

## 1.2. Derecho de Familia

# Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos

*Voluntary support measures in Law 8/2021  
of june 2: preventive powers and mandates*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.*

**RESUMEN:** Recientemente, se ha aprobado la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se modifican un número importante de preceptos del Código civil y de otras normas sustantivas y adjetivas. En concreto, se da una nueva regulación a los apoderamientos y mandatos preventivos como medidas voluntarias de apoyo de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El presente estudio se va a centrar en analizar su régimen jurídico.

**ABSTRACT:** *Law 8/2021, of June 2 has recently been approved, modifying numerous precepts of the civil code and other substantives and adjectives laws. Specifically, a new regulation is give to preventive power and mandates as voluntary support measures for the person with disabilities in the exercise of their legal capacity. This study is going to center on the critical legal analysis of its legal regime.*

**PALABRAS CLAVE:** Poder. Mandato. Medidas voluntarias de apoyo. Capacidad jurídica. Personas con discapacidad. Voluntad. Deseos. Autonomía de individuo. Curatela.

**KEY WORDS:** *Power. Mandate. Voluntary support measures. Legal capacity. People with disabilities. Will. Wishes. Autonomy of the individual. Curatorship.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INSTITUCIONES JURÍDICAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS: 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. MODALIDADES. 4. RÉGIMEN JURÍDICO: A) *Elementos personales.* B) *Elementos reales. Contenido.* C) *Elementos formales.* D) *Extinción.* E) *Eficacia, publicidad y revisión.*—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Constitución española en su artículo 10 se refiere al libre desarrollo de la personalidad del individuo, el respeto a su dignidad como persona y la primacía

de su autonomía en la toma de decisiones; el artículo 14 al principio de igualdad ante la Ley de todas las personas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal; y en sus artículos 49 y 50 alude a la atención de las personas con discapacidad y personas mayores mediante un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos y garantizando un sistema de pensiones adecuados y periódicamente actualizadas.

Pues bien, la autonomía de la voluntad ha tenido tradicionalmente especial operatividad en el campo del derecho patrimonial —contrato y testamento— y no tanto con la misma dimensión en el ámbito del derecho de familia, especialmente, en lo que representa el estatuto jurídico de la persona. Sin embargo, paulatinamente se han ido ampliando las posibilidades de decidir sobre asuntos reservados a este ámbito que hasta ahora quedaban al margen de la libertad del individuo. Fruto de tal cambio fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación para personas en razón de su discapacidad con relevancia en el ámbito del Derecho civil. Este sistema no depende de la incapacitación, ni constituye un estado civil, y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2). Se tiende hacia un sistema más flexible de protección de las personas con discapacidad, en el que aparte de contener una regulación del patrimonio protegido, posibilita que cualquier individuo pueda organizar de forma anticipada su situación personal y/o patrimonial ante una eventual pérdida progresiva de la capacidad mediante instrumentos como la autotutela y su reflejo en la delación de la tutela, o los apoderamientos o mandatos preventivos —la previsión de no extinción automática del mandato en caso de incapacidad o para el caso de incapacidad (art. 1732.2 CC)—.

Por otra parte, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. Tal reto no es otro que atender a las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situaciones de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años que, se ha duplicado en solo veinte años. A esta realidad, derivada del envejecimiento, debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación que, se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. Para reforzar el cuidado de las personas dependientes, que, hasta ahora ha sido asumido por las familias y en especial, por las mujeres, constituyendo lo que se ha dado en denominar el «apoyo informal», se aprueba la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

En este contexto, la regulación del Código civil en materia de incapacitación se ha visto influenciada por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ambos textos se refieren a los derechos de las personas con discapacidad y, asimismo, recogen las obligaciones de los Estados parte para promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de las personas. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, mediante el correspondiente Instrumento de ratificación, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1.<sup>º</sup> de la Constitución española, y en el artículo 1.5 del Código civil, la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo servir incluso de amparo interpretativo de las normas internas<sup>1</sup>. El objetivo principal de la Convención no es otro que el de promover, defender y garantizar el «goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad», así como «el respeto de su dignidad inherente» (art. 1.1 de la Convención). Este nuevo instrumento supone la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, asimismo, el disponer de una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas. Se considera personas con discapacidad *«a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»* (art. 1.2). Entre los grupos de personas a los que se refiere la Convención se encuentran personas dependientes, que solo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad; o de un discapacitado que no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, o de un incapacitado judicialmente, o de un incapaz que, simplemente requiere un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Se puede considerar tal definición como un concepto mínimo y abierto, pues, en el Preámbulo de la Convención se indica que *«se reconoce, además, la diversidad de las personas con discapacidad»*, y asimismo, se señala que *«la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que con las demás»* [letra e)], al tiempo que reafirma *«la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejercen plenamente y sin discriminación»* [letra c]<sup>2</sup>. La Convención adopta el modelo «social de discapacidad» que sustituye al «modelo médico o rehabilitador», actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente un carácter residual; por lo que, en consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se permite «apoyo o asistencia» en dicha toma de decisiones. Asimismo, el propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Sobre tales bases, el artículo 12 de la propia Convención, tras afirmar en el apartado primero que «las personas con discapacidad tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica», obliga a los Estados parte a revisar los sistemas legales de guarda vigentes en cinco puntos fundamentales:

1. Al afirmar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida. Si bien, el concepto de capacidad jurídica es más amplio que la simple capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que, engloba tanto la titularidad como el ejercicio, esto es, nuestra capacidad jurídica y de obrar. 2. La consagración y reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivos de discapacidad. 3. El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. De forma que, la prestación de asistencia necesaria para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, parte fundamentalmente del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla. 4. La adopción de salvaguardas como garantía de un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básico en igualdad de condiciones con el resto de la población. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; y, 5. Revisión de los ordenamientos nacionales que restringen la capacidad jurídica por razón de discapacidad<sup>3</sup>.

Ciertamente, la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados parte que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos<sup>4</sup>.

Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Precisamente los ajustes razonables definidos por el artículo 2 de la Convención como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales», exige una adaptación y revisión trasversal de toda la legislación española vigente, que ha de incluir la modificación y/o derogación de las normas de Derecho interno que entren en contradicción con la Convención. Fruto de tal exigencia es la Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, —informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad—, en cuya disposición adicional séptima se encomienda al Gobierno a que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que, las demás en todos los aspectos

de la vida. Si bien, en dicho Proyecto de ley se establecerán, asimismo, todas aquellas modificaciones que sean necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que, se precisen. Con posterioridad, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, en la línea marcada por la Ley 26/2011, viene a adaptar la normativa reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención.

La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. De ahí, la supresión de los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 5/1985; quedando redactado el punto segundo del artículo 3 de la siguiente forma: «2. Todas personas podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlos y con los medios de apoyo que requiera». Finalmente, se añade una disposición adicional octava con la siguiente redacción «A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1 b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan integradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley».

Por otra parte, cabe destacar que, la Convención reconoce en el apartado q) de su Preámbulo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación. Además, en su artículo 6, relativo a las mujeres y niñas con discapacidad, subraya que los Estados parte reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Por otra parte, el Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, en su Observación General número 1, confirma que las mujeres con discapacidad están sometidas a altas tasas de esterilización forzosa y, a menudo, se les niega el control de su salud reproductiva y toma de decisiones, suponiendo que no son capaces de consentir el sexo. En su Observación General número 3 sobre mujeres y niñas con discapacidad se indica que, algunas formas de violencia, explotación y abuso puede considerarse tratos o penas crueles, e inhumanas o degradantes y una

vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas, cabe citar: el embarazo o la esterilización forzada realizada bajo coerción, o de manera involuntaria; todos los procedimientos y la intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionadas con la anticoncepción y el aborto.

Asimismo, cabe subrayar que el artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en vigor en España desde 2014 prohíbe expresamente las esterilizaciones forzosas. Ciertamente según datos del Consejo General del Poder Judicial en España la esterilización forzada es una práctica muy extendida. De ahí, la aprobación de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Para ello, se suprime el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que disponía expresamente que «no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en lo que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». También queda derogada la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este contexto de reforma, el Comité sobre los Derechos de la Persona con discapacidad en varias observaciones ha recomendado al Estado español que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela, y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia en la toma de decisiones que, respeten la autonomía, la voluntad, y las preferencias de las personas con discapacidad.

También, en coherencia, con lo dispuesto en la Convención, la Ley 1/2009, de 25 de marzo en su disposición final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: *«El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».*

Pues bien, la normativa sustantiva y procesal existente en el Código civil tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela, parte de la existencia de un sentencia de incapacidad por la que se declara la incapacidad total o parcial de la persona y, el nombramiento de la correspondiente institución tutelar que, puede tener lugar en la misma sentencia de incapacidad (arts. 759.2 y 760.2 de la LEC). Según dispone el artículo 225 del Código civil la protección de la persona podrá tener lugar por una de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro derecho civil. A saber, la tutela, curatela y defensor judicial, a las que hemos de añadir, la patria potestad propugnada o rehabilitada y la guarda de hecho. Cabe preguntarse ¿es compatible el actual sistema de guarda y protección de las personas con el artículo 12 de la Convención Internacional? La respuesta afirmativa la tenemos en la Sentencia del

Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009<sup>5</sup>, que tras un estudio de derecho comparado sobre los sistemas protectores existentes en otros ordenamientos cercanos a nuestro entorno, y, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre<sup>6</sup>, ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permite ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»<sup>7</sup>. Doctrina que se reitera en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, (Pleno) 29 de septiembre de 2009<sup>8</sup>; de 11 de octubre de 2012<sup>9</sup>; de 1 de julio de 2014<sup>10</sup>; de 20 de octubre de 2014<sup>11</sup>; de 14 y 20 de octubre de 2015<sup>12</sup>; de 4 de noviembre de 2015<sup>13</sup>; 17 de diciembre de 2015<sup>14</sup>; y, de 4 de abril de 2017<sup>15</sup>. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013<sup>16</sup> pone de manifiesto que «no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona en este caso es en qué manera se encuentra afectado D. Camilo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocida en la Convención. Sin duda, continúa la resolución señalado que: «una situación como esta no permite ante un mismo status social, del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndoles el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se plantee, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen como precisa el artículo 12». A tales medidas de apoyo también se refiere la Sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil de 27 de noviembre de 2014<sup>17</sup> que, permiten al discapacitado ejercer su capacidad jurídica. Apoyos que, recalca la Convención de Nueva York no enumera ni acota, pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales, para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo

para tomarlas que, sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el Informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11.<sup>º</sup> periodo de sesiones, de 31 de marzo al 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención<sup>18</sup>. Se trata de un traje o trajes a medida y ello exige, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018<sup>19</sup> «la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, o que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que resulten necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapacitado, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones».

En esta línea, se vuelve a pronunciar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014<sup>20</sup> «lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectado D. Segundo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal se tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso». Por su parte, la Sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 1 de julio de 2014<sup>21</sup> destaca que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, completando su deficiente capacidad.

Asimismo, incide la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015<sup>22</sup> en la interpretación de la curatela a la luz de la Convención de Nueva York desde un modelo de apoyo y asistencia y del principio de interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad requiere un complemento de su capacidad. A la necesidad de contar con el interés de la persona con discapacidad para determinar quién, de entre las personas llamadas por la Ley es la más idónea para ejercer el cargo de curador, se expresa la Sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 16 de mayo de 2017<sup>23</sup>. En esta línea, la Sentencia de este Tribunal y Sala, de 17 de diciembre de 2015<sup>24</sup> tras destacar que «esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de un persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención, ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra, en que el término de comparación es diferente lo que, como ocurre en este caso, determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone por

otra parte el artículo 49 de la Constitución española». De ahí que, se indique que, la curatela es una forma de protección ante la falta de autogobierno. Se trata de una medida no discriminatoria ni de exclusión, adecuada al estado de salud y no contraria a los principios establecidos en la Convención de Nueva York.

Califica a la curatela como órgano estable y asistencial, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2015<sup>24</sup>. Igualmente, la Sentencia de 20 de febrero de 2020<sup>25</sup> destaca que, la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en que esté llamada a prestarse. Por lo que se trata de una medida proporcional con su situación médica y personal, constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva que, respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses.

Se alude, de nuevo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2015<sup>26</sup> al hecho que la incapacidad ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que, implica que se tenga un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida pueda cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que, deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa de protección y ayuda.

En este contexto, señalan las Sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de mayo, 27 de septiembre y 8 de noviembre de 2017<sup>27</sup>; de 7 de febrero de 2018<sup>28</sup>; de 19 de febrero y 3 de diciembre de 2020<sup>29</sup> que, el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado por la tutela y la curatela que, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad, no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. La curatela, en cambio, es una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que está llamada a prestarse.

Desde tal perspectiva ha evolucionado la doctrinal jurisprudencial del Tribunal Supremo en aras a una flexibilización a la hora de determinar la situación personal y patrimonial de la persona, destacando que, se ha de lograr un «traje a medida» no de talla única, mediante la determinación de los concretos apoyos necesarios para que la persona pueda ejercer su autonomía conservando su dignidad como ser humano; y asimismo, se indica que, integran en el sistema de apoyos de la Convención figuras jurídicas como la tutela, curatela, guarda de hecho y el defensor judicial. En efecto, es obvia la manifestación de la dignidad humana, la facultad de autodeterminación, de ser protagonista de la propia

existencia, de adoptar las decisiones más trascendentales relacionadas con nuestro curso vital y de vivir conforme a nuestros deseos, sentimientos y aptitudes en la medida en que podamos satisfacerlos. En congruencia con ello, las personas con discapacidad representan mayores autónomos, que pueden elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencia y valores.

Atendiendo a lo expuesto, y aun esta tendencia jurisprudencial, se impone un cambio de un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones y participar en el diseño de las medidas de apoyo que se le apliquen; frente al hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que, afectan a las personas con discapacidad. En consecuencia, operando sobre medidas de apoyo voluntario y ante medidas judiciales, se opta preferentemente por la curatela como medida de apoyo más flexible y favorable al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su labor asistencial y, excepcionalmente, en la asunción de las funciones representativas. El sistema de apoyo, en consecuencia, no ha de ser rígido, ni estándar sino que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona, además de ser una situación revisable. Responde a una valoración concreta de la personas. En definitiva, a situaciones diversas medidas individualizadas diferentes.

En este contexto, el modelo denominado «social de discapacidad» que adopta el artículo 12 de la Convención, mediante el cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas; de tal modo que, no se les prive de su capacidad de forma absoluta, lo que supone no solo la aproximación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar, sino que incide en la regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en el tradicional modelo de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Este sistema de apoyos se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que, ha de realizar, como un «traje a medida». Si bien, habrá tantos como personas necesiten de apoyos, pues, nos encontramos en un marco graduable y abierto a todas las posibilidades que, puedan adoptarse en función de las necesidades y circunstancias de la persona discapacitada y que, resulten precisas para la toma de decisiones tanto en lo referente a su ámbito personal como patrimonial. En todo caso, cualquier medida de apoyo debe ser acordada por el órgano judicial atendiendo precisamente a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, deberá establecer aquellas medidas de apoyo que resulten necesarias conforme al interés de la persona discapacitada. Sobre tales bases, no puede resultar contrario a la Convención, considerar también como medida adecuada de «apoyo» la incapacitación judicial, y, por ende, la adopción de un sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, si bien, confiriéndole un carácter residual, —sobre todo cuando se adopta un sistema de protección como la tutela—. Por lo que su adopción como tal medida solo ha de operar cuando sea necesaria para asegurar la adecuada protección de la persona en una situación permanente de falta de autogobierno, consecuencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico persistente<sup>30</sup>. No obstante, se deberá determinar en la correspondiente sentencia la extensión y límites de aquella y, siempre deberá tratarse de una medida revisable.

En este trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno, participa la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica recientemente aprobada y cuya entrada en vigor tendrá lugar el 3 de septiembre de 2021<sup>31</sup>.

Esta nueva regulación está inspirada, como el artículo 10 de la Constitución española dispone, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitálos. Por lo que se unifica en torno al concepto de capacidad jurídica —tanto nuestra capacidad jurídica como la de obrar—.

Consta de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica 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, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados; finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), se estructura en diecinueve apartados.

La reforma que el artículo segundo introduce en el Código civil, es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal. Se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o mandatos preventivos anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado «traje a medida» que proteja o, en su caso, salvaguarde en un momento determinado y para concretos actos los intereses personales y patrimoniales de las personas<sup>32</sup>.

Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad —en especial de la discapacidad intelectual—, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Abandonando, con ello, la consideración de la incapacitación como estado civil y el excesivo «paternalismo» que hasta el día de hoy exhibe la regulación de las instituciones de guarda en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>33</sup>. En esencia, con esta futura regulación no se acomete un simple cambio terminológico de las diferentes instituciones tutelares, sino que se procede a una reforma integral del Código civil en relación con esta materia, como, igualmente, de otras normas de carácter privado sustantivo y procesal, haciendo efectivo los postulados contenidos en la Constitución española y en la Convención de Nueva York.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en las medidas de apoyo voluntarias reguladas en nuestro Código civil tras la reforma operada por la citada Ley 8/2021, en concreto, en el análisis de los apoderamientos y mandatos preventivos.

## II. INSTITUCIONES JURÍDICAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El título XI del libro primero del Código civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», no siendo el elemento sobre el que se va a sustentar la nueva regulación, ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni tampoco la modificación de una capacidad que, resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede variarse.

Como hemos indicado, no se trata de una reforma que implique un simple cambio terminológico en que se sustituyan los tradicionales términos de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos como medidas de apoyo, capacidad modificada judicialmente, sino que se procede a una regulación completa de las medidas de apoyo, siguiendo los principios de la Convención de Nueva York, institucionalizándolas como medidas suficientes y adecuadas para la protección de la persona con discapacidad y dando preferencia a las medidas preventivas establecidas por el propio interesado, al primar en la configuración de estas y aquellas la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En la actualidad —en concreto hasta el entrada en vigor de la citada Ley 8/2021— solo si concurre alguna causa de incapacitación establecida en el artículo 199 del Código civil, se declarará incapacitada la persona por sentencia judicial tras el pertinente proceso de incapacitación con las garantías procesales oportunas (art. 200 CC)<sup>34</sup>. Con la nueva reforma se sustituye la incapacitación y el nombramiento en caso de tutor o curador, según sea la incapacitación total o parcial, por aquellas medidas de apoyo que necesite la persona con discapacidad —sea esta psíquica, preferentemente, o física—<sup>35</sup>.

De forma que, en la reformas del Código civil en materia de discapacidad, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise. Como recuerda la citada Observación General de 2014, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la

comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso que, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, pueda adoptarse medidas de apoyo representativas en la toma de decisiones. Es importante señalar también que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —aseo, salud, comunicaciones, actos económicos cotidianos o de escasa cuantía, control y atención de tratamientos médicos, etc.—. Ahora bien, el término discapacidad incluye, como hemos manifestado, tanto la intelectual como la física o sensorial —personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas<sup>36</sup>. Para MARÍN VELARDE propone personas con discapacidad: «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad»<sup>37</sup>.

Se trata de medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipados que las precisen para ejercer su capacidad jurídica y que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desarrollo jurídico en condiciones de igualdad. Además estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249.1 CC).

Tales medidas de apoyo pueden ser de origen legal o judicial y voluntarias. Solo aquellas procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate<sup>38</sup>. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez, constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo<sup>39</sup>.

En todo caso, las instituciones jurídicas de apoyo, legales o judiciales, que precisen las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. El guardador de hecho es una medida informal de apoyo que, puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado.

Su extensión vendrá fijada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo. Es objeto de una regulación más detallada y constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, en sustitución de la tutela que, solo se aplica a los menores de edad no emancipados.

El nombramiento de defensor judicial también definida como medida formal de apoyo, procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o en caso de situación de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que precisa apoyo. Si bien, para esta primera

función se podría haber planteado el nombramiento de un asistente, como se regula en el Código civil catalán la asistencia.

En principio, operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencia y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, pues no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencia de la persona. En este caso, el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación.

En todo caso, las medidas de apoyo necesarias que se establezcan a favor de las personas mayores de edad o menores emancipadas, cuando las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, tienen como finalidad el desarrollo pleno de su personalidad, y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con respecto a otras personas (art. 249 CC).

De ahí que, estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto de la voluntad de la persona; en su dignidad; y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial. Alcanza el término discapacidad —intelectual y física— y se parte del hecho que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, si bien, pueden necesitar algún apoyo para el ejercicio de la misma —lo que en nuestro ordenamiento conocemos como capacidad de obrar—. La capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar). La capacidad jurídica abarca la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)<sup>40</sup>. Además el respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe primar por encima del interés de las personas con discapacidad<sup>41</sup>; si bien, dicho interés puede ser tenido en cuenta por el juez atendiendo a las circunstancias del caso. El interés superior de la persona actúa como guía en la adopción de las medidas de apoyo junto con la voluntad<sup>42</sup> y se trata de uno de los principios que preside la Convención, pese a la no mención expresa en la misma<sup>43</sup>. En todo caso, el interés de la persona con discapacidad si entra en colisión con el interés de otras personas, aquél tendrá primacía o preferencia sobre este. Además la autonomía de la persona con discapacidad en la toma de decisiones implica un poder de autoregulación lo suficientemente amplio como para abarcar un campo de actuación más extenso que el de la autonomía negocial<sup>44</sup>. No obstante, para GARCÍA RUBIO el planteamiento de base debe hacerse «en la inteligencia que, como regla general, es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues, las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás»<sup>45</sup>.

Se da preferencia a las disposiciones jurídicas adoptadas por el discapacitado, cuyo control judicial será *ex post*; frente a las medidas legales o judiciales que

solo operaría a falta de estas o cuando fueran insuficientes; la revisión periódica de las medidas de apoyo, con vistas a su posible modificación o supresión; la preferencia por la actuación asistencial más que por la representativa en las medidas de apoyo; y la consideración de la curatela como única medida judicial de apoyo, que por su propia naturaleza puede ser graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto<sup>46</sup>. De todas formas, la voluntad y preferencia de las personas, esto es su autonomía puede canalizarse en la elección de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad crea más adecuadas y conveniente para su desarrollo personal y actuación patrimonial y, alcanza también a un posible rechazo a las mismas, siendo la autoridad judicial la que, si la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad lo exige, proceder a adoptar aquellas medidas de apoyo que, necesite respetando siempre su voluntad, deseos y preferencias y la mejor interpretación posible de las mismas, pero también teniendo presente su mejor interés<sup>47</sup>.

En todo caso, todas ellas deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

Así, las medidas tomadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos solo operan en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias (subsidiariedad); asimismo, todas las medidas de apoyo habrán de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que, las precise y con el máximo respeto a su participación en la toma de decisiones; de ahí que, se dé operatividad siempre a su autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por ello, se atenderán, en todo caso y momento, a su voluntad, deseos y preferencias. Asimismo, se ha de procurar la mínima intervención y solo cuando sean necesarias y adaptadas a la situación jurídica de la persona expresada en sus deseos, voluntad y preferencia —«traje o trajes a medida»— y, se considera conveniente que, las medidas de apoyo adoptadas sean revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que, pueda requerir una modificación de dichas medidas. Ciertamente, se ha de fomentar que, la persona con discapacidad pueda recuperar y ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro; en aras de dar su máxima prioridad a su capacidad y actuación por sí sola en su ámbito personal y patrimonial.

Ahora bien, además de la voluntad, deseos y preferencias como eje principal en el modelo de apoyos, se ha de atender, como hemos manifestado en líneas precedentes, a la dignidad de la persona; de ahí que, al determinar las medidas de apoyo se debe evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; asimismo, se impide el ejercicio de medidas de apoyo a quienes en virtud de la relación contractual con la persona con discapacidad, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo. En esta línea, se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo —alcanza a las voluntarias y a las legales o judiciales—: 1º. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Esta salvedad no estaba prevista en el proyecto inicial presentado en el Congreso de los Diputados; se incluyó en fase de enmiendas. Los regalos de costumbre son regalos que se hacen por usos sociales. El Código civil se refiere en este caso a las liberalidades de uso como «regalos de costumbre». Así se trata de regalos en ciertas ocasiones, cumpleaños, Reyes o por agradecimiento por el trato que le dispensa en el apoyo. Aunque se emplea la disyuntiva «o», entendemos que los regalos de costumbre como los bienes —muebles— sean de escaso valor. También se refiere a los regalos de

costumbre el artículo 1041 apartado 1 del Código civil que, asimismo, objeto de reforma en esta Ley 8/2021 al no sujetarlo a colación<sup>48</sup>; 2.º. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses —autocontratación—; 3.º. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título —prohibición de transmitir y adquirir— (art. 251 CC)<sup>49</sup>. No obstante, en las medidas de apoyo voluntarias —como el apoderamiento o mandato preventivo— estas prohibiciones pueden no resultar de aplicación, si el otorgante —mandante o poderdante— las ha excluido expresamente en el documento de constitución de las medidas —escritura pública de mandato o apoderamiento preventivo—. Y, en fin, en caso de medidas judiciales de apoyo, la autoridad judicial podrá dictar aquellas salvaguardas que considere necesarias para asegurar que, el ejercicio de las medidas de apoyo adoptadas se ajusten a los criterios de necesidad, proporcionalidad y, que, se atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que, requiere de tal medida (art. 249.4 CC), como, asimismo, la persona con discapacidad podrá prever en las medidas voluntarias de apoyo las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas (art. 255.3 CC).

En este contexto, y atendiendo al principio de necesidad y de protección de la personas con discapacidad se prevé que, si una persona se encuentra en una situación que exige un apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar y se constata que es urgente la actuación, y no tiene un guardador de hecho como medida de apoyo, este lo prestará de modo provisional, la entidad pública que en el respectivo territorio tenga la protección de mayores. En todo caso, la entidad deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (art. 253 CC) —pensamos en, por ejemplo, la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos (AMTA) que ofrece protección y apoyo a las personas mayores de 18 años—.

Sobre tales bases, procede indicar que, en esta regulación también se elimina del ámbito de la discapacidad, tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por ser estas últimas consideradas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. Además, se ponen en duda que, los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para ayudar, que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir un mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la situación previsible que el hijo sobreviva a estos; a lo que se ha de añadir que conforme pasa el tiempo y los progenitores se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa.

Es por ello que, en la nueva regulación se ha considerado más prudente establecer que, cuando el hijo menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le presten los apoyos, que necesite del mismo modo y por el mismo medio, que se aplique a cualquier otro adulto que los requiera. En este caso, se podrá nombrar a los padres (progenitores) como curadores o como guardadores de hecho.

Así, como analizaremos más adelante, se dispone que, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo

que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC).

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica en general, procede indicar que, fuera de las medidas judiciales, hay que destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional, cuando, precisamente, se entiende como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

Como hemos indicado, en el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Por otra parte, desde el punto de vista procedural indicar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que, determine los actos para los que la persona con discapacidad requiere el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacidad ni, mucho menos, atendiendo a la regulación y a la futura modificación del Código civil, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Ahora bien, al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha regulado expresamente la prodigalidad como situación de la persona que, requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales, en detrimento del derecho de alimentos de parientes.

Como hemos señalado, la tutela, como institución de guarda, queda reducida su aplicación a los: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo; 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). Siguen las funciones tutelares concibiéndose como un deber que, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 200 CC). La autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente (art. 208 CC).

En todo caso, las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 del Código civil podrán ser acordadas también por el juez en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos (art. 200.2 CC).

Por otra parte, el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades que establecen los artículos 225 a 230 (art. 224 CC); y las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela (art. 223.1 CC). En todo caso, los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores (art. 201 CC).

Si, se trata de menores que estén bajo la tutela de una entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por el juez de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La entidad pública será parte en el procedimiento, y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al Director del centro residencial o a la familia acogedora (art. 200.3 CC).

En fin, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesita de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercitará, en su caso, con el apoyo que proceda (art. 254 CC)<sup>50</sup>. Alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes, así como el nombramiento de la persona del administrador. Si bien, solo las facultades no conferidas al administrador se otorgan al favorecido por la disposición de los bienes, esto es, a la persona necesitada de apoyo. Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador.

Ahora bien, sobre tales bases, procede, asimismo indicar que, con la Ley 8/2021 se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil. Así procede la inscripción en el citado Registro: de los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes; las resoluciones judiciales dictada en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad; los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad; la tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado; las resoluciones judiciales que declaran la prodigalidad y las medidas adoptadas en ellas sobre la asistencia al pródigio; y las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades (art. 4.10.<sup>o</sup>, 11.<sup>o</sup>, 12.<sup>o</sup>, 13.<sup>o</sup>, 14.<sup>o</sup> y 15.<sup>o</sup>).

En cuanto a las resoluciones judiciales dictadas en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que le deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona afectada. La inscripción expresará la extensión y límites de la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Asimismo se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigio (art. 72.1). Tales resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 73).

Ahora bien, se considera datos protegidos a los efectos del artículo 83.1 b) de la LRC «la discapacidad y las medidas de apoyo». Y solo el inscrito o sus representantes legales, así como el apoderado general o el curador en el caso de una persona con discapacidad, podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan» (art. 84 primer párrafo).

En fin, el artículo 9.6 del Código civil entiende que, la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será el de su residencia habitual. En el caso de residencia en otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. No obstante, será de aplicación la ley española en la adopción de medidas provisionales o urgentes.

### III. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS

#### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El artículo 1732.3 del Código civil, tras la reforma por la Ley 41/2003, incluyó entre las causas de extinción del mandato, la de incapacidad del mandante, si bien, para este último supuesto, se dio la posibilidad de emitir —antes que aquella

tuviera lugar y en previsión de la misma—, una declaración de voluntad en la que se enerven los efectos de tal extinción sobre el poder y optase, en consecuencia por la subsistencia del mandato pese a la incapacidad del mandante (sea esta o no declarada judicialmente) en los términos expresados en el citado precepto. No obstante, la efectiva existencia y duración del poder, dependían, además, de la voluntad del poderdante, de la discrecionalidad de la autoridad judicial<sup>51</sup>. No se aprovechó esta reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo, ni tampoco para calificarlos como tal o emplear otra denominación: de ahí que, se deba acudir a la doctrina para ofrecer una adecuada conceptualización del mismo, como para dotarse de una terminología adecuada a su naturaleza. Para MARTÍNEZ GARCÍA que emplea la expresión apoderamiento preventivo es «la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que este pueda actuar válidamente en su nombre». En similares términos, FERNÁNDEZ LOZANO que, los denomina de igual forma, lo define como «el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su —conocida o no— posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida esta y hasta que se declare su extinción por el juez tras la declaración judicial de su incapacidad». De ambas conceptualizaciones, y enlazando con lo que es la naturaleza del apoderamiento preventivo se indican como caracteres del mismo como negocio jurídico: su carácter unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos*; su carácter personalísimo, pues solo la persona del poderdante puede otorgar el mismo, sobre la base de la confianza que, le merezca la persona o personas que designe como apoderados y para el caso de mandato representativo su carácter gratuito, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución; bilateral o unilateral, precisamente según que sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento. En todo caso, en el citado artículo 1732.3 se concretan las dos modalidades de apoderamiento, por un lado, se alude a la incapacitación sobrevenida del mandante y por otro a la incapacidad del mismo.

Con la Ley 8/2021 tampoco se define el apoderamiento o mandatos preventivos, sí se concreta, como en la anterior regulación, las dos modalidades en que se pueden convenir aquellos. Y, como novedad, se establece una regulación completa de los mismos en el capítulo II «De las medidas voluntarias de apoyo», sección 2.<sup>a</sup> «De los poderes y mandatos preventivos», artículos 256 a 262 del Código civil, a la vez que se emplea una denominación «poderes y mandatos preventivos». De forma que, pueden adoptar la forma de mandato o apoderamiento al emplear la copulativa «y» el legislador.

No obstante, la falta de definición no impide su consideración como medida voluntaria de apoyo que, puede ser acordada en escritura pública por cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión de que concurran circunstancias futuras que pueda dificultarle en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que, las demás; alcanzando tales medidas de apoyo tanto a su esfera personal como patrimonial (art. 255.1 CC).

Su fundamento o razón de ser de estas medidas voluntarias de apoyo descansa en el respeto máximo a la autonomía del individuo plasmado en la autorregulación de sus intereses como mejor le parezca, en el desarrollo de su personalidad, dignidad y a la tutela de sus derechos fundamentales.

Se trata de proporcionar al individuo medidas de apoyo que, además de permitirle planificar de forma anticipada la cobertura de sus necesidades vitales, sean operativos cuando no pueda ejercer adecuadamente su capacidad jurídica.

En todo caso, se deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien las determine. Igualmente, aunque se otorguen y resulten eficaces, se procurará la participación de la persona con discapacidad en el propio proceso de toma de decisiones. Recordemos que, es una medida que debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad y que su finalidad es asistencial y solo excepcionalmente representativa.

Sobre tales bases, para PEREÑA VICENTE «si la voluntad de la persona se sitúa en el centro del sistema, los poderes preventivos están llamados a convertirse en una de las institucionales esenciales del mismo»<sup>52</sup>.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

En la regulación del Código civil tras la reforma por Ley 8/2021 se habla de apoderamiento y mandato, aunque luego en su desarrollo legal solo emplea términos como poderes, poderdante o apoderado.

El apoderamiento como los define LINACERO DE LA FUENTE es «la declaración de voluntad en cuya virtud se concede un poder que legitima a determinada persona para actuar en nombre y por cuenta de otra»<sup>53</sup>. Así mientras el poder es el título que legitima la representación voluntaria; el apoderamiento constituye el negocio jurídico de concesión del poder. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO señala que el apoderamiento «es un negocio jurídico unilateral, en cuya virtud poderdante (representado) otorga poder de representación al apoderado (representante)»<sup>54</sup>.

Se trata de un negocio unilateral —al ser válido con la exclusiva declaración de voluntad del poderdante, no siendo necesaria la aceptación del apoderado—, receptivo —en cuanto la declaración de voluntad ha de ser conocida para que produzca efectos— y no formal, siendo de aplicación los artículos 1278 y 1279 del Código civil; por lo que, el tercero que haya contratado con el apoderado podrá exigir del *dominus* su elevación a escritura pública<sup>55</sup>. En todo caso, el apoderamiento puede ser expreso o tácito, exigiendo de este último un comportamiento relevante del «*dominus*» que determine su función de representante y se reconoce como tal por terceros.

En cuanto a la capacidad para otorgar el poder, se debe acudir o bien, a las normas generales sobre capacidad para celebrar negocios jurídicos *inter vivos*<sup>56</sup>; o se debe tener la capacidad necesaria para celebrar el negocio por el que se apodera al representante. En todo caso, por aplicación del artículo 1716 del Código civil el menor emancipado puede ser representante.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1712 y 1713 del Código civil, el poder puede ser general —para todos los asuntos o negocios del representado—, o específico —relativo a uno o varios asuntos o negocios concretos—. Respecto al contenido del poder viene delimitado por las facultades conferidas al representante y están predeterminadas por las instrucciones dadas por el poderdante que vinculan están predeterminadas al apoderado y a los terceros que las conozcan o puedan tener la oportunidad de conocer. En todo caso, el poder concebido en términos generales no comprende más que, los actos de administración y se necesitará mandato expreso «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio»<sup>57</sup>. Dentro de los actos de riguroso dominio se han de incluir los actos de disposición.

En fin, el negocio de apoderamiento puede concederse solo, o bien vinculado a otro negocio subyacente a la representación como el contrato de mandato. Lo cierto es que las figuras del mandato y poder de representación no coinciden, aun-

que tradicionalmente se les considere unidas. Así puede existir mandato sin que se haya otorgado poder de representación (mandato simple, no representativo); mandato con representación (representativo) en cuyo caso vincula directamente el mandatario al mandante; o, puede el poder de representación implicar no una relación de mandato, sino de otra especie.

Centrándonos brevemente en el mandato, por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otro (art. 1709 CC). SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS lo define como «el contrato por el que una persona (mandatario) se obliga respecto de otra (mandante) a realizar algún acto o negocio jurídico por cuenta de ella»<sup>58</sup>. Se trata, en consecuencia, de un contrato consensual, que puede ser expreso —instrumento público o privado y aún de palabra— o tácito y la aceptación también puede ser expresa o tácita, deducido este último de los actos del mandatario (art. 1710 CC). El mandato es esencialmente gratuito (art. 1711.1 CC); si bien, en caso de pacto, el mandato puede ser retribuido y adquirir el carácter oneroso, presumiéndose con este carácter, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato (art. 1711.2 CC). De ahí que, será el contrato unilateral si es gratuito, y bilateral si es retribuido. En fin, es un contrato basado en la confianza que, el mandante otorga al mandatario, es un contrato *intuitu personae*<sup>59</sup>. Aunque hayan sido nombrados varios mandatarios simultáneamente, su responsabilidad no es solidaria, si no se ha previsto expresamente así (art. 1723 CC).

El mandatario puede actuar en su propio nombre, si bien por cuenta, interés y encargo del mandante, en cuyo caso, estamos ante un mandato simple no representativo. No existirá vinculación entre el mandante y terceros, los cuales solo tendrán acciones contra el mandatario, sin perjuicio de las que puedan derivar de la relación de mandato entre mandante y mandatario (art. 1717 CC). Los efectos del negocio realizado, derivado de la existencia de un mandato, tienen lugar entre mandatario y tercero.

Si el mandatario actúa en nombre del mandante, por el contrario, este sí es para los contratos o actos jurídicos que, gestionados sus intereses, celebra con terceros; por lo que es el mandante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que se deriven de los actos o contratos, debiendo cumplir con las obligaciones que, haya contraído el mandatario dentro de los límites del mandato (art. 1727 CC). En lo que el mandatario se excede, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente. Ratificación que será expresa o tácita. La primera será aquella que se manifieste por medio de documento público o privado o de palabra; la tácita tiene lugar cuando se acepte la actuación personal del mandatario sin hacer uso de la acción de nulidad<sup>60</sup>.

De todas formas, aunque hemos señalado, que es posible el mandato representativo y que las normas que regulan el mandato se pueden aplicar a la relación representativa (poder), la doctrina destaca las diferencias entre ambas figuras jurídicas, así: «1. El mandato como contrato requiere la aceptación expresa o tácita del mandatario, y este queda obligado al cumplimiento del encargo del mandante; mientras que el poder, como acto jurídico unilateral, solo requiere de la declaración de voluntad del poderdante dirigida a terceros, sin que quede obligado el representante; 2. El mandato crea una relación interna de carácter obligacional entre las partes; mientras que el poder es esencialmente una relación externa, en la que o hecho por el apoderado se atribuye al poderdante que, queda vinculado con terceros; 3. El mandato puede ser representativo o no; mientras que el apoderamiento tiene como finalidad la representación»<sup>61</sup>. En el mandato

representativo, el mandatorio no solo actúa por cuenta y en interés del mandato, sino también en nombre de este; mientras que el mandato no representativo, el mandatorio actúa por cuenta e interés del mandato, pero no en su nombre. Se aplican las reglas del mandato, y no las de la representación<sup>62</sup>. Y se habla de representación sin poder cuando una persona celebra un negocio representativo sin poder alguno o sin poder bastante. Al representante sin poder se le califica de *falsus procurator*<sup>63</sup>. El supuesto está previsto en el artículo 1259.2 del Código civil en consonancia con el artículo 1727.2 del mismo cuerpo legal que dispone que «en lo que el mandatario (representante) se haya excedido, no queda obligado el mandato (representado) sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente». La ratificación implica una declaración de voluntad, unilateral y receptiva del representando dirigida al tercero contratante, por el que otorga validez al negocio realizado por el *falsus procurator*.

Sobre tales bases, cabe que la medida de apoyo voluntaria que, es el poder o mandato preventivo, adopte ambas modalidades —poder o mandato—. Así puede ser un poder preventivo, un mandato preventivo representativo o un mandato preventivo sin poder o no representativo.

La cuestión es que, si se adopta la figura del apoderamiento como del mandato representativo, ambas figuras descansan sobre una base esencialmente representativa; y, en cambio, se insiste por el legislador que, las medidas de apoyo tienen una base asistencial y, excepcionalmente, funciones representativas, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Desde tales planteamientos, más que responder a ambas figuras jurídicas, nos encontramos que, la naturaleza del apoderamiento y mandato preventivo, aunque adopte tal denominación, no debería el apoderado o mandatario asumir una actuación representativa, como forma parte de su esencia; sino que, para este caso, sería más de naturaleza atípica o híbrida operando sobre una base asistencial y en casos excepcionales, con una representativa. Además, el artículo 259 *in fine* del Código civil aplica como reglas supletorias en lo no previsto en el poder, las relativas a la curatela, cuya actuación es, esencialmente, asistencial y no representativa, salvo casos excepcionales. Quizá con esta remisión en lugar de la relativa al contrato de mandato, este precisamente, pensando en esa naturaleza asistencial y no representativa de los poderes y mandatos preventivos. En todo caso, recordemos que con carácter general el artículo 250.2 del Código civil establece como función de las medidas de apoyo en general, la de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando siempre su voluntad, deseos y preferencias y su participación en el proceso de toma de decisiones, informándola y facilitando que, pueda expresar su voluntad.

Esta falta de concreción en la regulación específica de los poderes y mandatos preventivos en cuanto a su naturaleza, descansa en el hecho que, en las disposiciones generales para todas las medidas de apoyo se especifica que, todas ellas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, y solo se consigue con la asistencia y no con la representación. No obstante, tales exigencias de base no se reiteran en las disposiciones generales de las medidas voluntarias de apoyo. Ahora bien, puede, de nuevo, desconcertar que, el artículo 262 del Código civil señale que, lo dispuesto en este capítulo se aplicará, igualmente, al caso de mandato sin poder; parece que, está pensando en que lo habitual es que, estemos ante un mandato representativo; pero en este caso, atípico al no ser, precisamente, la representación la base sobre la que se sustenta la actuación del mandatario, sino la asistencia al mandante. Aunque seamos reiterativos, la

remisión que hace el citado artículo 259 es a la normativa de la curatela no a la del mandato, esto es, a la base asistencial general sobre la que aquella opera. Tal remisión es a todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante hay determinado otra cosa. Se da con ello preferencia a la voluntad, los deseos de la persona con discapacidad, ajustándose a sus necesidades y solo adoptar medidas de apoyo, cuando su situación jurídica lo requiere. En este contexto, cuando la persona con discapacidad otorga un apoderamiento o mandato preventivo. Si no para que dar preferencia a la voluntad, los deseos de las personas con discapacidad, y adaptarse a sus necesidades, y solo adoptar medidas de apoyo cuando su situación jurídica lo requiera. Si cuando la persona con discapacidad otorga un apoderamiento o mandato preventivo, que le represente en lugar de asistirle, le resulta más favorable la curatela, pues no se parte de una medida de «apoyo» representativa, sino asistencial. Parece que, el legislador ha seguido empleando la denominación que, se ha generalizado en la doctrina y en la anterior reforma, sin aclarar que, si su naturaleza es, necesariamente, la que corresponde con tal calificación, o es, precisamente, una específica derivada de su condición de medida de apoyo. Por tanto, se pasaría de una actuación representativa, a una asistencial bajo la forma de poder o mandato preventivo, por entender el legislador que, es la naturaleza atribuible a todas las figuras jurídicas de apoyo; y, por ende, a las que se adopten como poder o mandato preventivo.

En todo caso, el citado artículo 259 *in fine* del Código civil se aplica, como veremos, a las dos modalidades de mandato o apoderamiento preventivo, siempre que comprenda todos los negocios del poderdante (poder general), remitiendo como supletoria las reglas de la curatela en lo no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya establecido otra cosa. Esto es, puede acordar que, no se aplique como normativa supletoria la curatela, sino la del mandato; si bien, con el señalado alcance asistencial.

Para PEREÑA VICENTE el binomio perfecto sería un mandato con poder, si bien, matiza que «su esencia sigue siendo la de representación y, por tanto, el mecanismo de funcionamiento propio de esta: la sustitución». Y, esta rigidez le lleva a manifestar que «no sea posible afirmar que estamos respondiendo a la exigencia de proporcionalidad de la Convención y del propio proyecto». Por lo que opta por una naturaleza híbrida que participe en parte de la representación voluntaria y en parte de la representación legal y aproveche la flexibilidad propia de esta última que el proyecto reconoce en la curatela»<sup>64</sup>.

Por su parte DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ indica que «un poder o mandato no representativo se compadece mal con el concepto de poder de representación o con el mandato». Y una medida de apoyo de carácter asistencial para el mandato preventivo, entiende la autora que «no está reflejado en el texto del Anteproyecto de Ley y resulta difícil de articular».

En todo caso, el problema descansa en cómo articular la regulación del apoderamiento o mandato preventivo con el principio de proporcionalidad, la naturaleza asistencial de las medidas de apoyo, el fomento de la participación de las personas con discapacidad en la toma de decisiones y la naturaleza representativa del poder o mandato. Se parte de una medida judicial como la curatela con carácter asistencial, como regla general, y excepcionalmente, como representativa; mientras que, si nos atenemos a la naturaleza estricta del mandado o poder, está resultaría ser necesariamente representativa y no asistencial. Ahora bien, estamos ante apoderamientos o mandatos preventivos a los que la ley considera una medida de apoyo voluntaria y el artículo 250.2 del Código civil con carácter general señala que, la función de las medidas de apoyo consistirá en

asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. Difícil articulación de una naturaleza asistencial como medida de apoyo, con una naturaleza representativa sobre la que habitualmente se sustenta el poder o representación con carácter general en el Código civil; a no ser que operemos sobre una configuración específica para este concreto poder o mandato, al ser aplicado a la persona con discapacidad en forma de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (de una figura híbrida en su configuración).

Sea cuál sea la naturaleza de dichos apoderamientos o mandatos preventivos no cabe duda de sus carácter unilateral, pues, su validez y eficacia depende exclusivamente de la voluntad del poderdante o mandante y recepción, en cuanto se dirigen a la persona que ha de prestar los apoyos en la esfera personal o patrimonial, o en ambas<sup>65</sup>.

### 3. MODALIDADES

Al igual que, en la regulación anterior, dos son los tipos de poderes y mandatos preventivos que se regulan: 1. El poder actual con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad del poderdante: así este podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC) —poder o mandato continuado o con subsistencia de efectos—. En este caso, se otorga un poder normal que legitima al apoderado para actuar en nombre del poderdante. Y este puede revocarlo en cualquier momento y antes de la situación de discapacidad; 2. El poder cuya operatividad y eficacia descansa en una discapacidad futura —poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*—. Así, el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. Por lo que, su eficacia tendrá lugar en un momento futuro e incierto que, coincide con el comienzo de su vigencia (art. 257 CC). En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones determinadas por el poderdante. Por tanto, corresponde a este determinar el momento en que resulta eficaz este poder. Precisamente, la propia norma que para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Por tanto, la discapacidad se podrá constatar mediante acta notarial que, incorpore el juicio de notario y un informe pericial sobre la situación de discapacidad, dando operatividad al funcionamiento de ambos tipos de poderes. Ciertamente, resulta necesario acreditar la situación de discapacidad del mandante, siendo por ello conveniente que este haya establecido previsiones al efecto por la vía formal señalada. No obstante, MAGARIÑOS BLANCO considera necesario «comunicar al juez la situación de discapacidad del mandante, así como la manifestación del mandatario que el acto que realiza, lo hace ya en nombre de la persona necesitada de apoyo. Por razones de seguridad»<sup>66</sup>.

En todo caso, el papel de asesoramiento del notario en relación con el otorgamiento de estas medidas voluntaria de apoyo, resulta esencial. En todo caso, estas previsiones para la eficacia del poder solo se prevén para la segunda modalidad de poder o mandato preventivo (apoderamiento o mandato *ad cautelam*). En el primer caso, se da por hecho una actuación continua del apoderado o mandatario, aun cuando no pueda ejercer la persona con discapacidad su capacidad jurídica. No obstante, podría plantearse también mediante la correspondiente previsión

al efecto por el poderdante o mandante, el momento en que comienza a operar el poder o mandato con el carácter de preventivo. No podemos olvidar que en toda medida de apoyo la persona discapacitada, en general y, en particular para las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, además de designar quien debe prestarle apoyo, con qué alcance, también su régimen de actuación o la forma de ejercicio de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, la de determinar su eficacia, esto es, cuando han de ser necesariamente operativas (arts. 250.3 y 255.2 CC).

Ahora bien, tales poderes, como veremos, mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado; no obstante, acreditada la situación de discapacidad resulta poco probable que, el mandante discapaz pueda revocar el poder otorgado.

No obstante, el artículo 262 del Código civil establece que, lo dispuesto en el capítulo II relativo a las medidas voluntarias de apoyo, se aplicará, igualmente, al caso de mandato sin poder. Mandato sin que se haya otorgado poder de representación (mandato simple, no representativo). No se entiende bien esta remisión, a no ser que siga en la línea de excluir la representación. No obstante, como hemos señalado, al representante sin poder se le califica de *falsus procurator*.

#### 4. RÉGIMEN JURÍDICO

##### A) *Elementos personales*

El otorgamiento de un apoderamiento preventivo, como manifestamos en líneas precedentes, es un negocio unilateral, pues, únicamente intervienen en su otorgamiento la declaración de voluntad de un sujeto, el poderdante; y los efectos jurídicos de dicha declaración de voluntad afectan, igualmente, solo a la esfera jurídica del poderdante; sin embargo, mediante aquel negocio este otorga poderes y legítima para intervenir en su nombre en el tráfico jurídica a otra persona (apoderado)<sup>67</sup>.

En lógica consecuencia, y de ser, además, un mandato representativo es necesario referirse a los dos sujetos como partes del negocio de apoderamiento, partiendo del hecho fundamental que, la actuación del representante no produce efectos sobre su propia esfera jurídica, sino sobre la del representado, y que el apoderado es también una parte que, participa directamente en la celebración del negocio principal. El Código civil no en el régimen general aplicable a los apoderamientos o al contrato de mandato, ni al específico del poder o mandato preventivo, se dedica algún precepto a la capacidad del poderdante/mandante, sino que, la referencia a dicha capacidad se encuentra dentro del capítulo III en la sección 1.<sup>a</sup> de Disposiciones Generales al disponer el artículo 255.1 que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que, puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. En todo caso, al otorgarse en documento notarial (escritura pública) corresponde al notario hacer el juicio de capacidad (capacidad natural de entender y querer); aunque, no se hable de suficiente capacidad de obrar. Ciertamente, como la curatela se califica de medida de apoyo judicial de naturaleza asistencial como regla general, y excepcionalmente representativa; precisamente, cuando opera con la atribución asistencial, no se ha descartado la posibilidad que otorgue poder preventivo la

persona sometida a curatela en cuanto conserva su capacidad y siempre que, se verifique la misma en el juicio de capacidad notarial<sup>68</sup>. De lo que tampoco cabe duda que, se pueda solicitar por la persona bajo guarda de hecho.

En cuanto a la emancipación conforme dispone el artículo 239 del Código civil puede tener lugar: 1. Por mayoría de edad; 2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 3. Por concesión judicial. Respecto a esta última emancipación, la autoridad judicial podrá conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años, si estos la pidieran y previa audiencia de los progenitores: 1. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajera nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; 2. Cuando los progenitores viven separados; 3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 244 CC).

A dicha enumeración legal, ha de añadirse la emancipación por el beneficio de la mayor de edad previo informe del Ministerio Fiscal al sujeto a tutela mayor de dieciséis años, que lo solicitare (art. 245 CC); y, la emancipación por vida independiente, cuando se trate de hijo mayor de dieciséis años que, vive independiente de sus progenitores y con su consentimiento si bien aquellos pueden revocar este consentimiento (art. 243 CC).

No obstante, el artículo 254 del Código civil posibilita que, el mayor de dieciséis años puede acordar medidas de apoyo, cuando prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que después de alcanzada esta, necesite de las mismas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ahora bien, parece que, este precepto se refiere solo a otras medidas de apoyo que, no sean ni el poder o mandato preventivo, ni la autocuratela, pues, también para este supuesto el artículo 271 del citado cuerpo legal exige mayoría de edad o emancipación. En todo caso, estas otras medidas de apoyo que, puede acordar el mayor de dieciséis años, que habrán de hacerse en documento privado como público. En todo caso, con dieciséis años puede iniciar el proceso de provisión de apoyos y ser oído en el nombramiento de tutor; pero no puede otorgar por ejemplo, un documento de autotutela, o un apoderamiento o mandato preventivo atendiendo a la exigencia de una capacidad concreta (mayoría de edad o menor emancipado); a no ser que, el legislador entienda que, excepcionalmente y para este caso, puede el mayor de dieciséis años otorgar ambos tipos de documentos notariales al no excluirlo expresamente el precepto y referirse, concretamente, al hecho que tal mayor de dieciséis años pueda hacer sus propias previsiones (medidas de apoyo) que, serán efectivas una vez alcance la mayoría de edad y se constante que, cuando alcance tal edad, precisará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>69</sup>.

Se ha suprimido la patria potestad prorrogada o rehabilitada; y en situaciones similares a las reguladas en la misma, se da con esta previsión legal paso a que el protagonista sea el propio menor, pues, por un lado, se le legitima para solicitar un procedimiento de provisión de apoyos, cuando tenga dieciséis años —dos años anteriores a la mayoría de edad— y prevea que alcanzada esta, necesitará apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica; y por otro, que el mismo diseñe los apoyos que, igualmente, necesite cuando alcance la mayoría de edad.

En cuanto al apoderado o mandatario puede ser tanto persona física como persona jurídica. Siendo persona física, como hemos indicado, por aplicación del artículo 1716 del Código civil puede ser nombrado apoderado o mandante el menor emancipado<sup>70</sup>. Igualmente, se puede nombrar uno o varios apoderados o mandatarios que, pueden actuar de forma mancomunada o solidaria, simultánea o subsidiariamente. Como regla general, la responsabilidad de los mandatarios o apoderados por su gestión será mancomunada, salvo que disponga otra cosa

(art. 1723 CC). Para una mayor seguridad, el mandate o poderdante puede exigir la intervención conjunta de varios de los apoderados mancomunados cuando se trata de un acto de especial trascendencia personal o patrimonial. Asimismo prescribe el artículo 1731 del citado cuerpo legal la responsabilidad solidaria de dos o más mandatarios nombrados para la satisfacción de un negocio común.

Sobre tales bases, corresponde a la persona con discapacidad designar quien debe prestarle el apoyo y en qué forma y con qué alcance (art. 250.3 CC).

#### B) Elementos reales. Contenido

La determinación de lo que constituye la gestión asistencial o, excepcionalmente, representativa de la medida de apoyo corresponde al poderdante en el ejercicio de su autonomía. Así puede circunscribirse a una actuación de alcance general o referirla a uno o varios actos concretos y operar tanto en la esfera personal como en la patrimonial. No olvidemos que, como acto personalísimo, quien decide como quiere conformar la futura medida de apoyo corresponde únicamente a la persona con discapacidad.

Operando sobre la normativa del mandato, en la extensión del apoderamiento resulta clásica la división ya expuesta entre poderes generales y especiales. Los primeros comprenden la totalidad de todos los asuntos correspondientes al poderdante —excluidos los personalísimos que no admiten ni asistencia ni representación; y los segundos, alcanzan solo a uno o varios actos concretos o una operación concreta. Por su parte, el artículo 1713 del Código civil dispone que el mandato concebido en términos generales no comprende más que, los actos de administración; mientras que, el denominado mandato expreso se necesita para transigir; enajenar; hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio. Combinando ambas clasificaciones la doctrina determina que la voluntad del poderdante puede operar sobre los siguientes parámetros: 1. El mandato general y especial pueden conferirse en términos generales. Así respecto al mandato general se puede contener una enumeración exhaustiva de todos los actos que puede ejercer el apoderado, o no contener tal enumeración, pero, igualmente, abarcar la totalidad de los asuntos del poderdante; en el caso de mandato especial, igualmente, puede contener una enumeración de qué actos concretos puede llevar a cabo el apoderado, si bien con la limitación de comprender solo actos de administración. 2. Se puede, asimismo, establecer un apoderamiento general para la totalidad de los asuntos del poderdante, de manera expresa; lo que supone que tales actos podrán consistir en transacciones, enajenaciones, hipotecas, y cualesquiera otros actos de riguroso dominio; 3. Se puede otorgar el apoderamiento en términos generales y comprender, además de actos de administración, la ejecución de todos o algunos actos de riguroso dominio; 4. Y, finalmente, se puede tratar de un poder especial en que se comprende únicamente cierto tipo de operaciones a realizar por el apoderado (para comprar; para enajenar; para hipotecar, etc.); o solo para una operación muy específica.

Por tanto, el contenido de un apoderamiento preventivo puede referirse a la totalidad de los asuntos o a parte de ellos, o a operaciones muy concretas que afecten esencialmente a la esfera patrimonial del poderdante, y abarcar tal gestión solo actos de administración *strictu sensu*, esto es, la gestión solo del patrimonio, o de parte de él; o ampliar la esfera de actuación del apoderado también a actos de disposición, como enajenar, hipotecar, o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (administración extraordinaria).

Como se ha indicado las medidas de apoyo pueden referirse a la esfera personal o patrimonial. Si bien, el poderdante, además de las facultades que otorgue al apoderado o mandatario, puede establecer las medidas u órganos de control que estime oportunas, también condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas, con el fin de garantizar el respecto de su voluntad, deseos y preferencia y dar el máximo juego a la autonomía de la voluntad (arts. 255. 3 y 258.3 CC). Podrá también prever formas específicas de extinción del poder. Incluso, puede contenerse mandato expreso para la constitución de un patrimonio especialmente protegido regulado en los artículos 1 a 8 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento y de la Normativa Tributaria con esta finalidad [art. 3.1 b) de la citada Ley]. O, incluso en caso de un nombramiento de varios apoderados o mandatarios, que uno supervise la actuación del otro, e impugne los actos realizados en perjuicio del mandante o mandatario; sin perjuicio de pactar otras salvaguardas con el objeto de evitar abusos, conflicto de intereses —nombramiento de defensor judicial— o influencias indebidas.

Igualmente, puede formar parte del contenido de tal apoderamiento todo lo que afecte a la esfera personal del poderdante, sea relativo a su cuidado personal (alimentos), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o la realización de determinadas intervenciones sanitarias; así, pueden formar parte de tal, lo que el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LDP) y las diferentes legislaciones autonómicas de desarrollo establece como posible contenido de un documento de instrucciones previas, que incide especialmente en la esfera personal así: a) las instrucciones relativas a la aplicación o no de determinados tratamientos o intervenciones médicas; de medidas paliativas, a tener en cuenta en el momento en que el propio paciente no pueda emitir su voluntad; b) una jerarquía de valores y opciones vitales del paciente que cobran especial importancia en la sustanciación de las voluntades anticipadas expresadas de forma genérica o preventiva; c) la designación de un representante como interlocutor válido con la clase médica —que puede ser el apoderado o mandatario preventivo—, tanto en el caso de que existan dudas interpretativas en el texto, debidas a una diferencia entre las previsiones llevadas a cabo en el tiempo de otorgamiento, y la nueva realidad donde se ha de aplicar que puede no coincidir con la prevista en el mismo; como para tomar decisiones ante determinadas actuaciones médicas; c) otras declaraciones posibles, como donación de órganos.

Ahora bien, recordemos, cuando el poder o mandato contenga cláusula de subsistencia para el caso que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, o se conceda solo para ese supuesto —poder preventivo o mandato con cláusula de subsistencia o *strictu sensu* para el caso de discapacidad—, y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, esto es, alcance a la esfera personal y patrimonial, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder o mandato, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa —por ejemplo, aplicar las reglas del mandato en lo no previsto en el apoderamiento o mandato preventivo como normativa supletoria con la dificultad de tratarse de normas orientadas a la representación y no a la asistencia—<sup>71</sup>.

De aplicar como supletoria la normativa de la curatela y tratándose de mandato o apoderamiento representativo, se entiende que, para este supuesto resulta

aplicable lo previsto en el artículo 287 del Código civil que dispone que, necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales<sup>72</sup>.

2.º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles por término inicial que, exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa, salvo que el Tribunal considere que, es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Al emplear la copulativa «y» deben concurrir ambos requisitos para no requerir autorización judicial.

4.º. Renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

Al respecto, se modifica el artículo 1811 del Código civil en el que reiteran que «el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trata de asuntos de escasa relevancia» —así necesitará autorización judicial para casos como transigir sobre cláusula suelo, de gastos, de intereses remuneratorio en préstamos hipotecarios, préstamos al consumo—.

5.º. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos.

8.º. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado «inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria»; para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad —al valor total de su patrimonio— y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante, con la consiguiente calificación de inversión ordinaria.

Sobre tales bases, y aplicando, de nuevo, cuando resulte procedente, las normas de la curatela al apoderado o mandatario representativo, la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (vgr. operaciones bursátiles) (art. 288 CC).

En todo caso, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial, una vez, practicadas:

1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo.

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC).

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (art. 290 CC).

Por otra parte, aun siendo reiterativos, conviene recordar que, la remisión a la normativa de la curatela, se puede excluir por parte del poderdante o mandante, si dispone otra cosa en el documento de apoderamiento o mandato. A tal fin, puede excluir la aplicación de toda la normativa de la curatela o parte de la misma. Con ello, se determina el carácter dispositivo de la normativa de la curatela en los casos de apoderamiento o mandato preventivo, al poder establecer la persona con discapacidad el régimen jurídico que sea aplicable, en lo no previsto en el propio documento de mandato o apoderamiento por aquel —que puede ser en la totalidad o en parte de la normativa de la curatela—; siempre que estemos ante las dos modalidades de apoderamiento o mandato y se otorgue con carácter general<sup>73</sup>.

En este contexto, para actos de trascendencia personal, por ejemplo, las relativas a tratamientos médicos y su consentimiento o rechazo a los mismos, no hace falta autorización judicial, atendiendo a la salvedad relativa al consentimiento informado y a su regulación, entre otras leyes sanitarias como la Ley 41/2002. Establece en su artículo 9 dispone que, se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Ahora bien, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Asimismo, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

En cuanto al documento de las instrucciones previas, podrá ser otorgado por una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta 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. Este representante podrá convivir con la designación de un apoderado o mandatario y tomar aquél las decisiones relativas a los tratamientos médicos de la persona con discapacidad. O también se puede acordar que, en los supuestos descritos, quien actúe en este ámbito sanitario sea el apoderado o mandatario. En todo caso, el artículo 287 del Código civil impone la necesaria autorización judicial cuando la curatela tiene naturaleza representativa para actos de trascendencia personal, salvo consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. Efectivamente, la Ley 41/2002 no exige tal autorización judicial. Por lo que es en este supuesto, como en materia de internamiento, habrá que, aplicar a la regulación especial aplicable y no exigir, en consecuencia, autorización judicial para estos casos, salvo que exista una actuación contraria a los intereses del paciente (poderdante/mandante) dispuesta por el apoderado/mandatario<sup>74</sup>.

Las instrucciones previas de cada persona, deberán constar siempre por escrito. 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. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. Serán inscritas en el Registro nacional de instrucciones previas.

De todas formas, podrá exigirse autorización judicial en relación con la inocularción de la vacuna contra el Covid-19. Así se ha hecho en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, de Sevilla de 15 de enero de 2021<sup>75</sup> que autorice

el juez al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar a una de sus usuarias —una mujer de 86 años— la vacuna contra el Covid-19, pese a la negativa de su hijo para que se procediese a la inoculación de dicha vacuna a su madre.

Para el titular del Juzgado la cuestión ha de resolverse examinado de forma predominante la protección de la salud de la residente, pues, por su edad (86 años), por su situación de pluripatología y por su estancia en una residencia cerrada, pertenece a un grupo con mayor riesgo de desarrollar la enfermedad grave por Covid-19. Dado que la madre, por las enfermedades que padece, no tiene capacidad para dar un consentimiento informado válido, se informó a su hijo de la necesidad de vacunar a su madre, pero este decidió no otorgar su consentimiento a la vacunación por no considerarla segura. Para el juez los argumentos esgrimidos por el hijo son comprensibles y legítimos, pero considera que los mismos deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna del Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento. Además, señala que, en todo caso, es mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave. Asimismo, descarta que la vacuna esté contraindicada en este caso al no presentar la residente alergia al principio activo de la misma o a alguno de sus componentes— en definitiva, concluye que, no constando ninguna contraindicación médica, el Juzgado estima la solicitud formulada por ser una medida médica-sanitaria necesaria por cuanto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la vacunación de la señora es la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frete al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19.

Asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 16, de Granada, de 4 de febrero de 2021<sup>76</sup> autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar la vacuna Covid-19 a uno de sus residentes, de 81 años de edad, aunque este ya haya pasado la enfermedad. La autorización se solicitó porque el hijo del residente se había negado a prestar su consentimiento para que se vacunase su padre, quien padece Alzheimer con un deterioro cognitivo grave.

Para el titular del Juzgado no existen razones atendibles para esta negativa del hijo a prestar su consentimiento a la vacuna del Covid-19, pues el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar de referencia. Aunque puede ser comprensible la postura del hijo desde un punto de vista humano, el auto destaca que, si bien, el padre ha pasado la enfermedad del coronavirus y presenta anticuerpos al virus, en el estado actual de la ciencia no es posible determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus tras sufrir la enfermedad, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente y habiéndose descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. Por tanto, y dado que el riesgo no ha desaparecido, el juez estima que, en las actuales circunstancias, el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone que, el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer la enfermedad. El auto manifiesta que, además de contar la vacuna con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, no consta contraindicación alguna a la vacunación. Por último, señala que, actualmente se recomienda por las administraciones competentes la vacunación de personas con antecedentes de Covid-19 confirmado o sospechado, pues, con la información actual se desconoce la duración de la inmunidad protectora frente al virus después de la infección natural.

Si bien, tal doctrina jurisprudencial, quizá no sea necesaria la autorización judicial para estos casos de inoculación de la vacuna Covid-19, pues, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 posibilita que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento «cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por Ley».

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido se incluye también en la salvedad del artículo 287.1 del Código civil, por lo que no será tampoco necesaria la autorización judicial para esta concreta actuación sanitaria, aunque se trate de un acto de trascendencia personal. El artículo 5.2 establece que, en aquellos casos que el médico responsable certifique que, el paciente no se encuentra en pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes indicadas —situación de incapacidad de hecho—<sup>77</sup>; y, precisamente, haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (por ejemplo, apoderamiento o mandato preventivo), se podrá prestar la ayuda a morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En caso de haber nombrado representante en ese documento o en otros será el interlocutor válido para el médico responsable (por ejemplo, el apoderado o mandatario preventivo). La valoración de la incapacidad de hecho se hará por el médico responsable conforme a los protocolos de actuación que se determine por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En todo caso, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentado al médico responsable o por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, (vgr. el apoderado o mandatario preventivo), acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documento equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de no existir ninguna persona que, pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que le trate, podrá presentar la solicitud de la eutanasia, dicho médico está legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autonómica correspondiente o por el Ministerio de Sanidad accediendo al Registro nacional de instrucciones previas.

Por lo que, en caso de situación de incapacidad de hecho, podrá presentar la solicitud de la eutanasia o del suicidio asistido, el mandatario o apoderado preventivo, bien presentando el propio mandato o apoderamiento, o documentos de instrucciones previas en que conste tal deseo por la persona apoderada. Aun siendo un acto de trascendencia personal, tal como ocurre con el consentimiento informado, no será necesaria autorización judicial, pues, como dispone el artículo 287.1 del Código civil no será necesario autorización judicial para actos de trascendencia personal establecido en leyes especiales como esta Ley Orgánica 3/2021.

De todas formas, los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecidas judicialmente (curador, guarda de hecho) o de forma voluntaria por el interesado (instrucciones previas). Si bien, la guarda de hecho como medida informal de apoyo, continuará en el desempeño de su función, aun cuando existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, si estas no se están aplicando eficazmente (art. 263 CC).

No obstante, a diferencia de lo establecido en el artículo 222-2.4 del Código civil catalán no se ha previsto nada con respecto a la gestión de la huella di-

gital —acceso a redes sociales, plataformas digitales—. Precisamente, el citado precepto establece que «el poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actuará ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y si procede su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las cesiones sobre las cuentas activas que debe adoptar el apoderado y participar en ellas».

En fin, en cuanto a la impugnación de los contratos celebrados por las personas con discapacidad con apoyos designados por apoderamiento o mandato preventivo, dispone el artículo 1302.1 del Código civil en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción de anulación que «pueden ejercitarse la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. En los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitarse la acción. Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Están, por tanto, legitimados tanto la persona con discapacidad provista de apoyos, sus herederos, si la persona con discapacidad hubiera fallecido y por la persona que hubiera prestado apoyo. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción caduca, como establece el artículo 1301 del Código civil, a los cuatro años a contar, cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato (número 4).

Y, asimismo, teniendo en cuenta la remisión a la curatela del artículo 259 del Código civil, podrá ser rescindibles los contratos que se hayan celebrado sin autorización judicial por los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen, hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquellos (art. 1291.1.<sup>º</sup> CC). El plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción respecto de las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que, establezcan facultades de representación, no empezará a computarse hasta que se extinga la medida representativa de apoyo (art. 1299 segundo párrafo CC).

### C) Elementos formales

Los poderes o mandatos preventivos habrán de otorgarse en escritura pública (art. 260 CC). La intervención notarial es garantía de seguridad para la situación del poderdante otorgante, cuando tiene lugar su discapacidad. El notario podrá asesorarle del contenido y alcance de tales poderes y del control de la actuación del apoderado y quien determinará la capacidad suficiente para otorgar tales poderes o mandatos.

En todo caso, cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este (art. 258.2 CC).

Ahora bien, esta preferencia por la autorregulación del individuo que, se manifiesta en la autocuratela y, en los apoderamientos preventivos, no impide respecto de estos últimos que el juez nombre un curador, pues precisamente tales poderes pueden no abarcar toda la necesidad de apoyo.

Aunque no se exige en la regulación concreta de los apoderamientos o mandatos preventivos, si estos tienen facultades representativas, por la remisión a la curatela que se hace específicamente, el apoderado o mandatario estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona a cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese comenzado a ejercer su labor de apoderado preventivo. El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia con citación de las personas que estime conveniente, si bien podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero si concurre causa para ello. En todo caso, si así lo dispone el letrado de la Administración de Justicia no deberán quedar en poder del apoderado o mandatario el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos, que se depositarán en un establecimiento destinado al efecto. Los gastos que se deriven de la realización del inventario y del depósito serán a cargo de los bienes de la persona con discapacidad (art. 285 CC).

De todas formas, el apoderado o mandatario puede dispensar de dicha obligación, como ocurre en la autocuratela.

#### D) Extinción

En el propio poder o mandato se pueden establecer por parte del poderdante o mandante forma específicas de extinción del poder (art. 258.3 CC); y, proceder a solicitarlas el propio curador nombrado.

Asimismo, de forma específica para el poder, se puede extinguir de forma automática cuando se hubiera otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante, y hubiera tenido lugar el cese de la convivencia —sin necesidad de divorcio o de cancelación registral de pareja de hecho— (art. 258.2). Todo ello salvo que el propio poderdante o mandante hubiera dispuesto otra cosa o, que el cese de la convivencia venga determinado por el internamiento de este.

Igualmente, se prevé para el supuesto específico del apoderamiento o mandato preventivo que, cuando el apoderado incurre en algunas causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (art. 258.4 CC). Tanto este precepto citado como el artículo 51 bis.1 de la LJv establecen que, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad<sup>78</sup>.

De todas formas, el curador no puede por sí solo extinguir el poder, sino instar judicialmente tal extinción en el caso que, concurran algunas de las causas previstas para la remoción del curador. Con ello se pretende un control *ex post* de la actuación del apoderado en beneficio del poderdante, de manera que, si se prueba que está perjudicando o hay dudas de una adecuada actuación de aquél en interés de su poderdante, determinar la solicitud al juez por parte del curador de su extinción (art. 260 CC)<sup>79</sup>.

La remoción del apoderado o mandatario tendrá lugar: 1. Si después de su nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad; 2. Se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio; o 3. Cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo (art. 278.1 CC).

No obstante, la autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conozciera por sí o a través de cualquier interesado circunstancias, que comprometan el desempeño correcto del mandato o apoderamiento, podrá decretar la remoción del apoderado o mandatario mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Como medida de salvaguarda, durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al mandatario o apoderado en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordar el nombramiento de un defensor judicial.

Una vez, declarada judicialmente la remoción, se procederá a la adopción de otra medida de apoyo, si fuera necesario; o se nombrará al apoderado o mandatario designado por el poderdante o mandante en caso de remoción del nombrado.

En esta línea de extinción específica en sede de mandato o apoderamiento preventivo, aunque mantienen su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante o mandante, ello no impide al juez que, si lo considera pertinente, extinga la medida de apoyo, cuando se nombre, por ejemplo, un curador. Si bien, siendo siempre respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de las personas y en la salvaguarda de la persona con discapacidad.

Por otra parte, el mandato conforme establece el artículo 1732.1 del Código civil se acaba por su revocación que, podrá tener lugar antes de la eficacia de ambas modalidades de mandato o con posterioridad. La revocación es una declaración de voluntad unilateral y recepticia, de modo que ha de llegar al conocimiento del apoderado o mandatario para que produzca efectos. Partiendo de la base que, en la actual reforma se da especial relevancia a la participación de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, corresponderá al notario que autorice la revocación del mandato, determinar la situación jurídica en que se encuentra la persona con discapacidad en relación con dicha decisión unilateral y, en consecuencia, si la puede llevar a cabo.

Conforme el apartado 2 del citado artículo 1732 del Código civil, también se extingue por renuncia del mandatario. La renuncia constituye, asimismo, una declaración de voluntad unilateral y recepticia, pues, debe llegar a conocimiento del mandante; pues, a partir de ese momento es cuando surte efectos. Se entiende que, se ha de comunicar al poderdante o mandante, o en su caso, prever a quien se comunica dicha renuncia —por ejemplo, al curador, si está nombrado como otra medida de apoyo—. En todo caso, sería conveniente prever por parte del poderdante o mandante un posible sustituto para este caso y comunicarse al mismo, para que comenzase a actuar como tal apoderado preventivo; de no preverse esta sustitución, se deberá comunicar a la autoridad judicial, por si fuera necesario, proveer alguna medida de apoyo. Al respecto, el artículo 255.5 del Código civil solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. De todas formas, el artículo 249.4 del Código civil establece que, cualquier medida de apoyo voluntaria de apoyo podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y, asimismo, serán dictadas por la autoridad judicial.

También, se puede extinguir por el fallecimiento de la persona del mandante o mandatario; o por el concurso de acreedores de ambos. Y, en fin, por el establecimiento de medidas de apoyo al mandante o poderdante que, sean coincidentes con la medida concreta por la que se otorgó el apoderamiento o mandato preventivo (número 4 del mencionado art. 1732 CC).

Ahora bien, los poderes o mandatos en cualquiera de las modalidades expuestas no se extinguirán, pese a la constitución de medidas de apoyo a favor del poderdante o mandante, tanto si se han establecido judicialmente (curatela), como si se ha acordado por el propio interesado (instrucciones previas)<sup>80</sup>.

Esta regulación contrasta con la existente hasta ahora en el artículo 1732.3 apartado segundo del citado cuerpo legal que, se extingue el apoderamiento preventivo cuando el juez en la resolución de incapacitación toma la decisión de extinguirlo al constituirse el organismo tutelar; o decide dejarlo subsistente, y extinguirlo *a posteriori* a instancia del propio tutor. En este último caso, haya ese momento el apoderamiento coexiste con el órgano tutelar nombrado.

De todas formas, de nuevo, por la remisión a las reglas de la curatela, el apoderado o mandatario al cesar en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario, si concurriere justa causa. La acción para exigir esta rendición de cuentas previsible a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. No obstante, la aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de acciones judiciales recíprocas que, puede asistir al apoderado o mandatario o a la persona con discapacidad o a sus herederos por razón del apoderamiento o mandato preventivo (art. 292 CC).

En todo caso, aunque no se proceda a la remisión de la curatela en los casos indicados, se puede pactar en el propio mandato o apoderamiento una rendición de cuentas al ejercer el apoderado o mandatario de administrador y que dicha rendición se haga ante los órganos de fiscalización nombrados al efecto.

En fin, el artículo 249 apartado segundo *in fine* del Código civil determina que, se puede extinguir también el apoderamiento o mandato preventivo, al fomentarse, como regla fundamental que, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro o con ninguno —modificación o extinción de la medida de apoyo—.

#### E) Eficacia, publicidad y revisión

El poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, surte efecto en el momento que la persona necesite de los apoyos. Al respecto, se puede acreditar esta situación objetiva en el propio poder o mandato a través de dictamen pericial o a mediante otro instrumento de verificación, o como señala, el artículo 257 del Código civil constar en acta notarial, además del juicio del notario, un informe pericial en este sentido. Ello no impide que, también que, en el caso de poder o mandato que continúa su subsistencia pese a la necesidad de apoyo de la persona con discapacidad, por el poderdante o mandante se acuerde el comienzo de vigencia del mismo, mediante aquellos criterios o instrumentos que, considere oportunos; o con la intervención de terceros. El problema que se plantea es la falta de concrección legal de cuándo resultan eficaces estos poderes preventivos en las dos modalidades y que se deja a la previsión del propio poderdante o mandante. Sin embargo, la realidad actual es una falta de previsión legal del comienzo de

la eficacia de tales mandatos o poderes preventivos; y de su posible conocimiento por terceros que quieran contratar con el apoderado o mandatario; sin que afecte a la propia intimidad del sujeto, el dar publicidad de su condición de persona con discapacidad, pese a lo dispuesto en el artículo 84 primer párrafo de la Ley 20/2021, de 11 de julio, del Registro Civil (LRC)<sup>81</sup>.

Por otra parte, los poderes o mandatos mantendrán su vigencia, pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente, como si han sido previstas por el propio interesado (art. 258.1 CC) —*v.gr.*, instrucciones previas, autocuratela—<sup>82</sup>.

Asimismo, procede señalar que, el ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. No obstante, aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegadas (art. 261 CC).

El artículo 268 del Código civil en sede de curatela establece que, todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos, excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Precisamente, por la remisión a las normas de la curatela, se puede aplicar a los apoderamientos o mandatos preventivos cuando adoptan una función representativa y se otorgan con carácter general —para todos los negocios del otorgante—; o, bien, puede acordarse expresamente en el documento de poder o mandato preventivo por el propio poderdante o mandante tanto los mecanismos como los plazos de revisión de esta medida, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 255.3 CC).

Ahora bien, respecto a los poderes o mandatos preventivos otorgados a la entrada en vigor de esta Ley, el poderdante o mandante podrá establecer plazos de revisión de las medidas de apoyo con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (arts. 255.3 *in fine* y 258.3 *in fine* CC).

Respecto a los apoderamientos o mandatos preventivos ya acordados a la entrada en vigor de esta Ley, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá hacer de oficio. Así dispone la disposición transitoria quinta que, los propios apoderados o mandatarios podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas, para adaptarlas a la nueva Ley. La revisión de las mismas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde la solicitud. Si bien, para aquellos casos en que no se haya solicitado la revisión, esta se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

De todas formas, los poderes o mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, se apliquen al apoderado o mandatario, en virtud del artículo 259 del Código civil las reglas para la curatela, quedarán excluidas las establecidas en los artículos 284 a 290 del citado Código civil (disposición transitoria tercera).

En todo caso, si la persona otorgante quiere modificarlos o completarlos, el notario, en cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle en plenitud su propia autonomía de la voluntad, esto es, su propio proceso en la toma de decisiones, ayudándole en su comprensión y razonamiento y, facilitando que, pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

En fin, el notario autorizante de los poderes o mandatos preventivos comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260.2). Así, dispone el artículo 4 apartado 10.<sup>o</sup> de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) que, son inscribibles «los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»; y el artículo 77 establece que «es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»<sup>83</sup>.

Como se indica en el preámbulo de la Ley «el Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»<sup>84</sup>.

De todas formas, en el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, se ha convenido por el legislador que, las medidas de apoyo que accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida. Al respecto, el artículo 84 primer párrafo de la LRC establece que «solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1 b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo». Solo los apoderados o mandatarios preventivos generales podrán acceder o autorizar a terceras personas el acceso a los asientos del Registro Civil que, contenga datos especialmente protegidos relativos a la discapacidad y medidas de apoyo [art. 83.1 b) de la LRC].

No se prevé, en cambio el acceso al Registro de la Propiedad de las medidas voluntarias de apoyo al Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. No obstante se incorpora un artículo 242 bis de la LH que queda redactado de la siguiente manera: «1. En el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles a que se refiere el número cuarto del artículo 2 serán objeto de asiento las resoluciones dictadas en los expediente de declaración de ausencia y fallecimiento, las de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Podrán ser objeto de asiento también en este libro las resoluciones sobre personas con discapacidad a las que se refiere el artículo 755.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Partiendo de lo dispuesto en este precepto se puede incluir dentro de «las medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona», las escrituras públicas de mandato o apoderamiento preventivo en cuanto se pueden prever medidas de carácter patrimonial que afecten, precisamente, a la libre administración y disposición de bienes de la persona discapacitada, máxime en el caso de la vivienda habitual. A nuestro entender aras de la autoprotección del poderdante, no sería descartable que, se solicitase el acceso al Registro de la Propiedad como medida de apoyo donde se pueden contener disposiciones patrimoniales con tal alcance; aunque la esencia del apoderamiento o mandato no sea medidas que limiten la libre

disposición o administración de los bienes de una persona, sino su asistencia en tales actos o, excepcionalmente, su representación. En todo caso, tratándose de actos con trascendencia real deberán tener acceso al citado Registro de la Propiedad. Precisamente, para PEREÑA VICENTE, solicitar el acceso al Registro de la Propiedad de una autolimitación a la libre disponibilidad de la vivienda, puede ser calificado de «prohibición de disponer y el artículo 27 de la LH le cerraría el paso»<sup>85</sup>.

En fin, procede indicar que, al dotarse de regulación específica a los poderes o a los mandatos preventivos en los citados artículos 256 a 262 del Código civil, se debe modificar el artículo 1732 del citado cuerpo legal que, es donde actualmente se regula el apoderamiento preventivo, disponiendo en la futura regulación del mismo lo siguiente: «El mandato se acaba: 1. Por su revocación; 2. Por renuncia del mandatario; 3. Por la muerte o por concurso del mandante o del mandatario; 4. Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; 5. Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos que, recordemos, mantiene su vigencia, pese a constituirse otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecida judicialmente, como si han sido previstas por propio interesado. De forma que, el apoderamiento o mandato preventivo puede subsistir, pese a la adopción de la medida judicial de curatela representativa».

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALÍA ROBLES, A. (2020). Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero, 1-18.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10, febrero, 224-281.
- ANCIONES FERRERAS, M.<sup>a</sup>Á. (2020). Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis trasversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: La Ley.
- BADENAS CARPIO, J.M. (1998). *Apoderamiento y representación voluntaria*, Navarra: Aranzadi.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus.
- DE LA IGLESIAS MONJE, M.<sup>a</sup>I. (2020). Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis trasversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: La Ley.

- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 58, 143-192.
- (2018). Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 29-60.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Indret*, número 2, 111-138.
- LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 199-225.
- MARÍN VELARDE, A. (2020). La discapacidad: su delimitación jurídica. En: Muñiz Espada, E. (dir.). *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (2020). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XXI, 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente, AAVV, *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson.
- (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil. En. P.A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Madrid: Marcial Pons.
- PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 265-313.
- ROGEL VIDÉ, C. y ESPÍN ALBA, I. (2008). *Derecho de la persona*, Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I*, 8.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación. En: Fco. J. Sánchez-Calero, *Curso de Derecho Civil II*, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 385-428.
- SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, 9 de octubre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021.
- SAP, Vizcaya, secc. 8.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2010.
- SAP Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2008.
- SAP León, secc. 1.<sup>a</sup>, de 9 de julio de 2013.
- SAP Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2013.
- SAP Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2017.
- SAP Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2017.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011 (LA LEY 3403/2011).

<sup>2</sup> Precisamente, la gran aportación de la Convención es la legitimidad de un régimen de discriminación positiva —igualdad de hecho—, esto es, la adopción de medidas normativas y de acciones concretas para asegurar a los discapacitados la aplicación de las normas en las mismas condiciones que los demás.

<sup>3</sup> En la Convención hay disposiciones que son directamente aplicables por estar formuladas como normas jurídicas en sentido estricto, otras, sin embargo, requieren que los Estados acometan reformas en su derecho interno conforme a los principios y objetivos de aquella. A estas últimas, se refiere el artículo 4.1 a) y b) cuando señala que los Estados parte se comprometen a: «*a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas para modificar o derogar, leyes, reglamentos, costumbres, y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*». Y, asimismo, este artículo 12.

<sup>4</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus, 27 señala como principios esenciales a la hora de designar una medida de protección: «1. Subsidiariedad; 2. Proporcionalidad; 3. Respeto a la autonomía de voluntad; y 4. Respeto a la toma de decisiones del propio sujeto protegido o a su autonomía personal».

<sup>5</sup> LA LEY 49525/2009.

<sup>6</sup> LA LEY 7855/2002. Señala esta sentencia que: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación (...). La incapacitación total solo deberá adoptarse, cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

<sup>7</sup> LA LEY 49525/2009. Por el contrario, el Ministerio Fiscal en su escrito de 2 de febrero de 2009 señala que, el modelo de apoyos enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional, y añade que la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no es posible conocer la voluntad de la persona y en las cuales es necesario tomar una decisión en su nombre, para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, la curatela, reinterpretada a la luz de esta, desde el modelo de apoyo y asistencia, y el principio de interés superior de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea.

En esta línea de compatibilidad de nuestro sistema de incapacitación con la Convención y la consideración de la curatela como mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2012 (LA LEY 134901/2012); de 11 de octubre de 2012 (LA LEY 158043/2012); y, de 24 de junio de 2013 (LA LEY 92052/2013); y las Sentencias de la Audiencia Provincial Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2010 (LA LEY 33757/2010); de la misma Audiencia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 202663/2010); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 enero 2012 (LA LEY 56638/2012); de la Audiencia Provincial Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de mayo de 2012 (LA LEY 133673/2012); de la Audiencia Provincial Cuenca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2012 (LA LEY 171478/2012); de la Audiencia Provincial León, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 2013 (LA LEY 5330/2013); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 2013 (LA LEY 164719/2013); de la Audiencia Provincial León, secc. 1.<sup>a</sup>, de 9 de julio de 2013 (LA LEY 128086/2013); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2013 (LA LEY 154470/2013).

Por su parte, críticas a esta sentencia, y posteriores y a la necesidad de acometer reformas en materia de incapacitación, *vid.*, VARELA AUTRÁN, B. (2013). *Incapacidad, Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*, Diario LA LEY, año XXXIV, número 8006, 22 de enero, 3; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2013). *Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 92, mayo-agosto, 357, 364 y 367-368.

<sup>8</sup> Señala que «la incapacitación, al igual que, la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación

con relación a la protección de la persona» y añade que «el sistema de protección establecido en el Código civil sigue, por tanto, vigente, siendo titular e sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección; 2. La incapacitación no es una media discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque el impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

<sup>9</sup> *RJ* 2012, 8362.

<sup>10</sup> *RJ* 2014, 4518.

<sup>11</sup> *RJ* 2014, 5610.

<sup>12</sup> *RJ* 2015, 4755 y *RJ* 2015, 4900.

<sup>13</sup> *RJ* 2015, 5138.

<sup>14</sup> *RJ* 2015, 5726.

<sup>15</sup> *RJ* 2017, 1505.

<sup>16</sup> *RJ* 2013, 3948. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2017 (*JUR* 2018, 46714).

<sup>17</sup> *RJ* 2014, 6032.

<sup>18</sup> *RJ* 2018, 934.

<sup>19</sup> *RJ* 2014, 4930.

<sup>20</sup> *RJ* 2014, 4518.

<sup>21</sup> *RJ* 2015, 4755.

<sup>22</sup> *RJ* 2017, 2207.

<sup>23</sup> *RJ* 2015, 5726.

<sup>24</sup> *RJ* 2015, 5329.

<sup>25</sup> *RJ* 2020, 392. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

<sup>26</sup> *RJ* 2015, 2023. En la misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015 que añade que «procede instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiendo el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la Convención; de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); de 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1505); de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290); y, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018) precisa, además que, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación.

<sup>27</sup> *RJ* 2017, 2207; *RJ* 2017, 5913 y *RJ* 2017, 4745. Asimismo, *vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 392); de 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

<sup>28</sup> *RJ* 2018, 392.

<sup>29</sup> *RJ* 2020, 392 y *RJ* 2020, 4815.

<sup>30</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2012 (LA LEY 219438/2012); y, de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2013 (LA LEY 94828/2013).

<sup>31</sup> BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021, 67789 a 67856. En su disposición final tercera prevé su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

<sup>32</sup> En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 413; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 58, 153.

<sup>33</sup> En esta línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 387 y 390.

<sup>34</sup> El artículo 200 del Código civil establece que «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que, impide a la persona gobernarse por sí mismo*». El término persistencia supone que, la enfermedad o deficiencia se extiende en un período de tiempo que, puede ser lo suficientemente amplio para justificar la medida. En cuanto autogobierno, desde el punto de vista médico se indica que tiene tres dimensiones: la patrimonial —autonomía e independencia en la actividad socioeconómica—; la adaptativa e interpersonal —entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria de forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural—; y personal —en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación higiene y autocuidado—. En todo caso, la incapacitación no es uniforme, sino que la sentencia que, limita la capacidad de la persona, debe atender a su grado de discernimiento y establecer a qué régimen de protección queda sometido el incapacitado. Por tanto, la incapacitación supone una limitación a la capacidad de obrar, graduable en la propia sentencia (art. 760.1 de la LEC); de tal manera que, a partir de ella el incapacitado carece de la aptitud necesaria para realizar de manera válida y eficaz los actos referidos en la sentencia. De ahí que, la apreciación de la concurrencia de causa de incapacitación exija la proporcionalidad entre la medida adoptada y la incidencia que, pueda tener la enfermedad o deficiencia en la capacidad natural de entender y querer de la persona que sufre la incapacitación, además de su revisión.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2670) cita al respecto las Sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de julio de 1999 no considera obstáculo para la aplicación del artículo 200 del Código civil el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjese, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia esta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Añade que «en suma lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino solo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues esta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3 CC). En cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma, asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009 que: «debe destacarse en este punto la importancia de la valoración que el juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues, se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimiento psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse por sí mismo...». Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1947 se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y si bien, una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que, adaptaba la incapacitación a la realidad social. En todo caso, el sistema no solo fue aplicándose, sino que, finalmente, se aceptó en la legislación civil posterior a la Constitución española.

Por su parte, la incapacitación total o parcial de una persona se debe hacer siempre con un criterio restrictivo por las limitaciones a los derechos fundamentales, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013 (LA LEY 92052/2013); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad, Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2010

(LA LEY 51825/2010); y de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 13 de diciembre de 2012 (LA LEY 219571/2012).

<sup>35</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 414-415 llama la atención sobre el hecho que el artículo 249 hable de «personas necesitadas de protección» y no emplee el término discapacidad. Lo que, para la autora, supone un error porque «si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas».

<sup>36</sup> El nuevo artículo 7 bis de la LEC referido a los ajustes para personas con discapacidad dispone, al respecto que: «1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica; b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida; d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».

En los mismos términos, se pronuncia el artículo 7 bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Señala, asimismo, GARCÍA RUBIO M.<sup>a</sup>P. (2018). *Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 30 que engloba el concepto de discapacidad, tanto las discapacidades de orden intelectual, como las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas.

<sup>37</sup> MARÍN VELARDE A. (2020). La discapacidad: su delimitación jurídica. En. Muñiz Espada E (dir.). *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 64.

<sup>38</sup> La enmienda número 17 interpuesta por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados indica que, se debe redactar este artículo 249.2 disponiendo que, las medidas de origen legal o judicial procederán en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias. Justificación. Conforme a la Convención de Naciones Unidas, las medidas de apoyo, nacen de la voluntad de la persona que se trate, estableciéndose una serie de salvaguardas en el párrafo 4 del artículo 12 bajo el control «de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Los apoyos para el ejercicio de ese derecho pueden haberse establecido voluntariamente por la propia persona. No pueden privarse a la persona con discapacidad del ejercicio de derechos, sino que existe la obligación de proveer de apoyos a la misma. Debe existir un reconocimiento expreso a las medidas voluntarias (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 10-11).

<sup>39</sup> En esta línea, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.<sup>a</sup>. V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 131.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi, 75-76; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección

de las personas vulnerables, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10, febrero, 236-237; LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Indret*, número 2, 119; SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 75.

<sup>41</sup> PAU A. (2020). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XXI, 415. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus, 33 señala que «la voluntad del sujeto no solo es decisiva al diseñar una medida de protección —cuando ello sea posible—, sino que es consustancial con el apoyo y su relación con la autonomía del sujeto a lo largo del desarrollo y vigencia de las diversas instituciones».

<sup>42</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente, AA.VV., *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson, 138; PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). *La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 285.

Por su parte, en la enmienda número 228 del grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, de modificación del artículo 268 añade que, en las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, atenderá además de a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, su ponderación con arreglo al interés objetivo de dicha persona (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 164).

<sup>43</sup> PAU A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 9-10 y 23.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (*JUR* 2021, 1161373) señala que «el interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado con cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias del caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean acordes a sus intereses que, son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de tercero». A dicho principio se refiere también la Sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) que lo define como principio rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social, e individual por parte de quien asume el cuidado».

<sup>44</sup> En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, op. cit., 33-34.

<sup>45</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2018). Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, op. cit., 32-33; LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo cuando se cita a García Rubio (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 198.

<sup>46</sup> PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, op. cit., 420.

<sup>47</sup> En este línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 419 señala que, para los supuestos en que la propia discapacidad psíquica impida, a causa de la completa ausencia de voluntad, poder tomar decisiones, sería pertinente «dar entrada al interés superior como criterio rector que debería guiar la actuación del curador pese a la omisión del texto que nos ocupa y la resistencia a tenerlo en cuenta en la tramitación parlamentaria del mismo». Sin embargo, para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, op. cit.*, 40-41 es necesario asumir que «el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y cambiar el criterio “interés superior” por el de “la voluntad y preferencias de la persona”». Además señala que «la valoración de las mencionadas preferencias y deseos de las personas incluye el derecho a equivocarse». En este caso para la autora «se trata de asumir que a la hora de apoyar lo imponte es respetar la voluntad, preferencias y autonomía del apoyado, no entrando como criterio de valoración de la decisión el hipotético perjuicio para la persona con discapacidad, aunque si el peligro para ella».

<sup>48</sup> El artículo 1041 dispone que: *No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.*

<sup>49</sup> La enmienda número 222 del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados añade en número 1 «salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor», y en el número 2 «salvo previsión por las medidas de apoyo de cualquier naturaleza de un modo de resolución de dicho conflicto y su aplicación eficaz» (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 159).

<sup>50</sup> La enmienda número 20 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) añade un apartado segundo a este artículo 254 que dispone que «igualmente, podrá establecerse los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas». Justificación: no solo ha de permitirse la designación de administrador de los bienes, sino además de establecer la posibilidad de crear órganos de control para, por ejemplo, rendir cuentas de esa administración, en base a la autonomía de la voluntad esos órganos de control pueden nacer de la propia voluntad del dispонente de los bienes a título gratuito. En relación con las personas sordas o sordociegas, se incluye la utilización de intérpretes o mediadores, en aplicación de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas. En relación con las personas con ceguera, con base en el artículo 193 del Reglamento Notaria, se propone añadir al final del párrafo el texto indicado (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 14).

<sup>51</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2856) poder otorgado a la esposa que le permite la realización de los actos encargados, aunque no conservarse las facultades intelectivas y volitivas, en concreto, la donación a favor de un nieto, como era el deseo del abuelo. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 166448) entiende que el mandato no se extingue por la incapacidad del mandatario y por razones de seguridad la eficacia del mandato no se corresponde con la aparición de la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernar por sí mismo, sino desde la sentencia judicial que declara la incapacidad. Y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 239316) la incapacidad sobrevenida del mandante provoca la extinción del mandato al no haberse dispuesto en el poder otorgado la continuación del mandato para este supuesto, en cuya caso el mandato termina por la resolución judicial al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

<sup>52</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil. En: P.A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Madrid: Marcial Pons, 199.

<sup>53</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 661.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I*, 8.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 390.

<sup>55</sup> ROGEL VIDÉ, C. y ESPÍN ALBA, I. (2008). *Derecho de la persona*, Madrid: Reus, 224-225; SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 390.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 390.

El artículo 1263 del Código civil en la Ley 8/2021, por su parte, dispone que: «los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan por sí solos o con asistencia de sus representantes legales y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

<sup>57</sup> Para SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 392 «la expresión “mandato expreso” la utiliza el artículo 1713 en el sentido de *poder especificado*, aunque sea de forma tácita»; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). «El mandato. La mediación». En: Fco. J. Sánchez-Calero, *Curso de Derecho Civil II*, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 449 habla de «mandato expreso» para llevar a cabo actos de disposición.

<sup>58</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 448.

<sup>59</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil III*, Contratos, decimocuarta edición, Madrid: Marcial Pons, 286-287; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 448.

<sup>60</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 457-458.

<sup>61</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, *op. cit.*, 662; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 449-450.

<sup>62</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 450.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 395.

<sup>64</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 209-201.

<sup>65</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>Á</sup>P. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *op. cit.*, 37-38.

<sup>66</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 207.

<sup>67</sup> BADENAS CARPIO, J.M. (1998). *Apoderamiento y representación voluntaria*, Navarra: Aranzadi, 117.

<sup>68</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 229.

<sup>69</sup> Esto parece deducirse de la enmienda 255 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado admitida, pues, al motivar la misma, manifestando al respecto que «el menor de edad mayor de los dieciséis años debe tener capacidad para otorgar medidas voluntarias por coherencia con el sistema. Primero: porque el menor de edad mayor de dieciséis años puede dar consentimiento para multitud de actos tan trascendentales y más que este, como los relativos al consentimiento informado en el ámbito de la salud y todos los derivados del artículo 1263. Y segundo porque es lo coherente con el sistema establecido en la nueva Ley (arts. 91 y 252 CC) que permiten la precisión de medidas de apoyo para cuando el menor cumpla 18 años con dios años de antelación (BOCG, Senado, núm. 172, de 16 de abril de 2021, 180-181).

<sup>70</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 230-231 se inclina por exigir al apoderado plena capacidad. Sin embargo, reconoce que, puede ser apoderado preventivo una persona con una medida de apoyo o protección que está siendo aplicadas «esto significa que, si el mandato preventivo del que es mandatario se ha dado por ejemplo, para gestionar las cuentas bancarias del mandante y, a su vez, se pone en marcha una media de protección respecto al mandatario pero solo le afecta a la enajenación de bienes inmuebles, puede continuar siendo mandatario preventivo».

<sup>71</sup> PAU PEDRÓN, A. (2020). De la incapacidad al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *op. cit.*, 421 habla de poderes generales.

<sup>72</sup> La referencia al consentimiento informado en el ámbito de la salud u otras leyes especiales fue consecuencia de la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado. Motivación: es que si no se hace esta salvedad el curador (o el guardador de hecho por la remisión que hace en el artículo 263) necesitará autorización judicial, por

ejemplo, para cualquier actuación médica (pruebas diagnósticas; tratamiento, etc.); lo que no es así a día de hoy, ni es deseable (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, 185-186). En todo caso, al existir leyes especiales en materia de salud, se aplicarán con preferencia y precisamente, en ellas no se exige autorización judicial.

<sup>73</sup> En contra, ANCIONES FERRERAS, M.<sup>a</sup>Á. (2020). Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 93, pues entiende que la posibilidad de excluir la autorización judicial para el apoderado en los actos que es necesaria para el tutor, entiende que no es posible al ser una norma imperativas de protección.

<sup>74</sup> El artículo 222-3 del Código civil catalán regula también los documentos de voluntades anticipadas, disponiendo que: «*1. La persona mayor de edad con plena capacidad de obrar puede expresar en un documento de voluntades anticipadas las instrucciones para la realización de actos y tratamiento médicos, para el caso en que se encuentre en una situación en que no puede decidirlo por ella misma. También puede designar la persona que en su sustitución, debe recibir la información sobre su salud y decidir sobre la realización de aquellos tratamientos*».

<sup>75</sup> LA LEY 27/2021.

<sup>76</sup> LA LEY 1595/2021.

<sup>77</sup> El artículo 3 h) de la Ley Orgánica 3/2021 define situación de incapacidad de hecho como: «*situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí misma, con independencia que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

<sup>78</sup> Admitida la solicitud, el artículo 51 bis.2 de la LJv dispone que «*se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitará oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal*».

Por su parte, ALÍA ROBLES, A., (2020). *Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Actualidad Civil, núm. 2, febrero, 12 sugiere que el apoderado informe a tales personas legitimadas de su gestión sobre actos de relevancia, pues, solo de esta manera «*aquellas no pedirán «a ciegas» la extinción del poder o por sospechas o conjecturas, o cuando la situación sea ya demasiado grave e irreversible*».

<sup>79</sup> La enmienda número 23 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados al artículo 260 apartado segundo respecto de cuándo se hubiere otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este, añade que, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de fondos podrá instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos si concurren tales circunstancias, para lo que se otorgará, si fuera preciso, acta notarial. Justificación. Pone de manifiesto este precepto, con arreglo a la redacción dada por el Proyecto de Ley dos carencias que, pueden dar lugar a inseguridad jurídica. Por un lado, como sucedía hasta ahora, tanto los poderes «ordinarios» como los preventivos, quedarían extinguídos por disposición de Ley en caso de separación judicial o divorcio. Esto se salva en el ámbito notarial hasta ahora por la mera manifestación del apoderado en el sentido que no ha variado el estado civil del poderdante, ya que el notario sigue sin tener acceso a las resoluciones judiciales inscritas en el Registro Civil. Situación que se solventaría facilitado el acceso inmediato al notario al contenido del Registro Civil (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 15-16).

<sup>80</sup> Sin embargo, el artículo 114.2 del Código Foral aragonés dispone que: «*2. El juez, en resolución motivada, podrá declarar extinguido el mandato a que se refiere el artículo 109, tanto al constituirse la institución tutela, como posteriormente a instancia del tutor o curador*».

<sup>81</sup> También se muestra crítica con la regulación del Proyecto de Ley en relación con esta cuestión, PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 222. En todo caso, ALÍA ROBLES, A., (2020). *Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y pro-*

cesal en materia de discapacidad, *op. cit.*, 11 entiende que, el informe de un facultativo de confianza de la persona, podrá ser aconsejable y más acorde con el respeto a la voluntad de la misma o que varias personas verifiquen la situación. Otra opción «es que fuera una resolución judicial la que confirmara ese momento, teniendo en cuenta, lógicamente, las disposiciones específicas de la persona».

Por su parte, el artículo 222-2.2 del Código civil catalán dispone al efecto que «2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder».

En todo caso, en la enmienda número 109 presentada por D. Josep Lluis CLERIES I GONZÁLEZ (GPN) y D.<sup>a</sup> María Teresa RIVERO SEGALÁS (GPN) en el Senado no admitida se proponía fijar en la regulación del apoderamiento mandato preventivo una referencia al comienzo de vigencia estableciendo al efecto que: «1. El poderdante puede ordenar que el poder preventivo produzca efectos desde su otorgamiento o bien establecer las circunstancias que determinará el inicio de su eficacia; 2. En el poder ordinario con cláusula de continuidad y el poder preventivo de eficacia inmediata, el apoderado al ejercitarlo, debe manifestar si el poderdante tienen capacidad suficiente para conocer el alcance de su actuación a los efectos de determinar si es necesaria alguna de las autorizaciones exigidas por el poderdante o por la ye, salvo que esas se hubiera suprimido o modalizado en el otorgamiento; 3. En el poder preventivo de eficacia diferida, el apoderado deberá acreditar su vigencia con documento fehaciente del que resulten cumplidas las circunstancias establecidas por el poderdante. En caso de no haberse previstos especialmente, se entenderá autorizado el propio apoderado para fijar el inicio de su cometido por la discapacidad del poderdante, que deberá manifestar expresamente bajo pena de falsedad» (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, 78).

<sup>82</sup> Sin embargo, el artículo 222-2.3 del Código civil catalán establece que: «3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder».

<sup>83</sup> Igualmente, el artículo 111 del Código Foral aragonés establece que se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado.

Sin embargo, el artículo 222-8.3 del Código civil catalán señala que será inscribibles en el Registro de Nombramientos tutelares no testamentarios.

Se podría plantear la creación de un Registro específico estatal para los apoderamientos preventivos y las escrituras de autocuratela, como el de instrucciones previas.

<sup>84</sup> Así en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad el artículo 42 bis b).2) en fine de la LJv se indica que «admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia (...) recabará certificación del Registro Civil, y en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes (Registro de Instrucciones previas), sobre las medidas de apoyo inscritas». En caso de oposición, el artículo 758.1 respecto al proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (proceso contencioso), igualmente, señala que, «Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil, y en su caso, de otros Registros Públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas».

<sup>85</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 217.