

I.- ....

**II.- Encargarse de otro.**

**A).- Las medidas de apoyo y representación.**

.....

**III.- Poderes preventivos**

**Incapacitación / incapacidad**

**Tipos de poderes**

**Colisión con el tutor**

**IV.- El contrato de mandato**

**Efectos jurídicos**

**Obligaciones del mandatario / gestor**

**Obligaciones del mandante / dominus**

**Ratificación**

**Objeto: el contenido del encargo**

**A).- En el campo de la dependencia**

**B).- En materia de Sanidad**

**C).- Autotutela**

**D).- En los negocios jurídicos: poderes preventivos**

**El mandato preventivo como medida de apoyo en la Convención.-**

.....

**II.- Encargarse de otro.**

**A).- Las medidas de apoyo y representación.**

Lo más habitual es que cada persona se ocupe de sus asuntos, de modo que sea ella quien haga los actos de la vida ordinaria que le afectan. Excepcionalmente, unas personas se ocupan de asuntos de otras, encargándose con distinta intensidad de ellos: como una ayuda más o menos intensa, como asesores, como sustitutos... Trasladado al ámbito jurídico, diremos que unas personas hacen algo por cuenta o en nombre de otro.

El origen de esta actuación es variado: puede ser porque el tráfico jurídico-mercantil así lo aconseja, como en el ámbito de la llamada representación orgánica (los administradores gestionando los negocios de las sociedades). También puede ser porque la discapacidad de un sujeto lleva al Ordenamiento Jurídico a regular que otro se encargue de sus asuntos, sin más (los padres respecto de los menores) o tras un proceso judicial que, en nuestra situación actual, les incapacita y se procede a nombrar administradores con mayor o menor intensidad (tutor o curador), y que conforme a la Convención habrá que modificar a fin de dar mayor intensidad a la intervención de la persona con discapacidad (entre otros, el art. 12 de la Convención de la O.N.U. sobre los derechos de las personas con discapacidad:.

*“.. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona..”*.)

Por último, puede ser porque una persona quiere. La voluntad del sujeto por cuya cuenta se actúa es la parte principal de la causa del instrumento jurídico que va a producir el efecto de que los actos de otro le afecten, y que va a crear (no necesariamente, pero es lo más habitual) una herramienta jurídica denominada “poder”. Si la voluntad del poderdante se integra en la causa, los motivos serán muy variados (doy poder porque no me viene bien desplazarme, porque no puedo hacerlo, porque no quiero encontrarme con el otro sujeto, porque me sale más barato el poder que el viaje, porque no entiendo de estos asuntos, etc.), pero la voluntad tiene su repercusión, puesto que, faltando aquella, se deshace el negocio y se perjudican los poderes, y de ello se ocupa el Código en dos supuestos: (1) aquel en cuyo nombre se actúa cambia de opinión, y revoca el negocio jurídico, o (2) deja de tener capacidad suficiente, se incapacita (por emplear los términos del 1.732 del Código Civil). En ambos casos, el poder deja de ser eficaz.

Ahora bien, hay algunos motivos que son de aquellos que considerábamos que se elevan de categoría, se causalizan, de modo que esta última circunstancia, que subsista la capacidad del poderdante, puede ser alterada. Unos pueden dar lugar al “poder irrevocable”, tratado por la Jurisprudencia, del que no nos ocuparemos aquí. El otro contempla el caso de que “hoy tengo capacidad, y quiero que esto se aplique cuando no la tenga”. Como vemos, se refiere directamente a la discapacidad intelectual.

Dejaremos de lado aquellos casos en que uno de encarga de asuntos de otro dentro de la regulación que marcan la ley y los tribunales (representación orgánica y legal). Seguiremos con aquellos en que una persona se encarga de asuntos de otro sin que lo ordene o regule una ley o un juez. En el tráfico más habitual no consta nada acerca del origen de esta actuación (dejaremos para el final los casos en que el origen es la voluntad y además consta la causa). La voluntad del representado no constará o porque realmente no la hay, no hay un encargo de que lo realice, o bien porque el tráfico jurídico no se fija en ella. La primera solución que suministra la ley es regularlo dentro de los llamados “cuasicontratos”, con un nombre expresivo: actuaciones en las que no concurren los requisitos suficientes para considerarlos un contrato (normalmente falta la causa) pero que producen efectos en la vida jurídico-económica. Por lo tanto, conviene regularlos. El que nos afecta se llama

.....

### **III.- Poderes preventivos**

Trataremos ahora la figura jurídica utilizada en la práctica, y normalmente objeto de estudio sin relación con su origen. Cuando se actúa, se exige la presentación de un poder, un documento donde consta una autorización de una persona a otra para hacer ciertas cosas, y que surtan efectos en el primero.

El poder está contemplado en nuestro Código Civil como una herramienta propia del contrato de mandato, en el que se encuentra la parte principal de su regulación. El mandato es un contrato que, para poder surtir efectos en relación con terceros, produce poderes, que es lo que circula en el tráfico económico-jurídico. La cuestión de los poderes preventivos viene de la norma del 1732 que determinaba a partir de 1996 que el mandato se extinguía por la **INCAPACITACIÓN del mandante**. Esto ocasionaba, por un lado, situaciones de inseguridad jurídica ante el posible desconocimiento de esta circunstancia por parte de apoderado y, sobre todo, del que contrata con él. Y por otro lado dejaba sin cobertura legal todos aquellos supuestos en que una persona, previendo su futura pérdida de capacidad, quería organizar la atención de los asuntos que le atañen. Por esto, la ley 41/2003 suprime del 1732.2 la referencia a la incapacitación como causa de extinción del mandato y en su lugar añade un último párrafo:

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

Cabe observar que tanto el término incapacitación contenido en el antiguo párrafo 2 del artículo como el de incapacidad en el nuevo no deja claro si se refieren a una incapacitación jurídica o simplemente a la pérdida de la capacidad natural, contando las dos opiniones con defensores. Hasta 1996 no se hace ninguna referencia a la incapacitación como causa de extinción del mandato. En este año se indica que “el mandato se acaba: ... 3º Por muerte, incapacitación .. del mandante o mandatario”. En 2003 vuelve a desaparecer la incapacitación del apartado 3º, y se añade el que se ha transcrito. Hasta este momento, a favor de extender el término “incapacitación” a la discapacidad tenemos que la ausencia de voluntad del mandante (manifestada en la incapacitación o la revocación) hace que caiga la causa del contrato y provoque su nulidad. En contra, que hay un concepto legalmente definido en el mismo Código sobre este término, que exige la resolución judicial.

Con la redacción actual, al permitir al poderdante determinar como se va a apreciar la “incapacidad”, la solución preferible es entender que se está refiriendo a la segunda, es decir, a la existencia de una discapacidad que normalmente será intelectual, pero en la que no podemos descartar la física o sensorial si el poderdante estima que le inhabilitará para el ejercicio de las facultades conferidas (es decir, la existencia del poder preventivo en este caso no va a suponer la pérdida de facultades intelectuales del poderdante, pero si determinar cuándo puede utilizarse).

La cuestión se muestra en la práctica a través de los poderes, que como hemos visto son el instrumento a través del cual se manifiesta a terceros y al tráfico jurídico en general este contrato, de modo que lo más habitual es que se trate en relación con este tipo de documentos, bajo la denominación de “poderes preventivos”.

En la práctica nos encontramos con **DOS TIPOS DE PODERES** en los que se incluye la prevención de que se conserve su validez. El primero es un poder ordinario, normalmente con facultades generales puesto que no se suelen referir a un solo negocio jurídico sino que pretenden asegurar la atención de asuntos más amplios. Lo que se pretende es que este poder surta **efectos en el momento presente y en el futuro**, tras una previsible incapacidad.

El segundo tipo es específico para el **supuesto de una futura incapacidad**, es decir, será válido solo en caso de que el poderdante sufra tal discapacidad. Mientras esto no ocurra, no se puede utilizar. Este segundo tipo nos lleva a la cuestión de **cómo acreditarla**. La norma nos indica que “*apreciada conforme a lo dispuesto por éste*”. Queda por lo tanto a su voluntad.

Dentro del campo de la discapacidad intelectual será precisa la intervención de terceros que acrediten la aparición de la discapacidad. Pero fijémonos en que cuanto más se endurezcan los requisitos para acreditarla, más se obstaculiza el uso del poder. De modo que habrá que prever un criterio suficientemente equilibrado, a juicio del poderdante. Como sistemas posibles podemos apuntar la intervención de médicos, directamente o a través de certificados, o la justificación de la discapacidad en un determinado grado a través del correspondiente certificado administrativo que ya se está utilizando para otras situaciones relacionadas con la dependencia y asistencia a discapacitados, y que se presenta como un sistema lo suficientemente ágil pues probablemente se habrá obtenido ya para otras finalidades (pensiones, prestaciones de dependencia, ..).

Es conveniente añadir otro supuesto junto a la acreditación de la discapacidad. Bastantes actos pasan por un juicio de capacidad del funcionario que los autoriza, los documentos notariales. En previsión de este caso, es conveniente incluir, entre las circunstancias que determinan la posible aplicación del poder, el hecho de que el notario no aprecie capacidad suficiente. En este caso, si se aprecia, actúa el interesado; si no, lo hace su apoderado. Y en ambos casos, el tráfico jurídico y la solución de los asuntos del discapaz no sufren retraso.

El presente poder puede plantear una **COLISIÓN CON EL TUTOR**, encargado de la administración general del patrimonio del incapacitado, en caso de que se haya llegado a esta situación. Esto motiva dos normas.

La primera, la comunicación al REGISTRO CIVIL que se recoge en la modificación de su norma reguladora por la ley 1/2009, que introduce el artículo 46ter que indica que

*«En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de*

*otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante*

La finalidad es que en un proceso de modificación de la capacidad se puedan tener en cuenta los poderes en vigor a la hora de regular la administración de los asuntos del incapacitando.

La segunda es la posibilidad de REVOCACIÓN DEL PODER contemplada en el 1732 del Código Civil: *el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*. En este caso se exige la resolución judicial, no basta con el simple hecho de la discapacidad.

La aplicación del poder comenzará en el momento de discapacidad del poderdante, de modo que asegurando una adecuada atención de sus asuntos, será menos necesario llegar a una incapacitación judicial (fijémonos en que, en el Derecho Alemán, el sustituto de nuestro tutor, el curador, recibe facultades para actuársolo en la medida en que los asuntos para los que le faculta no estén cubiertos con una medida preventiva, por ejemplo un poder de este tipo). Es una medida de apoyo basada en la autonomía de voluntad del que la necesita. No obstante, ante un procedimiento de este tipo, el poder sigue manteniendo su vigencia salvo que se anule por la autoridad judicial, que deberá atender para regular su guarda a lo preferido por el interesado (como se exige en relación con la autotutela que ahora veremos), y entre estas preferencias está la designación de su apoderado. Por ello es absolutamente rechazable la tendencia a decretar, automáticamente, la anulación de todos los poderes vigentes, que se ha visto incluso en fase de medidas cautelares, sin un análisis de cada poder y, con más detalle, del contrato del que procede. Además, como se detallará más adelante, esta solución del 1732 es insuficiente y puede resultar contradictoria con el artículo 12 de la Convención de la ONU.

#### **IV.- El contrato de mandato**

Hemos visto que los negocios jurídicos son, en Derecho Español, causales. Desde fuera se pueden apreciar los sujetos, el objeto, la herramienta concreta utilizada (entenderemos por tal, por ejemplo, una entrega de posesión, en el caso que hemos examinado al principio, o un poder) y los efectos que produce (una transferencia de propiedad). No tan visible a gente externa a estos elementos aparecerá la causa, con la se completan los requisitos para considerar que hay un contrato (sujeto, objeto y causa) y, además, se relacionan con las demás herramientas utilizadas (el poder) y sus efectos. El observador externo (y el que puede llegar a juzgar su licitud o anulación) puede entonces vincular todos los elementos (en concreto, el objeto o encargo hecho más el poder otorgado que, hasta entonces, aparecen separados ante un juez o ante otros parientes afectados).

En materia de actuación en nombre de otro, cuando depende de la voluntad del representado, lo visible es el poder, la herramienta. Para utilizarlo en un

negocio se solicita su exhibición, sin más. Al usarlo vemos unos efectos, los sujetos que intervienen y su objeto, pero no el vínculo de unión entre ellos.

La situación práctica actual consiste en poderes en los que no consta la causa, ni la finalidad con la que pueden utilizarse; en otros casos autorizaciones para disponer de contratos bancarios, e incluso este tipo de contratos a nombre, como titulares, de la persona con discapacidad y de su cuidador, normalmente bajo el argumento de que “es más cómodo”. Esto genera la posibilidad de expoliación del patrimonio de aquel; genera situaciones de conflicto entre los diversos hijos (puestas de manifiesto en vida del discapacitado o a la hora de repartir su herencia y ver de qué se compone esta). El no ser capaz de justificar la causa de poderes amplios genera una gran desconfianza judicial acerca de ellos, ámbito que ha generado el nombre de “poderes de ruina” y que lo aplica, poniéndolos bajo sospecha, a todo tipo de poderes generales. Cuando la realidad es que, junto a los que puedan generar problemas, existen en uso un número muy superior de este tipo de documentos que funcionan con normalidad y cumplen una importante función de apoyo de personas con discapacidad.

Frente a esta situación conflictiva se deben extremar las cautelas ante este tipo de documentos. En la práctica, el interesado suele acudir a otorgar un poder, normalmente muy amplio. Una pregunta habitual al poderdante es si es consciente de que con ese documento el apoderado, normalmente un hijo, puede arruinarle e incluso dejarle en la calle. Y una respuesta habitual es que si no se fían del hijo, de quién se van a fiar. Frente a esto, repito que habitual, la recomendación puede ser que lo hagan bien, completo, que incluya el encargo de cuidado que se hace al indicado hijo, fruto del cual serán los poderes que tenga a bien otorgar. Con esto se protege al mandante y al mandatario, al desencadenar el régimen de efectos del contrato a que se hecho referencia; también se protege al mandatario frente a reclamaciones de otros herederos. Se accede, en suma, de forma expresa, a un régimen detallado en el Código Civil acerca de las consecuencias de celebrar un contrato de mandato.

En el contrato de mandato *“se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”* (art. 1709)

La causa del contrato de mandato la podemos encontrar en la actuación en nombre o interés ajeno, basada en la voluntad del beneficiario de la misma. Así lo distinguimos de la “gestión de negocios ajenos sin mandato”, en que falta este elemento esencial pero tenemos la actuación para otro, por lo que llega a ser un cuasicontrato, o de las demás representaciones, legal u orgánica. El consentimiento del mandatario también es necesario para que surta su obligación y los efectos que le son aplicables, de modo que podemos calificarlo como negocio bilateral (no entramos en carácter esencial o no de la voluntad del mandatario, en este trabajo nos fijamos en la posición del mandante). Pero a los efectos que nos ocupan tenemos dos aspectos esenciales: la actividad que surtirá efectos en otro (lo que lo hace muy apropiado para que pueda aprovecharse de esos efectos quien no puede realizar los actos que los provocan, el campo de la discapacidad), y la voluntad de este otro, el mandante. Cuando este elemento falta, decae el encargo: por cambio

de voluntad (revocación) o por pérdida de ésta (incapacidad) (art. 1732 .1 y .3 del Código Civil).

Recalquemos a este respecto que el mandato es un contrato que pone en relación a mandante y mandatario (surte efectos entre estos dos), mientras que la representación es una situación jurídica que pone en relación al representado y a terceros (que se añadirá al contrato de mandato si existe un poder, vehículo de la representación voluntaria). Lo habitual es que se sumen porque haya mandato más poder, pero puede no ser así, es decir, que haya mandato sin poder (el mandatario contrata para sí y luego transmite su posición jurídica al mandante) o poder sin mandato (por ejemplo, en los casos en que se admite el poder irrevocable, en que trae causa de otro contrato distinto del mandato, y al que se priva de la posibilidad de revocación unilateral precisamente porque su causa es la de otro negocio jurídico irrevocable).

Como subespecie dentro del mandato encontramos el otorgado para el caso de discapacidad. El elemento causal "voluntad del mandante" incluye el requisito de la futura falta de capacidad, por lo que los supuestos de su falta no ocasionan el decaimiento, sino el nacimiento, del mandato y del poder que lo complementa. En los casos en que esto sea perjudicial para el que ya no puede cambiar su voluntad, se prevé la posible revocación por el juez (medida de control y protección). Tengamos en cuenta que la autoridad judicial deberá respetar el contrato (y los poderes que incluye) por el cumplimiento de la causa que motiva su aplicación, siendo la excepción, motivada, la revocación.

Antes de desarrollar el contrato, veamos sus **EFFECTOS JURÍDICOS**, comparándolos con los que se han observado en la gestión de negocios ajenos. Nos hemos referido antes a la **gestión de negocios ajenos sin mandato**, en la que se engloba la actuación de alguien en nombre de otro, sin encargo suyo. Tiene un régimen legal determinado, que podemos comparar con el del contrato que tratamos:

### **Obligaciones del gestor y mandatario.**

Veremos, en cada caso, las consecuencias previstas en la gestión de negocios ajenos y sus correspondientes en el mandato. Mientras dura la gestión, la actuación en nombre de otro genera algunas obligaciones:

1.- Una vez iniciada, continuar la gestión hasta su fin o hasta que las asuma el dominus si se halla en estado de poder hacerlo (art. 1888). Aquel que se encarga de algo no puede dejarlo a medias.

Correlativamente, en el caso del mandato, el mandatario queda obligado a cumplir el mandato (art. 1718) y comunicar la marcha del negocio (deducido del art. 1720). Además, hay una regulación de la continuación de su actividad incluso concurriendo causa de cese del mandato (1736 ss).

2.- Debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia, es decir, la exigible en las actuaciones normales de la vida civil (art. 1889, términos que se mantienen a

pesar de los cambios sociales en la organización familiar) porque se ha convertido en un concepto jurídicamente definido: la diligencia que prestaría una persona promedio, sin descuidos (o culpa) pero sin que sea precisa una dedicación especializada.

En el mandato se impide traspasar los límites del encargo (que no existen en la gestión de negocios ajenos), acabando en última instancia en la diligencia de un buen padre de familia (arts. 1714, 1715 y 1719).

3.- Responde en principio de su culpa o negligencia (art. 1889), que en ocasiones se ve agravada por operaciones arriesgadas o posposición del interés del dominus al suyo propio (art. 1891). La responsabilidad se podrá ver atenuada por los Tribunales, según las circunstancias del caso (art. 1889.2). Correlativamente, Hay supuestos en que esta responsabilidad se agrava: Junto con la responsabilidad anterior, se sumará el caso fortuito (aquel que no depende de actos del gestor) si excede de su función, es decir, si acomete operaciones arriesgadas o pospone el interés del dominus al suyo propio (1891). Además, si delega la gestión, responde directamente por los actos del delegado (1890).

En el mandato se responde también por dolo o culpa, de forma solidaria si son varios (arts. 1726 y 1723). Se impone la responsabilidad frente a terceros si se traspasan los límites marcados (art. 1727).

4.- Podemos añadir la obligación de rendir cuentas (TS 1-V-1998).

En el mandato aparecen reguladas la rendición de cuentas y el traspaso de los resultados (art. 1720).

### **Obligaciones del Dominus y mandante.**

1.- Liberar al gestor de la carga que le pueda suponer el asunto llevado a cabo. Esto implica, por un lado, la indemnización de los gastos necesarios y útiles (y, por lo tanto, no de los extraordinarios que superen la actuación normal esperada en la gestión); por otro lado, responderá de las obligaciones contraídas en su interés. Condición para ello, que se aproveche de ella, o bien que se hubiere tratado de evitar algún perjuicio inminente y manifiesto (ar. 1893).

En el mandato, el mandante debe dejar indemne al mandatario de los gastos realizados (arts. 1728.2 y .3 y 1729), estableciéndose garantías a favor del mandatario (art. 1730) y la solidaridad de varios mandantes (art. 1731). Asimismo asume los efectos jurídicos de lo efectuado en su nombre (art. 1727). Por otro lado, se le incluye la obligación de anticipar los fondos precisos (art. 1728.1).

2.- Retribución. A este respecto, el Código Civil no dice nada, pero la jurisprudencia la admite cuando haya reportado beneficios, lo que supone un plus frente al requisito del aprovechamiento que veíamos en el párrafo anterior. El esquema lógico es el mismo: si el dominus se enriquece, el gestor puede exigir remuneración por el trabajo realizado.

En el mandato se prevé la retribución, que dependerá del contrato celebrado (art. 1711).

### **Ratificación**

La gestión de negocios ajenos se convierte en mandato, en cuanto a las relaciones entre dominus y gestor, por la ratificación por aquel (art. 1892). En la relación dominus con terceros, se prevé la ratificación de la representación conferida (art. 1259.2). Se tratan por separado las relaciones entre los que han devenido mandante y mandatario, de las derivadas del poder que hasta entonces no existía.

Podemos ver que el elemento diferencial es la voluntad del mandante (aunque no sea el único elemento del mandato). Se delimitan las actuaciones que deberán realizarse en cumplimiento del mismo, y generalmente se le suma el efecto de la representación. Genera una mayor seguridad en el mandatario (gestor), especialmente si va acompañada de un poder, puesto que hace recaer los efectos de la actuación sobre el mandante, y esta es la principal diferencia entre ambas instituciones. También en el mandante (dominus), puesto que le permite delimitar qué se hará en nombre y para qué.

### **OBJETO: EL CONTENIDO DEL ENCARGO.**

Volvemos al contrato de mandato. Su contenido, lo que se trata de hacer en nombre de otro, pasa a ser un elemento natural del contrato y de las relaciones jurídicas que se pueden generar: entre mandante y mandatario y con terceros.

Hemos indicado que normalmente se actúa en el tráfico jurídico en nombre de otro mediante la utilización de poderes. Cuando estos se usan no se atiende a la razón por la que dicho poder existe. No es que la causa no exista, simplemente no se tiene en cuenta, no aparece expresada en el negocio jurídico (a diferencia de lo que ocurre con las representaciones legal y orgánica, en las que sí se expresa su causa). Esto es cómodo; para el tráfico jurídico en primer lugar, puesto que la representación es una circunstancia del negocio cuyas vicisitudes, causas o motivos, no deben interferir en el contrato que se realice. Para los propios interesados, puesto que no se ven obligados a exponer los motivos particulares que motivan que se envíe a perfeccionar el contrato a otra persona. Para los que son terceros en el negocio que da origen al poder y para el tráfico jurídico-económico en general, porque hace que no se tengan que ocupar de circunstancias ajenas a dicho negocio.

Sin embargo, puede producir efectos adversos como consecuencia de que el poder, sin más, no explica el motivo de su uso. Entre éstos podemos contar el descrédito que tiene la figura en ámbitos como el judicial. También en relación con otras personas que pueden resultar afectadas. Es habitual que otros parientes del representado protesten (en algún caso, pretendan la nulidad) de este tipo de poderes. En ambos casos por sospechas acerca de la licitud de la causa. De modo que la forma más sencilla de evitar este tipo de problemas es poder justificarla. No tanto expresarla en el negocio jurídico en que se utilice, en el que no se precisa,

cuanto poder justificarla si se plantea la duda: tengo este poder porque me encargó determinadas actuaciones, y lo puedo justificar.

Debemos tener en cuenta que el contrato del que resulta el poder puede incluso no existir. Así, lo normal es que forme parte o sea consecuencia de un mandato. Pero éste requiere la aceptación por el mandatario, y lo habitual en la práctica es que se otorgue en documento público el poder de forma unilateral, a veces sin contacto suficiente entre poderdante y apoderado (por ejemplo, el poder a favor de abogados y procuradores propuestos por una compañía de seguros, sindicatos y otras entidades, que aquel ni siquiera conoce). Y no podemos entender que su utilización por el apoderado en una parte de su contenido (por ejemplo, una compra) implique la aceptación de todo el encargo (que puede incluir también la venta, contratación bancaria, gravamen, explotación, etc).

Por este motivo entiendo que es conveniente “causalizar” el poder, incluyéndolo dentro de otra actuación jurídica: el mandato. Éste normalmente existe, podamos justificarlo o no. La situación habitual es que circulen poderes sin que el que los ejercita tenga medio de aclarar de donde vienen, de por qué se expidieron. Lo más fácil y clarificador es que nazca a la luz el contrato de mandato que existe detrás.

Pasaremos a ver el posible contenido de un mandato de este tipo, aquel que tiene en cuenta una situación de discapacidad del mandante. En primer lugar, puede establecerse un encargo concebido en términos generales. Podría ser del tipo “cuidado y atención del mandante, en la gestión de sus asuntos ordinarios o extraordinarios, en la medida en que el mandante no sea capaz de hacerlo o necesite apoyo para llevarlo a cabo, así como la asistencia y ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria y su desenvolvimiento de orden jurídico”. Además, habrán de otorgarse poderes suficientes para que el mandatario/asistente pueda desenvolverse en la vida económico-jurídica, esté legitimado para actos concretos. Repasaremos algunos campos en los que es conveniente otorgarlos, en los que existe una regulación legal que prevé una actuación de una persona en relación con su posible discapacidad.

### **A).- En el campo de la dependencia**

La ley 39/2006 contempla entre sus principios la *“participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias o las entidades que las representen en los términos previstos en la ley”* (art. 3.k) y el derecho a participar en la *“formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual ...”*(art. 4.2.e).

De una forma más concreta y directa, a *“decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno (art. 4.2.f); g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial. (4.2.g) ; h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio. (art. 4.2.h), i) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales. (art. 4.2.i); j) A iniciar*

*las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo*". En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimados para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal (art. 4.2.j); a suministrar la información requerida por las Administraciones Públicas ... "y en su caso, sus familiares o quienes les representen" (4.4).

También interviene en la puesta en marcha del procedimiento para reconocer la situación de dependencia, directamente o por "quien ostente su representación" (art. 28); revisión del Programa Individual de Atención, "a instancia del interesado y de sus representantes legales" (art. 29.2.a).

Por otro lado, el mandatario/asistente puede ser considerado como autor de infracciones: "Tendrán también la consideración de autores quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo" (art. 42.3).

En fin, vemos que el dependiente interviene en el proceso de atención a su dependencia. A veces lo hace personalmente, otras a través de otras personas. La terminología empleada es diversa y no coincidente, con llamadas a las opiniones del propio interesado, sus familiares (sin precisar ningún grado), representantes en general o representantes legales. No obstante, encajando esta situación en nuestro Ordenamiento Jurídico, podemos deducir que en primer lugar se atenderá al dependiente (principio general y prioritario, su voluntad), sus representantes voluntarios (que traen causa directa de su voluntad), los legales y por último, los familiares guardadores de hecho, que son los que pueden encontrar base legal para alegar representación con base al artículo 304 del Código Civil, que establece que "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad", es decir, se produce el efecto de "representación", en virtud del cual los actos de una persona surten efectos en otra distinta. Sólo en su defecto se atendería a otros familiares sin ningún vínculo jurídico, aparte del familiar, con el dependiente.

En consecuencia, puede incluirse en el contrato de mandato, como encargo aceptado por el mandatario, el "apoyo y la representación en los supuestos en que la legislación sobre dependencia contempla la intervención del mandante", y en los poderes que se le suministren, en similares términos pero fijándose en la representación, los actos concretos o genéricos (no estamos ante los que el 1713 exige mandato expreso) que puedan ser ejecutados.

## **B).- En materia de Sanidad**

La ley 41/2002, y a partir de ella todas las legislaciones autonómicas (alguna con carácter previo) acoge las conclusiones del Convenio de Oviedo y consagran el principio de autonomía del paciente, en virtud del cual las decisiones que afecten a la salud de una persona se adoptan, con carácter general, por el paciente afectado. Es lo que se conoce como consentimiento informado. La situación habitual incluye una comunicación directa entre paciente y médico para

dar cabida a la prestación de tal consentimiento. No obstante, en previsión de la situación en la que el paciente no esté en condiciones de prestarlo, se regula la posibilidad de elaborar un documento que las contemple, que se llama en unos casos documento de voluntades anticipadas, en otros de instrucciones previas, y popularmente “testamento vital”. Junto con las instrucciones propiamente dichas, se contempla la posibilidad de designar un representante, que será el encargado de dar las instrucciones precisas en el supuesto en que el otorgante no pueda hacerlo por sí mismo.

Vemos por lo tanto que participa de las características del poder: es unilateral, es revocable, y el representante actúa en nombre del que lo otorga. Además, es esencial en su naturaleza jurídica que se dé sólo para el caso en que el paciente no esté en condiciones de consentir por sí mismo. Es decir, se incorpora a su causa la previsión de la ausencia de facultades, lo que nos acerca a los conocidos como poderes preventivos.

Dentro de las situaciones que provocan su otorgamiento podemos encontrar dos supuestos de hecho. En el primero, el paciente ya padece una determinada patología; el tratamiento posible estará definido, a falta de su concreción y aceptación. Es precisa una comunicación paciente-médico que versará sobre actuaciones previsibles y concretas. En el segundo supuesto el paciente está sano, o al menos no se contempla la enfermedad que pueda dar lugar a las actuaciones médicas. No obstante, tiene claro el rechazo de determinados tipos de tratamientos que pueden considerarse o denigrantes o dolorosos. Estamos ante el llamado ensañamiento terapéutico, frente al cual el otorgante manifiesta normalmente su prohibición. Por esta vía se incluyen las tendencias de defensa de una muerte digna. Aquí no es precisa la comunicación médico-paciente, salvo que se trate de desglosar tratamientos concretos. En este caso será muy conveniente una información técnica que podrá suministrar el facultativo, al menos para explicar las características del tratamiento a admitir o rechazar.

El nombramiento de representante (y con esto nos aproximamos aún más al poder) frente a la organización de la Sanidad normalmente se incluirá dentro de estas instrucciones de carácter general, con una finalidad concreta que puede también formar parte del contenido del contrato de mandato, mediante el cual se robustece la posición de aquel frente a quienes puedan poner en duda sus actuaciones.

### **C).- Autotutela**

En esta materia se modifican por la ley 41/2003 dos artículos, 223 y 234 del Código Civil:

*223.- Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.*

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Y se introduce un párrafo primero en el artículo **234**:

*Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

1.- Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 234

Sigue el artículo detallando el orden de preferencia para ser nombrado tutor (cónyuge, padres, el designado por los padres, descendiente, ascendiente o hermano).

La reforma, que introduce la figura de la autotutela en nuestro Ordenamiento Jurídico, desarrolla el principio de autonomía de la voluntad en su forma más directa. El que mejor sabe como y quién le atenderá es el propio interesado. Debemos ponerlo en relación con la modificación del 757 LEC para permitir que el “*presunto incapaz*” tenga legitimación activa en el proceso de su propia incapacitación. Se completa con la obligación de comunicar estos documentos por el notario al Registro Civil, y la del juez de recabar certificado. Parece referirse al registro correspondiente al nacimiento.

En relación con la **forma**, se exige escritura pública, dejando el testamento para el nombramiento de tutor de los hijos.

En cuanto a su uso, ofrece muchas posibilidades. La más evidente es la de nombramiento de tutor, uno o varios (que podrían ser simultáneos, como excepción a la norma general); medidas de control a ejercer por otras personas en determinado tipo de actos; retribución; en general, ***adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.***

Es interesante también tener en cuenta la facultad de excluir a determinadas personas del cargo de tutor, interesante en caso de personas mayores que ya conocerán a quienes serían llamados a ejercer su futura tutela.

Recordemos que estas medidas son **vinculantes** para el juez, en virtud de un párrafo del artículo 234, no alterado pero que se aplica también a esta figura:

*“Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.”*

Fijémonos que se podrá establecer “*cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes*”, incluyendo por ejemplo poderes preventivos que hemos visto que pueden ir relacionados con la presente. También les alcanza la obligatoriedad para el juez, en línea con lo que hemos comentado en referencia a los poderes preventivos y su posible revocación.

En cuanto al sistema de **publicidad**, el Registro Civil ofrece ventajas pero también enormes riesgos. El motivo es que, en la práctica, su acceso es público, el interés del solicitante se presume en quien pide una certificación. Y el tipo de documentos de que tratamos, en personas con familia, puede provocar consecuencias negativas para el interesado, especialmente si es una persona mayor. Imaginemos alguien que vive atendido por algunos miembros de su familia, pero que determina quién le atenderá en el futuro, escogiendo entre ellos o incluso incluyendo un tercero. Tal dato, a disposición de cualquiera, puede ocasionar problemas graves de convivencia que otro sistema de publicidad más discreto (por ejemplo, como el Registro de Actos de Última Voluntad) evitaría.

Si el Registro Civil debe ser accesible para los que tengan interés, quien lo tiene en esta materia es el juez o fiscal que conozcan de un proceso de modificación de la capacidad, por lo que este ato no tiene por qué ir mezclado con otros que interesan a otras personas, como puede ser la separación de bienes o un matrimonio, ni con el mismo régimen de acceso a su conocimiento

#### **D).- En los negocios jurídicos: poderes preventivos**

Volvemos a la figura que de forma abstracta ya hemos tratado, Pero ahora la encajamos dentro del contrato de mandato, con lo que se hace visible su relación con los demás elementos del mismo.

Recordemos que el mandato es un contrato que recoge una serie de actuaciones, para las cuales será preciso utilizar una herramienta, el poder. Los poderes se otorgarán con independencia de la discapacidad, pero tratándose de una situación en la que es previsible ésta, la tendrán en cuenta y serán normalmente preventivos.

El campo más amplio del contrato de mandato que contemplamos estará constituido por el encargo de realizar negocios jurídicos en persecución de determinada finalidad detallada por el mandante, normalmente su propio cuidado o atención.

Si examinamos el título que a este figura dedica el Código Civil, se ha indicado que se juntan normas relativas a la relación entre ambas partes, materia contractual, y algunas referidas expresamente a la herramienta a utilizar, conocida como poder. Así, el art. 1710 ya define los mandatos generales (que incluye todos los negocios jurídicos del mandante) y especiales (referido sólo a algunos de ellos).

A continuación, el artículo 1713 habla de un mandato conferido en términos generales (lo que no es lo mismo que el mandato general del artículo anterior), que comprende sólo actos de administración, y del mandato expreso (expresión diferente de la del mandato especial del artículo anterior) para poder realizar actos de mayor importancia y riesgo económicos.

Esto se integra con el artículo 1280.5 del mismo Código, que se refiere exclusivamente a la forma (es decir, lo que va a manejar el tercero que contrate con el mandatario) y ya utiliza el término “poder”, para exigir además que consten en escritura pública los que tengan determinado contenido, que es más amplio que el que exige el mandato expreso en el 1713. Así, un mandato para realizar algo, por ejemplo, comprar una cosa, será válido sin ningún requisito de forma, pero a la hora de cumplirlo el mandatario deberá presentar una escritura de poder en determinados casos, y en otros de menor importancia (compra de más de 1.500 pesetas, aún no traducido a euros en el Código Civil) deberá constar al menos por escrito. Si no dispone de estos poderes el mandato seguirá siendo válido, y podría cumplirlo adquiriendo la cosa para sí y luego transmitiéndola al mandante (a lo que se refiere el artículo 1717: el mandatario obra en nombre propio, es decir, sin poder de representación).

Vemos en consecuencia que será conveniente (aunque no imprescindible) que el que encarga a otro alguna cosa, por ejemplo su futuro o presente cuidado, le suministre los poderes necesarios que incluyan los actos jurídicos que le autoriza a realizar. Es en este momento, los poderes que le otorga, cuando además puede establecer cautelas o controles superpuestos al propio mandato. Por ejemplo, en un mandato a un hijo (que es el que va a encargar de la atención y, eventualmente, puede ser retribuido por ello) puede establecer que para actos de enajenación de inmuebles sea precisa la intervención de varios de ellos que no serían estrictamente mandatarios (el cuidado y asistencia seguiría encomendado a alguno) pero si apoderados.

### **El mandato preventivo como medida de apoyo en la Convención.-**

El artículo 12 de la Convención de la ONU de 2006, posterior a la redacción del art. 1732 que hemos tratado, establece la capacidad de las personas con discapacidad, *“en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Es decir, el discapacitado sigue siendo, jurídicamente, capaz. Lo que ocurre es que en algunos (pocos o muchos) casos no podrá actuar o estará en inferioridad, y para ello el artículo sigue indicando que *“3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”* Y, qué mejor apoyo que el decidido, o mejor, contratado (a través un contrato) por uno mismo en, por ejemplo, un mandato preventivo.

Claro que estas medidas pueden suponer un riesgo para una persona con discapacidad, que se encontrará en situación de inferioridad frente a quienes

ejerciten sus apoyos. Por eso los Estados deben asegurarse de que “*se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas*” con un doble contenido.

En primer lugar, en relación con su uso: respetar los derechos, voluntad y preferencias del sujeto. Esto implica que, si ha definido tales medidas de apoyo, por ejemplo determinando lo que un mandatario está encargado de hacer en su nombre, debe respetarse. A continuación, evitar abusos, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

En segundo lugar, las relacionadas con las medidas en sí mismas: que sean *proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona*; que sean temporales (que *se apliquen en el plazo más corto posible*), y controladas periódicamente “*sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*”.

¿Puede cumplir el contrato de mandato preventivo con los requisitos para poder ser considerado una medida de apoyo adecuada?. El problema está en las salvaguardias.

El propio contrato determinará en qué actuaciones consistirá el apoyo. Además, determinará la voluntad del mandante, sus preferencias. Del mismo modo, pueden, y es conveniente, establecerse los controles que se estimen adecuados para asegurar que eso se cumple así. Y también, al determinarse las actuaciones a realizar, recoge el requisito de proporcionalidad.

Faltan algunas de las salvaguardias que serán precisas para completar una medida de apoyo. Tratándose de personas sin capacidad para controlar directamente su ejercicio (en cuyo caso las normas del contrato de mandato permiten ejercer estos controles o exigir responsabilidades al mandatario), el lugar donde pueden aplicarse es en un proceso judicial donde se examine la modificación de la capacidad jurídica (actualmente, de incapacitación).

El respeto de la voluntad del propio afectado puede haberse manifestado antes de la situación de discapacidad. Esto está claramente recogido en el artículo 234 del Código Civil en relación con la autotutela, que limita bastante las facultades de revisión y, por otro lado, es suficientemente amplio en cuanto a lo que puede ser modificado. En cambio, en relación el mandato, el artículo 1732 se limita a su extinción. Recordemos que terminada así: “*el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*”. Parece ser que lo único que puede hacer el Juez es declararlo extinguido en caso de constitución del organismo tutelar (que podría entenderse que incluye la curatela), y esto es claramente insuficiente respecto a lo que detalla el artículo 12 de la Convención. Más aún con aquellas tendencias que recomiendan que, iniciado un proceso de modificación de capacidad, se suspendan automáticamente todos los poderes otorgados por una persona (de los cuales constarán en el Registro Civil los preventivos).

Sin embargo, con base en la legislación actual y el amplio elenco de medidas que se pueden adoptar, por ejemplo con arreglo a las medidas cautelares que permite el art. 762 LEC o las que se basan en la combinación de los arts. 158 y 216.2 del Código Civil, se pueden establecer todas las salvaguardias que sean

precisas. Así, las que tiendan a fijar la proporcionalidad con la situación real del discapacitado, la duración de tales controles y su revisión (las que afectaban a la propia medida en sí misma, que deberá en lo posible mantenerse, cambiando si es preciso las salvaguardias establecidas judicialmente).

Un segundo grupo vendrá incluido dentro de la obligación de rendición de cuentas, también periódica, en las que pueden contemplar aquellas que vayan dirigidas a asegurar que se respetan los derechos del discapaz, evitar los abusos o conflicto de intereses o una posible influencia indebida en todos aquellos casos en que el sujeto pueda actuar.

Con esto hemos contemplado todas las salvaguardias que se contemplan en el artículo 12 de la Convención: unas derivadas del contrato establecido por quien, en el momento de su suscripción, tenía capacidad natural suficiente, y otras por la autoridad judicial al tratar la modificación jurídica. El contrato de mandato se constituye así, directamente o con ayuda de la autoridad judicial, en una medida de apoyo muy completa para la atención a la discapacidad de las personas. Lo que no es suficiente, y es incluso contrario a la finalidad de la norma, es que solo se ofrezca la solución de anularlo, como hace el actual artículo 1732 del Código Civil, que habría que completar en su aplicación con las normas citadas, manteniendo su validez (respeto de la *“voluntad y preferencias de la persona”*, art, 12 C.O.N.U.), y en una reforma legislativa modificar en ese sentido.