

EL LLAMADO PODER PREVENTIVO CON UN APUNTE PREVIO SOBRE LA CAPACIDAD



Fundación Equitas

Apoyo a los más vulnerables

EL LLAMADO PODER PREVENTIVO CON UN APUNTE PREVIO SOBRE LA CAPACIDAD

RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ
Notario Honorario

Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Real Academia del día 26 de octubre de 2015

SUMARIO:

I. UN APUNTE SOBRE LA CAPACIDAD. A. Breve consideración de algunos conceptos previos. B. La Convención de la ONU de 2006. a. La Convención. b. La recepción de la Convención en España. 1. La ratificación. 2. La recepción. c. El estado actual de la cuestión en nuestro Derecho. 1. En la legislación. 2. En la doctrina. 3. En la jurisprudencia. d. La doctrina de la Convención en los últimos documentos internacionales complementarios. 1. En cuanto a la aplicación de la Convención por parte de los Estados firmantes. 2. En cuanto al contenido de la capacidad jurídica de que habla la Convención. 3. En cuanto a la incapacitación. 4. En cuanto a los sistemas tutelares. 5. En cuanto a la discapacidad profunda. 6. En cuanto al papel que puede desempeñar la curatela. II. EL LLAMADO PODER PREVENTIVO. A. El problema. B. Su solución en nuestro Derecho. C. Posibilidades en el poder preventivo. a. Respecto a los supuestos para los que puede otorgarse. 1. El poder que yo llamo «solo para después». 1.º Solo para el caso de incapacitación judicial. 2.º Solo para el caso de discapacidad natural o de hecho. 3.º Para los dos supuestos anteriores. 2. El poder que yo llamo «para ahora y para después». b. Respecto a las facultades que se conceden. 1. Su extensión. 2. Su contenido. 3. La facultad de sustitución. 4. La autorización para la autocontratación. 5. La autorización para solicitar

copias. c. Respecto a los apoderados y su forma de actuación. 1. Apoderados solo los cónyuges recíprocamente. 2. Apoderados solo los hijos. 3. Apoderados los cónyuges recíprocamente y también los hijos. 1.º Los cónyuges y los hijos «solo para después». 2.º Los cónyuges y los hijos «para ahora y para después». 3.º Los cónyuges «para ahora y para después» y los hijos «solo para después». 4. Apoderados los extraños. D. Capacidad para el otorgamiento de este poder. E. Modificación y revocación. F. El poder preventivo en el Código de Derecho Civil de Cataluña

I. UN APUNTE SOBRE LA CAPACIDAD

A. Breve consideración de algunos conceptos previos

Me gustaría poder tener tiempo para hacer una exposición detallada de lo que se ha venido entendiendo en Derecho civil como capacidad y extenderme luego en el desmontaje de las diferencias conceptuales, que todos hemos estudiado, entre persona y personalidad y entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, las primeras con ubicación en el ámbito del ser y las segundas en el ámbito del tener (¿recuerdan aquella rotunda frase de Castán: «se es persona, se tiene personalidad»).

Según esta concepción jurídica, considerada vigente en el momento actual por buena parte de la doctrina y por nuestros Tribunales de Justicia, lo que pertenece al ámbito del ser —los conceptos de persona y de capacidad jurídica— son intocables e inmodificables como provenientes de la naturaleza, en tanto que los conceptos que pertenecen al ámbito del tener —los de personalidad y capacidad de obrar— sí que son limitables y modificables por el Ordenamiento Jurídico al ser de creación jurídica o legal. Así, era nuestro Derecho el que atribuía personalidad jurídica al ser humano y ello solo ocurría —antes de la reciente reforma del art. 30 C.c.— cuando el ser humano nacía en determinadas condiciones que eran tener

figura humana y vivir veinticuatro horas desprendido del claustro materno. De igual modo en nuestro Derecho, aunque a nadie se le puede negar a capacidad jurídica (ser titular de derechos y obligaciones) es el Ordenamiento jurídico el que tiene la potestad de regular todo lo relativo a la capacidad de obrar (de ejercitar esos derechos), determinando quienes la tienen plenamente y quienes no la tienen o se les puede limitar y hasta, prácticamente, suprimir «oficialmente». ¿Para qué le servirá a una persona que se le reconoce la capacidad jurídica de ser esposo o esposa si se le niega la capacidad de ejercicio de este derecho, es decir la capacidad de casarse? Pero como no dispongo de ese tiempo me limitaré aquí a dejar apuntada la cuestión, perteneciente al ámbito de la Filosofía del Derecho, para trasladarles cual sea el estado actual de esa cuestión en nuestro Derecho.

Como anécdota les diré que nuestras Leyes de Partidas enumeraban minuciosamente las alteraciones mentales que restringían la personalidad del siguiente modo: «loco furioso, desmemoriado, salido de memoria, sin memoria, sin seso, fuera de seso, que se levanta durmiendo e toma armas para ferir», Es decir, ¡hasta el sonámbulo si iba armado! Ha sido, hasta ahora, el llamado modelo médico en el tratamiento de la discapacidad psíquica, al situar ésta en el terreno de la enfermedad y, consecuentemente, implantar un sistema dirigido a la «protección» de la persona con discapacidad.

Como después veremos, los modelos que actualmente se imponen en la ciencia jurídica son otros dos: el modelo social que entiende la discapacidad como una disfunción o inadecuación que se produce por la interacción del entorno social con las necesidades de la persona con discapacidad; y el modelo de la diferencia que entiende la discapacidad como una de las múltiples variedades de diferencias existentes entre los integrantes del género humano, a la que hay

que aplicar, consecuentemente, las «correcciones» (discriminaciones positivas) que el principio de igualdad exige. La opción por estos dos modelos debe llevar a una decisión legal muy trascendente: la de abandonar el sistema de «protección» de la persona con discapacidad, para entrar de lleno en el sistema de «ayuda» mediante la prestación a esa persona de los «apoyos» necesarios para igualarla, en sus posibilidades de actuación, con las demás personas. Y esta distinción es muy importante en sus consecuencias: mientras que todo «protector» (en nuestro caso: el juez y el tutor o curador) se coloca en una situación de superioridad y preeminencia respecto al protegido (ser débil al que hay que proteger, en ocasiones, hasta de sí mismo) por razón de su discapacidad, el que ayuda (el gestor de apoyos) se coloca en una situación de cercanía para conseguir que la persona ayudada consiga una situación de igualdad con las demás personas en el momento y en el punto concreto en que se preste el apoyo. Comprendo mi radicalidad, pero es que, a mí, las palabras «protección» y «protector» me producen verdadera alergia. Y aunque creo que ha quedado claro que mi postura no se queda en una mera sustitución de palabras, soy de los que piensan que las palabras terminan obligando. Concluiré este apartado, parafraseando una célebre sentencia «¡Protección, cuántos abusos se han cometido en tu nombre!».

B. La Convención de la ONU

a. La Convención

En Nueva York, el 13-diciembre-2006 se produce un hecho que va a cambiar, obligatoria y radicalmente, el concepto y tratamiento de la discapacidad para las distintas legislaciones de los Estados miembros de la ONU. Ese día, un grupo importante de Estados miembros, firman un documento sobre la cuestión, para ser ratificado por los

Estados que, en aquel momento, no lo hubieran firmado. El documento recibió el nombre de «Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

Respecto a ese documento, de una gran densidad y que estimo de conocimiento y lectura obligatoria para cuantos intervenimos profesionalmente en cuestiones relativas a la discapacidad, me limitaré a realizar cuatro precisiones:

1.º Que, respecto a la discapacidad, adopta decididamente el modelo social, aseverando que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras creadas por la actitud y el entorno social, que les limitan la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Conjuntamente con este modelo, adopta también el de la diferencia al proclamar, como principio (art. 3-d) «el respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana».

2.º Que no hace diferenciación alguna entre capacidad jurídica y de obrar, aunque dentro de la capacidad jurídica, que según la Convención no puede ser negada a ninguna persona, incluye las facultades de elegir el lugar de su residencia y donde y con quien vivir así como la de controlar sus asuntos económicos, lo cual ya da una pista de por dónde van las cosas como después se verá.

3.º Que para tratar de conseguir la igualdad de las personas con discapacidad con el resto de sus congéneres, propugna un sistema de apoyos, que en ningún caso lleguen a eliminar la opinión o el deseo de esas personas, pudiendo esos apoyos tener el carác-

ter de apoyos intensos en los casos más graves. En consecuencia, elimina los sistemas de incapacitación y prohíbe los regímenes de sustitución plena o parcial de la voluntad de la persona con discapacidad por medio de organismos tutelares.

4.º Que obliga a todos los Estados miembros firmantes de la Convención y a los que se adhieran posteriormente a ella y la ratifiquen, a tomar las medidas legislativas necesarias o pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o reformar leyes y reglamentos, a fin de llevar a sus ordenamientos jurídicos los principios, conceptos y disposiciones de la Convención. Para realizar un seguimiento de esta tarea, deja constituido un Comité que será el órgano que resuelva dudas e inste a los Estados a realizar los cambios legislativos necesarios.

b. La recepción de la Convención en España

1. La ratificación

Más de cien Estados y Organismos Internacionales (la Unión Europea entre ellos) se han adherido, al que ha sido denominado como «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI». España ratificó la Convención el 30-marzo-2007, previa la pertinente autorización de las Cortes Generales, conforme al art. 94 de nuestra Constitución. Posteriormente, el 21 de abril de 2008, España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo, ratificación que fue publicada en el BOE el 29-abril de ese año, entrando en vigor el 3 de mayo del mismo.

Pues bien, la Constitución Española establece, en su art. 96, que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez pu-

blicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno» Y, siguiendo este criterio, el artículo primero de nuestro Código civil, dedicado a la enumeración de las fuentes del Derecho, establece en su apartado 5 «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado» Es decir, que según estas dos normas, un Tratado Internacional ratificado por España y publicado en el boletín oficial del Estado pasa a formar parte del ordenamiento interno español y será, sin más, de aplicación directa. Por tanto, habrá que convenir que, con arreglo a nuestra Constitución y a nuestro Código civil, desde el día 3 de mayo de 2008 la Convención forma parte del Ordenamiento Jurídico del Estado español y, consecuentemente, es de aplicación directa en España.

2. La recepción

Con posterioridad a la precitada ratificación, en el Estado Español aun no se ha producido la plena recepción de la convención y ello por el planteamiento de tres dudas:

1.^a ¿Como puede ser de aplicación directa la Convención cuando choca con distintos preceptos de nuestro Código civil en materia de capacidad, incapacitación y tutela? Dado que la Convención no es un texto articulado sobre estas materias su aplicación directa produciría la derogación de los preceptos que las regulan en nuestro Código civil, sin ser sustituidos por otros, lo cual produciría un vacío legal en nuestro Derecho que tendría que llenar la jurisprudencia.

2.^a La Convención, terminológicamente, solo habla de capacidad jurídica, en su paradigmático art. 12, para prohibir su restricción. ¿Quiere esto decir que nada ha variado en nuestro Derecho, puesto que en nuestro Ordenamiento Jurídico lo que se restringe con la incapacitación es la capacidad de obrar?

3.^a La Convención prohíbe los regímenes de sustitución absoluta de la voluntad de la persona discapacitada o incapacitada por otra persona ¿Quiere eso decir que solo está prohibiendo el régimen de tutela pero no de curatela? Y además ¿cómo actuaremos, sin sustituir su voluntad, en el supuesto de un discapacitado «absoluto» (vgr.: una persona en estado vegetativo)?

Estas tres dudas y la convicción de que la cuestión es muy compleja y requiere un proceso de estudio concienzudo y abierto en lo posible a la sociedad, ha llevado a que, en nuestro Derecho Civil, aun no se haya producido la plena recepción de la Convención y ello pese a haber recibido un tirón de orejas del Comité, en el mes de septiembre de 2011, reprochando directamente al Gobierno Español el retraso en aplicar una nueva legislación que «regule el alcance y la interpretación del art. 12»; y, recomendando al Estado Español que «revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona» (La cursiva es mía y, para evitar repeticiones, advierto al lector que igualmente lo serán todos las demás cursivas que aparezcan en el texto).

Pues bien, estamos en el mes de octubre de 2015 y todo sigue igual. Me creo obligado a decirles que, desde muchas y variadas

instancias, se han ofrecido informes y colaboraciones a los distintos Gobiernos para realizar las reformas que el Comité demanda pero ninguna de ellas ha obtenido la respuesta pertinente. Y soy testigo de algunas de esas ofertas. Hace muy pocos días he tenido noticias de que la Comisión General de Codificación va a emprender la tarea de elaborar un proyecto de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la materia que nos ocupa.

c. El estado actual de la cuestión en nuestro Derecho

1. En cuanto a la legislación

Transcurridos ya trece años de la aprobación de la Convención y doce de su ratificación por España, al día de hoy siguen vigentes los artículos del Código Civil relativos a la capacidad, la incapacitación, la tutela y curatela. La última información recibida, en diciembre del año pasado, fue que, hasta después de las elecciones, el Gobierno no se plantearía la reforma del Código civil en esta materia. Y les hago gracia de omitir algunas de las gestiones en que he intervenido para no provocar en ustedes una auténtica sensación de vergüenza ajena. Según lo que les he dicho, parece que la Comisión General de legislación, un poco antes de las elecciones, va a comenzar sus trabajos en la materia.

El RDL de 29-noviembre-2013 aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Pues bien, pese a que en este texto, se recogen los principios de la Convención para aplicarlos a diversos aspectos de la vida social y administrativa en relación con el discapacitado, no se ha hecho la esperada reforma del Código civil y ello, aunque en la Disposición adicional séptima de la Ley de 1 de agosto de 2011, que es la que dio paso al Texto refundido antes referido, se dispone que

el Gobierno, en el plazo de un año, remitirá a las Cortes un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al art. 12 de la Convención, es decir el Proyecto de Ley de reforma del Código civil en esta materia.

Sin embargo, los nuevos Códigos de Derecho Civil de Cataluña de julio de 2010 y de Derecho Foral de Aragón de marzo de 2011, publicados después de la vigencia de la Convención y que, por tanto, hubieran tenido que adaptarse a ella, tampoco lo hacen en plenitud, limitándose a ciertos retoques de mera apariencia.

2. En cuanto a la doctrina

La escala ha sido muy amplia y ha girado desde los que hemos defendido, desde el primer momento, la aplicación directa de la Convención y el relleno por la jurisprudencia de las lagunas normativas que provocase esa aplicación en la normativa civil por la derogación del procedimiento de incapacitación y de la figura de la tutela, hasta los que han estimado que esa aplicación de la Convención no era ni necesaria ni conveniente.

Dentro de los primeros citaré a los integrantes del Congreso de Expertos de Justicia y Derechos Humanos constituido en el año 2009 por iniciativa de la Fundación Aéquitas en colaboración con el Ministerio de Justicia, cuyas conclusiones, publicadas en 2010, abogan 1.º) por aseverar que la Convención, una vez que ha sido ratificada por España es de obligado cumplimiento 2.º) por entender la capacidad jurídica como un *prius* esencial de la persona, en la que se incluye la capacidad de ejercicio y de la que no puede ser privada la persona como perteneciente al ámbito de los derechos humanos 3.º) por estimar suprimido el proceso judicial de incapacitación quedando este sustituido por un procedimiento de provisión de

apoyos para la toma de decisiones en el que nunca tendrá cabida la representación legal y permanente de la persona con discapacidad 4.º) por considerar objeto de revisión las tutelas y curatelas constituidas hasta la fecha para adaptarlas a la Convención y configurarlas como medidas de apoyo, con la intensidad y permanencia que requiera cada situación.

Dentro de los segundos citaré al profesor PÉREZ DE ONTIVEROS que estima no ser totalmente exacta la opinión respecto a que la tutela es opuesta a los principios de la Convención (en un trabajo publicado en el núm. 23 del año 2009 de la Revista Derecho Privado y Constitución, titulado «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar»). Y, en un plano mucho más radical, el profesor Rams Albesa que, en un trabajo publicado en la RCDI de enero-febrero 1911, sostiene que es evidente que la Convención no es aplicable directamente, concluyendo su opinión con las siguientes palabras: Se trata de una Convención que «no era necesario ni conveniente ratificar... porque nuestras soluciones legislativas y nuestra tradición jurídica es muy superior técnicamente, al pensamiento expresado por ésta y porque (esa ratificación) supone un acto de seguidismo más a los que ya nos tienen acostumbrados nuestros sucesivos poderes legislativos con referencia a algunos tratados internacionales. La Convención de Nueva York sigue una moda de típica solidaridad verbal propia de la inanidad política y social de las Naciones Unidas y, por si fuera poco, no aporta nada a los países signatarios de la Convención Europea de Derechos Humanos».

Señalaré que, en los momentos actuales, la doctrina, en general va evolucionando, aunque con muchas matizaciones, hacia la asun-

ción de los criterios que recoge la Convención y que, como veremos, han sido objeto de explicación explícita por el Comité que ella ha creado.

3. En cuanto a la jurisprudencia

Podríamos decir con RAMÓN CORRAL que se ha producido una línea evolutiva desde las sentencias de 29-abril-2009 y 11-octubre-2012 que siguen una línea tradicional, abandonando toda posibilidad de sustituir la tutela por una doctrina de apoyo a las personas discapacitadas, pasando por la sentencia de 24-junio-2013, que mira la Convención como suministradora de unos criterios de interpretación aplicables a los preceptos del Código civil que siguen vigentes e inclinándose por la eliminación de la tutela absoluta y su sustitución por la tutela parcial, hasta las últimas sentencias de 30 de junio y 30 de septiembre de 2014 que asumen con claridad la aplicación directa de la Convención y la supresión de la incapacitación total que se convierte en una muerte legal y social de la persona. Por su parte, la de 27-noviembre-2014 vuelve a la doctrina de la de 2009, aunque avanza en el sentido que, en aquella, defendió el Fiscal del Supremo Carlos Garcenmuller, que después de afirmar en su escrito que «las personas con discapacidad tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su capacidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida y, para conseguir esa igualdad se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad» termina estimando por razones prácticas que, en tanto se modifique la legislación, la curatela es la institución idónea para poner en valor este sistema. Finalmente, en la última sentencia por ahora, la de 13-mayo-2015, el TS sigue hablando

de sistema de protección sin acoger su sustitución por un sistema de ayuda a la diferencia, y continúa refiriéndose a la imposibilidad de privación de la capacidad jurídica, como capacidad para ser titular de derechos, pero sí de la capacidad de ejercicio, con lo que continúa aceptando el procedimiento de incapacitación, aunque admitiendo que hay que tratar de cuidarlo y perfilarlo para «proteger» adecuadamente al incapacitado mediante una graduación muy detallada de su incapacidad que se plasme en la realización para él, de un «traje a medida». Pongo de relieve, porque me afecta, que la frase del traje a medida empleada en esta sentencia por el TS, fue una frase acuñada por mí el año 97 en mi libro «El notario y la protección del discapacitado», frase que hizo fortuna en los ámbitos doctrinales y que he seguido utilizando, como frase gráfica para poner de manifiesto mi exigencia de sustituir, por este «traje a medida» confeccionado concienzudamente para cada incapacitado en cada caso, el «pret a porter» que, para salir del paso y por falta de medios, habitualmente utilizaban los Jueces y Tribunales. ¡Casi veinte años ha tardado el TS en acogerla y solicitar practicarla! d. En lo que hace referencia a los últimos Documentos Internacionales que desarrollan la Convención.

Recientemente han aparecido dos documentos que, desde mi punto de vista, aclaran todas las dudas y despejan todas las reticencias que, por la incorporación plena de los criterios de la Convención, han llevado a algunos Estados a dilatar las modificaciones legislativas tan reiteradamente demandadas por el Comité.

Por orden de fechas, el primero es el documento de la Comisión de Derechos Humanos, radicada en Estrasburgo, de la Unión Europea, bajo el título «Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial» fechado el 20-febrero-2012

(en adelante, documento de la Comisión). El segundo es el documento del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, creado por la Convención, que lleva por título «Observación general sobre el art. 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley» elaborado en su 11.º periodo de sesiones transcurrido entre el 30 de marzo y el 11 de abril de 2014 (en adelante, documento del Comité).

El primero de estos documentos obliga al Estado Español como miembro de la Unión Europea y el segundo como Estado que ha ratificado la Convención.

Pues bien, como ambos documentos son casi coincidentes en los criterios interpretativos de la Convención, me limitaré a exponer estos criterios respecto a las dudas y vacilaciones que se vienen planteando en España por un sector de la doctrina y por la jurisprudencia en general:

1. La aplicación de la Convención por parte de los Estados firmantes.

En cuanto a la aplicación directa de la Convención y la obligatoriedad, por parte de los Estados, de llevar a cabo una modificación legislativa del Código civil que adapte sus preceptos a los criterios de la Convención, son afirmadas reiteradamente por el Comité.

Dice el Comité: «...los derechos establecidos en el art. 12 se aplican desde el momento de la ratificación. Los Estados partes tienen la obligación de hacer efectivos inmediatamente los derechos establecidos en el art. 12, incluido el derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica». Y en otro lugar: «El derecho al

reconocimiento como actor jurídico está establecido en el art. 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados de tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a... controlar sus propios asuntos económicos».

Dice la Comisión: «La mayoría de los sistemas europeos de capacidad jurídica están obsoletos y requieren una reforma legislativa urgente. La premisa de la capacidad jurídica, de la cual deberían gozar todas las personas adultas mayores de edad, debe extenderse a las personas con discapacidad. Hace falta que nos dejemos de centrar en las deficiencias personales para concentrarnos en el establecimiento de medidas de apoyo que permitan a las personas tomar sus propias decisiones y desarrollar sus capacidades a tal efecto».

2. ¿La capacidad jurídica de que habla la Convención, engloba la capacidad de ejercicio?

En cuanto a las dudas sobre si la denominada capacidad jurídica, a la que se refiere explícitamente el art. 12 de la Convención para prohibir su privación, comprende también la capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar. Tanto para el Comité como para la Comisión no hay duda ninguna: la capacidad jurídica comprende la capacidad de obrar.

Dice el Comité: «La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho... La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos... La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legi-

timación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones... en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del art. 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica».

Dice la Comisión: «Algunas jurisdicciones establecen una distinción entre la capacidad para tener derechos y la capacidad para actuar o para ejercer tales derechos. Los eruditos en derechos humanos argumentan de manera convincente que el art. 12 de la Convención otorga a las personas con discapacidad estos dos aspectos de la capacidad jurídica. En otras palabras, la capacidad para gozar de derechos conlleva, automáticamente, la capacidad para ejercerlos con las medidas de apoyo apropiadas que cada persona elija y considere aceptables».

3. ¿Debe ser eliminada la incapacitación?

Respecto a la cuestión de si debe ser eliminado de las legislaciones de los Estados adheridos a la Convención, el procedimiento de incapacitación, para el Comité y para la Comisión resulta claro que, con arreglo a la Convención, deben desaparecer todos los regímenes que privan, en todo o en parte, de la capacidad jurídica que, como ha quedado dicho, engloba la de obrar.

Dice el Comité: «... los Estados deben adoptar las medidas siguientes para asegurar la plena aplicación del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: a) ... suprimir los regímenes y mecanismos basados en la sustitución en la adopción de decisiones que niegan la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de discriminar a las personas con discapacidad».

Y dice la Comisión: «...El Comisario para los Derechos Humanos realiza un llamamiento a los Estados miembros de Europa para que: 3) Consigan la abolición de los mecanismos que prevén la incapacitación total y la tutela plena» Obsérvese que la Comisión solo habla de suprimir la incapacitación total cuando, el Comité estima que, con arreglo a la Convención, no puede seguir existiendo un sistema como el de incapacitación aunque este lleve solo a sustituir la voluntad en algunas decisiones, por muy pocas que estas sean. En el apartado que sigue, a continuación, citaremos el texto en que así se expresa.

4. ¿Quedan prohibidos los sistemas tutelares que sustituyen la decisión de las personas con discapacidad?

Sobre la prohibición de los sistemas tutelares que coartan la autonomía de la persona con discapacidad sustituyendo, aunque sea en una pequeña parte, sus decisiones por las de otra persona, y la implantación de un sistema de apoyos más o menos intensos y de carácter proporcional que respeten, aunque sea en un último reducto, los deseos de esa persona, el Comité señala, de manera ineluctable, la obligación, por parte de los Estados adheridos, de reemplazar el primero de los sistemas por el segundo

Dice el Comité: «Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden ser de muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen determinadas características comunes: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones, alguien que no es la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se

basa en lo que se considera el interés superior objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias. La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir a los primeros y elaborar distintas alternativas a los segundos» (Las cursivas las he hecho con objeto de resaltar que, para el Comité, es rechazable no solo la tutela plena sino también la parcial y ésta aunque no comprenda la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad en varias decisiones sino que esté reducida a una sola decisión).

Dice la Comisión: «Son comunes dos modelos de tutela principales, a saber, la tutela plena y la parcial. Las personas que están bajo tutela parcial mantienen sus principales derechos civiles, pero algunas capacidades se transfieren a su representante legal, por lo general el poder para administrar los asuntos financieros... En los informes se indica que las tutelas parciales tienen un control excesivo sobre la vida de las personas que se encuentran bajo tutela, quienes no siempre son conscientes de las decisiones que deben tomar ellos mismos y de las que debe tomar su tutor, ni de su derecho a participar asimismo en aquellas decisiones en que su tutor tiene la última palabra».

Y dejo para el final lo que dice la Comisión, en un párrafo que, según mi criterio, arroja mucha luz respecto a la necesidad de reemplazo, por parte de los Estados miembros de la Unión, de los sistemas basados en la incapacitación total o parcial y la sustitución por otro que no vulnere los derechos humanos de la persona. Y es que, en este párrafo, la Comisión se faja con lo que constituye la esencia de las decisiones de las personas que se quieren sustituir por las de otras. Dice la Comisión:

«En el pasado, los conceptos jurídicos europeos sobre la dignidad humana solían asentarse en la idea de una persona racional y razonable, a saber, una persona que procesa de manera racional la información, elige entre alternativas probables tras analizar sus consecuencias, y llega a una conclusión racional, a saber, a una decisión con conocimiento de causa. El problema que plantea esta idea no es solo que pueda excluir a personas con ciertas discapacidades, sino que se basa en premisas falsas. La toma de decisiones es un proceso complejo analizado tanto por investigadores como por académicos de todo el mundo. Las decisiones que tomamos no suelen ser puramente racionales. Considerar todas las alternativas en una situación determinada no suele ser posible ni deseable en vista de la cantidad de tiempo que ello requeriría. Nuestras emociones afectan a nuestras decisiones sobre las decisiones que merecen, o no merecen, la pena sopesar. El proceso también se ve influido por nuestras experiencias y antecedentes sociales y culturales, incluidas nuestras redes personales. También asumimos riesgos y cometemos errores. Aprendemos de algunos errores y repetimos otros».

Es decir, que el modelo de dignidad humana y capacidad jurídica integrado en el art. 12 de la Convención es mucho más incluyente que la idea de persona racional. Porque es un grave error creer que las decisiones de la persona dependen solo de su racionalidad. Y pone el énfasis en la prestación de apoyo, en lugar de en la negación total o parcial de la capacidad de obrar (inseparable según la Convención, no se olvide, de la capacidad jurídica) de las personas para tomar decisiones. Tal como señala Michael Bach, la pregunta que se plantea no es ya si una persona tiene la capacidad mental para ejercer su capacidad jurídica, sino qué tipos de apoyos se necesitan para que la ejerza. Y esto, evidentemente, constituye un cambio de orientación radical en la legislación sobre la capacidad jurídica» .

Por citar una de las opiniones más recientes, me referiré a la de la Profesora MARTA ORDÁS (comentario a la sent. TS 27-Novbre-2014 publicado en los Cuadernos Cívitas de Legislación y Jurisprudencia, núm. 98, mayo-agosto 2015), cuando afirma, frente a otras opiniones, incluso la suya misma, que en el documento del Comité «queda meridianamente clara la obligación de los Estados Parte de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones, hasta el punto de que elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener, paralelamente, regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, no basta para cumplir con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención. Desde esta perspectiva, tampoco respetaría las exigencias de la Convención un régimen jurídico, como el diseñado por la Ley 25/2010 de 10 de julio del Libro II del Código Civil de Cataluña en el que se ha introducido la figura de la asistencia pero manteniendo la tutela. No sería suficiente, en consecuencia, una reforma del Código Civil que se limitara a introducir apoyos, si no va acompañada de la derogación de aquellos preceptos que regulan la institución tutelar».

5. El problema de la discapacidad profunda

Los partidarios de que se siga separando la capacidad de obrar de la jurídica, alegan que es la única manera de poder dar solución a estos casos extremos, y ello mediante la privación judicial de esta capacidad obrar (conservando la jurídica) y la sustitución de la voluntad del discapacitado por la de otra persona ¿Qué otro método hay si no? concluyen.

El proyecto de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizado por treinta expertos designados por el Real

Patronato para la Discapacidad, contemplaba este caso extremo y, para él, propugnaba la existencia de un «gestor de apoyos intensos» que gozase de mucha más flexibilidad en su actuación que el gestor de apoyos, y que siempre estaría obligado a procurar, de algún modo, la conexión con los sentimientos, tendencias y hasta gustos del afectado por esa discapacidad profunda. Ya hemos puesto de manifiesto antes, cómo la Comisión considera que no hay que fijarse solo en la racionalidad de la persona con discapacidad porque las decisiones no son solo movidas por esta cualidad. En Sevilla vive un chico (ya tiene cuarenta años) autista, sordo y ciego. Lo cuida, además de la madre, un matrimonio que está con ellos desde que el chico era muy pequeño. Pues bien, tanto la una como los otros han conseguido una relativa comunicación con él. En una ocasión me decía la madre, que su hijo sabía cuándo ella iba a salir de viaje porque palpaba las ropas de su armario y se daba cuenta de que faltaban trajes. Lo que quiere la Convención es precisamente eso, que el gestor de apoyos venga instado a agotar las posibilidades de contar aunque sea con la más pequeña parcela de voluntad de la persona con discapacidad, sin atenerse a tablas de actuación preconcebidas y fijadas en una sentencia que ya sabemos resulta un método muy seguro (y muy cómodo) para el juez, para el fiscal y para el tutor. Les basta a los primeros con seguir el dictamen médico de un especialista (el forense). ¿Y cuántas veces esos dictámenes han fallado? Los Notarios podríamos contar algunos casos que sorprenderían. Y algunos Fiscales también ¿Y quien sufre las consecuencias en esos casos? Indudablemente el discapacitado a quien se pretende «proteger». Pero, con lo que a mí me parece una absoluta deformación profesional que encierra escasa implicación con la hondura del problema, contestan algunos de los partidarios de la sustitución de voluntad a ultranza: ¡ese es el riesgo de algo que no tiene otra solución! Y sin embargo la Convención está invirtiendo el razonamiento: hay que proclamar, como regla general, la

obligación de tratar de conectar con la voluntad del discapacitado para apoyarla, aunque esa conexión solo llegue a alcanzar un grado mínimo. ¡Por encima de dictámenes médicos! Como dice el Comité en su punto 11 «cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones... se le retira su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta (es decir —apunto yo— la capacidad de obrar). Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio de la condición) ... En todos estos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición de persona ante la ley» Y apostilla la Comisión «La designación de un tutor suele basarse en un informe médico. Una vez redactado dicho informe, es difícil revocar la tutela porque, desde el punto de vista médico, la persona pocas veces suele experimentar una mejoría» Es cierto que habrá casos en que la búsqueda de esa conexión resultará imposible, pero, lo novedoso es que habrá que intentarlo siempre y, por supuesto, con apertura a los avances técnicos que, en cada momento, se vayan produciendo. Dice al respecto el Comité en su punto 24-b, algo que me parece decisivo: «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo» Y la Comisión explicita aun más: «Puede que aun existan personas cuyas decisiones no podemos entender en la actualidad, a pesar de los esfuerzos desplegados para apoyar a una persona de que se trate, unidos a los esfuerzos de ajuste realizados por terceros. En tales casos, tal vez debamos recurrir a la lógica del interés superior y poner todo nuestro empeño en averiguar aquello que la persona en cuestión nos habría transmitido si hubiéramos podido entenderla. Sin embargo esto no significa que los Estados puedan seguir privando a este grupo de su capacidad jurídica. En su lugar necesitamos

concebir diferentes tipos de apoyo, entablando un diálogo con los usuarios, para que, con el tiempo, logremos comprender mejor las decisiones y preferencias de nuestros compatriotas».

Ya sé que, ante todo lo anteriormente dicho, alguno me dirá: Muy bonito pero ¡pura utopía! Pero es que cuando lo que está en juego son los derechos humanos de una persona, el tener como meta lo que, en un momento determinado, puede ser una utopía, para tratar de alcanzarla, siempre será una obligación. ¿Cómo es que aceptamos (no por todos, ya lo sé) que, en Derecho Penal, se prefiera, al ordenar el proceso judicial, que puedan quedar libres diez culpables antes de que pueda ser condenado un inocente y no se siga el mismo criterio a la hora de priorizar, por encima de todo, la dignidad más profunda de una persona humana cuando está afectada por una discapacidad intensa? Como ha dicho alguien, cuando entra en juego la aplicación de los derechos humanos el asunto no puede resolverse con ligereza. Es decir que, a mi juicio, hay que tratar de buscar soluciones al problema que nos ocupa dejando a un lado comodidades profesionales, seguridades jurídicas que «mantan», perezas mentales y caminos trillados.

¿Y qué ocurre en el caso de las limitaciones de capacidad establecidas por la Ley en relación con la edad? El Comité, en su punto 32, opta por una solución que pudiéramos considerar como intermedia: la de tener en cuenta su opinión en las decisiones que le afectan teniendo en cuenta su edad y madurez».

6. ¿Qué papel puede desempeñar la curatela?

En esta materia creo obligado hacer referencia al trabajo titulado «¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial» de

la Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga BLANCA SILLERO CROVETO (RCDI núm. 747 págs. 383 a 414). En este trabajo, la autora hace un recorrido por la doctrina jurisprudencial reciente para terminar con la siguiente conclusión «El Tribunal Supremo afirma que la normativa española referida a la incapacidad jurídica se ajusta a la Convención de Nueva York al contar con los instrumentos jurídicos propios de la tutela, la curatela y el patrimonio especialmente protegido. Sin embargo creemos que la Convención abandona ya estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de carácter, extensión e intensidad variados. Es cierto que la curatela cumple la función que podría asignarse a la instauración de apoyos puntuales, máxime cuando la normativa española aún no se ha adaptado a las directrices y principios de la Convención de Nueva York. Sin embargo, no nos parece correcto mantener instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan abiertamente con los mandatos de la Convención».

Y es que, desde mi punto de vista, la curatela se parece algo a un sistema de apoyos, pero solo respecto a que no se produce sustitución en la voluntad. Ahora bien, ni el sometido a curatela, aunque en ese momento pueda tener capacidad suficiente, puede hacer algo por sí solo cuando ese «algo» está incluido en los límites de la curatela, ni elige a la persona del curador, ni puede sustituir al curador por otra persona cuando el nombrado no es de su agrado, exigencias todas ellas expresadas por el Comité con relación al prestador de apoyos, como antes se vio, y por tanto trasladables al curador si se pretende que este ocupe el lugar de aquel. Dice también el Comité en su punto 25-g «la persona tiene derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento» ¿De cuándo acá podría predicarse eso respecto a nuestra curatela? Ciertamente podría alegarse que la sentencia

de incapacitación que dio origen a la curatela es modificable ante la aparición de unas nuevas circunstancias, pero todos sabemos que eso se consigue a base de sortear dificultades y exige, además, tiempo, con lo que es imposible satisfacer las necesidades de cada momento. El sistema de apoyos es mucho más flexible que la curatela, porque deja al juicio del gestor de apoyos la forma, el modo y el cuándo de su actuación, que, siempre y en cada momento, habrá de tener en cuenta las preferencias de la persona apoyada porque, como dice el Comité, en su punto 20, «los objetivos del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica es fomentar la confianza y la aptitud de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su discapacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean», cosa claramente impensable respecto a nuestra curatela. Y es que la «protección» ordenada por la sentencia de incapacitación, se impone para todos los casos que el juez haya previsto relativos a la actuación del incapacitado, en tanto que «la ayuda», en un buen sistema de apoyos, se presta solo cuando se necesita. Como dice la Comisión en su punto 4-2-5 «el apoyo no limita la capacidad jurídica de la persona de que se trate» Claro es que, en estos casos, hay que dar un amplio margen de actuación al gestor de apoyos. Y enseguida surgen los clamores de los que pretenden crear el derecho desde la patología: ¡Eso dejaría indefensa a la persona con discapacidad respecto a los abusos de su gestor de apoyos! ¡Pues, precisamente, en esos casos es cuando tiene que intervenir el juez y no antes, señores míos! ¿Por qué hay que confiar ciegamente en el criterio de un juez que ve una sola vez al incapacitado y no en el del gestor de apoyos que normalmente será una persona que lo conoce, lo quiere y lo ve con mucha frecuencia? ¿Por qué hay que contemplar al gestor de apoyos solo desde el punto de vista de sus posibles abusos o negligencias (la patología) y no desde su normal honradez y dedicación? ¿Y por qué no se piensa en la suficiencia de controles adecuados por parte del Ministerio Fiscal que podrían

establecerse? Pero es que además, no hay curatela sin incapacitación previa, una incapacitación judicial que marca, señala y hasta segrega al incapacitado como marcaba a los judíos la estrella de David que clavaban en su ropa. Como dice la Profesora antes citada, se necesita «un sistema de provisión de apoyos, obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento» y eso, concluyo yo, es imposible conseguir con la institución de la curatela.

II. EL LLAMADO PODER PREVENTIVO

A. El problema

Los notarios nos encontramos, algunas veces, ante situaciones en las que no nos es posible hacer nada para solventar un problema grave que se nos plantea. Uno de estos casos se da cuando nos solicitan la autorización del poder de una persona mayor, a favor de alguno o algunos de sus hijos, con el objeto de vender bienes (o un bien concreto) y nos encontramos con que, ese potencial poderdante, ha perdido ya todas o una gran parte de sus facultades intelectuales y volitivas. Ante nuestra negativa al otorgamiento que se pretende, los hijos nos explican la situación que, en la mayoría de los casos, suele ser la siguiente: «Nuestro padre (o nuestra madre) necesita una persona que le cuide y, para pagarla, tenemos que vender tal o cual cosa». Cuando les explicamos que no podemos autorizar el poder, dado el estado mental de su padre, nos preguntan con angustia: «¿Y, entonces, qué se puede hacer?» El Derecho solo nos posibilita una contestación: «Tienen ustedes que incapacitarle judicialmente y que el juez le nombre un tutor que será quien, con la preceptiva autorización judicial, pueda realizar la venta». Después de interesarse y ser informados de lo que significa la incapacitación, su tiempo y sus trámites, la decisión suele ser, casi siempre la misma: «¿Cómo vamos a incapacitar a nuestro padre? A ver cómo podemos arreglárnoslas. Solo en el caso de que no tengamos otra salida económica lo haríamos». Y hemos de marcharnos con cierta frustración, sabiendo que dejamos a nuestras espaldas un problema familiar que puede incluso degenerar en disgustos y desencuentros entre hermanos.

Allá por el año 2000, si no recuerdo mal, en una jornadas patrocinadas por la Fundación Aéquitas en Madrid, en la que nos reunimos Notarios, Jueces y Fiscales para tratar del procedimiento de incapacitación, uno de los Fiscales asistentes, ya con cierta edad, advertía: «Dado el aumento progresivo de los límites máximos de vida en nuestro país y las edades que ya vamos teniendo, la mayoría de nosotros somos candidatos futuros a la incapacitación». Esa afirmación hizo que todos nos removiésemos en nuestros asientos, y ello porque ninguno queríamos pasar por ese trámite doloroso y traumático de la incapacitación, tal y como está regulada, en este momento, por nuestra legislación. Y terminaba el fiscal «¡Yo no quiero que me incapaciten! ¡No quiero que me protejan! ¡Denme los medios para protegerme por mi mismo!»

B. Su solución en nuestro derecho

Pues bien, el año 2003, la demanda de aquel fiscal tuvo respuesta en nuestro Derecho. La solución vino de la mano de la Ley de 18-noviembre-2003 con el carácter de una medida preventiva que, bien conocida y bien utilizada, constituye una muy estimable aportación a la solución del problema planteado.

La ley citada coloca, como eje de esta solución, la reforma del art. 1732 C.c. que se ocupa de la extinción del mandato.

Antes de la reforma, el mandato se extinguía por la incapacitación del mandante de manera ineluctable. Pues bien, después de la reforma del 2003, esto ha dejado de ser así, ya que, aunque, como principio general, el mandato sigue extinguiéndose por la incapacitación del mandante, se admite una excepción: que el mandante hubiera dispuesto su continuación en este caso. Dice así el precep-

to citado, después de su reforma: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiere dispuesto su continuación o el mandato se hubiere 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».

En consecuencia, la solución de carácter preventivo que hoy permite la Ley, y que nos evitará a los mayores el riesgo de la incapacitación judicial, ante una necesidad de disposición patrimonial de nuestros bienes cuando ya no tengamos capacidad mental o volitiva para ello, es el otorgamiento de lo que se conoce con el nombre de poder preventivo. Indudablemente, estamos aquí ante un medio de apoyo que se perfila como uno de los más importantes dentro del sistema de apoyos que tendrá que implantarse en España por imperativo de la Convención.

C. Posibilidades

Este poder puede tener un mayor o menor alcance en cuanto a los supuestos para los que se otorgue, en cuanto a las facultades que se concedan y, finalmente, en cuanto a las personas que se nombren apoderados y la forma en que hayan de ejercitar las facultades encomendadas.

a. En cuanto a los supuestos para los que se otorgue

Puede tener el poder un mayor o menor alcance en cuanto a los supuestos que se quieren prevenir, ya que puede que el poderdante quiera prevenir solo el caso de incapacitación judicial o que quiera, de manera más amplia, prevenir el caso de la discapacidad, es decir que el apoderado actúe en caso de incapacidad no declarada judi-

cialmente (la llamada incapacidad de hecho), o que pueda actuar en ambos casos. Veámoslo con brevedad:

1. El poder que yo llamo «solo para después»

Se trata de un poder en que el apoderado nombrado solo podrá actuar a partir de que llegue el momento previsto por el poderdante, momento que puede ser doble: el momento en que se le incapacite, si este momento llegase, o el momento en que llegue a tener una discapacidad natural o de hecho en el grado que él mismo determine.

1.º Solo para el supuesto de incapacitación judicial

Este caso parece que, en principio, tiene escasa utilidad porque lo que normalmente quiere el otorgante, al otorgar este poder, es precisamente evitar la incapacitación con los efectos de que se le nombren un tutor o un curador. Hasta tal punto es así que el nuevo Código Civil de Cataluña configura el poder preventivo como una más dentro de las medidas de protección en favor de la persona con discapacidad. La consecuencia, muy importante por cierto, es que cuando esta persona haya otorgado un poder preventivo —en prevención de una posible y futura discapacidad que, incluso, puede haberse manifestado ya de modo incipiente— no será precisa la constitución de la tutela y, consecuentemente, tampoco la previa incapacitación (art. 222-2-1) aunque esa discapacidad natural lleve a manifestarse, con posterioridad, de modo pleno y con suficiente entidad. Esta concepción de la figura lleva, a diferencia de lo que preceptúa nuestro Código civil, a que, el Ministerio fiscal, aunque tenga noticias de la existencia de esa persona y de su estado de discapacidad, no estará obligado a promover su incapacitación, salvo en los supuestos en que la protección del mismo lo exija (art. 222-2-3).

Dado pues que, en nuestro Derecho, sí cabe la incapacitación pese a tener otorgado el incapacitado un poder preventivo, está claro que, en el supuesto que nos ocupa, el poderdante está dejando una persona que, sin tener el carácter de tutor de los bienes, tendrá unas determinadas facultades de administración conferidas que también tendrá el tutor. Es por esta razón —confluencia de facultades en el apoderado y en el tutor— por lo que será aconsejable que el poderdante, en este caso, proceda a dejar establecido el nombramiento de tutor para caso de incapacitación así como el funcionamiento de la tutela como después veremos.

Naturalmente, en el caso de que nos estamos ocupando, (poder solo para el caso de ulterior incapacitación del poderdante) para que el apoderado pueda utilizar el poder, deberá exhibir la pertinente declaración judicial de incapacidad y, consecuentemente, el tutor y el apoderado coexistirán como figuras paralelas después de la incapacitación judicial salvo que el juez, al constituir la tutela, revoque el poder otorgado al segundo bien por propia decisión «o posteriormente a instancia del tutor». Téngase en cuenta que el artículo citado señala expresamente que el poder otorgado no solo para el supuesto de la discapacidad de hecho del poderdante sino incluso para el caso de incapacitación, no determina la extinción de dicho poder cuando tal incapacitación se produce (con su consecuencia lógica de nombramiento de tutor) con lo cual hay que convenir, aunque pueda parecer difícil de entender, que las dos representaciones (la del apoderado y la del tutor) coexisten.

He dicho antes que creo que el poder, dado solo para el supuesto específico de incapacitación, tiene para el poderdante poca utilidad, porque, precisamente y en general, lo que el poderdante trata con su otorgamiento es evitar dicha incapacitación en el supuesto de sobrevenirle la afectación de una discapacidad de hecho. También

debo añadir que, lo normal, si se está pensando en la incapacitación, es que el poderdante la prevea mediante la autotutela. ¿Podrá preverla en el mismo poder? Creo que nada se opone a ello, puesto que el poder se otorga por «escritura notarial» como exige para la autotutela el art. 223 párrafo segundo, en la que deberá constar, por nota, la remisión al registro civil del parte correspondiente. En este caso, si el poderdante quisiese que, pese a la utilización de la figura de la autotutela y la designación de tutor, el apoderado nombrado (si no es el mismo tutor nombrado) continuase en el ejercicio del poder, creo que será conveniente decirlo expresamente e incluso (si así lo prefiere) disponer que, en los aspectos que crea convenientes, actúe el apoderado con preferencia al tutor. Lo que no creo posible es que en la misma persona puedan confluír los «cargos» de apoderado preventivo y de tutor y ello porque quedaría a voluntad de esa persona la decisión respecto a cuando actuaría como apoderado y cuando como tutor lo cual parece una burla de las normas de la tutela.

Desde mi punto de vista, la existencia de dos personas distintas con iguales facultades solo tiene interés para el supuesto en que el otorgante quiera evitar las autorizaciones judiciales exigidas al tutor para la realización de los actos a que se refiere el art. 271 del C.c. Pienso, incluso, que sería conveniente la expresión específica de este deseo, tanto en los casos en que en la misma escritura se formalizasen el otorgamiento del poder preventivo y la autotutela, como en los que no se previese nada de la segunda, y ello, al amparo de que el párrafo segundo del art. 223 C.c. permite que el otorgante del poder preventivo pueda en documento público notarial y en previsión de ser incapacitado en el futuro «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes» Y creo, además, que debe admitirse esa posibilidad porque, para el caso de que se produzca la patología, es decir el mal uso por el apoderado de la

confianza otorgada, siempre el tutor tendrá la posibilidad de solicitar del juez la revocación de ese poder tal como se regula en el art. 1.732 reformado.

2.º Solo para el supuesto de discapacidad natural o de hecho.

El único problema que plantea este supuesto es la determinación del momento en que esa discapacidad se hace presente y, en consecuencia, faculta para actuar al apoderado. Se trata de determinar qué tipo de discapacidad se está previendo, de qué extensión de la misma se habla, y de cómo se acredita su existencia. Pues bien, hay que decir que la Ley ha resuelto con amplitud este problema al permitir que sea el propio poderdante quien determine ese qué y ese cómo (otra vez prioridad a la autorregulación). Claramente, el poderdante podrá escoger para ello el sistema que crea mejor y que le suscite mayor confianza, aunque, desde el punto de vista práctico, habrá que aconsejar que elija un método que no pueda producir dudas ni dar lugar a impugnaciones como podría ocurrir si se optara por el juicio de algún amigo no técnico en la materia, o, por supuesto, el del propio apoderado. Entiendo que este sistema podría ser el dictamen de un médico técnico en la materia en quien el apoderado confíe o, a mi juicio y mucho mejor, el dictamen de un organismo totalmente neutral como es la Comisión de Valoración de Minusvalías que expide el correspondiente certificado acreditativo del grado de discapacidad que se padece o bien del organismo que se cree, en su caso, para acreditar la discapacidad a que se refiere la Ley 41/2003 en su art. 2 y que ha de crearse reglamentariamente. Para estos casos será el propio poderdante quien fijará el grado de discapacidad que deberá padecer y que ha de acreditar el correspondiente certificado. Creo que, dado que la Ley citada (disposición adicional cuarta añadida al Código civil por el art. 13 de

dicha Ley) toma en cuenta, para todos los supuestos regulados en la misma, el concepto de discapacidad definido en la propia Ley, y dado que, en su art. 2, determina como uno de los dos supuestos de discapacidad, a los efectos de la misma, la minusvalía psíquica igual o superior al 33%, es lógico aconsejar que, en el poder preventivo, se tenga en cuenta ese mínimo porcentaje, sobrepasándolo en una cuantía que parezca suficiente (vgr. el 40% o más) a la hora de determinar el poderdante el grado de discapacidad que debe afectarle para que pueda el apoderado hacer uso del poder.

3.º Comprensivo de los dos supuestos anteriores (incapacitación y discapacidad natural o de hecho).

Desde mi punto de vista es el más aconsejable. Se trata de que el poderdante prevea tanto el supuesto de que exista discapacidad volitiva y/o mental de hecho, sin que medie incapacitación judicial, como en el de que se produzca esa incapacitación.

En este caso, el poderdante prevé las dos opciones porque, si llega el caso, aunque el poderdante quiere evitar, con el otorgamiento del poder, que se produzca su incapacitación judicial, ésta puede producirse en el caso de que algún pariente la solicite y la obtenga. Por eso otorga el poder para los dos supuestos: discapacidad natural o de hecho e incapacitación judicial.

Dependiendo de la situación en que se encuentre el poderdante en el momento de actuación del apoderado, éste tendrá que justificar esa situación bien de la manera indicada en el apartado anterior, si se trata de incapacidad no declarada judicialmente, bien con el oportuno testimonio de la declaración judicial de incapacidad, si se trata del supuesto de incapacitación judicial.

Finalmente, y a tenor de lo señalado en el apartado anterior, será importante hacer constar que el apoderado lo será para un caso y para el otro, con independencia de que, en éste último supuesto, exista tutor o curador. E incluso con disposición de autotutela en el mismo documento público, en distinta cláusula o estipulación.

En la práctica de despacho en Sevilla, he venido utilizando, para este supuesto, la fórmula siguiente:

«Para que en nombre y representación del o de los poderdantes, y aunque se incida en los supuestos de autocontratación o múltiple representación, pueda ejercitar, sin limitación alguna y con prohibición expresa de sustitución de este poder, salvo en lo que respecta al otorgamiento del llamado poder para pleitos, las facultades que a continuación se indican, y ello, solo y exclusivamente en el caso de discapacidad volitiva y/o mental del poderdante, haya o no recaído sobre el mismo sentencia de incapacitación. Si no hubiere mediado sentencia de incapacitación, la discapacidad psíquica del poderdante se acreditará con la calificación de minusvalía emitida por el Centro de Valoración y Orientación de la Junta de Andalucía o, en su caso, organismo que le hubiese sustituido, siempre que, en tal calificación, la discapacidad alcance un grado igual o superior al 40%». Naturalmente, la inclusión o no en esta fórmula de la autorización de la autocontratación y múltiple representación, dependerá muy mucho de la confianza y relaciones del poderdante con el apoderado.

Como dato curioso he de referirles a ustedes que, en una intervención mía hace tiempo en unas jornadas, celebradas en el Hospital de San Juan de Dios de Bormujos, sobre algunos particulares de la Ley 41/2003, dirigidas a cuidadores en hospitales y residencias de discapacitados y ancianos, tuve conocimiento, a través de las preguntas de los asistentes, de que en un gran número de residencias

geriátricas, tanto públicas como privadas, es práctica habitual, en el momento de ingreso de un nuevo residente, la exigencia de una autorización, en modelo impreso, a favor de la persona que tenga por conveniente, para que los responsables del Centro se entiendan con ella a fin de disponer cuanto se estime conveniente en orden a la atención, cuidados, objetos personales y todo cuanto pueda afectar a la estancia del residente, en el momento en que éste pierda o tenga muy debilitadas sus facultades mentales. Este documento, que se extiende no solo al aspecto patrimonial sino también al personal, en el fondo no es más que un poder preventivo otorgado en documento privado, de gran utilidad para el centro en cuestión a la hora de tratar de evitar problemas y discusiones con familiares del residente cuando llegaba el momento en que éste perdía sus facultades decisorias. Efectivamente, ese poder en documento privado, es, en principio, válido, dada la gran libertad que en el aspecto de forma concede al mandato el párrafo segundo del art. 1710 del Código Civil. ¿Qué pasa entonces con la exigencia del art. 1.280-5.º relativa a que deberán constar en documento público «El poder ... para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero»? Pues que, como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, (STS 28-julio-1999, 27-enero-1995, 5-febrero-1992, 9-enero-1964, aunque la de 24-octubre-1995 parece inclinarse por la tesis contraria) este requisito no es exigido como forma «ad solemnitatem» sino como forma «ad probationem» por lo que los terceros podrán exigir que se llene esta forma pública. De aquí la conveniencia de recomendar a la dirección de todos esos establecimientos, para evitar problemas, la sustitución de todos esos poderes privados por un poder preventivo «en toda regla», es decir otorgado en escritura pública con todas sus garantías.

2. El poder «para ahora y para después»

Se trata de que el poder, pueda ser utilizado por el o por los apoderados, tanto para el supuesto de que no exista pérdida de facultades intelectuales y/o volitivas en el poderdante (es decir, para que el apoderado pueda actuar desde el momento en que se otorga) como para el supuesto futuro e hipotético de que se produzca esa pérdida. Estamos aquí en presencia de un poder normal al que se le añade una especificidad, la de subsistencia, es decir que el poder no se extinguirá y seguirá produciendo todos sus efectos en caso de discapacidad psíquica y/o sensorial.

En este tipo de poder, que quizás sea el más aconsejable con las salvedades que luego se harán, lo normal es que nadie le exija al poderdante ninguna demostración del estado de incapacidad de hecho (ni tampoco de derecho por la incapacitación judicial si así se establece) del poderdante, y ello por la razón que luego veremos. Con este tipo de poder se evita que ocurra lo que, antes de la Ley del 2003, podía suceder, y es que los actos realizados por el o los apoderados en nombre del poderdante, pudieran ser declarados nulos o anulables (la doctrina discute en cuanto a estos dos efectos) si se demostraba que, al momento del otorgamiento del acto o contrato en cuestión, el poderdante sufría ya una incapacidad de hecho que le impedía realizar el acto de que se tratase por sí mismo. El tercero que contrata tiene pues la seguridad de que, cualquiera que fuese la situación del poderdante en el momento de la contratación (capacidad, incapacidad de hecho o incapacitación judicial, si este último supuesto también se comprende) el consentimiento del apoderado será válido.

Particularmente, he utilizado en este caso la fórmula siguiente:

«para que, en nombre y representación del o de la poderdante y aunque se incida en los supuestos de autocontratación o múltiple representación, pueda ejercitar, sin limitación alguna y con prohibición de sustitución, salvo en lo que respecta al otorgamiento del llamado poder para pleitos, las facultades que a continuación se indican. Estas facultades podrá ejercitarlas el apoderado incluso en el supuesto de discapacidad volitiva y/o mental del poderdante, haya o no recaído sobre el mismo supuesto de incapacitación. Si no hubiere mediado sentencia de incapacitación, la acreditación de la discapacidad psíquica del poderdante, en el supuesto de ser exigida, se efectuará mediante la calificación de minusvalía emitida, por el Centro de Valoración y Orientación de la Junta de Andalucía o, en su caso, del organismo que le hubiese sustituido, siempre que, en tal calificación, la discapacidad alcance un grado igual o superior al 40%».

Evidentemente lo normal, con esta fórmula, es que no se tengan problemas en la utilización del poder por parte del apoderado y que no se exija ninguna acreditación para el acto que éste quiera realizar en nombre del poderdante. Y ello, porque o el poderdante tiene en ese momento la capacidad de obrar suficiente o no la tiene. Si se demuestra que la tiene nadie podrá atacar la validez de lo hecho por el apoderado. Y si se demuestra que no la tiene, tampoco podrá atacarse esa validez porque el supuesto ha sido expresamente previsto por el poderdante. El hecho por lo tanto de incluir en la fórmula la determinación del grado y forma de acreditación prevista por el poderdante, se hace, tan solo, a los efectos de que, pese a la fórmula omnicomprendiva utilizada, sabedora la otra parte que contrata con el apoderado de la discapacidad que afecta a su po-

derdante le exigiese la acreditación de su grado por estimar que esta precaución añada seguridad a lo actuado.

Dada la libertad de utilización que el otorgamiento de este poder implica para el o los apoderados, es recomendable lo siguiente, hablando en términos generales y sin descender a las situaciones familiares concretas que pueden plantearse: de una parte que el poder lo otorguen los esposos con carácter recíproco y, además, a favor de todos o de la mayor parte de sus hijos mancomunadamente (con lo cual se evitarán actuaciones «ligeras» por parte de alguno de los hijos) y, de otra, que el documento se guarde en un lugar determinado y solo se dé noticia de su existencia a una persona (hijo en el que se tenga más confianza, familiar o amigo) a fin de que solo se utilice cuando realmente sea necesario mientras el poderdante conserve su capacidad.

b. En cuanto a las facultades que se concedan

1. Respecto a la extensión

Este poder puede tener una mayor o menor extensión respecto a las facultades que se otorguen, aunque, si se quieren evitar problemas de interpretación, lo aconsejable es el otorgamiento de un poder lo más amplio posible. Pero, como siempre, todo dependerá del grado de confianza del poderdante con el apoderado. A veces la concesión de las facultades de avalar y afianzar tiene que ser muy meditada y no digamos la facultad de donar, sobre todo cuando el poder es de la modalidad de «solo para después». En cuanto a las de enajenar e hipotecar pueden ser limitadas, por ejemplo señalando que serán por el valor de mercado o por el valor razonable señalado por un experto independiente. En cuanto a la facultad de hipotecar será aconsejable incluir la hipoteca inversa en beneficio del poderdante.

2. Respecto al contenido

¿Puede contener el poder facultades relativas a la persona, es decir la toma de decisiones respecto a la educación, recuperación o aumento posible de su capacidad, atenciones, asistencia (incluso médica), internamiento en centros de acogida o ingreso en centros médicos y cuidados del apoderado, incluso la facultad de decidir en los casos comprendidos en el llamado testamento vital? Entiendo que sí, trasplantando a nuestro Derecho esa obligación impuesta al asistente por el art. 1.901 del BGB alemán —y hay que entender que también al apoderado cuyo nombramiento (art. 1.896) hace innecesario el nombramiento de asistente —de atender los deseos expresados por el poderdante cuando tenía capacidad para ello. En definitiva, creo que la autotutela es a la tutela lo que el poder preventivo es al guardador de hecho. Pues bien, para la autotutela expresamente admite esta amplitud de facultades conferidas por el otorgante el art. 223 reformado por la Ley a que nos venimos refiriendo, al admitir que éste no solo puede nombrar a su tutor, en previsión de ser incapacitado, sino también (efectúe o no el nombramiento de dicho tutor) «adoptar cualquier disposición relativa a su persona y bienes». Entiendo, por tanto, que, una vez admitido por la ley que nadie como el propio sujeto para regular sus propios intereses en un supuesto de futura y posible incapacidad declarada judicialmente (autotutela) o no (poder preventivo), debe caer por tierra cualquier barrera limitativa que se quiera poner al contenido de esa autorregulación, naturalmente siempre que ese contenido sea lícito y legítimo. Dicho esto, es obvio que, a mi parecer, el poder podrá contener cuantas instrucciones y precisiones crea convenientes expresar el poderdante relativas al ejercicio de las facultades contenidas en el poder, tanto si se refieren al aspecto patrimonial como si afectan al aspecto personal.

Precisamente la Comisión para los Derechos Humanos de la UE, en su documento de Estrasburgo de fecha 20-febrero-2012, cita como ejemplo de los sistemas de apoyos que preconiza, siguiendo las disposiciones de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas discapacitadas del año 2006, (ratificada por España el año siguiente), el ejemplo de la Columbia Británica del Canadá en su Ley de Acuerdo de Representación, muy similar a nuestro poder preventivo. Y señala la Comisión, que en estos «acuerdos de representación» la Ley prevé que la persona que elabora tales acuerdos, autorice a otra persona, libremente elegida por ella, para que le apoye o tome decisiones en su nombre en determinadas esferas de su vida que pueden comprender la gestión económica, decisiones en materia de salud o la obtención de servicios jurídicos.

Y en el otro ejemplo citado en el mismo sentido, el de los mediadores de Suecia, cuya función tiene que ser requerida por el interesado, afirma que estos deben estar dispuestos a ocuparse de «cuestiones existenciales» del cliente.

3. Respecto a la facultad de sustitución.

¿Cabe la sustitución, en todo o en parte, por el apoderado de este poder preventivo cuando el poderdante no se lo ha prohibido, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1721? Entiendo que estamos aquí en presencia de algo más que un poder corriente. Estamos ante un documento hábil para evitar la incapacitación, sustituyendo, en la práctica, lo que sería un tutor o curador por un apoderado y así se desprende de la legislación de Cataluña, como luego veremos, en lo que se refiere a este poder. Pero es que, además, la especialidad de este poder (la imposibilidad de su revocación por el poderdante cuando éste deviene incapaz) le confiere un carácter tan personalísimo que, entiendo, no cabe tal sustitución. Bueno será sin embargo

la constancia en el documento de la prohibición expresa que evita dudas y produce los efectos de la «nulidad de lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante» como expresa el párrafo final de ese art. 1721.

4. Con relación a la inclusión en el poder de los supuestos de autocontratación y/o múltiple representación.

Para no repetir me remito a lo antes dicho: hay que tratar estos supuestos con mucha cautela (sobre todo el de autocontratación) y ahondar, respecto al poderdante, en su confianza con el apoderado por el peligro que ste tipo de cláusula conlleva.

5. Finalmente en lo que respecta a incluir en el poder la autorización al apoderado para solicitar copias, es otro de los extremos que deben ser meditados cuidadosamente.

Dependerá, en muchos casos, del tipo de poder que se otorgue, pues, a veces, como luego veremos, en los caso en que el poder se otorga «para ahora y para después» el poderdante no quiere entregar la copia de momento y, como solución de andar por casa, solo le revela al poderdante el hecho de su otorgamiento y el lugar en que lo tiene guardado, a fin de que solo pueda utilizarlo cuando al propio poderdante le interese, mientras conserve sus facultades mentales, y para que pueda llegar hasta la copia una vez que las pierda. También dependerá de a favor de quien se otorgue, pues cuando son varios apoderados es posible que la posibilidad de obtener copias solo se le confíe a uno de ellos. Otra posibilidad es condicionar la autorización para petición de copias en el sentido de limitar tal autorización al momento en que el poderdante vea mermada su capacidad mental y volitiva en un 40%, presentando, a tal efecto, el certificado correspondiente del organismo a que antes se ha hecho referencia.

c. En cuanto a los apoderados que se nombren y su forma de actuación.

Vamos a señalar en este apartado una serie de posibilidades, aunque sea solo como vademécum para facilitar la tarea de consejo por parte del Notario autorizante. Estas posibilidades son las siguientes:

1. Apoderados: solo los cónyuges recíprocamente.

Y ello, ya sea en la modalidad de «solo para después» o en la de «para ahora y para después». En la práctica de despacho, he utilizado, en el primer caso, la fórmula señalada en el apartado C-a-1-3.º, y en el segundo supuesto la señalada en el apartado C-a-2. Naturalmente, adaptándolas al carácter recíproco del poder.

2. Apoderados: solo los hijos.

No es muy normal apoderar solamente a los hijos en la modalidad de «para ahora y para después». Lo normal es que se les otorgue el poder preventivo «estrictu sensu», es decir, solo el de «para después» y ello por lo que indicaré luego.

En este caso de apoderar solamente a los hijos, el poderdante puede designar concretamente al hijo o los hijos a los que apodera (en este último caso, para actuar mancomunada o solidariamente). Pero muchos padres se resisten a distinguir a unos hijos respecto a otros porque no quieren que se ponga de manifiesto su menor confianza respecto a alguno o algunos de ellos. Para evitar este problema, lo mejor es aconsejar (siempre examinando las circunstancias familiares del otorgante o de los esposos otorgantes, en su caso) que el poder lo otorgue a favor de todos los hijos pero para que actúen, mancomunadamente, dos o tres cualesquiera de ellos. Con esto se

evita mostrar preferencia por ninguno y no se excluye a ninguno de ellos, sabiendo que aquel en quien menos confía va a necesitar para actuar la actuación conjunta de, al menos, otro de sus hermanos.

En este supuesto de poder solo a favor de los hijos y «solo para después», puede utilizarse la fórmula señalada en el apartado C-a-1-3.º adaptándola a las circunstancias específicas que haya que tener en cuenta en el poder de que se trate.

3. Apoderados: los cónyuges recíprocamente y los hijos.

Admite este tipo de poder varios supuestos: 1.º) Que se otorgue a favor todos estos apoderados en la modalidad de «solo para después» 2.º) Que se otorgue a favor de todos ellos en la modalidad de «para ahora y para después» 3.º) Que se otorgue a favor del cónyuge en la modalidad de «para ahora y para después» y a favor de los hijos en la modalidad de «solo para después» (la inversa, aunque es posible, no tiene, en la práctica acogida) .

Naturalmente, respecto a la conveniencia de facultar para que actúen mancomunadamente dos o más de los hijos apoderados, me remito a lo dicho en el apartado 2 anterior.

Examinemos brevemente cada uno de estos tres supuestos planteados:

1.º Los cónyuges, recíprocamente apoderados, y los hijos, mancomunadamente apoderados, en el poder de «solo para después» Es decir que, cuando llegue el momento de la discapacidad o incapacidad, podrán actuar, indistintamente, bien el cónyuge del poderdante discapacitado (si viviere y tuviere capacidad suficiente para ello) bien los hijos en la forma prevista. Dada la libertad de utilización que el otorgamiento de este poder implica para el o los

apoderados, mi consejo, hablando en términos generales y sin descender a las situaciones familiares concretas que pueden plantearse, es que el poder lo otorguen los esposos efectivamente con carácter recíproco y, además, a favor de todos sus hijos, pero para que estos actúen mancomunadamente dos o tres de ellos (o cuatro si son muchos los hijos) Como he dicho, de lo que se trata es de evitar, por una parte, que puedan actuar solos los hijos de los que se fien menos los otorgantes, y de otra que estos hijos, si se les excluye del poder, puedan quedar «marcados» por esta desconfianza expresa. Para este supuesto, con las adaptaciones que sean del caso, puede utilizarse la fórmula expresada en el apartado C-a-1-3.º

2.º Los cónyuges recíprocamente apoderados y los hijos mancomunadamente apoderados en la modalidad de poder «para ahora y para después».

Tal como antes anticipé, en algunas ocasiones me han manifestado algunos poderdantes sus reservas respecto al otorgamiento de este tipo de poder en la modalidad de «para ahora y para después», y ello porque los hijos lo pueden utilizar desde ya y eso podría ser, en determinados casos, «peligroso» para el poderdante. Si quieren utilizar esta modalidad de poder tengan la copia del poder en un lugar determinado y seguro y solo den noticia de su existencia a una persona (hijo en el que se tenga más confianza, familiar o amigo) a fin de que solo se utilice cuando realmente sea necesario, o bien hables a todos ellos de la existencia del poder, indicándoles el número y fecha del mismo así como el notario autorizante, y señalándoles que, de momento, no se ha pedido copia, habiéndose estipulado, en dicho poder, que los apoderados solo podrán pedir copias del mismo cuando se produzca la falta de capacidad del poderdante justificada del modo determinado en el propio po-

der. Esto último puede ser previsto en el mismo poder, utilizando, por ejemplo la siguiente fórmula, al enumerar las facultades de los apoderados:

X). Solicitar y obtener copias de ésta escritura, en cualquier momento cualquiera de los cónyuges apoderados recíprocamente y, en cuanto a los hijos apoderados, solo en caso de pérdida de las facultades intelectuales y/o volitivas de los poderdantes o del que de ellos sobreviva, acreditada al Notario, en cuanto a extensión y forma, mediante el documento previsto en esta escritura y, en caso de incapacitación, mediante la exhibición del testimonio de la correspondiente resolución judicial.

De todos modos, en este supuesto, al ser muy normal que se plante la desconfianza arriba indicada, creo que la mejor solución es otorgar el tipo de poder que, a continuación se expresa:

3.º Los cónyuges, recíprocamente apoderados «para ahora y para después», y los hijos, apoderados «solo para después».

Se trata de un sistema mixto, con eficacia del poder «para ahora y para después» solo a favor del cónyuge y eficacia «solo para después» a favor de los hijos porque no se quiera que estos últimos puedan actuar desde ya.

En la práctica de despacho y para este caso, utilizo una fórmula con dos apartados (A y B). En el apartado A utilizo, para los cónyuges, la fórmula señalada en el apartado C-a-2 anterior. Y en el apartado B, destinado a los hijos, después de consignar el nombre de todos y de expresar el número de ellos que actuarán mancomunadamente, empleo la fórmula señalada en el apartado C-a-1-2.

Pero aun puede plantearse otra reserva. Con este poder, los hijos apoderados podrían actuar —respecto al cónyuge poderdante que hubiese devenido discapaz— en el momento que esa discapacidad se hubiese manifestado con la intensidad prevista en el poder. Pero los cónyuges pueden querer que tampoco en este caso puedan actuar los hijos, porque prefieran que, si el otro cónyuge poderdante vive y tiene capacidad, actúe éste.

En este caso aparece claro que, mientras vivan ambos cónyuges y en tanto que uno de ellos conserve su capacidad, el poderdante que no la conserve prefiere que sea precisamente el otro cónyuge quien le represente y, que solo en el caso de que éste tampoco conserve su capacidad o bien haya fallecido, puedan actuar los hijos apoderados.

En este supuesto de poder y en el caso de tenerse que ejercitar el mismo sobre un bien ganancial sin que se hubiese practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, habrá que convenir lo siguiente: 1.º) Si viven los dos cónyuges recíprocamente apoderados, y uno de ellos se encuentra en la situación de discapacidad prevista, podrá ejercitar el poder solamente el otro cónyuge, actuando por sí y en representación del otro (se habrá previsto incluso la autocontratación) 2.º) Si viven ambos cónyuges pero los dos se ven afectados por discapacidad en el grado previsto en el propio poder, tendrán que actuar los hijos apoderados en la forma prevista en el mismo 3.º) Fallecido uno de ellos tendrá que actuar el cónyuge superviviente, si conserva su capacidad, juntamente con los herederos del premuerto, y, si no conserva la capacidad en la intensidad prevista, tendrán que actuar los hijos apoderados por una parte, en la forma mancomunada prevista, y los herederos del premuerto, de otra, dentro de los cuales, como se dijo antes, estarán los propios hijos apoderados.

En la práctica de despacho y compareciendo ambos cónyuges, he venido utilizando para este supuesto la siguiente cláusula:

«Confieren poder, tan amplio y bastante como en derecho se requiera, para los casos que después se indican, a favor de su cónyuge y también a favor de sus hijos (consignar todos los que tengan) en este último caso para que, actuando mancomunadamente dos (o tres) de cualquiera de ellos, y aunque se incida en los supuestos de autocontratación o múltiple representación, puedan realizar, sin ninguna limitación y con prohibición expresa de sustitución de este poder, salvo en lo que respecta al otorgamiento del llamado poder para pleitos, todas y cada una de las facultades que se enumeran a continuación. Si su cónyuge conserva sus facultades volitivas y mentales actuará solamente él. Si no las conservase (haya o no recaído sentencia de incapacitación) o hubiere fallecido, actuarán sus hijos en la forma dicha. Para el caso de discapacidad sin que hubiere mediado sentencia de incapacitación, dicha discapacidad psíquica de uno u otro de los poderdantes o, en su caso, de los dos, deberá haber alcanzado un grado igual o superior al 40%, lo que se acreditará con la calificación de minusvalía emitida por el Centro de Valoración y Orientación de la Junta de Andalucía o, en su caso, organismo que le hubiese sustituido.

Aun a riesgo de caer en reiteración, aclaran los poderdantes que, respecto a los hijos apoderados, este poder no tendrá eficacia más que si se dan conjuntamente estas dos circunstancias: 1.º) Que el poderdante en nombre del cual se quiera ejercitar el poder padezca discapacidad en el grado indicado. 2.º) Que su cónyuge compareciente haya fallecido o, si vive, padezca también la discapacidad indicada en el grado previsto. Es decir, que los cónyuges poderdantes optan por que, mientras vivan ambos, el único representante de cada uno de ellos sea el otro, si éste vive y tiene la capacidad necesaria en el grado previsto.»

4. Apoderados extraños

1.º Sin limitación ninguna

En la práctica se puede utilizar las formulas previstas en los apartados C-a-1-3.º o C-a-2, según el supuesto que se desee prever («solo para después» o «para ahora y para después»).

2.º Estableciendo la necesidad de consentimientos de terceros para algunas facultades determinadas o para todas.

En este caso se pueden utilizar las mismas formulas que en el apartado anterior pero añadiendo:

«Para la eficacia de este poder será necesario que, respecto a las facultades consignadas en los apartados (los que quiera el otorgante) el apoderado, al ejercitarlas, cuente, en cada caso y en el mismo acto, con el consentimiento expreso de los señores siguientes (o bien, de uno de los señores siguientes o de dos de los señores siguientes de forma mancomunada, o solidaria).

D Capacidad para el otorgamiento de este poder

Es evidente que será el Notario autorizante quien tendrá que juzgar si el otorgante del poder tiene, al momento de otorgarlo, la capacidad necesaria para ello. ¿Y qué capacidad será esta? Refiriéndose al otorgamiento en escritura pública de la autotutela, señala la profesora GEORGINA ALVAREZ («Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los arts. 223 y 234 del Código Civil» RCDI, núm. 747, enero-marzo 2015, pág. 350) que el art. 223 del Código habla de «cualquier persona con capacidad de obrar suficiente» y que, a su juicio, el Código ha querido matizar la exigencia de una

capacidad plena al aludir a su simple suficiencia, lo que le lleva a entender que está pensando en supuestos «en los que se restringiría judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial, haya indicios de una pérdida progresiva de facultades» ¿Puede aplicarse este criterio a la capacidad exigible para el otorgamiento del poder preventivo? Parecería lógico dado que, como antes ha quedado dicho, lo que el poderdante está haciendo es establecer un mecanismo de provisión de apoyos para cuando los necesite (así lo determina la legislación catalana, como luego se verá). Indudablemente, si el poder es de los que he llamado «desde ahora y para después», como el poder va a tener efectividad inmediatamente, es lógico que el Notario exija una capacidad plena. Pero si solo va a tener eficacia «para después» y, por tanto, se trata de un medio de procurarse los apoyos de que habla la Convención, creo que habría que tener en cuenta lo que la «Comisión para los Derechos Humanos» con sede en Estrasburgo ha dicho en el documento de 2012. En efecto, refiriéndose a los mediadores personales de Suecia, medio para que la persona pueda procurarse determinados apoyos y que tiene algunos parecidos con nuestro poder preventivo, señala que los requisitos para rellenar los formularios pertinentes impedirían conseguir un mediador a muchas personas que lo necesitan. Y, en aras a hacer posible un instrumento con el que conseguir los apoyos que le resulten imprescindibles, rebaja hasta tal punto las exigencias de capacidad respecto al solicitante, que entiende «basta con un simple sí a una pregunta de un mediador al cliente acerca de si este último necesita un mediador». Y cuando, al final del texto, se ocupa de lo que llama «acuerdos de representación» señala lo siguiente: Al decidir si un adulto puede elaborar dicho acuerdo, no se aplica la prueba de comprender y valorar. En su lugar, se considera si un adulto puede comunicar un deseo para obtener ayuda, puede

expresar preferencias, es consciente de que la conclusión del acuerdo de representación significa que el representante puede tomar decisiones que afectan al adulto, y si el adulto tiene una relación con el representante que se caracterice por la confianza».

De todos modos, en el momento presente, en el que aun no se ha producido la adaptación del Código civil a los imperativos de la Convención, estimo aconsejable al Notario autorizante del poder, que preste atención especial a la capacidad del poderdante, ante el riesgo de posibles acciones de nulidad respecto a lo actuado con el poder, sobre todo si en este no han sido tenidos en cuenta todos los hijos del poderdante. Algo que yo vengo aconsejando a mis alumnos, futuros notarios, es que, al igual que en el testamento, siempre que el otorgante sea una persona de cierta edad o piense el notario autorizante que, en el futuro, puedan plantearse cuestiones respecto a su capacidad —aunque en el momento él no tenga dudas respecto a la misma— tome la precaución de escribir a lápiz, en la matriz, los datos de la conversación que haya tenido con el otorgante. Y les añado que, siempre será bueno quedarse a solas con él, aunque solo sea unos minutos, porque los Notarios, por experiencia, sabemos de las «llevadas» a las notarias, por parte de hijos «solicitos», a padres que tienen ya algo debilitadas sus facultades, a fin de que realicen el otorgamiento de un determinado testamento, de un poder o de su revocación, alegando siempre —faltaría más— que eso es lo mejor para el padre o madre de que se trate.

Esta precaución de escribir a lápiz en la matriz los datos que estime convenientes sobre la conversación que haya tenido con el poderdante, le será muy útil para sostener su juicio de capacidad si, pasado algún tiempo, recibiese una demanda impugnándolo.

E. Modificación y revocación

Naturalmente cabe que el poderdante quiera modificar el poder bien en el sentido de cambiar apoderados, bien en el de cambiar facultades, bien en el de variar los supuestos. Naturalmente esto implica la revocación del poder respecto a todos o algunos de los apoderados o la ampliación a otros, o bien la revocación parcial respecto al apoderado suprimiéndole algunas facultades o añadiéndole otras en cuyo caso no hay revocación, o bien eliminando algún supuesto de actuación o bien añadiéndole otro. Dice, al respecto, el art. 1733 C.c. que «El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato» es decir, la copia autorizada que tenga en su poder.

Desde un punto de vista práctico, lo aconsejable es, en todo caso de modificación y para evitar problemas, que el poderdante proceda a la revocación del poder anterior y al otorgamiento de un nuevo poder. Podría decirse que el Código ya prevé, en su art. 1735 que «El nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo anterior» Pero, aparte de la dificultad de determinación del supuesto de «negocio específico» en el nuevo poder a efectos de que pueda entenderse de manera indubitada que sea el mismo del poder anterior, está la diferencia entre mandato y poder, sobre todo, teniendo en cuenta que nada se opone al nombramiento sucesivo, de distintos apoderados todos los cuales podrán operar en el ámbito de las facultades conferidas en su correspondiente poder.

¿Cuándo cabe la revocación? Evidentemente, mientras se mantiene la capacidad de obrar suficiente para ello. ¿Quedará esta capacidad o falta de ella, al juicio del Notario que otorgue la revocación o el nuevo poder? En principio, así es. Y aquí doy por nuevamente apuntado lo dicho anteriormente respecto a las precauciones que debe adoptar el Notario.

Podría plantearse una pregunta: si el poderdante ha previsto en el poder preventivo que se trata de revocar, que la actuación del apoderado se producirá cuando el poderdante tenga una discapacidad psíquica igual o superior al 40 % (según certificación del organismo de la Comunidad Autónoma correspondiente) ¿podrá revocar el poder si, pese a padecer dicha discapacidad, el Notario entiende que sabe perfectamente lo que hace con tal revocación? Entiendo que sí porque una cosa es la exigencia mínima que él impone para que el apoderado pueda actuar y otra la exigida para actuar él mismo. Y es que, pese a haber otorgado un poder preventivo del tipo antedicho, el poderdante puede actuar en un supuesto determinado si el Notario le juzga con capacidad para ello, aunque haya superado el 40% de discapacidad que requería en el poder para que pudiera actuar el apoderado.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.732 reformado, una vez que al poderdante le falte la capacidad de obrar, (cuando el notario así lo estima y tanto si la discapacidad es de hecho como si lo es de derecho —incapacitación— ya que el precepto dice textualmente «en estos casos»), entra en juego una sola posibilidad revocatoria: la del juez, bien al constituirse el organismo tutelar o, bien con posterioridad a petición del tutor. Es decir que, si el poderdante no estuviese judicialmente incapacitado habrá que instar dicha incapacitación para que el juez, una vez declarada y en el momento procesal de nombramiento de tutor, pue-

da efectuar la revocación. Entiendo, no obstante, que también podrá el juez suspender la eficacia del poder hasta la terminación del procedimiento de incapacitación y provisión de la correspondiente tutela (que es el primero de los momentos previstos por el legislador para que el juez pueda llevar a cabo la revocación) dentro de las medidas cautelares que el art. 762 de la LEC (y, anteriormente, el ahora sin contenido art. 209 C.c.) le autoriza a adoptar «para la adecuada protección del presunto incapaz o su patrimonio».

F. El poder preventivo en el Código de Derecho Civil de Cataluña.

El Código de Derecho Civil de Cataluña de 2011, que no se ha atrevido a suprimir la incapacitación —aunque, en mi opinión, hubiese sido lo lógico después de la recepción de los principios de la Convención— se orienta, bajo la influencia de este vinculante Tratado internacional, a evitar, dentro de lo que estima posible, el ataque a la dignidad personal del discapacitado que, evidentemente y a mi juicio, implica la incapacitación. Dentro de esa orientación no radical —y, entiendo, que a esos efectos— regula la figura del poder preventivo.

En tal sentido, la particularidad más importante de la regulación catalana de esta figura, respecto a la que realiza el Derecho común, es que la Ley catalana la configura como una más dentro de las medidas de protección en favor de la persona con discapacidad. La consecuencia, muy importante por cierto, es que cuando esta persona haya otorgado un poder preventivo —en prevención de una posible y futura discapacidad que, incluso, puede haberse manifestado ya de modo incipiente— no será precisa la constitución de la tutela y, consecuentemente, tampoco la previa incapacitación (art. 222-2-1) aunque esa discapacidad natural llegue a manifestarse, con posterioridad, de modo pleno y con suficiente entidad. Esta

conceptuación de la figura lleva a que, el Ministerio fiscal, aunque tenga noticias de la existencia de esa persona y de su estado de discapacidad, no estará obligado a promover su incapacitación, salvo en los supuestos en que la protección del mismo lo exija (art. 222-2-3).



Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transcribirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de los autores.

Editado con la autorización de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Ponencia de D. Rafael Leña Fernández en el Tomo VI de los Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
Copyright de los autores.

ISBN: 978-84-9045-326-1 - Depósito Legal: GR. 1790/2015