

La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad (1)

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora U.C.M.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. PODER Y MANDATO.
- III. LOS PODERES PREVENTIVOS.
- IV. FORMA DEL PODER PREVENTIVO.
- V. PODERDANTE Y APODERADO.
- VI. MOMENTO DESDE EL CUAL EL PODER HA DE DESPLEGAR SUS EFECTOS.
- VII. OBJETO Y CONTENIDO DEL PODER.
- VIII. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO CONCLUIDO EN REPRESENTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DEL PODERDANTE ANTES DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE:
 - A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL DEL PODERDANTE.
 - B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE:

(1) Este trabajo forma parte del Proyecto SEJ 2004-02771, concedido por el Ministerio de Educación y dirigido por el Profesor RAMS ALBESA titulado: «Los mayores: estudio sobre su capacidad y libertad de obrar», y del Proyecto PR3/04-12418, concedido por la Universidad Complutense de Madrid y dirigido igualmente por el Profesor RAMS ALBESA.

- a) *Argumentos a favor de la invalidez del negocio representativo.*
- b) *Argumentos a favor de la validez del negocio representativo.*

IX. PODER Y TUTELA. CONVIVENCIA DE AMBOS:

- A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL.
- B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE.

X. EXTINCIÓN DEL PODER Y LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, lleva a cabo importantes modificaciones en el Código Civil, entre las que cabe destacar la del artículo 1.732, relativo a las causas de extinción del mandato.

En su redacción originaria, este precepto establecía como causa de extinción del mandato la interdicción del mandante o del mandatario. Con este término el legislador decimonónico se refería, no sólo a la pena de interdicción civil, sino también a la incapacitación legal por cualquier causa —pues era una traducción desafortunada de la «interdiction» del Código Civil francés— y este segundo sentido es el que, según entendía la doctrina civilista de forma unánime, utilizaba tal precepto.

La Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción, tomando como punto de partida, por una parte, la desaparición de la pena de interdicción como causa de incapacitación que se llevó a cabo mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, por otra, y con anterioridad, la desaparición de tal pena por la Ley de 25 de junio de 1983, de reforma del Código Penal, suprimió sin más reflexión la palabra interdicción de todos los preceptos donde aparecía, sin pararse a discernir si con ese término se hacía referencia a «pena de interdicción» o a «incapacitación». Entre otros preceptos en que se aplicó esta supresión indiscriminada, se encontraba el artículo 1.732 del Código Civil. Esto determinó la eliminación de la incapacitación del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato. Sin embargo, y a pesar de tal supresión del texto del artículo 1.732 del Código Civil, nuestra doctrina (2), con buen criterio, siguió

(2) GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1582; ROMERO CANDAU, P. A., *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*, Academia Sevillana del Notariado, t. VIII, Edersa, 1995, pág. 453.

considerando la incapacitación de los sujetos del mandato como causa de extinción del mismo, por la evidencia del error del legislador al suprimir sin más la palabra interdicción de tal precepto en una ley que no tuvo entre sus intenciones plantear, sobre otras bases, la trascendencia de la incapacitación sobrevenida como causa extintiva del mandato.

Para salvar este desatino legislativo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dio nueva redacción al artículo 1.732 del Código Civil, para recuperar en su texto la incapacitación como causa de extinción del mandato.

El artículo 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, modifica nuevamente el artículo 1.732 del Código Civil (3), que queda redactado en los siguientes términos:

«El mandato se acaba:

- 1. Por su revocación.*
- 2. Por renuncia o incapacitación del mandatario.*
- 3. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.*

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

La nueva redacción mantiene igual la regulación sobre la revocación por el mandante y la renuncia del mandatario como causas de extinción del mandato. No sucede lo mismo en relación a las demás causas, pues antes el número 3 del único párrafo del artículo 1.732 del Código Civil se refería a «muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario». Ahora distingue, en ciertos casos, entre los supuestos que afectan al mandante y el mandatario.

La muerte se sigue considerando causa de extinción tanto para el mandante como para el mandatario, aunque no siempre señala el fin de la actividad,

(3) La redacción del artículo 1.732 del Código Civil se mantuvo prácticamente igual durante toda la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Sólo fue objeto de dos enmiendas, ambas del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) tanto en el Congreso como en el Senado, de las que fue admitida una para sustituir la referencia a la «quiebra» del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato, que era la que aparecía en el Proyecto de Ley remitido por el gobierno, por el «concurso» en orden a «unificar el lenguaje a lo dispuesto en el Ley concursal».

pues se mantiene la eficacia de lo actuado por el mandatario ignorando la muerte del mandante, u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, respecto a los terceros que hayan contratado con aquél de buena fe (art. 1.738 CC). En caso de fallecimiento del mandatario, en principio la extinción es automática, pero el artículo 1.739 del Código Civil dice que los herederos deben comunicarlo al mandante y tomar entretanto las medidas pertinentes.

También se mantiene como causa de extinción la declaración de prodigalidad y la insolvencia, tanto del mandante como del mandatario. Se modifica la referencia a la quiebra para sustituirla por el «concurso» del mandante o del mandatario y así adaptar el texto del artículo 1.732 del Código Civil a la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio (4).

También constituye causa de extinción la incapacitación del mandatario, mientras que la incapacitación del mandante no siempre producirá la extinción del mandato, como se disponía antes, sino sólo cuando no ha establecido otra cosa el mandante: bien porque el mandato se celebra precisamente para ese supuesto (lo que se viene llamando mandato de protección) o bien porque se establece que subsiste el mandato ya otorgado, a pesar de la incapacitación (el llamado mandato prorrogado). En definitiva, se reconoce la subsistencia del mandato a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante, cuando así lo desea y hace constar el mandante.

Mediante esta reforma del artículo 1.732 del Código Civil la ley afronta una cuestión de gran trascendencia, como es la representación voluntaria del incapaz. Antes sólo existía el representante del enfermo (que normalmente será un discapacitado de hecho) para el caso de tratamientos médicos en el ámbito del documento de instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Ahora, con la admisión de la representación voluntaria del incapaz, se abre una puerta muy importante para el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de las personas mayores y de todas aquéllas que puedan prever su posible pérdida progresiva de capacidad, siempre que dicha voluntad se hubiese manifestado antes de llegar a tal situación. Ha sido acogida con satisfacción por los notarios, que oían con frecuencia a las personas mayores que, siendo plenamente capaces, además de testar, disponiendo de sus bienes para

(4) Como hemos expuesto anteriormente, esta modificación es fruto de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentada primero en el Congreso (núm. 55), donde no fue aceptada, y posteriormente en el Senado (núm. 29), donde ya fue admitida. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de septiembre de 2003, pág. 40, y 16 de septiembre de 2003, pág. 47, BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 13 de octubre de 2003, pág. 32, y 17 de octubre de 2003, pág. 39.

después de su muerte, querían dejar las «cosas preparadas» para el caso de que fueran perdiendo facultades, e incluso personas jóvenes que tenían ese mismo deseo porque tenían que someterse a una operación quirúrgica complicada de la que podía resultar una incapacidad psíquica, temporal o permanente; o estaban aquejadas de una enfermedad degenerativa (5).

La admisión de este tipo de mandato se sitúa en la línea de lo previsto en otros ordenamientos como el inglés, el alemán y el quebequés (6) y es consecuencia de una idea que se va imponiendo cada vez con mayor fuerza y que aparece inmersa en la Ley 41/2003: la primacía de la autonomía de la voluntad en el campo patrimonial y personal de quien, a consecuencia de la edad o de una enfermedad degenerativa, puede prever la pérdida de su capacidad. Se introducen nuevos mecanismos de protección, esencialmente patrimonial, de las personas con discapacidad, reforzando la autonomía de

(5) LEÑA FERNÁNDEZ, R. («El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE (dir.), Consejo General del Poder Judicial-Civitas, Madrid, 2000, pág. 194) da cuenta de esta realidad, expresándose en los siguientes términos: «En la práctica notarial no es raro el caso de personas que, antes de afrontar una operación complicada de la que puede resultar una incapacidad psíquica temporal o permanente, otorga un poder a un familiar para que pueda actuar en su nombre durante esa situación. Y la pregunta es, ¿cuál será la eficacia de los negocios jurídicos otorgados por ese representante una vez producida esa incapacidad? Pero aún hay más. Es también cada vez más frecuente que las personas mayores, previendo un deterioro progresivo de sus facultades psíquicas, otorguen poder a un familiar o a varios de ellos, mancomunada o solidariamente, para que pueda ser utilizado cuando se produzca la situación prevista de discapacidad. Y la pregunta sigue siendo, ¿cuál será la eficacia de los negocios jurídicos realizados por el apoderado en el ejercicio de ese poder cuando el poderdante haya llegado a esa situación de incapacidad natural o de hecho? (...) En muchas ocasiones, esas personas silencian ante sus familiares el otorgamiento del poder y encomiendan su copia a una persona de su confianza, en muchos supuestos distinta del apoderado, para que la haga llegar a éstos «cuando se necesite». CABRERA HERNÁNDEZ, J. M. («La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código Civil», en *RJN*, núm. 24, octubre-diciembre de 1992, pág. 103) se refiere a una reunión de notarios en la que se planteó esta problemática: si era posible otorgar un poder que previese la futura actuación de otra persona en su nombre y representación para un tiempo en que no sea plenamente capaz el poderdante. Ante la falta de una previsión legal al respecto y dada su discutible admisibilidad en ese momento (el trabajo es de 1997), CABRERA HERNÁNDEZ expone que se plantearon opiniones divergentes: desde la que negaba la admisibilidad de los poderes preventivos, hasta la que pensaba que se podía llegar al mismo resultado a través de la constitución de un organismo de administración de los propios bienes —«cosa posible, pero indudablemente más complicada»— o la constitución de una sociedad a la que se aportase el patrimonio en cuestión y en la que nombrase administradores solidarios al dueño de los mismos y a la persona a la que quisiera conferirle su administración para el caso de incapacidad.

(6) Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Del mandato “ordinario” al mandato de protección», en *RJN*, núm. 49, enero-marzo de 2004, pág. 25; GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, M., «Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania», en *Revista Electrónica de Geriátría y Gerontología*, 2002, www.geriatrianet.com, y «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *AC*, núm. 21, 1999, pág. 553 y sigs.

la voluntad, en la medida en que se deja en manos del propio interesado la facultad de disponer aquello que estime conveniente para continuar gestionando sus bienes y decidiendo lo que considere conveniente para su cuidado personal a pesar de su incapacitación judicial o pérdida de capacidad natural. Buena muestra de ello son la introducción por esta misma ley de la autotutela (arts. 223.2 y 234.1.1.º CC) y la legitimación reconocida al mayor de edad para solicitar su propia declaración de incapacitación (art. 757.1 LEC). En este sentido, la Exposición de Motivos dice que como complemento de la regulación de la autotutela se reforma el artículo 1.732 del Código Civil, «con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor».

Pero además de ser un claro indicio de la tendencia del legislador a dar prioridad a la voluntad del individuo para el caso de que pueda prever su pérdida de capacidad, la presente reforma también constituye un cierto correctivo del sistema que introdujo la reforma del derecho la tutela basado en la tutela de autoridad, en la medida en que da mayor protagonismo a la familia, pues será generalmente uno de sus miembros (cónyuge, hijos, hermanos del poderdante) quienes sean apoderados. Este planteamiento es quizá el que mejor responde a la realidad social, donde el cuidado de enfermos y personas mayores recae mayoritariamente en las familias. Esto no quiere decir que no exista una demanda creciente para que la Administración desempeñe los deberes de protección que constitucionalmente le incumben, ayudando a las personas dependientes y a sus cuidadores, finalidad ésta que persigue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, sino que en el momento actual lo cierto es que descansa sobre la familia esta importantísima labor. Si es la familia la que cuida a sus mayores y enfermos, también es conveniente dejar en sus manos el desempeño de otras funciones también en el ámbito patrimonial, de acuerdo con los deseos del propio interesado, y de esta manera suplir con soluciones familiares las determinaciones judiciales (7).

(7) Destaca con gran acierto MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. («¿Confianza en la familia?», en *El notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2006, núm. 8, págs. 34 y 35) que la solidaridad familiar, llamada por los romanos *officium pietatis*, que lleva al cuidado de las personas dependientes, se concentra mayoritariamente en el seno del grupo familiar compuesto de padres e hijos comunes, con la inclusión de los abuelos. Por eso es necesario alentar la confianza en este tipo de familia, que aglutina una comunidad generacional, formada, cuando menos, por los hijos y los padres comunes. Concluye este autor que «se trata del modelo típico, que por su misma naturaleza absorbe con entereza todas las cargas familiares. No pretendo con esta llamada a la confianza la creación de un estatuto privilegiado

II. PODER Y MANDATO

El poder es el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad recepticia (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante (8). Debemos distinguir entre el poder y otros conceptos próximos a él. El apoderamiento es la declaración de voluntad de la que el poder nace; el negocio representativo es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante; y la relación subyacente es la causa del otorgamiento del poder. Esta relación entre poderdante y apoderado puede ser de índole muy variada (arrendamiento de obra o de servicios, sociedad, comisión mercantil, etc.) si bien normalmente está constituida por un contrato de mandato y, a su vez, generalmente el mandato viene unido a la representación, siendo el mandato representativo el más frecuente.

Nuestra doctrina siempre ha delimitado con claridad el apoderamiento y el mandato, y también lo hace nuestro Código Civil, que admite el mandato con o sin poder de representación (art. 1.717 CC), de la misma manera que pueden existir apoderamientos cuya relación subyacente esté constituida por un mandato o por otro tipo de relación de gestión.

La relación entre poder y mandato tiene una importante manifestación como es que, a falta de regulación específica de la representación voluntaria en nuestro ordenamiento, se entiende de forma unánime que su disciplina ha de construirse con principios extraídos de la regulación del mandato, conjugada con el artículo 1.259 del Código Civil, único que alude directamente y con propiedad al instituto sin interferencia de otras figuras (9). Por ello, acudiremos a las normas del mandato para construir el régimen del poder preventivo, siempre que tales normas se adecuen a la naturaleza unilateral que caracteriza al poder frente a la bilateralidad del mandato.

respecto de las demás familias, tales como las denominadas de tejido secundario (con hijos no comunes). Entiendo que el hecho de que tales menesteres y cuidados se desarrollen en la vida diaria calladamente, en el interior de la comunidad doméstica, sin alharacas, y de forma eficaz, ausentes los abusos salvo en contados casos, entiendo que este hecho obliga a replantear la posibilidad de que tales familias se otorguen un estatuto propio, que respete su intimidad».

(8) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos”», en *La Notaría*, núm. 2, 2000, pág. 57.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 270.

III. LOS PODERES PREVENTIVOS

Son aquellos negocios jurídicos unilaterales —nos dice MARTÍNEZ DÍE— en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios, que produzcan sus efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos (10).

Partiendo del artículo 1732.2 del Código Civil podemos distinguir dos modalidades de apoderamiento preventivo: el apoderamiento normal u ordinario en el que se prevé su subsistencia o continuación a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante (único al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003); y el previsto expresamente para el supuesto de incapacidad del poderdante. Ambos son compatibles con una situación tutelar. Prueba de ello es que pueden extinguirse *«posteriormente a instancia del tutor»*. Por tanto, han convivido durante cierto tiempo.

Estos apoderamientos constituyen generalmente un ejemplo de los poderes *ad cautelam*, es decir, de poderes que todavía no están asentados en una relación jurídica previa, sino que se otorgan en previsión de que pueda producirse una determinada situación que ha sido específicamente contemplada por el poderdante (11).

El poder preventivo constituye una medida de autodeterminación en previsión de una futura incapacidad, pues otorga al propio interesado la posibilidad de prever o regular su futuro en el ámbito personal y patrimonial, para el caso de que sufra una pérdida de capacidad. Los importantes avances de la medicina han originado un aumento de la expectativa de vida y, como contrapartida a ese avance, lo cierto es que se han incrementado las dolencias que, por razón de la edad, disminuyen de modo más o menos gradual la capacidad natural de las personas y la capacidad de autogobierno. En el caso de las personas mayores, generalmente nos encontramos con una persona capaz, pero con una discapacidad que le afecta de modo progresivo y de la cual muchas veces son conscientes. Por otra parte, no hay que olvidar que hoy en día es posible la detección precoz de un importante número de enfermedades degenerativas. Todo ello nos sitúa ante una persona que, estando en plenitud de facultades, puede otorgar un poder para trazar las líneas que marcarán su cuidado personal y la administración de su patrimonio.

(10) MARTÍNEZ DÍE, R., en *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL (coord. general), t. IV, vol. 2.º, GARRIDO DE PALMA (coord.), Civitas, Madrid, 2002, pág. 656.

(11) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pág. 423.

Son muchas las razones que abonan la admisión de los poderes preventivos. En primer lugar y como base sobre la que se asientan, hay que destacar el respeto a la autonomía de la voluntad: nadie mejor que uno mismo para determinar cómo quiere que se lleve a cabo la gestión de su patrimonio y el cuidado de su persona.

Por otra parte, la falta de medios de la administración de justicia sumado a la ingente volumen de trabajo que llena los juzgados, hace que ni la autoridad judicial ni el Ministerio Fiscal sean siempre las instituciones más adecuadas para conocer las actuaciones que deben llevarse a cabo en la administración del patrimonio —ni de la persona— del incapacitado. En la regulación de la tutela se impone a la autoridad judicial, después de oír al Ministerio Fiscal (art. 273 CC), la obligación de decidir sobre la conveniencia de realizar actos puntuales de disposición o de administración extraordinaria (art. 271 CC), sin que en realidad puedan llegar a conocer de forma integral la situación patrimonial ni personal del incapaz. Sólo la conoce de verdad el propio sujeto afectado —antes de llegar a la situación de incapacidad— o las personas más cercanas, que generalmente son los familiares. Pero es que además se impone la enajenación a través de subasta judicial, sometándose la tramitación de la venta al procedimiento previsto por los artículos 2.001 y siguientes de la antigua LEC, vigentes por aplicación de la Disposición Derogatoria única 1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, que mantiene en vigor el Libro III de la anterior. Toda esta tramitación, que en un principio está diseñada para garantizar los intereses del tutelado, puede volverse contra él, produciendo una inmovilización de su patrimonio (12). A todo esto hay que sumar que la rapidez que caracterizaba al tráfico mercantil hoy es aplicable al civil. Buena muestra de ello es la modificación de las normas relativas a la contratación entre ausentes, en que se ha unificado el régimen aplicable en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio (Disposición Adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). Por eso, constituye una verdadera traba para la gestión eficaz de un patrimonio la necesidad de autorización judicial, dado que tal gestión engloba la realización de muchos de los actos para los que el tutor necesita autorización judicial y esto retrasa o a veces impide su realización.

Estos inconvenientes se pueden evitar mediante el otorgamiento de un poder preventivo, que permite al interesado decidir, en previsión de su propia incapacitación, qué actos se van a poder realizar o no, según la forma en que ha venido gestionando su persona o bienes; y designar a la persona que, por

(12) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *RDP*, 2006, pág. 41.

su trayectoria personal, considera adecuada para tomar las decisiones que el propio afectado consideraría convenientes.

En los últimos años se percibe una necesidad cada vez mayor de flexibilizar las instituciones tutelares permitiendo que se adapten a la situación de cada sujeto y se alzan voces que reclaman la modificación de la incapacitación, pues a los efectos normales que produce la incapacidad natural sobrevenida en el normal desarrollo de las relaciones familiares y en la organización de la economía doméstica, se suman los derivados de la judicialización de esta situación (13). Generalmente, la incapacitación judicial no se adecua correctamente a las situaciones particulares de las personas mayores, y en general de las personas que sólo tienen ciertas discapacidades, ya que pueden tener importantes deficiencias en ciertos ámbitos, pero no en otros. Todo ello desaconseja, desde el punto de vista personal y anímico, un procedimiento judicial muy doloroso y hasta traumático para el incapaz y su familia, pero al que a veces se ven abocados, para resolver problemas patrimoniales de trascendencia (v. gr., venta o arrendamiento de inmuebles). Por eso, aunque no existen estadísticas oficiales, se calcula que las incapacitaciones decretadas no llegan ni al 10 por 100 de las que tendrían que producirse (14). Frente a estos inconvenientes derivados generalmente de la rígida regulación de la tutela, podemos señalar que los poderes preventivos permiten mantener el ámbito de protección de la persona mayor dentro de su familia o en el entorno en que ya se venía desenvolviendo.

En conclusión, constituyen un régimen de protección privado basado en la voluntad del sujeto que permite resolver, de acuerdo con el deseo del interesado, los problemas derivados de la reducción o desaparición de su capacidad de autogobierno; de modo que podemos decir que es una importante alternativa a la tutela para las personas que ven como pierden gradualmente su capacidad. Esto no quiere decir que el apoderamiento preventivo constituya la solución de todos los inconvenientes que plantea la tutela, ni, en absoluto, que constituya un instrumento eficaz que la sustituya, sino que, en algunos casos, que el propio interesado valorará, se puede utilizar este importante medio que el Derecho pone a su alcance para que, en atención a sus circunstancias, pueda adoptar las medidas más adecuadas. Puede ser especialmente adecuado cuando se inicia una pérdida progresiva de capacidad si en ese momento la falta de capacidad le impide actuar, y quizá no sea aconsejable acudir a una incapacitación, pero han de realizarse urgentemente ciertas actuaciones en defensa de sus intereses. También puede ser aconsejable en los supuestos de pérdida transitoria de capacidad. En estos casos puede, por ejemplo, otorgar un poder para vender un bien

(13) Vid. FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en *La protección jurídica del discapacitado*, SERRANO GARCÍA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 60 y sigs.

(14) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 656.

en caso de que sea necesario para atender a los gastos ocasionados por su enfermedad, constituir una hipoteca, comprar o vender acciones, dar en arrendamiento bienes inmuebles, etc. (15).

En contra de la admisión de los apoderamientos preventivos, tal como los configura la ley, se alegan tres razones (16): en primer lugar, escapan totalmente al control judicial; en segundo lugar, dejan al poderdante incapaz totalmente desprotegido frente a terceros ya que, a pesar del poder, podrá concluir negocios jurídicos perjudiciales cuya validez se va a presumir, y en tercero, impiden la impugnación *a posteriori* de los actos realizados por el representante, alegando la incapacidad del representado, ya que al preverse expresamente esta contingencia en su otorgamiento, se excluye tal posibilidad.

En relación a la primera razón creo que puede ser entendida, ciertamente, como un defecto del sistema admitido por nuestro legislador, pero también como una ventaja. Si la intención del legislador ha sido precisamente potenciar la autonomía de la voluntad del individuo y evitar el intervencionismo judicial, a mi juicio, más que un inconveniente, la exclusión del control judicial en los poderes *ad cautelam* constituye una nota a su favor. Por otra parte, y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, el propio interesado puede poner cualquier tipo de control que estime conveniente para salvaguardar la protección de sus intereses en la actuación del representante. Por tanto,

(15) SERRANO GARCÍA («Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre de 2004, núm. 52) considera que puede ser útil para la fase intermedia entre la aparición de la dificultad o imposibilidad de autogobierno y el momento final de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (*ob. cit.*, pág. 424) también señala certeramente que «los poderes preventivos vienen a enfrentar esas situaciones de incapacidad que se van produciendo de una manera gradual en el sujeto hasta acabar convirtiéndose en causa de incapacidad; también pueden servir para hacer frente a situaciones transitorias de pérdida de capacidad que inhabiliten temporalmente a la persona para su autogobierno (por ejemplo, situaciones temporales de depresión profunda) impidiéndole atender asuntos que no admitan demora sin perjuicio grave (por ejemplo, necesita urgentemente contestar a una demanda, o tomar dinero a préstamo para hacer algún pago, o vender una propiedad, o hacer en plazo sus declaraciones a la Hacienda Pública, etc.). Obviamente, los poderes preventivos pueden servir también para soslayar los duros y enojosos trámites del proceso de incapacidad». Por el contrario, PEREÑA VICENTE («La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 665, año XXVIII, 6 de marzo de 2007, pág. 1867) considera que «aunque el apoderamiento preventivo puede ser útil en la gestión de intereses puntuales, especialmente patrimoniales, no es la mejor manera de proteger a la persona incapaz, porque debemos tener en cuenta que, a pesar del poder, el mandante puede seguir actuando, y si no está judicialmente incapacitado, se presume que tiene capacidad...». Como ya apunto en el texto, no creo que un apoderamiento de este tipo tenga como pretensión ser la mejor manera de proteger al incapaz. Pero tampoco considero que, en todos los supuestos lo sea la incapacidad, como lo demuestra el hecho de que no se solicite en la mayoría de los casos. El artículo 1.732 del Código Civil pone a disposición de cualquier persona con plena capacidad la posibilidad de otorgar un poder de este tipo, pero sin excluir la posible declaración de incapacidad.

(16) PEREÑA VICENTE, M., *loc. cit.*

no es que no exista ningún tipo de control sobre los poderes a que nos estamos refiriendo, sino que no existe ningún control impuesto por la ley, pero queda a salvo la libertad del interesado para establecer el control que estime pertinente. En este sentido me parece trascendental la labor de los Notarios a la hora de aconsejar este tipo de medidas. Además, no olvidemos que siempre se puede instar la declaración de incapacitación por cualquiera de las personas legitimadas para ello.

En cuanto a la segunda nota contraria a los poderes preventivos, considero que no es un inconveniente de éstos, sino una consecuencia de la incapacidad no declarada judicialmente, y a la que los poderes *ad cautelam* no aportan ni quitan nada. El incapaz puede concluir negocios perjudiciales cuya validez se va a presumir, haya otorgado un poder de este tipo o no lo haya hecho.

Finalmente, en cuanto al tercer inconveniente apuntado, comparto la consideración de la dificultad de impugnar los actos del representante alegando la incapacitación, ya que desde el momento en que el interesado ha otorgado este tipo de poder, ha excluido la alegación de tal causa de extinción del poder. Sin embargo, esto no excluye que si el representante ha obrado dentro de los límites del poder pero en contra de los intereses del representado o no sigue las instrucciones dadas, el negocio representativo sería válido, pero el representante debería responder frente al representado. Sí se podría impugnar si el negocio perjudicase al representado y el tercero fuera consciente del abuso. Si lo que ha existido no es abuso de poder sino que el representado ha actuado sin poder bastante, el negocio sería ineficaz para el representado, salvo ratificación posterior. Y todo ello siempre que se solicitase antes la incapacitación, ya que entonces el juez podría revocar el poder y nombrar tutor, siendo éste quien podría exigir al representante la consiguiente responsabilidad (17).

IV. FORMA DEL PODER PREVENTIVO

El artículo 223.2 del Código Civil, que contempla la autotutela, exige el documento público notarial para que una persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, adopte cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Este tipo de documento se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado (art. 223.3 CC). Por lo tanto, la única vía posible para formalizar la autotutela es el documento público.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en

(17) Vid. *infra* VIII.

materia de información y documentación clínica (18), exige la forma escrita para el llamado testamento vital, documento de últimas voluntades o documento de instrucciones previas, que es la institución mediante la cual una persona expresa las instrucciones relativas a los cuidados y tratamientos de su salud que quiere que se sigan cuando no se encuentre en condiciones de expresarla personalmente, pero también impedir que se le aplique cualquier tipo de eutanasia activa o pasiva, indicando que se agoten todas las posibilidades acordes con el estado de la ciencia (19). En dicho documento también se puede nombrar un representante que sirva de interlocutor válido con el médico o el equipo sanitario, para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. El destinatario del documento es el médico y es a él a quien corresponde interpretar y cumplir las instrucciones de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como de las comisiones o Comités de Bioética, siendo los Servicios de Salud los encargados de regular el procedimiento que garantice el cumplimiento de la voluntad declarada por el paciente (20). Además se prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo del Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

(18) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11: «1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.* 2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.* 3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.* 4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.* 5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas, que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud».*

(19) SEUBA TORREBLANCA, J. y RAMOS GONZÁLEZ, S., «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica», en *Indret*, pág. 10.

(20) BERROCAL LANZAROT, A., «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 2004, pág. 117.

Existe una gran similitud entre los poderes preventivos y estos documentos: tanto aquél donde se nombra al propio tutor como el de instrucciones previas, pues todos ellos recogen la voluntad de una persona capaz para el supuesto de que, en un momento determinado, carezca de capacidad de autogobierno que le impida expresarse válidamente. En la autotutela, una persona con capacidad de obrar suficiente, manifiesta su voluntad en cuestiones relativas a su persona y bienes para el caso de que llegue a ser incapacitada judicialmente, y puede designar a un tutor. En el caso del documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos médicos que se le deben aplicar en caso de que se encuentre en un estado que le impida expresarse personalmente, y además puede nombrar un representante para procurar el cumplimiento de tales instrucciones. Y en ambos casos se trata de actos formales. Sin embargo, y a pesar de las importantes razones que abonan la conveniencia de la documentación pública del poder preventivo —constituye la mejor manera de asegurar la certeza de su otorgamiento y de procurar el control de la capacidad del poderdante y del perfecto conocimiento por éste del objeto y alcance de su actuación—, el artículo 1732.2 del Código Civil no exige forma determinada para el mandato otorgado en previsión de incapacitación. Por ello debemos acudir al artículo 1.710 del Código Civil, relativo a las formas de celebración del contrato de mandato, que la doctrina y la jurisprudencia estiman aplicable a la concesión del poder de representación. En base a dicho precepto podemos decir que hay dos formas de apoderamiento: expresa y tácita. La primera puede ser pública o privada, y esta verbal o escrita. Si se otorgan al apoderado facultades para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesitará mandato expreso» (art. 1723.2 CC). En definitiva, y salvo que exista norma en contrario, rige el principio de libertad de forma y por lo tanto, el apoderamiento no precisa forma específica (21).

La documentación del poder puede hacerse por voluntad del poderdante o para cumplir la ley cuando se impone una forma determinada. A tenor del artículo 1280.5.º del Código Civil deben constar en documento público: el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado a que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero. Este precepto se haya modalizado por el artículo 1.279 del Código Civil, que permite llenar aquella forma, no afectando la misma, en opinión de la mayoría de la doctrina, a la validez del negocio en cuestión, salvo en los casos en que la ley exija expresamente la

(21) Como señala Díez PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 149): «el problema del negocio de apoderamiento no es, en línea de principio, un problema de forma, sino un problema de prueba».

forma solemne. Para algunos autores, la eficacia de la forma en este caso es *ad probationem*, de manera que el representante no podrá acreditar de otro modo su condición de tal ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa. En consecuencia, los terceros o los funcionarios podrán alegar, al menos en vía de principio, que no les consta la existencia del poder y que, por consiguiente, no pueden admitir la eficacia del acto como acto del representado. La negativa a admitir la eficacia del acto a causa del defecto formal del poder no estaría justificada si con anterioridad el tercero había admitido la existencia de la representación. En tales casos existe una confesión o un *factum proprium* con el cual no es posible ponerse en contradicción. Otros autores (22), por el contrario, estiman que la forma establecida por el artículo 1.280 del Código Civil no se exige para la validez del negocio ni tampoco para permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita (*ad probationem*) sino para permitir que los interesados puedan compelerse a hacer constar en la forma exigida el acto de que se trate, que en este caso es el poder.

Un caso particular es el relativo al poder para contraer matrimonio, en que el documento público tiene el valor de forma *ad solemnitatem*, pues así lo exige el artículo 55 del Código Civil al referirse a la necesidad de «poder especial en forma auténtica». En este supuesto no tiene cabida los poderes preventivos, pues el matrimonio es un acto personalísimo; por eso el apoderado no es verdadero representante sino un *nuntius*.

También se considera forma *ad solemnitatem* la exigencia de documento público para los poderes generales para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio. A juicio de Díez PICAZO (23), aunque a primera vista el requisito del documento público parece ligado a la generalidad del poder, el resto del inciso denota con claridad que la forma se impone para todo poder que deba ser utilizado ante un órgano jurisdiccional. Por tanto, cualquiera que sea su alcance —general o especial—, la naturaleza de la actuación —proceso contencioso o acto de jurisdicción voluntaria— y el carácter o cualidad con que se deba intervenir. Normalmente, el poder deberá constar en escritura pública. Excepcionalmente, cabe también que la representación sea conferida a través de otro cauce formal (v. gr., por acta o ante el propio órgano jurisdiccional).

El apartado quinto del artículo 1.280 del Código Civil se refiere a la constancia en documento público de los «*poderes para administrar bienes*». Según la opinión mayoritaria, únicamente se comprenden los poderes generales para administrar toda clase de bienes del poderdante, es decir, la clásica

(22) Entre otros, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, t. I, 16.^a ed., Edisofer, Madrid, pág. 819; LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *ob. cit.*, págs. 293 y 294.

(23) *Ob. cit.*, pág. 147.

procuratio omnium bonorum, y no cuando se trata de administrar bienes concretos y determinados (24). En este caso, la forma del poder de administración no tiene carácter constitutivo, sino que se trata de un supuesto integrado plenamente en el principio de libertad de forma. La exigencia del documento público encuentra su fundamento en la necesidad de informar fehacientemente al tercero que va a contratar con el representante del carácter con el que actúa, así como precisar los límites de la vinculación del poderdante a la actividad de aquél. De esta manera, el poderdante puede oponer al tercero que contrate con el apoderado las limitaciones expresadas en el poder, aunque dicho tercero no las conociera. Ahora bien, la facultad del poderdante para oponer esta limitación al tercero es muy limitada, sobre todo en el ámbito de la contratación mercantil mediante representante (25).

En cuanto al poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, se entiende referido a los supuestos en que el negocio representativo ha de documentarse en escritura pública, ya sea por imperativo legal o por voluntad de las partes. En este caso, la exigencia del documento público encuentra su fundamento en la fehaciencia y la estructura misma del documento notarial (26).

El último inciso del artículo 1280.5.º del Código Civil dispone que deben constar en documento público los poderes que hayan de perjudicar a terceros. Esta expresión parece que debe interpretarse en relación con el acto que podrá realizar el apoderado como consecuencia del apoderamiento, siempre que el tercero no lo hubiere aceptado y cuyo efecto determine, en su esfera jurídica, la necesidad de repeler una pretensión dirigida contra él, respecto de la subsistencia, conservación o extinción de un derecho del que el tercero sea titular.

Cabe también el apoderamiento tácito, esto es, aquel en que la declaración de voluntad de apoderar se deduce de hechos concluyentes del poderdante: palabras, actitudes o comportamiento que, interpretados en un contexto determinado de relaciones, revelan inequívocamente la voluntad de apoderar. La mayor dificultad que se plantea en este caso gravita sobre la interpretación de tales hechos concluyentes: cabe, de acuerdo con la tesis subjetiva, buscar fundamentalmente la voluntad del poderdante, o bien, siguiendo la tesis objetiva, valorar esos hechos y actitudes para sacar la conclusión pertinente, desde la perspectiva de las personas ante quienes se han producido o a quienes iban dirigidos, y para las cuales racionalmente podían o no significar voluntad de apoderamiento. La doctrina (27) considera preferible la segunda

(24) Díez PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 148; CÁMARA ÁLVAREZ, M.; LORA TAMAYO, I. y BOLAS ALFONSO, J., «La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», en *RDN*, julio-diciembre de 1989, pág. 68.

(25) REGLERO CAMPOS, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII-1.º - B. ALBALADEJO (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pág. 763.

(26) Díez PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 148.

(27) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *ob. cit.*, pág. 319.

tesis, teniendo en cuenta la seguridad del tráfico jurídico y la protección de los terceros, amén de los principios de responsabilidad y de confianza en relación con las declaraciones de voluntad.

Lo importante en estos casos es la conducta o comportamiento del *dominus*, que puede ser positivo o negativo. Existe un comportamiento positivo cuando aquél es el creador de la situación cuestionada, o cuando con anterioridad y reiteradamente ha autorizado a la misma persona para llevar a cabo negocios de la misma especie frente al mismo tercero (v. gr., ha puesto al frente del establecimiento mercantil a un dependiente o el doméstico que diariamente acude a un establecimiento para el consumo ordinario de la familia, respectivamente). Por el contrario, existe un comportamiento negativo cuando la situación representativa deriva de la tolerancia del *dominus* (28). La cabida del apoderamiento tácito en el caso de quien ha perdido su capacidad en base a hechos realizados antes de dicha pérdida me parece muy dudosa y en caso de admitirse debe tener un campo muy limitado, pues en este caso el *dominus* ya no puede manifestar su voluntad de revocación y no existe ningún control.

Siguiendo la regla general de los apoderamientos voluntarios, que no están sujetos a inscripción en ningún Registro (art. 284.3 RRC), en la Ley 41/2003, de 11 de noviembre, no se prevé la inscripción de los apoderamientos preventivos en el Registro Civil, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 223 del Código Civil para la autotutela (29), o del documento de instrucciones previas, que se inscribirá en el Registro nacional de instrucciones previas dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo. En la proposición «relativa a la regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad» que el Grupo Popular envió al Ministerio de Justicia, a los efectos de su posible consideración en el marco de los estudios que estaba realizando la Comisión General de Codificación sobre Protección de los Discapacitados, se preveía la creación de un Archivo de Voluntades Anticipadas, de Autotutelas y Poderes Preventivos, a cargo del Consejo General del Notariado, al que el Notario autorizante de la correspondiente escritura pública debería enviar de oficio una comunicación. Este Archivo no sería público y únicamente facilitaría los datos inscritos al juez que conociese de un proceso de incapacitación. Sin embargo esta proposición no se llevó al Proyecto de Ley que dio origen a la Ley 41/2003. La cuestión de la publi-

(28) Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. I, Tecnos, Madrid, 11.ª ed., 2003, reimp. 2004, pág. 562.

(29) No ocurre así en el Código de Derecho de Familia de Cataluña, que prevé su inscripción en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios. Este Registro se denominó inicialmente Registro de Tutelas y Autotutelas y fue creado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, por la que se modificó la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, denominación que se sustituyó por la actual en la Disposición Adicional de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.

dad de los apoderamientos que estudiamos, tan importante para conocer su existencia, se contempla en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. En él se añade un nuevo artículo 46.ter, que prevé que el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante. En definitiva, nuestro legislador estatal ha optado por el Registro Civil para dar publicidad a los poderes preventivos, y recordemos que tiene competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.º CE).

La cercanía de los poderes preventivos con la autotutela plantea diversos interrogantes (30). El artículo 1.732 del Código Civil se refiere a la subsistencia del mandato a pesar de la «*incapacitación sobrevenida*» del mandante, siempre que se hubiera dispuesto por éste, o al otorgado para el caso de «*incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*». Y el artículo 223 del Código Civil, que acoge la autotutela, alude a la posibilidad de que una persona «*en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro*» adopte «*cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes*», y entre esas disposiciones puede designar tutor. La incapacitación sobrevenida o incapacidad apreciada de acuerdo con lo expresado por el poderdante a que se refiere el artículo 1.732 del Código Civil puede ser una mera incapacidad de hecho o bien una declaración judicial de incapacidad, pues este artículo lo deja a la libre determinación del mandante. Es decir, el tipo de incapacidad (judicial o de hecho) que determina la continuación del poder o fija el momento a partir del cual comienza su vigencia, es cuestión que depende de lo dispuesto libremente por el poderdante. Si esta interpretación es correcta, como creo, y el supuesto de incapacidad del poderdante previsto por éste es la incapacitación judicial (por ejemplo, nombra un apoderado para que gestione su cartera de acciones y mantenga tal gestión aunque se nombre tutor a otra persona, de forma que la gestión de tales bienes quedan excluida del ámbito de funciones del tutor) se plantea un dilema: ¿estamos ante un

(30) Como señala PÉREZ DE VARGAS (*ob. cit.*, pág. 434): «es evidente que se trata de dos figuras diferentes, como lo pone de manifiesto que la una tiene por objeto el nombramiento de un representante legal (tutor), mientras que los poderes preventivos persiguen el nombramiento de un representante voluntario. Otra posible diferencia sería que mientras la autotutela puede también tener por objeto el nombramiento de un curador (que no es representante legal), en cambio los poderes preventivos siempre tendrán por objeto el nombramiento de un representante (en este caso voluntario)».

caso regido por el artículo 1.732 del Código Civil o por el artículo 223 del Código Civil?, ¿rige el principio de libertad de forma o es necesario el documento público notarial?, ¿sería válido el poder otorgado en documento privado para el caso de incapacidad judicial del poderdante?, ¿cualquier previsión para el caso de incapacidad judicial debe guardar la forma solemne del artículo 223 del Código Civil o rige la libertad de forma que se deriva de los artículos 1.710 y 1.732 del Código Civil? Todas estas cuestiones se resolverían otorgando los poderes preventivos en documento notarial, como de hecho se hace generalmente. De no hacerse así se plantearían importantes problemas, pues la interpretación armónica de estos dos preceptos creo que aconseja entender que las previsiones relativas a la incapacidad judicial deben estar sometidas al artículo 223 del Código Civil y las relativas a cualquier otro tipo de incapacidad de hecho al artículo 1.732 del Código Civil. Realizando cualquier previsión en documento público notarial se evita la impugnación del poder por cuestiones formales y otros problemas como los relativos a la prueba de la fecha y contenido del poder.

IV. PODERDANTE Y APODERADO

Ante la falta de una norma específica que exija cierta capacidad para el otorgamiento de un poder preventivo, debemos acudir a las normas generales para el otorgamiento de poderes. De acuerdo con la doctrina más extendida, el poderdante precisa, para otorgar el poder, la misma capacidad que se exige para llevar a cabo personalmente el acto o negocio para el que lo otorga, y por tanto, necesita también de los mismos complementos que necesitaría para celebrar el negocio representativo. Otros autores, por el contrario, consideran que tal complemento no es necesario para otorgar el poder. Una persona puede, por sí sola, conceder el poder para realizar actos que realizados por él necesitarían para su validez el consentimiento de otro. Pero cuando el apoderado vaya a realizar tales actos representativos, necesita el consentimiento que proceda si los hubiese celebrado personalmente el poderdante (31). Por ejemplo, el menor emancipado puede, por sí sólo, conceder poder para que el representante venda sus bienes inmuebles, pero necesita el consentimiento de sus padres o del curador (art. 323 CC) no al otorgar el poder, sino cuando se celebre la venta que en uso del poder realice el representante. La capacidad del poderdante deberá ser apreciada por el Notario autorizante, si el otorgamiento se hace en forma notarial (art. 167 RN). Las reglas para tal apreciación deberían ser las mismas que se aplican para cualquier otro poder o un testamento (art. 665 CC).

(31) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 808.

En cuanto al apoderado, puede serlo cualquier persona física o jurídica. A efectos de recibir apoderamiento, las normas sobre capacidad de obrar son las generales, salvo que se admite la capacidad del menor emancipado, incluso para aquellos actos que, si fuesen para él, requerirían de asistencia de otras personas (padre, curador) o la mayoría de edad (art. 1.716 principio), y la de quienes tienen limitada su capacidad, con tal que el negocio representativo pudiesen realizarlo para sí (32). Normalmente se dará una relación de confianza entre poderdante y apoderado, que en este caso, por las especiales circunstancias innatas al mismo —apoderamiento para el supuesto de falta de capacidad del poderdante, y no como ocurre en el poder ordinario, de capacidad del poderdante durante la vigencia del poder— mayor que la que se da en un poder normal. Es posible que coincida la persona del apoderado con la del designado tutor en caso de autotutela, y puede también coincidir con el representante del enfermo (que normalmente será un discapacitado de hecho) para el caso de tratamientos médicos en el ámbito del documento de instrucciones previas.

Si el poder se refiere al cuidado personal del poderdante para el caso de pérdida de capacidad y el apoderado es una persona jurídica, quizá habría que tener en cuenta la limitación del artículo 242 del Código Civil que dispone: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». Ahora bien, si el contenido del poder sólo contempla la administración de sus bienes, quizá sea admisible otorgarlo en favor de una persona jurídica con ánimo de lucro (v. gr., una sociedad de gestión de activos financieros, para que pueda seguir invirtiendo el dinero del poderdante tal como ha venido haciéndolo antes). En este caso me parece especialmente importante prever en el mismo poder un eficaz sistema de control de la actividad del apoderado.

VI. MOMENTO DESDE EL CUAL EL PODER HA DE DESPLEGAR SUS EFECTOS

Sobre esta cuestión han de distinguirse dos supuestos: 1.º Si se ha dispuesto que el poder continúe a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante, el poder despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento —salvo que exista otro tipo de previsión—, y una vez sobrevenida la incapacidad del poderdante, se mantiene su vigencia. Por tanto, si el poderdante no hace esta previsión, el poder se extinguirá por esa causa. 2.º Si el poder se ha otorgado para el caso de incapacidad sobrevenida del poderdante, hasta que no tenga lugar ese hecho, no será eficaz el poder.

(32) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 811.

Cabe cuestionarse si la incapacidad a que se refiere el artículo 1732.2 del Código Civil es incapacidad judicial o natural. Algún autor se ha manifestado a favor de entender que tal precepto se aplica sólo a los judicialmente incapacitados (33), tal como se deriva de la misma Exposición de Motivos de Ley 41/2003, de 18 de octubre, que se expresa en los siguientes términos: «Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1.732 del Código Civil, con objeto de establecer que la *incapacitación judicial* del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacidad...» (34). Sin embargo, a mi juicio, la referencia del párrafo 2 del artículo 1.732 del Código Civil a la «*incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*», y la finalidad de la norma —permitir que sea el sujeto quien, en uso de la autonomía de la voluntad, decida sobre su futuro, con las limitaciones que se derivan de la misma protección de los incapaces y que pueden dar origen a la constitución de la tutela—, nos permiten entender que el momento en que se inicia la eficacia del poder queda supeditado a lo dispuesto por el poderdante. A este argumento cabe añadir el texto del artículo 223.2 del Código Civil, relativo a la tutela y modificado también por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que contempla la posibilidad de que una persona adopte cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor en previsión de ser «*incapacitada judicialmente*» en el futuro. En este caso es evidente la necesidad de que el hecho a que se somete la eficacia del documento de autotutela sea la incapacidad judicial. Sin embargo creo que en el caso del poder no ha de ser así necesariamente.

En cuanto al hecho de que la Exposición de Motivos se refiera a la «incapacitación judicial» debemos destacar, por una parte, su imprecisión, pues parece que va a referirse a cualquier supuesto de mandato preventivo, como creo que debería haber hecho, pero luego sólo se refiere a uno de ellos: al que prevé su subsistencia a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante, pero no al celebrado precisamente para el supuesto de incapacidad del mandante. Por otra parte, las Exposiciones de Motivos sólo tienen valor interpretativo, es decir, constituyen un elemento que ha de usarse para hallar el verdadero sentido de la norma en sí. En este sentido, la STS de 14 de octubre de 1965, cuya doctrina recogen la de 19 de abril de 1971 y 22 de marzo

(33) SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 25, octubre-diciembre de 2004, pág. 257; REPRESA POLO, P., en DÍAZ ALABART y otros, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, IBERMUTUATUR, 2004, pág. 200; SEDA HERMOSIN, M. A., «El Proyecto de Ley de Patrimonio Especialmente Protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantías para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil planteadas. La autotutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2004, pág. 174.

(34) La cursiva es mía.

de 1965, entre otras, dice en su considerando tercero que «todas las exposiciones de motivos de los textos legales son un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas en cuanto contienen opiniones personales muy respetables por venir de alguien que estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa, pero que carecen de fuerza vinculante que sólo puede tener la misma ley una vez aprobada, a la que deberá darse total preferencia en caso de discrepancia entre ambas, según precisó la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 25 de febrero de 1943».

En consecuencia, el hecho que determina el momento en que ha de desplegar sus efectos el poder —o mantenerse— sólo habrá que entenderlo referido a la incapacidad judicial cuando esa sea la voluntad del representado. Pero si el poderdante así lo expresa, puede referirse sin más a una situación de incapacidad de hecho, sin que medie una declaración judicial (35).

Si el apoderamiento se ha previsto precisamente para el caso de incapacidad del representado, esta incapacidad actúa como condición suspensiva de la eficacia del poder. Sobre esta cuestión nos parece que el hecho de padecer una enfermedad degenerativa no implica que el apoderamiento esté sujeto a termino y no a condición, ya que los avances de la ciencia médica son imprevisibles y pueden permitir que no llegue a producirse la situación de incapacidad que, en momento determinado, puede parecer irremediable (36).

En cuanto al modo en que se acredita esa incapacidad, lo más conveniente sería quizá que en el mismo poder se determinase el condicionamiento a un dictamen pericial. El problema surge cuando el poderdante no establece cómo ha de ser apreciada su incapacidad para que cobre eficacia el poder. Otros ordenamientos, como el quebequés, establecen un control judicial, o en el caso del Derecho inglés, se somete a la decisión del mandatario (37). Ante el silencio de nuestra ley, me parece importante destacar la labor que desempeñarán los Notarios a la hora de asesorar sobre la determinación de esta cuestión, en orden a evitar conflictos sobre la interpretación de la voluntad del poderdante. Así se ha propuesto la posibilidad de redactar una cláusula en el contrato en que el mandante requiriera al notario a no entregar el poder al mandatario, sino en el caso en que éste le entregase un certificado médico en el que constase que, efectivamente, el mandante sufre una alteración de sus facultades mentales. Naturalmente, se presupone la voluntad del mandatario de «instar» la efec-

(35) Así lo entiende también PÉREZ DE VARGAS (*ob. cit.*, pág. 429), quien afirma: «es cierto que el artículo 1732.3.º del Código Civil se aplica a los judicialmente incapacitados (...) Pero no sólo a éstos; también tendrá aplicación *«para el caso de incapacidad [no confundir con incapacitación] del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste»*».

(36) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 657.

(37) ARROYO I AMAYUELAS, E., *ob. cit.*, págs. 36 y 37; JIMÉNEZ CLAR, A., «Un sistema de autotutela mediante apoderamiento preventivo: Los *enduring powers of Attorney*», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, septiembre de 2003, www.tirantonline.com

tividad del mandato, pues se entiende que estamos ante un encargo que es de confianza (38). En cualquier caso habrá que aplicar las normas sobre interpretación de las declaraciones de voluntad, teniendo en cuenta el principio de autodeterminación del poderdante que preside esta materia, y únicamente en último término, deberá acudir a la autoridad judicial.

También cabe plantearse si es necesario que estemos ante una persona discapacitada de acuerdo con el concepto definido en el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 41/2003, según el cual, a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

El artículo 13 de la Ley 41/2003, que introduce una nueva Disposición Adicional en el Código Civil, establece que la referencia a las personas con discapacidad que se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041 del Código Civil hay que entenderla referida a la definición que da el artículo 2 de dicha ley. Por tanto ese concepto no afecta a todos los preceptos de la Ley 41/2003, y entre los afectados no se halla el artículo 1.732 del Código Civil. En consecuencia, a mi juicio, y salvo que así lo haya establecido el poderdante, no será necesario encontrarnos ante un discapacitado en el sentido utilizado por el citado artículo 2. Basta hallarse en una situación de discapacidad, pero no es necesaria, salvo que así lo disponga el representado, la declaración de discapacitado a que se refiere tal precepto.

VII. OBJETO Y CONTENIDO DEL PODER

Por su objeto, el apoderamiento puede ser general o especial (art. 1.712 del Código Civil). Es general cuando comprende la generalidad de los asuntos o cosas del poderdante, y especial cuando se confiere para asuntos o recae sobre cosas determinadas. Dado que no hay ninguna limitación para el apoderamiento preventivo, a mi juicio, comprende cualquiera de estos dos tipos.

El ámbito a que se puede extender la representación otorgada mediante un poder preventivo es libre y creo que coincide con el de la representación voluntaria sin ningún tipo de límite: puede referirse a la esfera personal o patrimonial del poderdante, o ambas cosas, teniendo en cuenta que queda excluida la representación para los actos personalísimos, como contraer matrimonio u otorgar testamento. En definitiva, comprende todo el campo de la autonomía de la voluntad.

(38) ARROYO I AMAYUELAS, E., *ob. cit.*, pág. 44.

La extensión de las facultades del representante depende de la voluntad del representado, teniendo en cuenta que el primero no puede traspasar los límites del poder (art. 1.714 CC), y dichos límites no se considerarán traspasados si el poder fuese cumplido de una manera más ventajosa para el poderdante que la señalada por éste (arg. art. 1.715 CC).

Si el contenido es personal podrán contenerse temas como el internamiento o instrucciones al apoderado sobre los cuidados y tratamientos médicos que se deban aplicar al poderdante para el caso de pérdida o disminución de su capacidad, e incluso el apoderado puede tener entre sus atribuciones la de representante del enfermo que actúe como interlocutor con el equipo médico que en su día pueda asistir al poderdante para procurar el cumplimiento de esas instrucciones. Como este contenido coincide con el del documento de instrucciones previas, creo que podrá instarse su inscripción en el Registro Nacional de Instrucciones Previas a que se refiere la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Entre las atribuciones otorgadas al representante voluntario puede estar la de emitir el consentimiento informado a que se refieren los artículos 8, 9 y 10 de ese mismo texto legal.

Si se designan varios apoderados, deberá señalarse su régimen de actuación: simultáneo o sucesivo y solidario o mancomunado. Por ejemplo, se pueden otorgar poderes recíprocos entre los cónyuges y subsidiariamente, en caso de muerte o pérdida de capacidad del otro cónyuge, un poder mancomunado a favor de todos los hijos.

Para cualquier acto de riguroso dominio, dice el artículo 1713.2 del Código Civil, se necesita mandato expreso. La jurisprudencia ha venido reconociendo insistentemente que esto no significa que no sea tácito, sino que la atribución de la facultad de realizar este tipo de actos sea específica o que haya seguridad de que se ha querido conferir, quedando así excluida la posibilidad de su atribución mediante apoderamiento concebido en términos generales (39).

Si se trata de un poder ordinario en que se expresa su vigencia a pesar de la incapacitación del poderdante, hemos de tener en cuenta que si el poder se da a efectos de administración, la prórroga no da la posibilidad de disponer (art. 1.713 CC); y si se dio la facultad de disponer, la prórroga también lo mantiene, pues no se modifica, salvo previsión expresa en contrario, el contenido del poder que ya existía.

(39) En este sentido —señala ALBALADEJO (*ob. cit.*, pág. 812)— de la sentencia de 18 de diciembre de 1973 se sigue que la concesión del poder especial o específica para hacer cierta cosa no ha de ser realmente una concesión específica de la facultad de hacerla, es decir, otorgamiento *en particular* de la facultad de hacer esa cierta cosa, sino a que, basta que sea concesión de poder que la *alcance* o *englobe* de forma segura, de manera que, aun sin mencionarla en concreto, quede comprendida en las facultades que se confieren al representante. No se trata sólo de otorgamiento de poder singular para el acto que sea, sino también de aquél que, aun no siendo específico para ese acto, hay seguridad de que realmente lo comprende.

No se prevé ningún tipo de control sobre el apoderado, por lo que no hay más control que el previsto por el propio poderdante, el que se deriva de la condición de administrador que, cuando así se dispone, puede tener el apoderado con las obligaciones que ello conlleva, como es la de rendir cuentas, y el relativo a la posibilidad de que las personas que señala el artículo 757 LEC promuevan la declaración judicial de incapacidad. En este caso el juez, en su resolución, puede optar por poner fin al poder, o bien mantenerlo. Entonces puede ser el tutor, posteriormente, quien inste del juez la finalización de la vigencia del poder.

Como ya he señalado anteriormente, me parece correcto que no se imponga de modo obligatorio un control judicial, pues lo contrario sería imponer el intervencionismo judicial, que es precisamente lo que se trata de evitar. Nadie como el interesado para saber a quién otorga el poder, qué actos le faculta para realizar y si debe o no ser sometido a un control particular. Por eso podemos calificar este supuesto, no ya confianza, sino de máxima confianza (*uberrimae bonae fidei*), pues el poderdante carece de control directo sobre la actividad del apoderado y carece también de la posibilidad de revocación. Por todo ello creo muy conveniente prever algún tipo de control, que quizá pueda desarrollarse en el mismo ámbito familiar. Por ejemplo, si el poder se otorga a favor de varias personas (por ejemplo, cónyuge e hijos o hijos únicamente) que su actuación sea mancomunada o la necesidad de autorización de un asesor externo, nombrado en el poder, para realizar cierto tipo de actos. Quizá haya supuestos en que el poderdante estime conveniente la constitución de un órgano similar al Consejo de tutela regulado en los artículos 226 a 230 del Código de Familia catalán. De acuerdo con estos preceptos se constituirá tal órgano en la tutela deferida por la persona interesada o por su padre o su madre y debe ser formalizado por el Juzgado. Su función consiste en velar por el buen desarrollo de la tutela, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial y, con esta finalidad, la persona que ostente su presidencia, debe mantener una relación regular con quien ejerce la tutela y, en su caso, con el titular de la administración patrimonial, resolver los desacuerdos entre tutores, si hay varios, y entre el tutor y el administrador patrimonial, y otorgar las autorizaciones previstas en los artículos 212, 215.2 y 219, que sustituyen a la autorización judicial. El Consejo de tutela debe ser oído por el juez en todos los casos en que es necesaria la audiencia del titular de la tutela o de la persona tutelada, y puede dirigirse al mismo en solicitud de las medidas que crea adecuadas para el buen desarrollo de la tutela, incluida la remoción del tutor o del administrador del patrimonio.

Si el poderdante fijó límites y dio ciertas instrucciones al apoderado, éstas se mantienen, y si hay instrucciones que por la situación del mandante ya no son útiles, quizá sea conveniente entender con gran cautela que, siempre que se actúe dentro de los límites del poder, hay una modificación en beneficio

del poderdante, pues sólo así cabe ir adaptándose a las circunstancias si la situación personal, y quizá también patrimonial, ha cambiado. Es un criterio muy extendido en la jurisprudencia de nuestros tribunales que la interpretación de los poderes de representación ha de hacerse de manera exclusivamente literal o gramatical y, en la duda, se opta por una interpretación restrictiva, entendiendo excluido del poder todo aquello que en él no aparezca incluido de una manera expresa y terminante (40). Esta interpretación, tratándose de un poder preventivo, debe estar presidida por la idea de que se trata de un encargo de máxima confianza y por el respeto a la voluntad expresada por el poderdante, para adaptarla a la situación a la que se va a aplicar.

VIII. LA VALIDEZ DEL NEGOCIO CONCLUIDO EN REPRESENTACIÓN. EL PROBLEMA DE LA INCAPACIDAD DEL PODERDANTE ANTES DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

Entre los sujetos que intervienen cuando se da el fenómeno representativo (representante, representado y tercero) surgen dos tipos de relaciones: la relación entre representante y representado, que llamaremos relación jurídica representativa, y la relación entre representado y tercero, que surge del negocio representativo celebrado por el representante, en nombre del representado, con el tercero, denominado acto concluido en representación.

Cuando el representante celebra el negocio representativo ha de actuar dentro de los límites del poder (art. 1.714 CC) y según las instrucciones del representado. A falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (art. 1.719 CC). Debe actuar en interés del representado, pues la representación se ejerce en beneficio de éste (arts. 1.715 y 1.719 CC). En caso de actuación dentro de los límites del poder, pero en contra de los intereses que se deben proteger, o en general, no siguiendo las instrucciones del representado, se produce el llamado abuso de poder. Entonces, lo hecho por el representante, siempre que se haya desarrollado dentro de los límites del poder, es válido frente a terceros; pero siendo el representante responsable frente al representado, constituye una justa causa de revocación, aun del poder irrevocable (art. 1692.1 CC) y da lugar a la impugnabilidad del negocio, si perjudica al representado y el tercero con el que aquél lo celebró, actuó de mala fe, es decir, era consciente del abuso (arg. ex art. 1.738 y principio de buena fe). Si se trata de un poder preventivo y existe una situación de coexistencia de la representación legal y la voluntaria porque se ha declarado la incapacitación judicial y nombrado tutor, éste podrá revocar el poder. Pero si el poderdante es un incapaz no incapacitado, nos encontramos

(40) Vid. Díez PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 185.

con que no existe ninguna persona legitimada para revocar el poder, ya que el poderdante ha perdido la capacidad de actuar y no puede ni otorgar nuevos poderes ni revocar los otorgados previamente. En este caso posiblemente no quepa más solución que instar el procedimiento de incapacitación por cualquiera de las personas legitimadas (art. 757 LEC), y en la resolución judicial dictada al constituirse el organismo judicial, se podrá poner fin al poder, y el representante legal que se nombre podrá pedir la responsabilidad que proceda al apoderado que abusó del poder.

En relación al negocio concluido en representación es de gran trascendencia determinar en qué medida participan el representante y el representado y sus respectivas voluntades, esto es, si en el acto concluido en representación interviene la voluntad del representante, la del representado o ambas, pues a esa voluntad, y en definitiva, al sujeto que la emite, deberán ir referidas las condiciones de capacidad y la ausencia de vicios de la voluntad.

Para algunos autores, el único que declara una verdadera voluntad negocial es el representado, y el representante es sólo un transmisor de su voluntad. Otros autores, por el contrario, sostienen que la única voluntad relevante en el negocio concluido en representación es la del representante, que es el único que emite la declaración. El representado sólo es el destinatario del interés contemplado en el acto concluido por el representante. Una tercera teoría intermedia mantiene que intervienen y son relevantes tanto una voluntad como la otra. El representado emite su voluntad a través del poder y de esta manera interviene en la formación de la voluntad negocial. El representante emite la declaración de voluntad negocial de acuerdo con el contenido señalado por el representado en el poder. Precisamente la amplitud del poder es determinante para atribuir mayor o menor relevancia a la voluntad de apoderado y poderdante: en la medida en que sean mayores las posibilidades de decisión que se atribuyen al representante, mayor será la relevancia de su voluntad. Finalmente, cabe citar una cuarta teoría que parte de los mismos presupuestos de la última, pero con ciertas matizaciones: ambas voluntades concurren al nacimiento del negocio, pero no en una medida cuantitativamente diferente, según los casos, sino con una función diversa por naturaleza y por cualidad: el representado emite el acto de decisión y su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial, y el representante aporta la voluntad de contenido. Creo, con LACRUZ BERDEJO (41) que de entre las diversas teorías, parece aceptable la última: «El negocio (representativo), que afecte a la esfera jurídica de determinada persona (representado) tiene que contar con la voluntad de ésta de quedar obligado por el mismo. En otro caso quedaría violado el principio fundamental de la autonomía privada, y preterida la idea del negocio jurídico como medio o mecanismo para la autorregulación de intereses: el único que puede «autorre-

(41) LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *ob. cit.*, pág. 281.

gular» sus intereses es el propio interesado (representado), sea expresando su voluntad previamente, a través del poder, sea mediante la ratificación. Pero también participa (en el negocio) el representante, de quien procede la declaración de voluntad, y que determina el contenido y efectos negociales dentro del margen de opción y decisión que le haya dejado su principal según los términos del poder».

Partiendo de esta última teoría podemos concluir que el representado ha de tener la capacidad precisa para el negocio concreto de que se trate, mientras que el representante sólo necesita la capacidad de obrar general. Si la ley somete la validez o eficacia de la declaración de voluntad negocial a la concurrencia de ciertas cualidades personales, éstas sólo han de concurrir en el representado, no en el representante, pues el acto no afecta a su esfera jurídica. Por lo que respecta a los vicios de la voluntad, es necesaria su ausencia tanto en la declaración del representante como en la del representado. Algunos autores distinguen entre vicios de la voluntad del negocio de apoderamiento y del negocio representativo, si bien la doctrina dominante entiende que, como representante y representado participan en el negocio representativo con verdadera voluntad negocial, el vicio de la voluntad sufrido por cualquiera de ellos va a determinar su anulabilidad.

La teoría que se mantenga sobre la participación del representante y del representado en el negocio representativo es esencial para considerar si la falta de capacidad del representado en el momento de concluirse el negocio representativo, determina la invalidez del mismo. Esta cuestión era esencial, antes de la reforma, para la admisión o no de la validez de los actos celebrados por un apoderado (generalmente un hijo o el cónyuge) cuando el poderdante se encontraba privado de la capacidad en el momento de celebrar el negocio representativo, dado que no se admitía el otorgamiento del apoderamiento con previsión expresa de subsistencia tras la incapacitación y el artículo 1732.3.º del Código Civil disponía que el mandato se extinguía por la incapacitación del mandante. La cuestión mantiene toda su actualidad para todos los casos de poderes en que no se recoge esta previsión y, a pesar de la incapacitación, siguen siendo utilizados por los representantes en actos con terceros.

Podemos distinguir dos supuestos: que el poderdante ya estuviese incapacitado judicialmente en el momento de la celebración del negocio representativo o que se tratase sin más de una falta de capacidad natural no declarada.

A) INCAPACITACIÓN JUDICIAL DEL PODERDANTE

En caso de incapacitación judicial, algunos autores estimaban que, puesto que se aplican al poder por analogía las normas del mandato, no cabe otra

opción que estimar que el poder se extingue en caso de incapacitación del poderdante, pues así se derivaba del artículo 1.732 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Por otra parte, argumentan, como el poderdante, por la incapacitación, queda privado de la posibilidad de revocar el poder, la adecuada protección de sus intereses exige que el poder quede automáticamente extinguido.

Otros rechazaban esta extinción automática, basándose en que en nuestro ordenamiento el alcance de la incapacitación no es el mismo en todos los casos, pues depende de lo que disponga la sentencia de incapacitación. En consecuencia, no habría fundamento para entender que el poder quedaría extinguido en relación a las facultades que el poderdante conserva después de la sentencia de incapacitación (42). Algunos autores incluso mantienen que el poder subsiste de forma latente respecto de las facultades de las que el poderdante incapacitado ha sido privado por la sentencia judicial. El poder no podrá ser utilizado en relación a esas facultades puesto que el apoderado no puede realizar aquello que está vetado a su poderdante, pero en caso de recuperación de la capacidad, el poder mantendría su vigencia sin necesidad de un nuevo otorgamiento (43).

B) INCAPAZ NO INCAPACITADO JUDICIALMENTE

En caso de falta de capacidad natural del poderdante que no ha sido declarada judicialmente, hay que distinguir entre la situación del poder, es decir, su subsistencia o no a pesar de la falta de capacidad del sujeto representado, y por otra parte, las cuestiones relativas al negocio representativo, es decir, si es o no eficaz el negocio celebrado por el representante con un tercero cuando, al tiempo de celebrarse éste, el poderdante carecía de capacidad natural para celebrarlo por sí.

Respecto a la primera cuestión, la doctrina predominante consideraba que el poder no se extingue por la incapacidad de hecho sobrevenida del poderdante. Aplicando analógicamente lo que disponía para el mandato el artículo 1732.3.º del Código Civil, entendían que, puesto que este precepto sólo daba por extinto el mandato por la incapacitación del mandante, a *sensu contrario* podíamos entender que el mandato, y por analogía, el poder otorgado por quien sobreviene incapaz de hecho, pero no ha sido judicialmente incapacitado, sigue en vigor. Por lo tanto, es causa de extinción la incapacitación del poderdante declarada judicialmente, pero no la falta de capacidad

(42) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, pág. 196; en sentido similar, vid. Díez PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 295; MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 664.

(43) BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, págs. 231 y 232.

de hecho del apoderado. Frente a esta postura cabe mantener que uno puede realizar, a través de un representante voluntario, los actos que puede realizar por sí, salvo los personalísimos. En consecuencia, lo que uno no puede obrar por sí, tampoco podrá obrarlo por medio de apoderado voluntario, sí a través de un representante legal, sometido a un fuerte control de Jueces y Fiscales. Por otra parte, la razón de que la incapacitación produzca la extinción del poder no es otra que la incapacitación natural del poderdante, de manera que la incapacitación judicial sólo añade la constatación oficial de dicha incapacidad previa liberando de la carga de la prueba de dicha ineptitud a quienes la esgriman. En este sentido no faltan autores que entienden que la sentencia de incapacitación es meramente declarativa y no constitutiva de la incapacidad. Luego, por analogía *legis*, la regla general ha de ser que los poderes, si no se extinguen por la incapacidad de hecho del poderdante, sí que quedan, al menos, desactivados (44).

a) *Argumentos a favor de la invalidez del negocio representativo*

Sobre la segunda cuestión, se alega a favor de la ineficacia del negocio representativo en caso de incapacidad de hecho del poderdante que, a diferencia de lo que sucede en la representación legal, en que el representante puede realizar aquellos actos que el representado no puede hacer por sí, en la representación voluntaria la validez del negocio representativo está supeditada, en principio, a la capacidad del poderdante para realizarlo por sí en el momento de su celebración, no en el momento de otorgar el poder. También se argumenta que el poder es esencialmente revocable, pues se basa en la confianza del poderdante respecto al apoderado, y si el poderdante sufre una incapacidad que le impide celebrar un negocio, esa misma incapacidad le impedirá revocar el poder, y al carecer de representante legal, porque no ha sido incapacitado judicialmente, nadie podrá revocarlo por él. En consecuencia, el poder es ineficaz por falta de su esencial sustrato jurídico especialmente en los supuestos de una incapacidad provocada por una enfermedad mental continua e irreversible, o una edad avanzada unida a una demencia senil o a una enfermedad de tipo degenerativo, sin posible mejoría (45).

(44) MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2006, pág. 203.

(45) En este sentido, CAMPO GUERRI («La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *RJN*, núm. 34, abril-junio de 2000, pág. 21) considera que una vez que el poderdante deviene incapaz de manera permanente, desaparece la facultad que fundamenta la eficacia del poder, esto es, la facultad de revocarlo. El apoderado no puede seguir actuando, ya que lo que haga en nombre del poderdante es ineficaz. Todo negocio celebrado por el apoderado podrá ser atacado por

También se argumenta a favor de esta tesis que nuestra jurisprudencia sostiene que los actos del incapaz, por ejemplo sus contratos, son nulos de pleno derecho, por falta de uno de sus elementos esenciales, el consentimiento (art. 1261.1 CC). Ciertamente esta postura del Tribunal Supremo es cuestionable, ya que la sanción a tales actos, en principio debería ser la anulabilidad, que es la sanción que afecta a los actos del incapacitado (art. 1.301 y sigs.), pues no hay razón atendible para tratar peor los actos del incapaz que los del incapacitado, cuando a ambos los aqueja el mismo problema: la falta de capacidad de obrar. Pero mientras nuestro Alto Tribunal se mantenga en la distinción señalada, resultará de lo más chocante que, si el incapaz contrata por sí, el negocio sea radical y absolutamente nulo, mientras que si contrata por medio de apoderado, el contrato sea perfectamente válido e inatacable. Más bien parece que, de igual manera que los actos del incapaz de hecho son meramente anulables, así también los actos del apoderado del incapaz de hecho realizados en nombre de éste habrán de tenerse por anulables (46). Y para lograr la anulación habrá que probar el perjuicio para el poderdante, en el caso de que el apoderado sea considerado como su guardador de hecho. La anulabilidad será oponible al tercero con quien celebró el negocio representativo, salvo que éste ignorese la falta de capacidad del representado de acuerdo con el artículo 1.738 del Código Civil.

b) Argumentos a favor de la validez del negocio representativo

Otros autores, sin embargo, estiman que, como regla general, en caso de incapacidad natural no declarada del poderdante, hay que considerar válido lo actuado por el apoderado, con la única excepción de que no haya redundado en utilidad de su poderdante, y ello con independencia de que la falta de capacidad natural sea conocida por el representante. Como excepción, podrán ser invalidados a instancia de quien más tarde ostente la representación legal, los actos que perjudiquen los intereses del representado. El poder fue otorgado válidamente cuando el poderdante estaba en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, a pesar de la discapacidad sobrevenida, el representado sigue siendo capaz, al menos formalmente, puesto que las restricciones a la capacidad de obrar sólo pueden producirse en virtud de sentencia (47).

En defensa de esta tesis, se alega también que hay ciertos supuestos en que nuestro Código mantiene la validez de lo actuado por un representante volun-

adolecer de uno de los requisitos fundamentales del artículo 1.261 del Código Civil: el consentimiento.

(46) MUÑOZ DE DIOS, L., *ob. cit.*, pág. 205.

(47) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *ob. cit.*, pág. 62; BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, pág. 232.

tario a pesar de la posible falta de capacidad del representado. Concretamente, en la regulación de la ausencia legal se dispone que se considerará en tal situación al desaparecido de su domicilio o de su última residencia pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes, y pasado tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes, salvo muerte o renuncia justificada del mandatario, o caducidad del mandato, que determinarán la ausencia legal siempre que al producirse estos hechos se ignorase el paradero del desaparecido y hubiese transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias y, en su defecto, desde la desaparición (art. 183 CC). En definitiva, la existencia de un poder prolonga el tiempo de incertidumbre, durante el cual no es necesario constituir representación legal, de lo que se deriva que lo actuado por el representante en principio es válido con independencia de la capacidad concreta del representado. Se trata de un supuesto que guarda cierta analogía con el caso que estudiamos: El poderdante es una persona «formalmente» capaz de actuar eficazmente en relación a cualquier clase de actos, pero su situación (en sentido amplio) física (la desaparición o la deficiencia somática) o psíquica, le impide hacerlo personalmente (48).

Por su parte, el artículo 304 del Código Civil también ofrece un argumento a favor de esta tesis cuando establece una excepción a la regla general del artículo 1.259 del Código Civil, y dispone que «los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad». En consecuencia, se mantiene la validez de lo actuado por el guardador en nombre del incapaz no incapacitado, siempre que se cumplan dos presupuestos: que la actuación del guardador sea útil y que hubiera actuado en interés del protegido por esta guarda de hecho, y todo ello, con independencia de que se trate de actos de administración, ordinaria o extraordinaria, o de disposición. Si lo actuado por el guardador, que no ostenta una representación directa del incapaz es válido, no se ve por qué no ha de ser lo actuado por un apoderado al que le han sido conferidas facultades de representación (49). No ha de ser de mejor condición el guardador de hecho, que no siempre ostenta una verdadera representación del incapaz, que el apoderado, al que sí le han sido conferidas facultades representativas (50).

(48) BÁDENAS CARPIO, J. M., *ob. cit.*, pág. 232.

(49) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 61.

(50) Esta tesis —dice MUÑOZ DE DIOS (*ob. cit.*, pág. 203)— parece que nos obliga a los notarios a abstenernos de autorizar o intervenir documentos, ante la imposibilidad de saber con certeza, *a priori*, si le va a ser útil o perjudicial al incapaz lo actuado por el apoderado.

En contra del argumento de la revocabilidad esencial del poder que se mantiene para sostener la invalidez del negocio representativo en el caso que estamos examinando, se contesta (51) que no es esencial al apoderamiento que su concedente mantenga aptitud para su revocación, como lo demuestra lo siguiente: *a)* la admisión de los poderes irrevocables; *b)* la subsistencia de los apoderamientos conferidos por quienes hayan desaparecido de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haber tenido en ella más noticias; *c)* el tenor literal del artículo 1732.3.º del Código Civil (antes de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) que se refería a la «incapacitación» y no la incapacidad sobrevenida; *d)* la autorización contenida en el endoso de apoderamiento, que no cesará por la muerte del mandante, ni por su incapacidad sobrevenida (art. 21 *in fine* de la Ley Cambiaria y del Cheque); *e)* el representante del enfermo designado en el documento de voluntades anticipadas, cuando el paciente todavía gozaba de plena capacidad natural, tiene su ámbito ordinario de actuación cuando el representado no pueda ya expresar su voluntad; *f)* el carácter irretroactivo con que operan las causas extintivas del apoderamiento impide que se atribuya eficacia conclusiva a un hecho natural borroso, imposible de fechar de forma objetiva; *g)* de sostenerse la extinción de los apoderamientos por incapacidad sobrevenida del poderdante, habría que reconducir la operativa posterior del ex representante a la gestión de negocios ajenos, produciéndose así una peculiar conversión negocial sin apoyo racional alguno; *h)* los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueran expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido.

Por otra parte, se señala también que el argumento de la revocabilidad esencial del poder puede tener su fundamento cuando el poderdante se encuentra aquejado de una incapacidad indubitada, constante, permanente y persistente, pero no en los casos de incapacidades transitorias, pues entonces habría que estar planteando eficacias e ineficacias sucesivas del poder de difícil, cuando no imposible, precisión. Además, en el supuesto de incapacidad persistente y permanente se mantiene que el poder ha de perder necesariamente su eficacia porque en caso contrario el discapacitado quedaría a merced del apoderado, dada la imposibilidad de revocar el poder. Sin embargo, en contra de esta tesis (52), cabe señalar que no es cierto que el discapacitado quede en situación de total indefensión y en manos de apoderado, ya que, cualquiera de los familiares o cualquier persona, podrán instar, aunque sea poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, la incapacidad del poderdante (art. 757 LEC), que una vez declarada, producirá la extinción

(51) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, págs. 661 y 662; vid. CABRERA HERNÁNDEZ, J. M., *ob. cit.*, págs. 107 y 108.

(52) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, págs. 197 y 198.

del poder (art. 1.732 CC). Además, durante el proceso de incapacitación, y para evitar que el apoderado pueda seguir actuando de manera perjudicial para el poderdante, el artículo 762.1 LEC permite al tribunal competente tomar de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento, las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. Entre tales medidas puede estar la suspensión cautelar del apoderamiento hasta que recaiga la sentencia que declare o no la incapacidad del poderdante.

Finalmente, los autores que defienden esta postura señalan que la muerte y la revocación del poder no son causas automáticas de extinción del mandato, pues éste sigue produciendo sus efectos frente a los terceros que, de buena fe, contraten con el apoderado, aunque éste conozca la causa de extinción, de acuerdo con el artículo 1.738 del Código Civil. Si ni la muerte ni la revocación, que son causas legales extintivas del poder, producen automáticamente su ineficacia, se pregunta LEÑA FERNÁNDEZ (53) «¿por qué va a producirla la existencia de una circunstancia no incluida dentro de esas causas legales extintivas cual es la existencia de una incapacidad natural o de hecho del poderdante al tiempo de la actuación negocial del apoderado?».

Toda esta problemática queda en parte soslayada con la admisión del apoderamiento preventivo. Supone la atribución a la representación voluntaria de una nota propia de la representación legal: el representante puede realizar actos que no puede realizar por sí el representado. Como apunta certeramente MARTÍNEZ GARCÍA (54) estamos ante un especie de *tertium genus* a caballo entre la pura representación voluntaria y la representación legal: el interesado adopta su propia (en esto se aproxima a la representación voluntaria) «medida cautelar» (y en esto a la legal) para la fase previa a la incapacitación judicial, supliendo la previsión del artículo 299 bis del Código Civil. Por consiguiente, en estos casos de representación voluntaria, la validez del negocio representativo ya no queda supeditada a la capacidad del poderdante para realizarlo por sí en el momento de su celebración. Ahora bien, es importante destacar que debe indicarse en el poder su carácter preventivo, es decir, que se otorga precisamente para el caso de que el poderdante pierda su capacidad, o que se mantenga el que ya era eficaz antes de la pérdida de capacidad, pues la regla general sigue siendo la contraria. Por tanto, si no se dice nada, rigen las normas generales de la representación con las consecuencias que hemos visto anteriormente.

(53) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *ob. cit.*, pág. 202.

(54) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *ob. cit.*, pág. 62.

IX. PODER Y TUTELA. CONVIVENCIA DE AMBOS

Antes de la admisión del poder preventivo, MARTÍNEZ DÍE (55) planteaba si cabía alegar en contra de este tipo de apoderamiento su ilicitud causal, si entendemos que su formulación se dirige a burlar el sistema tuitivo diseñado imperativamente por la ley para dotar de protección a los incapaces. Sin embargo, señala este mismo autor, «el otorgamiento de este tipo de poderes no impide ni obstaculiza el normal desenvolvimiento de las instituciones tutelares típicas, limitándose a ser un precepto emanado de la capacidad de autodeterminación jurídica del interesado, orientado a reglamentar la defensa de sus intereses, constituyendo de esa manera un acto por el que se desarrolla libremente su personalidad».

En efecto, frente a la tutela ordinaria, que se constituye por imperativo legal y en cuyo desarrollo el tutelado no tiene control, salvo que haya adoptado alguna medida de autotutela conforme al nuevo artículo 233.1 del Código Civil, el poder preventivo, en cualquiera de sus dos modalidades, permite al sujeto mantener su autonomía y se adapta a las necesidades de cada caso, con un régimen y contenido flexible, que depende de la voluntad del poderdante. Su desarrollo será, de una forma u otra, según el deseo del representado y la confianza que tenga en el representante: puede dejar órdenes muy concretas que limiten en gran medida los actos del apoderado, o dada la confianza que le inspire éste, dejar la gestión de su persona o patrimonio, o ambas cosas, a su arbitrio. Quizá se pueda interpretar como un acercamiento al sistema de tutela de familia, en función de la voluntad del sujeto, frente al sistema de tutela de autoridad impuesto por la ley y que tantos problemas ocasiona para la gestión ágil de un patrimonio. En este sentido, permite desjudicializar la gestión relativa a la protección de personas mayores que son capaces de prever la gestión de su patrimonio y el cuidado de su persona.

Hasta ahora la representación del mayor incapacitado no sujeto a la patria potestad se atribuía sólo al tutor. Ahora puede corresponder también sólo a un representante voluntario, o al representante voluntario junto al tutor, si conviven ambos representantes. Tal posibilidad de convivencia de representaciones se deriva claramente del artículo 1732.2 del Código Civil, teniendo siempre en cuenta el contenido de la sentencia judicial, tanto en lo relativo al grado de incapacitación como al funcionamiento del organismo tutelar que se hubiera previsto. Si dicha institución fuera la tutela, por ejemplo, podrían corresponder al tutor únicamente las funciones relativas a la esfera personal del incapacitado, si existe un poder que otorga al representante voluntario la gestión de todo su patrimonio. En cualquier caso, creo que todas estas cuestiones deberán estudiarse caso por caso, en función de la extensión y límites

(55) MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, pág. 658.

de la incapacitación y del régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado, así como los términos del poder, sin que pueda darse una regla general, pero siempre teniendo en cuenta que, para que subsista la representación voluntaria y pueda desempeñarse en toda la extensión conferida, debe pasar por el control judicial que supone que no haya sido revocado en la sentencia que declare la incapacitación.

La cuestión más controvertida es la de determinar el valor que se atribuye a la voluntad del sujeto, expresada en un poder, y en qué medida esa voluntad del sujeto puede oponerse a las disposiciones del Código Civil sobre el funcionamiento de la tutela, concretamente, si el poderdante puede eliminar la necesidad de autorización judicial para los actos en que sí la impone el Código o sustituir dicha autorización por la de otro órgano de fiscalización que se prevea en el poder.

Para resolver esta cuestión creo que han de distinguirse dos supuestos: si la situación de incapacitación sobrevinida del poderdante da origen a una incapacitación judicial y el supuesto en el que se queda en una mera incapacidad de hecho.

a) *Incapacitación judicial*

Para el primer supuesto creo que la cuestión se resuelve en el artículo 224 del Código Civil: «Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo harán mediante decisión motivada». Este precepto se refiere a las disposiciones de los padres expresadas en testamento o documento público notarial sobre la tutela de sus hijos menores o incapacitados y las expresadas en documento público notarial por persona capaz de obrar en previsión de ser incapacitado judicialmente, pero cabe su aplicación analógica al supuesto que estudiamos. Ahora bien, creo que es difícil señalar la frontera entre el apoderamiento preventivo y la tutela cuando se atribuyen al apoderado funciones que, de acuerdo con la regulación de la tutela estarían atribuidas al tutor y además con un régimen distinto al legal. En realidad estamos ante previsiones sobre el funcionamiento de la tutela, pues, mediante la facultades atribuidas al representante se está interviniendo en el funcionamiento del organismo tutelar. Desde este punto de vista, el poder no podría contener modificaciones al funcionamiento de la tutela que constituyesen una vulneración de normas imperativas, con lo cual el ámbito de actuación de representante quedaría muy reducido, y con ello también el ámbito en que puede intervenir la voluntad de interesado.

Sin embargo, a mi juicio, también cabe una interpretación más respetuosa con la autonomía de la voluntad manifestada por el interesado y entender

que cabe mantener dicha voluntad, salvo que existieran razones justificadas que aconsejasen prescindir de ella. Por ello coincido plenamente con PÉREZ DE VARGAS cuando afirma que «existiendo razones justificadas, el Juez debe ser muy respetuoso con la voluntad del poderdante, y, en consecuencia, no debe proceder sin más a nombrar tutor y a declarar extinguido el mandato, aunque esto pueda conllevar que el apoderado pueda realizar una serie de actos que, de realizarlos el tutor, requerirían la autorización del juez (art. 271 CC) o la aprobación de éste (art. 272 CC). Esto puede constituir un riesgo para el incapacitado (no lo habrá si, como es de esperar, el apoderado cumple lealmente su cometido), pero también reportará la ventaja de evitar trámites que podrían retrasar la conclusión de estas operaciones» (56).

Puede ser que el poder se otorgue a favor de una persona que termine siendo tutor, porque así haya sido designado por el poderdante en el documento de autotutela o porque, aunque se haya otorgado el poder pero no se haya designado tutor, el juez nombre tutor precisamente a la misma persona que por su competencia y relación con el incapaz, ha merecido su confianza como apoderado. Entonces es posible el mantenimiento del régimen de representación voluntaria, que deriva del poder, y el de la representación legal, que deriva de la constitución de la tutela, recayendo ambos sobre la misma persona (57). En estos casos, podría pensarse que la protección de los intereses del incapaz queda totalmente en manos del tutor-apoderado, de forma que el juez ya queda privado definitivamente de la posibilidad de revocar el poder, pues no lo ha hecho al constituirse el organismo tutelar, que es la posibilidad que prevé el artículo 1.732 *in fine*. A mi juicio, esto no es así, sino que la intervención posterior del Juez encuentra su fundamento en los artículos 233,

(56) PÉREZ DE VARGAS, J., *ob. cit.*, pág. 432. Comparte esta opinión TENA ARREGUI («Apoderamiento general para el caso de incapacidad del ulteriormente designado tutor», en *El Notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2005, pág. 173) cuando dice que «con carácter general, la subsistencia del poder tras la incapacitación no deja de presentar cierta singularidad, pues en el supuesto de que el poder sea general para todo tipo de actos de administración y disposición, conviven simultáneamente dos habilitaciones para actuar en representación del incapacitado de muy distinta naturaleza. Por un lado, una representación voluntaria que, mientras subsista, puede ejercitarse sin necesidad de autorización judicial o control de ningún tipo. Por el otro, una representación legal, tipificada y necesitada de control judicial con el alcance que para cada acto o negocio establecen los artículos 271, 272 y 273 del Código Civil. Es decir, el apoderado puede enajenar bienes inmuebles (si se le dio facultad para ello) sin necesidad de autorización judicial; pero el tutor no». Sobre esta cuestión creo importante destacar con DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, pág. 62), que el éxito de los poderes preventivos dependerá en gran medida del respeto y tolerancia de los jueces hacia la voluntad expresada en los mismos, de forma que cuando se inste la incapacitación, los jueces mantengan con amplitud y en la medida de lo posible, la voluntad manifestada por el sujeto en el poder.

(57) Coincido con MARTÍNEZ SANCHIZ (*ob. cit.*, pág. 36) cuando manifiesta que es muy probable que el juez revoque el poder ante las dificultades nacidas de la superposición de dos sistemas distintos: el poder y la tutela. Esta dificultad, sin embargo, creo que quedaría en parte soslayada en los casos en los que se nombre tutor al apoderado.

247, 248 y 249 del Código Civil, que le permiten dejar sin efecto el poder aun sin necesidad de proceder a la remoción del tutor (58).

El mismo régimen sería aplicable en caso de que el órgano tutelar no fuese el tutor, sino el curador. Cabría mantener la vigencia del poder otorgado, aunque curador y apoderado fuesen la misma persona. En este caso resultaría más sencillo el mantenimiento del poder, porque incidan en ámbitos diferentes los actos que, de acuerdo con la sentencia, requieran la asistencia del curador (que no es un representante), y aquellos en que corresponda la representación voluntaria al curador, pero en virtud del poder.

b) *Incapaz no incapacitado judicialmente*

Si el representado no está incapacitado judicialmente, y por consiguiente no se constituye la tutela, creo que el poderdante es libre para autorizar al representante a actuar como él quiera, y si quiere, establecer cualesquiera órganos de fiscalización del representante o cualquier medio para controlar su actuación: nombrar varios apoderados para que actúen de forma solidaria o mancomunada, imponer la necesidad de asistencia o autorización para determinados actos, establecer causas de extinción del poder, delimitar el contenido de sus obligaciones, etc.

También debe plantearse si, cuando efectivamente sobreviene la incapacidad del poderdante, existe obligación por parte del apoderado de comunicarlo al Ministerio Fiscal, para que luego el juez determine si sobresee el poder, o si sería más apropiado que el poderdante, en su sano juicio, opte por uno u otro sistema e incluso que, si prefiere el poder, llegue a excluir la constitución de la tutela. Por lo que se refiere a la primera cuestión, y de acuerdo con el artículo 753 LEC, el procedimiento de incapacitación puede ser promovido por el propio interesado, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz (art. 753.1 LEC) y, en defecto de todos ellos o si no lo hubiesen solicitado, por el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC). A este fin, las autoridades y funcionarios que por razón de sus cargos conocieran la existencia de posibles causas de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Además, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación (art. 757.3 LEC). Por lo tanto, si el apoderado se encuentra entre las personas mencionadas en apartado primero del artículo 757 LEC, sí estaría obligada a promover la incapacitación, pero no en razón del apoderamiento, sino por el vínculo familiar que le une al presunto incapaz. En los demás

(58) TENA ARREGUI, R., *ob. cit.*, pág. 174.

casos no existiría obligación del apoderado, ya que no hay más personas legitimadas para promoverlo que las señaladas en los apartados primero y segundo del artículo 757 LEC, entre las que no se encontraría, y las personas que pueden poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de posibles causas de incapacitación, salvo en el caso de las autoridades y funcionarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 757 LEC, están facultadas, y no obligadas a ello.

Sobre si el poderdante pueda optar por la tutela o el mantenimiento del poder e incluso puede excluir la tutela, creo que la regulación imperativa de los órganos tutelares impide la eficacia de una disposición en que se excluye por el propio interesado la constitución de la tutela. Buena prueba de ello es el último inciso del artículo 1732.2 del Código Civil, al prever que el mandato, y por tanto, el poder, puede terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Si puede terminar en estos casos es porque no es vinculante en absoluto una disposición del propio interesado en que se da prioridad al poder sobre la tutela o se excluya ésta de forma definitiva (59).

X. EXTINCIÓN DEL PODER Y LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO

La extinción del apoderamiento preventivo puede tener lugar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (60). Además se aplican las causas de extinción del mandato ordinario: por renuncia o incapacitación del representante, por su revocación, por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del poderdante o del apoderado. Sobre la revocación cabe destacar que, partiendo del presupuesto de eficacia del poder que estudiamos —la falta de capacidad del poderdante—, y dado que la falta de capacidad impide revocar, su ámbito estaría limitado al caso, generalmente improbable en las personas

(59) Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ (*ob. cit.*, pág. 37) que los poderes preventivos, junto a otras previsiones como la recogida en el artículo 1.056 del Código Civil, no acaban de casar con el talante intervencionista que caracterizó la reforma del derecho de familia acometida a partir de 1981; responden a la necesidad de dar entrada a soluciones autónomas, al margen de las propiamente judiciales, aunque sea a modo de prótesis injertadas en un sistema que propende al rechazo. Por ello propone un debate sobre la conveniencia de ampliar la libertad convencional para suplir con soluciones familiares las determinaciones judiciales.

(60) ARROYO I AMAYUELAS (*ob. cit.*, pág. 50) considera que sólo está legitimado para solicitar la extinción del poder el tutor, no el curador, dado que su única función es completar la capacidad del incapacitado. Ello supone que la curatela —que no comporta jamás guarda de la persona ni administración de bienes— es siempre compatible con un mandato que puede estar pensado, precisamente, para estos casos.

mayores, de que recuperase su capacidad, siempre que el juez antes no hubiese acordado la extinción del poder. En cuanto a los supuestos de renuncia, incapacitación, muerte, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del representante no producirán la extinción del poder si el representado, en el momento del otorgamiento o en otro posterior, pero siempre que mantuviese su plena capacidad, hubiese nombrado un sustituto en previsión de tales circunstancias.

A diferencia de lo que sucede en caso de declaración de ausencia legal en que desde su inscripción en el Registro Central «quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente» (art. 183.2 *in fine* CC), en nuestro caso, la declaración de incapacitación y la designación de representante, así como su inscripción en el Registro Civil, no es causa de extinción de los poderes otorgados por el incapacitado, sino que se producirá la coexistencia del representante voluntario con el representante legal, salvo revocación del poder al constituirse la tutela.

El Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó una enmienda, la número 55 en el Congreso y 30 en el Senado, que pretendía la modificación del párrafo segundo del artículo 1.732, suprimiéndose el último inciso: («En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor») (61). Concretamente la redacción propuesta fue la siguiente: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». La justificación que se dio a tal enmienda fue «mejorar el redactado». Sin embargo, lo cierto es que también afectaba a cuestiones de fondo, pues dejaba sin resolver la posibilidad del mantenimiento del poder al constituirse la tutela. La redacción que dio el Proyecto, y que se mantuvo, me parece más clara en la medida en que legitima claramente al tutor para solicitar que el juez ponga fin al mandato y elimina las dudas que pudieran surgir sobre si el juez estaría o no facultado para ello.

El representante, como todo el que administra bienes ajenos, está obligado a rendir cuentas al representado (art. 1.720 CC). Además ha de entregar al representado el saldo favorable a éste (art. 1.720 *in fine* CC). Finalmente, para liquidar la relación entre representante y representado, cada uno deberá abonar al otro ciertas sumas (arts. 1.724 y 1.728 CC) e indemnizarse recíprocamente los daños y perjuicios causados por uno a otro (arts. 1.729 y 1.723 CC).

(61) BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 10 de septiembre de 2003, pág. 40, y 16 de septiembre de 2003, pág. 47, y BOCG, Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 13 de octubre de 2003, pág. 33, y 17 de octubre de 2003, pág. 39.

El problema que surge en relación al poder preventivo es el de a quién se deben rendir cuentas y liquidar la representación, cuando no se ha previsto en el poder. Si hay tutor, deberá ser a él a quien se rindan las cuentas y liquidar la relación con el representado. En otro caso, y a falta de previsión expresa del representante, parece que quien quiera exigir cuentas al apoderado no tendrá otra vía que instar la incapacitación del representado y solicitar el nombramiento de tutor, y será éste quien podrá exigir la rendición y justificación de cuentas, así como la liquidación de la relación representativa. Si el apoderado hubiera fallecido, la legitimación para exigir el cumplimiento de estas obligaciones, corresponderá a sus herederos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I, 16.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., «Del mandato “ordinario” al mandato de protección», en *RJN*, núm. 49, enero-marzo de 2004.
- BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento preventivo y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BERROCAL LANZAROT, A., «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos, Nueva época*, vol. 5, 2004.
- CABRERA HERNÁNDEZ, J. M., «La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código civil», en *RJN*, núm. 24, octubre-diciembre de 1997.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M.; LORA-TAMAYO, I. y BOLAS ALFONSO, J., «La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», en *RDN*, julio-diciembre de 1989.
- CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *RJN*, núm. 34, abril-junio de 2000.
- DÁVILA HUERTAS, E., «La autotutela», en *BICNG*, núm. 227, abril de 2000.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *RDP*, 2006.
- DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, t. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2003, reimpresión 2004.
- FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en *La protección jurídica del discapacitado*, SERRANO GARCÍA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania», en *Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología*, vol. 4, núm. 2, 2002, www.geriatrianet.com
- «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *AC*, núm. 21, 1999.
- GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- JIMÉNEZ CLAR, A., «Un sistema de autotutela mediante apoderamiento preventivo: Los *enduring powers of Attorney*», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, septiembre de 2003, TOL 310218, www.tirantonline.com
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 2004.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, MARTÍNEZ DÍE (dir.), Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ DÍE, R., *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL (coord. general), t. IV, vol. 2.º, GARRIDO DE PALMA (coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “Apoderamientos preventivos”», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 2000.
- MARTÍNEZ SANCHÍZ, J. A., «¿Confianza en la familia?», en *El notario del siglo XXI*, julio-agosto de 2006, núm. 8.
- MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2006.
- PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 665, año XXVIII, 6 de marzo de 2007.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código Civil por la Ley 41/2003», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º - B. ALBALADEJO (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- REPRESA POLO, P., en DIAZ ALABART y otras, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuatur, Madrid, 2004.
- ROMERO CANDAU, P. A., *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*, Academia Sevillana del Notariado, t. VIII, Edersa, 1995.
- SEDA HERMOSÍN, M. A., «El Proyecto de Ley de Patrimonio especialmente protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantías para el futuro de las personas con discapacidad. Las reformas del Código Civil planteadas. La autotutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Fundación Aequitas, 2004.
- SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en el Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004.
- SEUBA TORREBLANCA, J. y RAMOS GONZÁLEZ, S., *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica*, Indret, febrero de 2003.
- TENA ARREGUI, R., «Apoderamiento general para el caso de incapacidad del ulteriormente designado tutor», en *El Notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2005.

RESUMEN

INCAPACIDAD. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

La nueva redacción del artículo 1.732 del Código Civil introduce en nuestro ordenamiento los apoderamientos preventivos y en consecuencia, abre la puerta a la representación voluntaria del incapaz, lo que permite el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de quien siendo capaz, puede prever su pérdida de capacidad. Sin embargo son muchas las dudas que ahora se plantean: La autonomía de la voluntad de propio interesado, ¿está limitada por las normas sobre tutela? ¿Pueden convivir representación voluntaria y legal? ¿Existen límites al contenido del poder?

ABSTRACT

INCAPACITY. VOLUNTARY REPRESENTATION

The new wording of article 1732 of the Civil Code introduces preventive empowerments in our legislation and consequently opens the door to voluntary representation of the incapable individual, which permits the maintenance of the autonomy of will of a person who, while capable, can foresee a loss of his own capacity. However, many are the doubts now raised: Is the autonomy of will of the person concerned limited by the rules on guardianship? Can voluntary and legal representation coexist? Are there limits to the contents of the power of attorney?

(Trabajo recibido el 05-12-07 y aceptado para su publicación el 14-11-08)