porque el artículo 242 de Código Civil y el artículo 124 del Código de Derecho Foral de Aragón, exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que se trata de una persona jurídica legalmente reconocida.
- Que esté válidamente constituida.
- Que tenga carácter no lucrativo.
- Que entre sus fines específicos figure la protección de menores e incapacitados, aunque se permite que esta no sea su única finalidad.

Si el nombramiento a favor de una persona jurídica es válido por cumplir los requisitos expuestos anteriormente, esta no podrá excusarse, ya que la única excusa válida que se establece en relación a las personas jurídicas es la falta de medios¹⁵, y normalmente, cuando la persona jurídica sea de carácter público no será posible que alegue dicha excusa. Y en relación a las personas jurídicas de carácter privado, cuando se trate de una fundación, como es lo normal, tampoco se podrá alegar la falta de medios ya que existe la exigencia de una dotación patrimonial adecuada suficiente para alcanzar sus fines. Por tanto, únicamente se podría alegar ante el Juez la falta de medios personales idóneos para desempeñar de forma eficaz la tutela.

5. EL NOMBRAMIENTO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. EL RESPETO A LA VOLUNTAD EXPRESADA.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, la disposición de la autotutela es únicamente una declaración, una decisión personal que no es eficaz por sí misma, sino que es necesario que se produzca la aprobación judicial en la sentencia de incapacitación o en el auto de nombramiento del tutor, para que la designación, y por tanto, la tutela adquiera eficacia jurídica.

Para que el Juez lleve a cabo el nombramiento del tutor deberá estar al orden establecido en el artículo 234 del Código Civil, que destaca en primer lugar que el nombramiento deberá hacerse conforme a lo que el propio tutelado hubiese designado con anterioridad.

En este mismo sentido se pronuncian los derechos forales, entre los que podemos destacar, por un lado, el artículo 114 del Código de Derecho Foral de

¹⁵ Art. 251, segundo párrafo del Código Civil.

Aragón que establece que todas las disposiciones con respecto a la delación voluntaria vincularan al juez al constituir la institución tutelar. Y por otro lado, también el artículo 222-9 del Código Civil Catalán que establece la regla de que el juez deberá nombrar a las personas designadas en el acto de delación voluntaria.

Sin embargo, esta regla general de vinculación expuesta tiene su excepción recogida en los mismos artículos, en los que se expresa que de forma motivada el Juez podrá alterar el orden o prescindir de las personas llamadas preferentemente a ejercer la tutela, siempre que sea en beneficio del incapaz.

Por ello, es necesario que durante el proceso de incapacitación, y por tanto, el proceso de nombramiento de un tutor, la autoridad judicial se ponga en contacto con personas cercanas al presunto incapaz para recabar opiniones y formarse un criterio destinado al máximo beneficio del incapaz. Es a consecuencia de esto, que el artículo 231 del Código Civil¹⁶ impone la obligación de una previa audiencia con los parientes más próximos y las personas que el juez considere oportuno, así como, con el propio tutelado si tuviese juicio suficiente. A través de todo esto, lo que se busca es darle al juez suficientes medios para que conozca la situación del tutelado y, de ese modo, pueda nombrar tutor a la personas más idónea para el ejercicio del cargo.

Por tanto, cabe concluir que se le da a la autoridad judicial un gran poder de decisión para alterar tanto la decisión del tutelado como el propio orden establecido por la Ley, siempre y cuando con su decisión no contravenga lo más beneficioso para el tutelado y motive su decisión especificando por qué se decide rechazar a esa personas y por qué decide nombrar a otra en su lugar, ya que hay que recordar que siempre que se excluya a una persona, el juez tiene la obligación de nombrar a otra en su lugar para evitar crear una indefensión y, por consiguiente, una situación perjudicial para el incapaz.

Hoy en día, pocas son las resoluciones judiciales de nombramiento de tutor en las que, existiendo un documento público de autotutela, el Juez se separa de él y designa como tutor a otro sujeto diferente del que la persona tutelada estableció con anterioridad. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 en la que los tribunales deciden apartarse de la voluntad expresada de un hombre con trastorno bipolar por considerar que la designación a favor de su

¹⁶En este mismo sentido se pronuncia el artículo 133.1 del Código de Derecho Foral de Aragón.

cuidadora como tutora, en presunción de una futura sentencia de incapacidad, tenía, por parte de la designada, un interés que no versaba sobre el cuidado y la atención del incapaz. Por ello, la autoridad judicial decidió apartarse de lo determinado por el tutelado y configurar la tutela a favor de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, justificando tal decisión en la finalidad de salvaguardar los bienes del incapaz atendiendo a la posibilidad de la influencia de terceras personas ajena con intereses fraudulentos, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio.

Otro posible caso, se daría cuando la autoridad judicial no nombra al designado porque considera que existen razones suficientes para dudar que en el momento de otorgar el documento, la persona tutelada no tuviera capacidad suficiente para ello. En estos casos es cuando se puede observar algunos de los problemas que tiene la otorgación de la autotutela por medio de escrituras, ya que lo normal es que la pérdida de la capacidad sea de una forma gradual y que la decisión de declarar la autotutela sea llevada a cabo cuando se empieza a denotar una eventual incapacitación. En estos casos, tal y como se ha expuesto en páginas anteriores, es el notario el que tiene la obligación de emitir un juicio de capacidad, pero este no tiene más medios que su propia valoración, por lo que podría darse la situación de que en el momento de designación judicial del tutor se impugne la escritura argumentando únicamente la falta de capacidad natural para emitir un válido consentimiento¹⁷. Normalmente, en estos supuestos, donde realmente radica el conflicto es en la asunción de la tutela en el ámbito patrimonial, por lo que los tribunales suelen nombrar tutor a una persona jurídica, prescindiendo de la declaración de autotutela, para evitar el conflicto en beneficio del tutelado; o se nombra tutor personal al designado y tutor real a una persona jurídica; o se nombra al designado tutor en lo personal y patrimonial, advirtiendo que el ejercicio de la tutela está sometido a control.¹⁸

¹⁷Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de Diciembre de 2010.

¹⁸Vid. Parra Lucán. M.A. «Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad» p. 18

IV. LOS PODERES PREVENTIVOS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los poderes preventivos es una figura que no se admite formalmente en nuestro derecho hasta el año 2003, momento en el que, a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, se introdujo en el artículo 1.732 del Código Civil la excepción de la extinción del mandato por incapacidad sobrevenida del mandante, cuando este hubiera dispuesto su continuación¹⁹.

Antes de la reforma operada en el año 2003, la doctrina se manifestaba de forma contraria a la extinción de los apoderamientos de forma automática por incapacidad, ya que defendían la posible vigencia de los poderes otorgados por el sujeto para desplegar su eficacia antes, durante la sustanciación del procedimiento judicial, e incluso más allá de la sentencia de incapacitación en algunos supuestos, de modo que, entendían los poderes preventivos como declaraciones unilaterales y recepticias por las que una persona establecía una delegación de facultades, más o menos amplia, a favor de otra persona para que pudiera actuar de forma válida en su nombre, todo ello en previsión a una posible incapacitación²⁰.

Por ello, se daban situaciones prácticas en las que una persona con un trastorno degenerativo, antes de perder sus facultades, otorgaba un poder a favor de una persona de su confianza para que gestionara sus asuntos, lo que provocaba que se evitara la necesidad de la incapacitación, siempre que esa persona estuviese siendo atendido y cuidado, y hubiera otorgado un poder general que permitiera la gestión de su patrimonio. Sin embargo, estas situaciones no estaban respaldadas jurídicamente debido a que contravenían dos notas esenciales de la figura del mandato. Por un lado, al producirse la incapacitación el poderdante no podía ejercitar la facultad de exigir la rendición de cuentas; y por otro lado, porque la esencia del mandato se encuentra en la posibilidad de revocabilidad, lo que se consideraría imposible una vez que se ha producido la pérdida de capacidad.

¹⁹La misma idea aparece recogida en el artículo 109 del Código de Derecho Foral de Aragón, cuando establece que «cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación ».

²⁰Vid. Martínez García, M.A. «Apoderamientos preventivos y autotutela» p. 138

Con la reforma del artículo 1.732 del Código Civil lo que se hace es favorecer la autonomía de todas aquellas personas que están experimentando los primeros síntomas de una enfermedad, que posiblemente deriven en una situación de incapacitación, y también favorecer a quienes, de una forma preventiva, desean manifestar su voluntad ante una posible pérdida de capacidad en el futuro. Por tanto, lo que ofrece la reforma es una cobertura legal a estos tipos de actos que provocan una desjudicialización de la incapacidad y un respeto a los deseos de la propia persona para evitar intromisiones externas innecesarias.

2. CONFIGURACIÓN LEGAL

Hay que tener en cuenta que el artículo 1.732 del Código Civil, lo que regula es la extinción del mandato, entendiendo este como la atribución de legitimación para actuar en la esfera jurídica de otro. Sin embargo, cuando hablamos de los poderes preventivos reflejamos la existencia de un apoderamiento que se basa en la confianza, pero al no encontrarse regulados expresamente en el Código Civil, son de aplicación las mismas normas que afectan al mandato, lo que provoca que los poderes preventivos se alejen de su finalidad de protección de la persona, debido a que la aplicación de las normas del mandato afectan al ámbito patrimonial, y no a la tutela de una persona afectada por una discapacidad.

En base a la relación entre los poderes preventivos y las figuras de mandato y apoderamiento, es pertinente relacionarlos con las distintas posibilidades jurídicas que nuestro ordenamiento nos otorga.

En este sentido, si consideramos que únicamente existe un negocio unilateral de apoderamiento²¹, nos encontraríamos con que el representante no quedaría claramente obligado a actuar al no existir aceptación, de modo que, se consideraría que el poderdante no podría desempeñar personalmente las actividades encomendadas porque carecería de capacidad natural para ello.

Por otro lado, y analizando la figura del mandato, existe la posibilidad de la configuración del mismo sin representación, pero partiendo de que los poderes preventivos están pensados en base a una futura incapacidad, se provocaría que el

²¹Díez-Picazo, «*La representación en el Derecho Privado*» p. 134: el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral «en la medida en que para su existencia, validez y eficacia se requiere únicamente la declaración de voluntad del principal o poderdante sin que sea necesaria la aceptación».

mandante carecería, en la mayoría de los casos, de la capacidad adecuada para recibir los efectos y consecuencias de las actuaciones del mandatario. Esto se ve especialmente reflejado en relación a aquellas actuaciones llevadas a cabo por el mandatario con terceros que necesitan de un negocio jurídico posterior para repercutir sus efectos al mandante, y por tanto, se exigiría para que se contemple la eficacia de este nuevo negocio jurídico, que el mandante conservase su capacidad mental. Por tanto, en estos supuestos, los poderes preventivos carecerían de eficacia debido a que su finalidad es otorgar un apoderamiento cuando el sujeto aún conserva su capacidad, para que posteriormente, la actuación del mandatario sirva para gestionar su patrimonio, tal como se estipuló por el mandante sin necesidad de ninguna actuación posterior del mismo.

Debido a la imposibilidad de considerar los poderes preventivos como un simple apoderamiento o como un mandato sin representación, se ve necesario tratar la figura de los poderes preventivos como un mandato representativo directo²², de modo que se dé lugar a una relación entre el negocio unilateral del apoderamiento y el contrato de mandato. Esta unión, por un lado, proporcionará la justificación de la actuación del mandatario en nombre y por cuenta del mandante, trasladando los efectos de dichas actuaciones al patrimonio del mandante, en base a la situación de representación; y por otro lado, con la figura del mandato se consigue que los poderes preventivos tengan la consideración de un contrato, lo que conlleva la obligación del mandatario de actuar y desempeñar su cometido.

3. SUJETOS

Partiendo de la premisa de la consideración de los poderes preventivos como un mandato, los sujetos, que serán el mandante y el mandatario, regirán sus actuaciones a través de las reglas generales del mandato, atendiendo a ciertas especialidades existentes por su relación con la protección de las personas.

3.1. El mandante

El mandato es una figura jurídica que con respecto a la capacidad del mandante hace necesario que este tenga una capacidad adecuada para llevar a cabo personalmente los actos cuya gestión se encomiendan, de modo que el mandatario no

²²Vid. De Amunátegui Rodríguez «Incapacitación y mandato» p. 219

podrá actuar en relación a aquellos actos para los cuales el mandante no tiene capacidad suficiente, aunque él sí que la tenga. Por ello, para ser mandante se deberá ser capaz, entendiendo por como tal ser mayor de edad, teniendo en cuenta que los menores emancipados también podrán ser mandantes siempre que el mandato recaiga sobre aquellos actos para los que el ordenamiento jurídico otorga la capacidad para que los menores emancipados actúen solos, y en el supuesto de que no fuera así, en el momento de otorgar el mandato será necesario que exista el adecuado complemento de capacidad, como por ejemplo el consentimiento de los padres o del curador.

Además, teniendo en cuenta la finalidad de los poderes preventivos, la capacidad del mandante también deberá ser apreciada en relación a la necesidad de que la persona se encuentre en plenas facultades en el momento de llevar a cabo el apoderamiento. En este sentido, si se trata de una persona que ya se encuentra afectada por una determinada dolencia, será conveniente que el contrato por el que se establecen los poderes preventivos, sea llevado a cabo a través de escritura pública para que el notario pueda apreciar de forma favorable la capacidad de la persona y evitar así conflictos en relación a un futuro intento de impugnar los poderes otorgados con anterioridad justificándose en la falta de capacidad del mandante cuando los estableció.²³

También nos podemos encontrar con la posibilidad de que el mandante sea una persona parcialmente incapacitada, a través de sentencia judicial, por lo que en estos supuestos, el apoderamiento puede recaer de forma válida sobre aquellos aspectos para los cuales el poderdante no ha visto restringido su capacidad.

Finalmente, otro elemento importante será el conocimiento, por parte del mandante, de que la finalidad del apoderamiento consiste en que el mandatario desempeñara actos de administración con respecto a su patrimonio cuando el otorgante carezca de la capacidad adecuada para controlar sus actuaciones.

3.2. El mandatario

El mandatario deberá tener la capacidad adecuada para llevar a cabo aquellos actos de los que el mandato es objeto. En este caso, al hablar de capacidad, la mayoría

²³Vid. Pérez de Vargas J., «*La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003*» p. 432

de edad no es un requisito fundamental, aunque parece que lo más adecuado será que el mandatario sea una persona mayor de edad, ya que, aunque también la Ley otorga la posibilidad de que sea un menor emancipado, la responsabilidad por el incumplimiento defectuoso de sus obligaciones se ve limitada²⁴.

Esta persona será de confianza del mandante, aunque no tiene porque tratarse de un miembro de su entorno familiar, ya que se da la posibilidad de que se trate de un profesional o incluso una persona jurídica.

El mandatario deberá llevar a cabo por sí mismo las actuaciones establecidas en el mandato, aunque nuestro ordenamiento jurídico permite la posibilidad de que el propio mandatario nombre un sustituto para él mismo, siempre y cuando el mandante no lo haya prohibido expresamente.²⁵

4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La inclusión de los poderes preventivos dentro del mandato conlleva que sea inevitable aplicarle los derechos, obligaciones y responsabilidades que se establecen para la dicha figura, concretamente respecto a las normas de actuación del mandatario previstas en los artículos 1.718 y siguientes del Código Civil, y para el mandante reflejadas en los artículos 1.727 y siguientes, del mismo código²⁶.

En este caso y en relación a los poderes preventivos, cabe hacer únicamente mención especial a las obligaciones del mandatario, ya que las obligaciones del mandante no revierten especialidades en relación a esta figura.

La actividad del mandatario se ve determinada por el interés del mandante²⁷, de modo que se consideraría esté como el límite para sus actuaciones. En este sentido, hay que observar que aunque el artículo 1.719 del Código civil establece que el mandatario debe actuar conforme a las instrucciones otorgadas por la otra parte, el artículo 1.715 determina que si se traspasan dichas instrucciones pero el resultado es

²⁴Art. 1.716 del Código civil: «El menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante solo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores».

²⁵Artículos 1.721 y 1.722 del Código civil.

²⁶Vid. Albaladejo García, M. «*Derecho Civil, II*» p. 779 y ss.

²⁷En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004, se refiere a todas las obligaciones del mandatario como cumplimiento del deber de fidelidad.

más beneficioso, no se puede considerar que haya existido un quebrantamiento de lo mandado.

Sin embargo, las obligaciones del mandatario no deben ser consideradas como unas obligaciones de resultado, sino que tienen el carácter de obligaciones de medios, es decir, no se exige el logro de un resultado concreto sino que lo que se pretende es que se despliegue la actividad necesaria para intentar alcanzar ese resultado. Pero, por otro lado, sí que el artículo 1.718 del Código Civil establece la responsabilidad del mandatario por la inactividad cuando está provoque daños y perjuicios al mandante. En este sentido, y haciendo especial referencia a los poderes preventivos, hay que destacar que la mera inactividad del mandatario, a excepción de que ésta reporte efectivamente un beneficio para el mandante, debe ser considerada como un incumplimiento de las obligaciones, aunque será necesario demostrar la existencia de los daños ocasionados, así como la concurrencia de culpa o negligencia. En este sentido, aunque no se incurra en el ánimo de perjudicar al mandante, los Tribunales deberán apreciar la falta de diligencia en el sentido más riguroso, debido a que al mandatario se le ha encomendado la gestión de los intereses de una persona que por sí misma no puede atenderlos.

Atendiendo a las especialidades recaídas en relación a los poderes preventivos, también es necesario observar que si el mandatario incumple sus obligaciones, el mandante no se encontrará con capacidad para exigir la responsabilidad por el incumplimiento. En estos casos, si efectivamente el mandante ha sido incapacitado, el legitimado para exigir las responsabilidades será su tutor, quién, a su vez, es su representante legal. Así mismo, en estos casos también será el tutor a quien se le encomienda el control sobre la actuación del mandatario, de modo que, se considera que el tutor sustituye al mandante en las actuaciones que le corresponderían²⁸. Por el contrario, si no se ha producido la sentencia de incapacidad nos encontraremos con más problemas prácticos para exigir la responsabilidad, sobre todo si el mandante no ha sido previsor estableciendo diferentes medios de control de la actuación del mandatario. En estos casos, si el mandatario comienza a actuar en contra de los intereses del mandante la única vía para exigir la responsabilidad será a través de la autoridad judicial, amparándose en lo dispuesto en el artículo 762 de la Ley de

²⁸Vid. De Amunátegui Rodríguez, C. «*Incapacitación y mandato*» p. 272

Enjuiciamiento civil que permite que el Juez adopte cualquier medida de protección que crea conveniente con respecto a la persona y los bienes del presunto incapacitado, y a su vez se derivaría el comienzo del proceso de incapacitación de la persona.

5. CLASES

A la luz del art. 1.732 del Código Civil se observa que el precepto diferencia dos tipos de poderes. En un primer lugar, nos encontraríamos con los poderes otorgados antes de la incapacitación, es decir, aquellos que ya son utilizados por el mandatario y que subsisten una vez que el poderdante pierde su capacidad natural. Por otro lado, nos encontraríamos con aquellos poderes que son otorgados por el mandante antes de su pérdida de capacidad, pero que no desplegarán sus efectos hasta que se dé la situación de incapacitación.

La diferencia esencial entre ambos tipos reside en que, en el primer caso, el mandato se prorrogaría después de la pérdida de incapacitación, mientras que, en el segundo caso, será en el momento en el que el mandante pierda su capacidad cuando el mandato comenzará a desplegar sus efectos.

Es en esos segundos casos, será necesario que se declare la incapacitación del mandante por la autoridad judicial, porque al contrario que en la primera situación donde el mandato ya existía y surtía efectos antes de la pérdida de capacidad, cuando se prevé que el apoderamiento comience su vigencia a causa de la efectiva incapacidad, el contrato no tiene eficacia hasta ese momento, es decir, el mandatario no estará legitimado para actuar hasta que sea declarada y acreditada la incapacidad de la persona. Por tanto, cabe resumir que en estos supuestos, la pérdida de la capacidad actúa como una condición indispensable para que el mandato cobre efectos.

Al hablar de la pérdida de capacidad como elemento determinante para la ejecución del mandato, no se hace únicamente referencia a que medie una declaración judicial de incapacidad, sino que se deja la puerta abierta otras maneras de determinación de la pérdida de dicha capacidad, entre las que podemos encontrar la certificación médica de la pérdida real de capacidad del sujeto, el establecimiento de un determinado grado de minusvalía, e incluso, se da la posibilidad de que se encomiende la valoración a determinadas personas o familiares. Sin embargo, en este sentido, aparte de la declaración judicial, lo más adecuado parece ser la intervención

del notario, de modo que el mandante estipulase una cláusula en la cual se requeriría al notario para que no entregase el poder al mandatario hasta que éste entregase un certificado médico en el que se recogiera la alteración de las facultades mentales del mandante²⁹. A falta del establecimiento de dicha cláusula, la labor del notario se vería ampliada de modo que sería potestad de éste proceder al análisis de la persona otorgante y hacer constatar la pérdida de sus facultades mentales, de tal forma que si llegase a considerar que no existe tal pérdida deberá inadmitir la representación hasta el momento que se acredite la falta de capacidad, que será entonces cuando se fije el inicio de la validez de los poderes.

6. FORMA

El legislador estatal, a través de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, no se ha pronunciado de manera expresa sobre los requisitos que deberían operar en la forma de los poderes preventivos, por lo que en consecuencia, y aplicando el criterio general, cabe declarar que en este sentido rige la libertad de forma.

Sin embargo, parece ser que lo más conveniente y en atención a la evitación de problemas futuros, sería que los poderes preventivos se recojan en escritura pública³⁰, teniendo en cuenta la posible importancia que puede alcanzar a través de los actos que se otorgan al mandatario. Además, esta necesidad de acto notarial también es razonable por la analogía entre los poderes preventivos y la figura de la autotutela, ya que incluso en la Exposición de motivos de la Ley 41/2003³¹ se contempla que la reforma operada sobre el artículo 1.732 del Código civil supone un complemento a la regulación de la autotutela.

²⁹Arroyo i Amayuelas, E. «*Del mandato “ordinario” al mandato “de protección”*» p. 48

³⁰Jímenez Clar, A. J. «*La autotutela y los apoderamientos preventivos*» p. 123

³¹Párrafo penúltimo del apartado VI de la Exposición de motivos «Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1.732 del Código Civil, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida a la otorgación del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacidad, 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 ».

En relación a esta libertad de forma que, a su vez, permite que se otorgue publicidad de los poderes preventivos a través de escritura pública, es necesario mencionar los artículos 46 bis y 46 ter de la Ley 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de 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 de la normativa tributaria con esta finalidad, que establecen la obligación del notario autorizante de notificar al Registro Civil las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivará la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.

Por tanto, se puede considerar que la publicidad de los poderes preventivos tiene una gran importancia porque posibilita que la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de ellos con anterioridad a la incapacitación.

7. OBJETO Y EXTENSIÓN DE LOS PODERES PREVENTIVOS

Cuando el Código Civil regula el contenido del mandato, le otorga un contenido específico para la realización de actos de transcendencia jurídica, que en el caso de los poderes preventivos conviene extenderlo a aquellos negocios de carácter patrimonial que permitan su realización a través de representantes, es decir, llevando a cabo una exclusión de todos los actos que el ordenamiento jurídico califica como personalísimos.

Siguiendo la regulación prevista para los mandatos en el Código civil, podemos afirmar que los poderes preventivos pueden ser expresados a través de un mandato general, donde se incluirán todos los negocios del mandante; o en un mandato especial, cuya extensión vendrá determinada por la expresión de la voluntad del mandante.

No cabe duda, que atendiendo a la finalidad práctica de los poderes preventivos, lo más conveniente sería el establecimiento de un mandato general³², de

³²León Alonso J.R., «Comentario al artículo 1716 del Código Civil» p. 1534

modo que, el mandatario pudiera gestionar el patrimonio del mandante de forma eficiente.

Pero, en el supuesto de que el mandato se restringiese a determinados actos, debido a su importancia, es necesario que el mandatario se ajuste en sus actuaciones a las instrucciones que se hubiesen establecido en el mandato, teniendo en este sentido gran importancia el establecimiento de órganos de fiscalización, es decir, establecer, por ejemplo, que antes de proceder a llevar a cabo un acto, este debe ser aprobado por ciertos sujetos, lo que supondrá una medida muy eficaz de control de la actividad del apoderado.

8. EXTINCIÓN

Las causas de extinción del mandato se encuentran reguladas en el artículo 1.732 del Código Civil que menciona la incapacitación del mandante, la revocación, la renuncia, la incapacidad del mandatario, la muerte del mandatario y del mandante y la declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o mandatario.

En el supuesto específico de los poderes preventivos, obviamente, debe excluirse como causa de extinción del mandato la incapacitación del mandante, pero, por el contrario, en este sentido, debería incluirse como causa de extinción la recuperación de la capacidad del mandante, así como la posibilidad de la revocación del poder preventivo por parte del Juez mediante el proceso de incapacitación al constituir la tutela o posteriormente a instancia del tutor³³

Además, al hablar de poderes preventivos es necesario matizar algunas observaciones con respecto a la revocación y la renuncia, ya que en general, los mandatos pueden ser revocados por el mandante siempre que lo considere oportuno, así como proveer lo que tenga por conveniente cuando se produzca la renuncia del mandatario, pero en el supuesto de los poderes preventivos estos comportamientos no pueden llevarse a cabo a causa de la pérdida de capacidad del mandante.

Si el mandante no está incapacitado pero se considera que no posee unas facultades de capacidad adecuadas se pierde la facultad de revocación por no tener la

³³de Vargas Muñoz J.P., «*Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos»* p .66

aptitud exigible para ello. Además, el mandante al no estar incapacitado carece de representante legal, por lo que tampoco existe la posibilidad de que éste revoque el mandato. En estos casos, la única solución factible es el inicio del procedimiento judicial de incapacitación y mientras se tramita, pedir al Juez como medidas preventivas, que se proceda a la revocación o extinción del poder.

También existe la opción de que el mandante, en el mismo documento de otorgación de los poderes preventivos, haya ideado algún mecanismo de control que afecte a la revocación, como podría ser el otorgar esta facultad a otra persona, permitiéndole de esta forma, extinguir el mandato sin necesidad de esperar a la resolución de incapacitación.

Si finalmente el mandante queda incapacitado judicialmente, el artículo 1.732 del Código Civil establece dos posibilidades: la primera sería que el Juez, al constituir la tutela, a través de resolución judicial, termine con el mandato; la segunda opción sería que una vez que se haya nombrado al tutor, éste inste a la autoridad judicial para que declare la resolución del mandato, por tanto, no es posible declarar que sea el tutor el legitimado directamente para la revocación o extinción del mandato, sino que siempre deberá instarlo a través de un procedimiento judicial, donde será el Juez el encargado de valorar la situación y tomar una decisión en consecuencia.

Otro aspecto importante lo encontramos en la situación de renuncia por parte del mandatario, lo que provocaría un gran perjuicio en la persona del mandante, quién al haber perdido su capacidad, no podría nombrar a otra persona en sustitución del mandatario. En este sentido, el artículo 1.736 del Código Civil establece que la renuncia es una declaración unilateral de voluntad recepticia, es decir, que se debe poner en conocimiento del mandante, lo que resultará complicado en los supuestos en que éste haya quedado privado de su capacidad pero no haya sido declarado incapaz a través de sentencia judicial, ya que de ser así la simple notificación de la renuncia al tutor será válida, mientras que en el otro supuesto, la única solución factible es la comunicación con la persona o personas que hubiera podido designar el manante como órganos de control de la gestión del mandatario, y si no al Ministerio Fiscal o al Juez.

V. RELACIÓN ENTRE LA AUTOTUTELA Y LOS PODERES PREVENTIVOS

Nuestro ordenamiento jurídico recoge diferentes opciones de instituciones de autoprotección de la persona, las cuales pueden ser adoptadas por las personas con carácter simultáneo o de forma sucesiva, pero que tendrán una vigencia simultánea, de modo que, no hay ningún inconveniente para que el mandatario designado a través de unos poderes preventivos, desempeñe su función junto a otros sujetos que asuman otras instituciones de guarda, como podría ser el tutor. Esta situación se puede dar porque haya sido el propio sujeto quién lo dispuso de forma expresa; o bien porque en un proceso de incapacitación posterior el Juez proceda a nombrar tutor cuando exista con anterioridad un mandatario.

Esta actuación conjunta de varios sujetos llamados al cuidado de distintos aspectos de la persona incapacitada puede provocar problemas entre ellos, lo que induce a precisar las obligaciones, responsabilidades y contenido propio de cada uno de ellos para de ese modo evitar interferencias.

En este sentido, lo que es conveniente analizar es que los poderes preventivos, como ya se ha repetido reiteradamente, son configurados como un mandato, por lo que al mandatario le incumben funciones sobre todo relacionadas con el ámbito patrimonial lo que conlleva que, en principio, sea perfectamente compatible con la figura de la autotutela personal.

Sin embargo, aunque sean dos figuras compatibles, son independientes y entre ellas existen algunas diferencias que a continuación pasará a analizar.

En primer lugar, la figura de la autotutela está pensada para surtir efectos a partir del momento de la incapacidad, pero los poderes preventivos no la exigen necesariamente, ya que ofrecen la posibilidad de que se otorguen con previsión a una futura incapacidad pero el sujeto aún no ha sido incapacitado o puede no serlo en el futuro.

Para que la institución de la autotutela sea válida debe ser otorgado mediante escritura pública, ya que se trata de un negocio solemne, mientras que cuando hacemos referencia a los poderes preventivos, al no hacer una mención expresa sobre este aspecto, se considerará que prima la libertad de forma, aunque sin perjuicio de la posibilidad de establecerlos también a través de escritura pública, incluso, pudiendo

ser posible que en el mismo documento por el que se establece la institución de la autotutela, se haga referencia a un mandato preventivo en relación a ciertos aspectos patrimoniales.

Las disposiciones que se otorgan a partir de la autotutela pueden tratar sobre aspectos estrictamente personales del incapacitado, ámbito que debe excluirse de los poderes preventivos atendiendo a que su objeto específico afecta a la gestión de los intereses patrimoniales del sujeto.

A la vista de lo expuesto, podemos observar varias posibilidades por las que el sujeto instaure las diferentes medidas de autoprotección. Entre ellas, lo más adecuado sería que hubiese instaurado unos poderes preventivos, utilizando las cautelas necesarias, de modo que, se otorgase al mandatario la gestión de sus intereses patrimoniales, y a su vez, que hubiese designado a una segunda persona para que ejerciese la labor de tutor personal, de modo que se encargase del cuidado de la persona. En estos casos, el mandatario actuaría según lo dispuesto en el mandato, pero teniendo en cuenta que el tutor, al ser el representante de la persona, recibiría del mandatario las informaciones correspondientes a la gestión patrimonial, pudiendo además acudir a la autoridad judicial con el fin de la extinción del mandato cuando considerase que el mandatario está perjudicando los intereses del mandante. Por otro lado, para definir la relación existente entre el tutor y el mandatario cabría la aplicación analógica del artículo 236.1º del Código Civil que determina que cada uno actuaría únicamente en su ámbito de competencia sin injerir en el del otro, y cuando una decisión afecte ambos ésta deberá ser tomada conjuntamente. Esta separación de funciones permite la aplicación a cada institución de su régimen propio en cuanto a sus obligaciones, responsabilidades, diligencia, rendición de cuentas, así como todas las especialidades aplicables a ellas.

Donde más problemas encontramos es en el supuesto de que el Juez nombre tutor del incapaz a quien ya es mandatario. En estos supuestos, nos encontramos con una concurrencia de una representación voluntaria y otra legal en la misma persona, lo que puede llegar a provocar conflicto de intereses. En este sentido, solo cabría admitir la posibilidad de ambas figuras en una sola persona cuando en el mandato, por el que se otorgan los poderes preventivos, se hubiese previsto de manera meticulosa los controles y garantías precisos para controlar la gestión del mandatario. En caso contrario, lo más adecuado sería que el Juez nombrase a otra persona como tutor y

mantuviese la designación de los poderes preventivos, ya que de ser al contrario, el perjuicio sería mayor para el desarrollo de la gestión del patrimonio del sujeto.

En base a todo lo anterior, cabe concluir, que aunque existe libertad de nombramiento, el designar a una misma persona como mandatario y tutor provocaría grandes inconvenientes por la presencia de los conflictos de intereses, así como la existencia de regímenes jurídicos diferentes y separados con respecto a las obligaciones y responsabilidades, que en la práctica se hace difícil compaginar.

VI. CONCLUSIÓN

La regulación de la figura de la autotutela y de los poderes preventivos supone el reconocimiento de la voluntad establecida en previsión de una futura incapacidad, que a su vez refuerza el respeto a la dignidad de todas aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas a causa de una enfermedad, normalmente, de carácter degenerativo.

La existencia en nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de figuras abre la puerta a la posibilidad de que una persona en plenas facultades establezca una serie de instrucciones, más o menos precisas, sobre el cuidado de su persona y la gestión de sus bienes cuando ella misma no pueda hacerlo.

Esto supone, sobre todo en el ámbito personal, un avance en relación con el cuidado de las personas con discapacidad, ya que cuando una persona decide designar a otra como futuro tutor, esta decisión, normalmente, se basa en una situación existente de confianza, lo que ayudará a que no se dé, posteriormente, una situación de desamparo en el discapacitado, basándonos sobre todo en que la persona más apta para designar a otra como tutor de un incapaz, es él mismo, mientras mantenga su capacidad, ya que velará en pos de sus propios intereses futuros y llevará a cabo la decisión que crea más conveniente.

Por ello, es tan importante que aunque el nombramiento, y por tanto, la última palabra, la tenga la autoridad judicial, se tenga en cuenta lo establecido a través de estas instituciones, alejándose de la voluntad del incapaz únicamente cuando considere que el nombramiento de esa persona, claramente, perjudicará al incapaz.

También hay que tener en cuenta que estas figuras no inciden solo en el ámbito personal, sino que también afectan al ámbito patrimonial, sobre todo cuando hablamos de los poderes preventivos. En este sentido, se vuelve a acentuar la

importancia del respeto a la voluntad expresada con anterioridad a la incapacitación, porque, en principio, él es la persona más adecuada para elegir quién debe administrar su patrimonio, teniendo en cuenta quién será la persona que dé prioridad a los intereses del incapaz por encima de los suyos.

Sin embargo, aunque la intención del legislador a través de la regulación de estas figuras es muy noble al intentar dar protección a quien ya no puede protegerse por sí mismo, las vías de acción establecidas son limitadas, sobre todo en el caso de los poderes preventivos, que a falta de regulación expresa se aplica lo establecido para la figura del mandato, que al estar enfocado como un contrato entre dos personas puede provocar una mayor inseguridad jurídica en relación a la persona del incapacitado, quién al carecer de capacidad, ve muy limitado su ámbito de defensa contra actuaciones perjudiciales hacia su patrimonio.

Por ello, considero que sería conveniente que el legislador llevase a cabo una reforma del ordenamiento jurídico de modo que asimilase la figura de los poderes preventivos más a una institución de guarda como la autotutela, que a una figura contractual como los mandatos, para que de ese modo se acentúe la protección del incapaz.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., *Del mandato “ordinario” al mandato “de protección”*, Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo 2004.
- CASTRO REINA, J.R., *Autotutela y contrato de alimentos a favor de discapacitados*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo XVI, 2008.
- CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Comentarios al art. 234 CC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008.
- DE VARGAS MUÑOZ, J.P., «Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos» en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, 2011.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1992.
- JÍMENEZ CLAR, A.J., *La autotutela y los apoderamientos preventivos*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Colegio Notarial de Valencia, 2005.
- LEÓN ALONSO J.R., «Comentarios al artículo 1716 del Código Civil » en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XXI*, Edersa, 1986.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Apoderamientos preventivos y autotutela» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000.

PARRA LUCÁN, M^a.A., *Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad*. Editorial Reus, 2011, citado del original por cortesía de la autora.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La reforma en los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003», en *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, 2006.

SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.