



Revista de Derecho Civil  
<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>  
ISSN 2341-2216  
vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018)  
Estudios, pp. 29-60

## LAS MEDIDAS DE APOYO DE CARÁCTER VOLUNTARIO, PREVENTIVO O ANTICIPATORIO

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela)  
Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

---

TITLE: *Self- determination measures*

RESUMEN: En este trabajo, la autora aborda las reglas sobre los poderes preventivos y directivas anticipadas incluidas en la Anteproyecto de modificación del Código Civil español, elaborada por la Comisión General de Codificación y dirigida a adaptar el sistema español a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

ABSTRACT: *In this paper, the author deals with the rules about to the powers of attorney and advances directives included in the Proposal for the modification of the Spanish Civil Code, written by the General Law Commission and directed to adapt the Spanish system to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

PALABRAS CLAVE: Poderes preventivos, Directivas anticipadas, Autotutela.

KEY WORDS: *Lasting powers of attorney, directives. Advances directives, Autonomous Deputyship.*

SUMARIO: I. REFERENCIA AL CONTEXTO EN EL QUE SE INSERTAN LAS MEDIDAS PREVENTIVAS O VOLUNTARIAS: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. II. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS O VOLUNTARIAS DEL ANTEPROYECTO. 1. *Su significado dentro del sistema.* 2. *Constitución y tipos de medidas preventivas voluntarias.* 2.1. Poderes preventivos. 2.2. Las directivas anticipadas. 2.3. La autotutela. 3. *Forma de las medidas anticipadas o voluntarias. Inscripción de estas medidas y una digresión sobre la conveniencia de la inscripción de todas las medidas de apoyo.* 4. *Contenido de las medidas anticipadas o voluntarias.* 5. *Ejercicio del apoyo previsto en la medida preventiva.* 6. *Continuación y/o extinción de las medidas preventivas.* BIBLIOGRAFÍA. DOCUMENTACIÓN.

---

I. REFERENCIA AL CONTEXTO EN EL QUE SE INSERTAN LAS MEDIDAS PREVENTIVAS O VOLUNTARIAS: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

El texto elaborado por la Comisión General de Codificación (en adelante CGC) trata de acabar con la situación de incoherencia entre el Código civil español y la Convención de derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante

CDPD), en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008<sup>1</sup>. Fruto de un largo proceso de reflexión, en el que el órgano técnico del Ministerio de Justicia contó con la colaboración de las instituciones y de los miembros de la sociedad civil más implicados en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad, el texto aprobado como Anteproyecto de Ley el pasado 21 de septiembre, trata de ser, al menos, un buen punto de partida para que, tras el oportuno debate social y parlamentario, España se incorpore de verdad a los países que, parafraseando a Dworkin, se han tomado en serio los derechos de la Convención.

No es baladí que las referencias a la citada Convención se encuentren ya en el Preámbulo del mencionado texto y que los que informan el documento convencional internacional sean también los principios generales que inspiran la modificación del texto codificado<sup>2</sup>.

Al igual que hace la CDPD, el Anteproyecto no define la discapacidad, si bien la mayor parte de los problemas que se trata de solventar en la parte relativa a esta materia afectan a las personas adultas<sup>3</sup> con dificultades para comprender y para adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias, en todas las facetas de la vida. Por tanto, engloba las discapacidades de orden intelectual, las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas<sup>4</sup>.

No obstante, el texto proyectado también contiene algunas disposiciones específicas para otro tipo de discapacidades; es el caso de las discapacidades sensoriales o físicas que implican necesidades concretas de apoyo para emitir determinadas declaraciones de voluntad, especialmente las formales<sup>5</sup>, o de otras discapacidades físicas cuando repercuten en cuestiones a las que ha de atender la normativa civil, como pudiera ocurrir con los mayores gastos o necesidades requeridas por la persona o en el seno de una familia<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> La Convención, y su Protocolo Facultativo, fueron ratificados por España el 23 de noviembre de 2007; depositados por España en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007; publicados, respectivamente en el BOE los días 21 y 22 de abril de 2008, entran en vigor simultáneamente el 3 de mayo de 2008.

<sup>2</sup> Así, el proyectado artículo 248 CC, del texto del Anteproyecto.

<sup>3</sup> Por lo tanto, no a los menores, quienes quedan protegidos en su condición de tales.

<sup>4</sup> En algún modelo comparado si se explicita el concepto de discapacidad del que se parte. Puede verse, a título de significativo ejemplo, el artículo 3 de la *Assisted Decision-Making Capacity Act* de la República de Irlanda, que con la rúbrica *person's capacity to be construed functionally* especifica muy detenidamente las circunstancias a tener en cuenta para valorar la capacidad de decisión de una persona. Puede consultarse el texto íntegro de la mencionada Ley en <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/enacted/en/html>

<sup>5</sup> Por ejemplo, los previstos artículos 706, 708 y 709 CC, en materia testamentaria.

<sup>6</sup> Así, los artículos 782, 808 o 1041 CC, según el texto del Anteproyecto.

El citado Anteproyecto de Ley trata de atender a la exigencia derivada de la Convención que impone a los Estados parte la obligación de asegurar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que precisen<sup>7</sup>. Asume también que cada persona con discapacidad necesita un tipo de apoyo específico, de suerte que la regulación del apoyo, en su especificidad, puede considerarse, precisamente, el objeto central de la nueva Ley.

Aunque no se haga la declaración expresa en tal sentido, el Anteproyecto parte del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas. En la terminología utilizada en el texto no se hace alusión en ningún momento a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; sencillamente se habla de capacidad, entendiendo que esta no puede ser objeto de limitación ni restricción de ninguna especie. En consecuencia, no es que ya no puedan utilizarse términos como los de incapacitado o proceso de incapacitación<sup>8</sup>, sino que resultaría igualmente incorrecto hablar de procesos de modificación de la capacidad de obrar de la persona o de capacidad modificada judicialmente, como ha hecho, sin ir más lejos, la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>9</sup>. El planteamiento es claro: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar<sup>10</sup>

Tampoco se excluye a ninguna persona adulta del nuevo sistema, aunque su capacidad cognitiva y de toma de decisiones sea prácticamente nula, pues hacerlo sería discriminatorio y por tanto contrario a la CDPC, si bien a diferencia de lo que sucede en el texto convencional, sobre todo interpretado a la luz de la Observación General nº 1 de 2014<sup>11</sup>, se reconoce que estos casos precisan también de una respuesta excepcional al exigir un apoyo especialmente intenso.

Antes de entrar en las concretas medidas de apoyo previstas en el Anteproyecto de Ley conviene hacer referencia a unos principios básicos de la misma, que como ya he señalado están también en la CDPD y que creo necesario destacar de modo especial:

El primero es el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, al hilo del cual también debemos preguntarnos por el papel que el texto elaborado por la CGC otorga al del mejor interés de la persona con discapacidad.

<sup>7</sup> Observación General nº 1 (2014) del Comité de Seguimiento de la Convención e Informe de la Relatora especial sobre derechos de las personas con discapacidad (2017).

<sup>8</sup> Que incluso su impulsor, en la versión procedente de 1983, Díez-PICAZO, (1999), 2011:985, consideraba que tenía algo de agresión a las personas y de cosificación e infantilización del individuo.

<sup>9</sup> Como ya tuve ocasión de señalar en GARCÍA RUBIO (2018):174.

<sup>10</sup> En sentido similar, PEREÑA VICENTE, 2016:7.

<sup>11</sup> Elaborada por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 11º período de sesiones, hecha entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014; editada el 19 mayo 2014.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley establece la prioridad absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, tanto en el establecimiento del apoyo que precise (por ejemplo, el artículo 251 CC), como en la determinación de su contenido y alcance (artículo 248 CC, último párrafo). Además, la voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen también como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa, como más adelante se verá.

En cambio, no se reconoce en ningún lugar del texto prelegislativo que los encargados del apoyo hayan de actuar en el mejor interés (o interés superior) de la persona con discapacidad. Al respecto, se debe destacar que la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido, en el que discrepan los intérpretes auténticos de la CDPD y los que manifiestan la opinión del Consejo de Europa y el TEDH<sup>12</sup>; también lo hacen las recientes legislaciones que han abordado la reforma de la discapacidad, pues mientras algunas lo incluyen<sup>13</sup>, otras prefieren no hacerlo<sup>14</sup>.

En este punto la opción del Anteproyecto de Ley se sitúa en la línea indicada por la ya citada Observación General nº 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés<sup>15</sup>. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés<sup>16</sup>, incluso aunque se equivoque,

<sup>12</sup> Cuestión esta que ya he tratado en GARCÍA RUBIO, (2018):164-165, trabajo al que ahora me remito.

<sup>13</sup> Es el caso de la *Mental Capacity Act* de 2005 de Inglaterra y Gales, cuyo artículo 4 se destina precisamente al *best interests*; no obstante, lejos de tratarse de un criterio objetivo, el contenido del precepto pone en evidencia que, en la concreción de ese mejor interés, tienen valor prioritario los deseos, sentimientos, creencias y valores de la persona con discapacidad. La complejidad del concepto y de los criterios para su determinación en esa Ley ya eran destacados por BARTLETT (2008): 53 ss. En fechas más recientes el *Select Committee on the Mental Capacity Act 2005* de la *House of Lords*, rubricado *Mental Capacity Act 2005: post-legislative scrutiny* (2013/2014), ha insistido en la mala comprensión de lo que significa el *best interests* de la persona con discapacidad, pues en la práctica no se tiene suficientemente en cuenta los deseos y preferencias de esta y se acude con demasiada frecuencia a criterios médicos o en función de los recursos disponibles.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la *Assisted Decision-Making (Capacity) Act* de 2015, de Irlanda, donde falta cualquier referencia al *best interests* de la persona con discapacidad, como señala ORDINAIRE (2017):98. También, en relación con el sistema suizo, MEIER (2016):24. afirma que la autonomía de la voluntad del interesado está por encima de cualquier interés superior del mismo de naturaleza objetiva.

<sup>15</sup> En cambio, las ideas de «función de protección» e «interés del protegido» se mantienen en la regulación del Libro II del CCCat (cf. artículo 221-1 y comentario de FLORENSA I TOMÁS, 2017:197 y 198).

<sup>16</sup> El Informe del Comité de derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas de 2017, en relación al artículo 12 CDPD (Observaciones 33 y 34) manifiesta la preocupación por los regímenes jurídicos que continúan privando o restringiendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en múltiples áreas de su vida, y alude entre otras razones al «hecho de que las personas con discapacidad

pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás<sup>17</sup>.

Con esta convicción, y en coherencia con lo propuesto en la parte elaborada por la Sección Civil, parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación<sup>18</sup>.

Los otros principios del Anteproyecto de Ley que merecen ser destacados ahora son los llamados de necesidad y proporcionalidad, de los que habla tanto la CDPD como las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre las personas con discapacidad. En atención a ello y como líneas maestras que aparecen en el frontispicio del nuevo Título XI del Libro I del Código civil español, se inserta expresamente en el texto de la Sección Civil de la CGC una norma según la cual las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las

siguen siendo privadas de su capacidad sobre la base del juicio de un tercero sobre lo que es su mejor interés»; en consecuencia, el Comité recomienda a los Estados partes que deroguen las leyes y las prácticas que priven de capacidad e introduzcan mecanismos de apoyo en la toma de decisiones; que aseguren que las personas con discapacidad tienen acceso a apoyos individualizados que respeten totalmente su voluntad, deseos y preferencias, que se otorguen sobre la base del consentimiento libre e informado de la persona concernida y, cuando sea aplicable, con el recurso a lo que sería la «mejor interpretación de sus deseos y preferencias», todo ello en la línea de lo ya expresado por el Comité en su Observación General de 2014. No parece que se pueda mantener, como hace la STS 18 de julio de 2018 (RJ 2018/2957) que el interés superior del incapaz sea rector de la actuación de los poderes públicos y mucho menos que esté enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York; la sentencia citada describe lo que estima ese interés superior, considerando que «no es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de 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 su cuidado».

<sup>17</sup> Por su elocuencia me permito reproducir una frase del juez Heldey J. en la sentencia británica de *Essex Chambers, NHS Trust vs. P and another (2013) EWHC 50 (COP)*, par. 10, interpretando un precepto de la *Mental Capacity Act* de 2005, que dice lo siguiente: *The intention of the Act is not to dress an incapacitous person in forensic cotton wool but to allow them as far as possible to make the same mistakes that all other human beings are at liberty to make and not infrequently do*. Resulta oportuno advertir de que la decisión a tomar en el caso por la mujer que sufría una enfermedad que afectaba a su capacidad para decidir era especialmente difícil, pues se trataba de continuar o de interrumpir su embarazo.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 749.1 LEC en relación con la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, donde no se hace ninguna distinción; también en el artículo 45.4 LJV.

personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro<sup>19</sup>.

De los mencionados principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también que han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad). En relación a lo primero, y tomando la expresión que resulta muy cara a la jurisprudencia más reciente, se parte de una concepción del apoyo como un «traje a medida», o mejor aún, como «tantos trajes a medida como sean necesarios», pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere.

Como no puede ser de otra manera, conviene indicar desde ya que el apoyo puede afectar tanto a la esfera personal de quien lo precise (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, relaciones afectivas, derechos de la personalidad, etc.), a la estrictamente patrimonial (contratos, disposiciones a causa de muerte, propiedad, etc.), o a ambas.

Respecto a las concretas medidas de apoyo, el Anteproyecto diferencia claramente dos tipos: por un lado, las anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo; por otro, las medidas reactivas o *ex post*, esto es, las que se establecen una vez constatada la necesidad de apoyo, porque nada ha previsto al respecto el interesado (denominadas en el Anteproyecto instituciones de apoyo)<sup>20</sup>. Por consiguiente, y puesto que se parte del respeto a la autodeterminación de la persona, las segundas son en todo caso subsidiarias de las primeras<sup>21</sup>, siendo esta una de las ideas básicas que merece la pena subrayar en el sistema diseñado por el texto prelegislativo. Esta idea ya queda patente en el umbral que supone el proyectado artículo 248 CC,

<sup>19</sup> *Cfr.* en un sentido en cierta medida similar, el artículo 222-38, párrafo 2, CCCat, que impone al tutor hacer todo lo que sea necesario para favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado; en el comentario de RUDA GONZÁLEZ, 2017:336, señala que es un nivel de exigencia objetivo, que en abstracto puede ser más alto que lo que el tutor pueda hacer.

<sup>20</sup> En el punto nº 12 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación CM/Rec. (2009)11 se dice que las medidas dirigidas a la incapacidad pueden clasificarse en dos grandes categorías: reactivas y anticipatorias. Las primeras se inician después de aparecida la incapacidad y generalmente requieren la intervención de una autoridad judicial u otra autoridad pública. Las anticipatorias son establecidas por la persona capaz, antes de la pérdida de la capacidad.

<sup>21</sup> Es lo que MEIER, 2016:12, llama *subsidiarity in principle*, y que opone a lo que denomina *subsidiarity in measure*, que aludiría a la necesidad de ajustar la protección a las específicas necesidades de cada individuo particular y no exceder de lo que este realmente requiere, si bien el apoyo ha de ser a la vez lo suficientemente intenso para garantizar la protección que la persona necesita.

precepto con el que precisamente se abre el nuevo Título XI del Libro I, y cuyo párrafo segundo dice expresamente «Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».

## II. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS O VOLUNTARIAS DEL ANTEPROYECTO

### 1. *Su significado dentro del sistema*

Como se acaba de indicar, la prevalencia de la voluntad del interesado implica el carácter prioritario de las medidas de apoyo que establezca la propia persona en previsión de su futura discapacidad; estas medidas son, en el caso del Anteproyecto de Ley que nos ocupa, la autotutela, los poderes preventivos y las medidas *ad hoc* contenidas en documentos de voluntades anticipadas, los cuales pueden estar referidos, por ejemplo, a materias relacionadas con la salud o con otras cuestiones de índole personal, como el domicilio, o únicamente a actos concretos de cualquier naturaleza.

Se trata de medidas en gran parte ya conocidas en el actual sistema<sup>22</sup>, pero que el nuevo texto pretende de una parte, potenciar, dejando muy claro que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley (esto es, la curatela, la guarda de hecho, y el defensor judicial) y de otro lado, disciplinar con mayor detalle, puesto que la doctrina ha sido unánime en considerar muy insuficiente la regulación existente hasta ahora<sup>23</sup>.

Es indudable que con este tipo de medidas se ahorran costes al sistema<sup>24</sup>, al evitar que se ponga en marcha el mecanismo institucional necesario para el nombramiento de un curador<sup>25</sup> pero, sobre todo, se protege al máximo la libre determinación de los ciudadanos adultos, lo cual, como vengo diciendo, es uno de los postulados básicos de la nueva comprensión de la discapacidad.

Con los poderes preventivos y otras directivas anticipadas reconocidos en el Anteproyecto de Ley, se cumplen además los dictados de la Recomendación CM/Rec

<sup>22</sup> Los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código civil por la Ley 41/2003; son interesantes las consideraciones hechas por la RDGRN de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016/6329), en su parte final, sobre el alcance de la modificación del artículo 1732 CC, por mor de la citada Ley al introducir los «poderes preventivos generales», así como del artículo 222-2.1 CCCat y sus concordantes.

<sup>23</sup> AMUNÁTEGUI (2008):63; PARRA LUCÁN (2014):209.

<sup>24</sup> Insiste especialmente el punto nº 51 del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11.

<sup>25</sup> Salvo que exista una guarda de hecho que funcione de manera adecuada.

(2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. Este documento europeo expresamente recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promueva la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección. Todo ello es perfectamente concorde con las exigencias de la CDPD y, en particular, con lo establecido en su importante artículo 12, precepto central de la misma y principal inspirador del texto de la reforma que aquí nos ocupa.

Este tipo de medidas responden a la lógica preocupación existente por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que anticipan enfermedades neurodegenerativas en un estadio más o menos incipiente, lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación a sus necesidades de apoyo en el futuro<sup>26</sup>, es decir, cuando sus condiciones cognitivas y volitivas hayan sufrido un mayor deterioro que el que la persona puede tener, si es que tiene alguno, en el momento de otorgar estas medidas. No obstante, su utilidad no se limita a este tipo de situaciones, por otra parte cada vez más frecuentes dada la mayor longevidad de la población y la mayor presencia de demencias y otro tipo de enfermedades mentales relacionadas con la vejez; es indudable que estas herramientas también pueden ser utilizados por personas con dificultades para tomar decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que poseen discernimiento suficiente para decidir quién desean que le ayude a la hora de adoptarlas o incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él. Pueden ser igualmente convenientes para personas jóvenes con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que por su profesión o actividad desean hacer previsiones en relación con posibles futuros accidentes o enfermedades<sup>27</sup>. No debe sorprender, por tanto, el incremento exponencial de este tipo de medidas en previsión de la futura discapacidad experimentado en los últimos años<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> El nº 15 del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, aconseja también que se haga testamento.

<sup>27</sup> *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, nº 15 *in fine* y nº 47.

<sup>28</sup> Según los datos publicados recientemente en *Escritura Pública*, julio –agosto, (2018):27, el número de poderes preventivos desde 2007 se ha multiplicado por 16 y en 2017 han crecido un 40% en relación con el año anterior: la tutela se ha duplicado desde 2007 (ha experimentado un incremento del 103%), y otro tanto cabe decir de los documentos de voluntades anticipadas otorgados ante notario.



## 2. Constitución y tipos de medidas preventivas voluntarias

### 2.1. Poderes preventivos

En el texto que se propone, el capítulo II del Título XI del Código civil se rubrica «De los poderes y mandatos preventivos». Los dos primeros preceptos de dicho capítulo (artículos 254 y 255 CC) contemplan, respectivamente, las dos modalidades de este tipo de negocios tradicionalmente presentes en la literatura jurídica y en los textos comparados: por un lado, el poder otorgado para que sea eficaz a partir de su otorgamiento, en el que además se incluye la previsión de que subsista si en el futuro el poderdante se ve necesitado de apoyo; y por otro, aquel que se otorga con la intención de que sea eficaz, precisamente, solo para este último caso<sup>29</sup>. Los poderes del primer tipo serán más frecuentes en los casos en los que la persona que los otorga piense, sobre todo, en atender a sus asuntos de índole patrimonial, los cuales ya ha puesto en manos de personas más especializadas, competentes o disponibles que él mismo, y en las que también confía para que se los solventen en el futuro, incluso, si así sucede, cuando sea una persona necesitada de apoyo para gestionar por sí solo ese tipo de asuntos. En el caso de los segundos será más frecuente que la previsión de entrada en vigor al tiempo de necesitar el apoyo pueda referirse tanto a cuestiones patrimoniales como a otras puramente personales, como son las decisiones relativas al domicilio, la salud, u otras propias de la vida cotidiana<sup>30</sup>.

Aunque el texto propuesto no lo recoja, parece sensato exigir que las cláusulas de mantenimiento o de puesta en marcha del poder en el caso previsto aparezcan de modo explícito<sup>31</sup>, pues en ellas se recoge la verdadera causa de este tipo de negocios que los identifica como tales y que justifica la nueva regulación.

En principio, los preceptos citados configuran estos instrumentos como actos unilaterales del poderdante, de modo que nos hallamos ante negocios cuya validez y eficacia depende exclusivamente de la voluntad del poderdante<sup>32</sup>. Como cualquier

<sup>29</sup> Es el llamado en la Recomendación CM/Rec (2009)11, *continuing power of attorney*, que se define en su Principio 2, como *a mandate given by a capable adult with the purpose that it shall remain in force, or enter into force, in the event of the granter's incapacity*.

<sup>30</sup> En el nº 60 del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, se contempla una tercera posibilidad: que el apoderado prevea que el poder preventivo entre en vigor en un fecha determinada o cuando él decida que desea que se ponga en marcha y así se lo comunique al apoderado; a mi juicio ningún inconveniente existe al integrar este tipo de situaciones en el precepto que contempla los poderes preventivos para el caso de que en el futuro se vea necesitado de apoyo, según el artículo 255 de la Propuesta.

<sup>31</sup> Sí lo hace el Principio 3 de la Recomendación CM/Rec (2009) 11.

<sup>32</sup> DíEZ-PICAZO, (1979-1992): 134.

genuino apoderamiento se trata de un negocio recepticio, de suerte que el poderdante ha de dirigirlo a la persona o personas elegidas para suministrarle los apoyos. Ahora bien, llegado el momento previsto en la cláusula que da sentido a este tipo de poderes, la colaboración de las personas designadas es imprescindible para que el apoyo querido por el autor del negocio pueda producirse efectivamente, lo que en mi opinión no significa que la voluntad de los designados sea, en todo caso, constitutiva del negocio de apoderamiento, ni que haya que ser interpretada siempre como una propia aceptación contractual<sup>33</sup>; baste señalar que el poder existe desde que el poderdante lo otorga con los requisitos pertinentes, aunque la actuación requerida se produzca tiempo después, una vez sobrevenida la necesidad de apoyo.

No obstante, el proyectado artículo 260 CC deja claro que también se permite que esta clase de disposiciones en previsión de futuras necesidades de apoyo se hagan a través de un genuino contrato de mandato, supuesto en el que será precisa la voluntad de ambas partes, mandante y mandatario, para su plena validez y eficacia. Conforme al citado artículo las disposiciones sobre poderes y mandatos preventivos se aplicarán igualmente al mandato sin poder, precepto que en principio puede suscitar alguna perplejidad, pero con el que se quiere atender a aquellas situaciones en las que la autorización que fundamenta la actuación en apoyo no se exterioriza ante terceros, si bien llegado el momento, el que ha actuado en interés del mandante puede justificar, ante cualquier reclamación de un familiar, de un sucesor o de un tercero, que su actuación está amparada por la voluntad de dicho mandante.

Por lo que atañe a los sujetos implicados, el texto del Anteproyecto de Ley es escasamente elocuente. En principio, el nuevo régimen jurídico de las personas con

<sup>33</sup> Con la escasa regulación de la figura que se desprende del artículo 1732 CC, en su versión actual, la doctrina ha discrepado en torno a su naturaleza; para AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2008): 219-220, la figura solo puede desempeñarse de manera adecuada si se configura como un mandato representativo directo, esto es que aúne el negocio unilateral del apoderamiento y el contrato de mandato, pues si se configura como acto puramente unilateral, el representante no quedaría claramente obligado a actuar al no existir aceptación; en cambio, para PARRA LUCÁN (2014):206-207, en estos supuestos no hay un contrato de mandato, lo que hay es un apoderamiento basado en la confianza. Haciendo alusión a los sistemas comparados, en el nº 84 del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11 se dice que en la mayor parte de los Estados el poder preventivo es unilateral en el momento del otorgamiento y se convierte en un contrato con la consiguiente aceptación del apoderado, mientras que en otros se trata de un contrato desde un primer momento; sin embargo, el mismo documento, cuando explica el contenido de la Recomendación en este punto concreto (nº 104 del *Memorandum*) dice que los poderes preventivos pueden tomar la forma de un acuerdo, pero también pueden ser actos unilaterales, caso este en el que se considera preferible que se informe al apoderado de que ha sido nombrado para que acepte su actual o prospectivo rol; más adelante añade que incluso cuando el poder preventivo es unilateral debería hacerse un requerimiento al apoderado para que acepte antes de comenzar a actuar, aceptación de la que se deriva un contrato.

discapacidad está pensado exclusivamente para los mayores de edad y los menores emancipados, por lo que esta parece una exigencia ineludible. No obstante, los menores de edad podrán realizar previsiones similares siguiendo las reglas que le son propias, entre las que he de destacar la capacidad reconocida al menor, por ejemplo, en los temas relativos a su salud, así como el valor que como principio y como derecho subjetivo ha de otorgarse en este caso al interés superior del propio menor.

Descartada la exigencia de plena capacidad o algo similar en el poderdante, que sería del todo incompatible con el propio sistema instaurado en el Anteproyecto, nada impide, sino más bien lo contrario, que en la línea de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad existan o se puedan proveer apoyos específicamente destinados a asistir a esta, precisamente, para el otorgamiento de poderes y voluntades de naturaleza preventiva<sup>34</sup>, situación que ya se contempla, aunque todavía sin adaptar a la nueva terminología y la nueva concepción de la discapacidad, en las instrucciones previas reguladas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El estricto acto de autonomía privada que implican este tipo de medidas anticipatorias o preventivas conlleva la necesidad de proteger la integridad de la voluntad de su autor, por lo que resultarán aplicables con todo su rigor las normas destinadas a sancionar los vicios de la voluntad que pudieran darse.

Ninguna exigencia se impone, en principio, a la persona o personas designadas para dar, en su caso, los apoyos requeridos, con una excepción: «cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante», hipótesis en la que el nuevo artículo 257 CC establece que «el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo quedará sujeto al régimen de la curatela». En consecuencia, el precepto obliga a tomar en consideración las causas de inhabilidad para ser curador previstas en el propuesto artículo 273 CC. No obstante, también en este caso, y como no puede ser de otra manera dada el absoluto imperio de la voluntad del poderdante en este tipo de negocios, el mencionado artículo 257 CC se configura como un precepto puramente dispositivo, de suerte que, según mi parecer, el disponente podrá establecer el régimen de ejercicio y control que considere oportuno.

<sup>34</sup> GARCÍA RUBIO, (2018):176.

Aunque tratándose de un negocio basado en la confianza, lo usual es que la persona o personas designadas en el documento preventivo sean familiares<sup>35</sup>, amigos o personas cercanas al otorgante del poder, es lo cierto que el único requisito necesario es que el apoderado sea el elegido por aquel, sea cual sea la relación personal o profesional que ligue a ambos sujetos.

Respecto a la determinación de cuándo se producirá, en su caso, la necesidad de apoyo que pondrá en marcha el mecanismo preventivo o que no impedirá que el establecido siga siendo eficaz, problema que se viene considerando central en este tipo de figuras, se sigue también el criterio del Comité de Expertos de las NU<sup>36</sup>. En atención a este, la concreción de la llegada de la situación de necesidad del apoyo no podrá dejarse a la decisión de un tercero, ni siquiera de una autoridad judicial o de otro tipo, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante, sin necesidad de homologación judicial, si bien para garantizar el cumplimiento de esas previsiones se podrá otorgar acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial<sup>37</sup>. Esa posibilidad se contempla en el precepto que se refiere al poder para el caso de una futura necesidad de apoyo, pues la constatación de esta es precisamente el elemento condicionante del funcionamiento efectivo del negocio; no obstante, si en el poder de efectos inmediatos con la previsión de que subsista en caso de necesidad de apoyo fuese necesario, por cualquier razón, constatar la concurrencia de la aludida necesidad, el criterio ha de ser el mismo: se ha de estar a las previsiones del poderdante y en ningún caso a la decisión de un tercero, por imparcial o autoridad que sea, salvando el caso de que la decisión de un tercero sea precisamente lo que el interesado ha querido.

## 2.2. Las directivas anticipadas

Aunque el texto del Anteproyecto no menciona expresamente las llamadas directivas anticipadas recogidas en la ya citada Recomendación CM/Rec (2009)11<sup>38</sup>, no cabe duda de que el amplio tenor del proyectado artículo 251 CC admite que se establezcan todo tipo de regulaciones preventivas de naturaleza voluntaria, pues en realidad esta norma

<sup>35</sup> El proyectado artículo 258.2 CC menciona el poder otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante.

<sup>36</sup> Repárese en que no todos los procedimientos previstos con este fin en los números 125 y ss. del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009)11 son compatibles, ni con los dictados del aludido Comité, ni con lo establecido en la Propuesta de la CGC.

<sup>37</sup> Se tratará de un acta en el que el notario reconocerá como cumplidas las condiciones establecidas por el poderdante para la entrada en funcionamiento del poder.

<sup>38</sup> Son las *Advance directives* que el Principio 2 de la citada Recomendación define como *instructions given or wishes made by a capable adult concerning issues that may arise in the event of his or her incapacity*.

trata de dibujar un marco general para cualquier tipo de provisión anticipada, con lo que en ella tendrán cabida no solo los poderes preventivos *stricto sensu*, sino también todo tipo de previsiones relacionadas con una eventual futura discapacidad del disponente .

En consecuencia, se puede incluir cualquier disposición relativa a futuros apoyos para las decisiones que afecten a la persona o bienes del disponente, cuando este los precise por su situación de discapacidad para actuar sin el citado apoyo; y ello tanto por lo que se refiere a la realización de actos concretos, como a situaciones de alcance más general. Entre las primeras cabe destacar las relacionadas con los cuidados de la salud que en nuestro Derecho tienen una regulación específica, que incluye una ley estatal y numerosas leyes autonómicas. En concreto, se trata de las medidas contenidas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, precepto que como es sabido regula las llamadas «instrucciones previas», entre las que se recogen aquellas por las que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud [...] 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»<sup>39</sup>.

Precisamente porque estas instrucciones previas en el ámbito sanitario, no son sino tipos específicos de directivas anticipadas, no puedo sino mostrar en este punto mi total desacuerdo con la STC 133/2017, de 16 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto diez años antes, contra determinados artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>40</sup>. Esta sentencia declara la inconstitucionalidad, por falta de competencia esta Comunidad Autónoma, de los preceptos gallegos impugnados; entre ellos está el referido a la autotutela, institución que el alto tribunal vincula, con razón, con los instrumentos de instrucciones previas previstos en numerosas leyes autonómicas. Lo que me parece absolutamente criticable es que en su argumentación el máximo intérprete de la Constitución trate de convencernos de que este tipo de documentos carecen de vinculación con la legislación civil, argumentando que supongan exclusivamente desarrollos competenciales en materia de sanidad<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Las leyes civiles autonómicas sobre la materia recogen, con distintas denominaciones, figuras análogas. Sobre los antecedentes, concordancias y comentario al citado artículo 11 de la Ley 41/2002, DOMÍNGUEZ LUELMO, (2007): 409 ss.

<sup>40</sup> Ley 2/2006 de 14 de junio.

<sup>41</sup> FJ. nº 7.

Con todo el respeto que me merece la institución, no puedo sino considerar se trata de una calificación equivocada. Sin duda, los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos, basados en la autonomía de la voluntad de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga el apellido sanitario u otro similar<sup>42</sup>, pues la sede donde se decida situar una determinada norma no puede de ninguna manera mudar su naturaleza.

Al respecto, me permito recordar que este tipo de previsiones voluntarias de naturaleza preventiva relativas a la salud, procedentes originariamente del ámbito anglosajón, han sido implantadas en los sistemas de derecho continental sin demasiados problemas. En algunos casos, como el español, la figura se introdujo en leyes, estatal y autonómicas, que regulaban distintas cuestiones relativas a los derechos de los pacientes en el ámbito sanitario<sup>43</sup>, pero de ningún modo cabe entender que tal ubicación implique una mutación de la naturaleza de la institución. Muy al contrario, nada impediría -más bien parece lo recomendable, visto lo visto- que en ambos casos las reglas permanecieran en el Código civil (o en la ley civil general respectiva), como por otra parte han hecho países de nuestro entorno como Suiza, donde las decisiones preventivas en materia sanitaria se incluyen en el texto codificado (en concreto, en los artículos 370 a 373 CC suizo); como también ha hecho el legislador catalán, que decidió dedicar todo el capítulo Segundo del Libro II (Persona y Familia) del Código civil de Cataluña a la autonomía de la persona en el ámbito de la salud y al documento de voluntades anticipadas<sup>44</sup>. Por todo ello, reitero que en todos los casos citados la institución jurídica es la misma, tiene idéntico fundamento (la dignidad y la libertad de decidir de la persona) e igual función (toma de decisiones en el ámbito de la salud cuando el interesado no pueda hacerlo). No se me ocurre una norma que pueda ser más nuclear entre las pertenecientes al Derecho de la persona, que es parte esencial del Derecho civil<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Ya planteaba la incongruencia de que se discutiera la competencia del legislador gallego para regular la autotutela y, sin embargo, no se pusiera en cuestión la regulación por ese mismo legislador de las voluntades anticipadas, ÁLVAREZ LATA, 2008:84.

<sup>43</sup> Los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código civil por la Ley 41/2003; un año antes se publicó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 11 disciplina esta figura en el ámbito de la salud de la persona que otorga dichos poderes.

<sup>44</sup> Artículo 212-3 CCCat: «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 tratamientos médicos, para el caso en que se encuentre en una situación en que no pueda 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 actos y tratamientos».

<sup>45</sup> Como también reconocen los votos particulares de la citada STC 2017/133. En este sentido concuerdo totalmente con el Magistrado XIOI RÍOS, cuando en su Voto Particular discrepante con la mayoría afirma

Volviendo a las directivas anticipadas previstas en el Anteproyecto de Ley que ocupa este monográfico, puede discutirse si en el planeado artículo 251 CC ha de entenderse o no incluida la previsión por la que la persona excluya expresamente que se le suministre cualquier tipo de apoyo en el futuro. En principio mi opinión al respecto es positiva, pues no creo que sea conforme con la CDPD la imposición de un apoyo que no se quiere.

El texto prelegislativo que comentamos no dice nada en particular acerca de las llamadas voluntades digitales en caso de una futura discapacidad como, por el contrario, sí ha hecho el legislador catalán a través de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña<sup>46</sup>; en cualquier caso, parece evidente que estos aspectos bien pueden ser objeto de una disposición preventiva como las mencionadas<sup>47</sup>.

### 2.3. La autocuratela

La autocuratela es objeto de atención más detenida en otro trabajo de este número monográfico. No obstante, en cuanto medida voluntaria preventiva, haré también en esta sede una somera referencia a las reglas que el Anteproyecto destina a esta figura.

(p. 6): «...debo dejar constancia de mi disconformidad con la argumentación dada por la opinión mayoritaria, que entiende que la figura de la autotutela debe encuadrarse competencialmente en materia de sanidad (artículo 149.1.16 CE (...)) Pues bien, con el máximo de los respetos hacia quienes sostienen este argumento, soy de la opinión de que la autotutela es indubitadamente una institución de naturaleza civil y, en consecuencia, rige para ella el artículo 149.1.8 CE y ha de incluirse en su ámbito natural que es el Derecho de la persona». También se pronuncia en sentido similar el otro magistrado discrepante, CONDE-PUMPIDO, quien destaca en su Voto Particular que «una regulación similar sobre la autotutela se incluye pacíficamente en el Código civil de Cataluña y, por tanto, se fundamenta sin discusión en la competencia legislativa autonómica en materia civil».

<sup>46</sup> El artículo 1 de la citada ley añade un párrafo 4 al artículo 222-2 CCCat, de conformidad con el cual «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 actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas». Los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley mencionada 10/2017, de 27 de junio, están pendientes de la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, que fue admitido a trámite y con suspensión de los efectos de la vigencia de los preceptos recurridos (17 de octubre de 2017, BOE 26 de octubre); por Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018 se mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad.

<sup>47</sup> Tampoco se recogen en el Anteproyecto de Ley elaborado en la CGC otras posibles figuras que tienen cabida en el sistema, como contratos de alimentos, renta vitalicia, destinados al acogimiento de personas mayores, o similares, sobre los que puede verse, en el régimen vigente, PÉREZ MONGE, 2013:738 ss; tampoco se entra a considerar ni a reformar otras figuras de índole estrictamente patrimonial, como la hipoteca inversa o el seguro de dependencia, que incluye como mecanismos de protección de la persona con discapacidad en la esfera patrimonial, GARCÍA GARNICA, 2013:247.

En su sentido más genuino se trata de la medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza o ejerzan las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; se trata, en definitiva, de autodeterminar el apoyo tomando como referencia el marco institucional<sup>48</sup>. En estos términos se describe en el artículo 269 CC, según el texto proyectado, donde también se prevé la posibilidad de que el autor de la medida preventiva haga precisamente lo contrario, es decir, excluir a determinada o determinadas personas de la posibilidad de que, cuando lo precise para el ejercicio de su capacidad, puedan llegar a ser sus curadores<sup>49</sup>.

En todo caso se trata de establecer una curatela, lo que en el texto proyectado implica que ha de intervenir para hacerlo la autoridad judicial; no obstante, según lo previsto en el artículo 270 CC, en tanto no se inicie el procedimiento de provisión de apoyos, la designación voluntaria del curador por el interesado vincula a la autoridad judicial, que también en este supuesto será quien en verdad constituya la curatela, en tanto que medida de apoyo institucional, pero sin prácticamente margen para decidir si el designado es o no el más adecuado para desempeñar el cargo. En cambio, una vez iniciado el procedimiento de provisión de apoyos, las preferencias por una u otra persona manifestadas por el interesado, incluso de forma documental, no vincularán a la autoridad judicial a quien le incumba la designación, si bien sí habrá de tenerlas en cuenta, para atender una vez más al mantra de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> En la legislación vigente, sobre la autotutela introducida por la Ley 41/2003, TORRES GARCÍA, (2013): 75-76; también TORRES GARCÍA (2015):396.

<sup>49</sup> El proyectado artículo 271 CC dispone que, si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

<sup>50</sup> Cuestión que, en el sistema actualmente vigente, plantean entre otras la STS 16 de mayo de 2017 (RJ/2017/2207); STS 11 de octubre de 2017 (RJ 2017/4290); STS 8 de noviembre 2017 (RJ 2017/4760), todas ellas explicadas en GARCÍA RUBIO (2018):162-169. Con posterioridad la STS 18 de julio de 2018, (RJ 2018/2957); esta última recoge una afirmación que no resultaría compatible con el sistema que pretende instaurar el Anteproyecto de Ley; para la señalada sentencia, en relación con la necesidad de motivación para que el juez pueda apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, «el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad»; ya he explicado que tal visión paternalista es incompatible con un modelo en el que la primacía corresponde a la voluntad de la persona con discapacidad, y donde no juega papel alguno su mejor interés.



La posibilidad de que las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para el nombramiento del curador por el interesado hayan variado de forma esencial, o se descubran razones que el autor de la designación no pudo conocer y que, con probabilidad, de haberlas conocido, hubieran alterado su decisión, justifica que excepcionalmente la autoridad judicial pueda prescindir total o parcialmente de las disposiciones sobre la persona que haya de ser nombrada curador o sobre el ejercicio de la curatela establecidas en su día por el necesitado de apoyo. En tal caso, la decisión podrá tomarse de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, siempre mediante resolución motivada, y únicamente si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (artículo 270.2 CC).

El texto propuesto admite la delegación de la designación del curador en una tercera persona, si bien esta no será libre para designar a cualquiera, sino que únicamente podrá hacerlo entre las personas previamente seleccionadas y nominadas en escritura pública por la persona que a la postre va a requerir el apoyo (artículo 272 CC). Este tipo de delegación supone en realidad el nombramiento de esa tercera persona como apoyo de índole sustitutiva para la realización de un acto concreto: la propuesta de curador. Estimo que, al tratarse de un nombramiento voluntario, ningún reparo ha de hacerse a la aludida sustitución.

### *3. Forma de las medidas anticipadas o voluntarias. Inscripción de estas medidas y una digresión sobre la conveniencia de la inscripción de todas las medidas de apoyo*

Tomando una decisión que es dispar en los distintos ordenamientos vecinos<sup>51</sup>, el Anteproyecto de Ley establece que todas las disposiciones voluntarias de naturaleza preventiva habrán de hacerse en escritura pública y se comunicarán de oficio al Registro Civil<sup>52</sup>, lógicamente para su posterior inscripción en aquellas.

En este punto me pregunto si la exigencia general de escritura pública no debería ser repensada, pues aunque es cierto que de ella derivan todas las ventajas inherentes a la

<sup>51</sup> Sobre los requisitos formales y de publicidad de los mandatos preventivos en Alemania y Suiza, menos exigentes en el primer caso que en el segundo, BOENTE, 2015: 215 ss. Aun así en el CC suizo se permiten los poderes preventivos ológrafos, junto con los notarialmente autorizados, artículo 361 CCsuizo; vid. al respecto MEIER (2016):5.

<sup>52</sup> Principio 8 de la Recomendación CM/Rec (2009)11, que en relación con los poderes preventivos señala que los Estados deben considerar la introducción de sistemas de certificación, registro y/o notificación en el momento de su otorgamiento, su revocación, su entrada en vigor o su término.

intervención notarial<sup>53</sup>, no deja de suponer una fuerte limitación al modo de expresar la genuina voluntad de una persona para definir sus eventuales apoyos futuros, limitación que puede estar injustificada, sobre todo en los casos de los apoyos más débiles. Al respecto conviene recordar que el Principio 5 de la Recomendación CM/Rec (2009)11 solo pide la forma escrita para el *continuing power of attorney*, y que ni siquiera se exige el escrito en otro tipo de medidas anticipatorias, aunque se reconoce que en el caso de las *advance directives* los Estados pueden decidir la exigencia de la forma escrita para darles eficacia jurídica (Principio 16).

Además, si pensamos en la situación actual en nuestro ordenamiento, cabe recordar que, por lo que atañe a las medidas previstas en el ámbito de la salud, ni la aludida Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ni en las paralelas autonómicas que inciden en la misma cuestión, imponen para su establecimiento la escritura pública<sup>54</sup>. Pues bien, si el proyectado artículo 251 CC pretende, como creo, ser el paraguas que cubra todo tipo de previsiones anticipadas a la propia discapacidad para la toma de decisiones, dicho precepto debería, o bien eliminar el requisito de escritura pública, o bien hacer referencia, como excepción, a los casos en los que las leyes especiales no la exijan.

Por otro lado, la flexibilización de la forma posibilitaría que en el precepto quedaran incluidas otro tipo de previsiones más abiertas, como podrían ser simplemente el otorgamiento de instrucciones, ruegos, o meros deseos del interesado para el caso de que pudiera necesitar algún apoyo en el futuro, a las que no se les puede negar virtualidad en un sistema basado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En cualquier caso, la complejidad de algunas de estas previsiones y, sobre todo, su trascendencia para la persona, hacen aconsejable que, de ser posible, se utilice asesoramiento técnico para su elaboración, al menos cuando se trate de prever el apoyo en cuestiones patrimoniales especialmente complejas, o delicadas entre las que atañen a las de índole personal.

<sup>53</sup> CASTRO-GIRONA, 2015:181, señala entre esas ventajas las derivadas del juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad y la fe pública derivada de la fe pública que ostenta el notario, todo lo cual contribuye a conseguir unas cotas importantes de seguridad jurídica.

<sup>54</sup> Sobre los requisitos para la formalización del documento de voluntades anticipadas del artículo 11 de la Ley 41/2002, DOMÍNGUEZ LUELMO, (2007): 426 ss., quien entiende que la exigencia de forma escrita sin otros añadidos, parece más en consonancia con el principio de respeto a la autonomía de la voluntad.

La inscripción de este tipo de documentos en el Registro civil, anticipada en general para todas las medidas de apoyo en el proyectado artículo 299 CC<sup>55</sup>, y establecida en el previsto n.º 10 del nuevo artículo 4 LRC<sup>56</sup> y, más concretamente, en el que habrá de ser artículo 77 LRC<sup>57</sup>, otorga la pertinente publicidad de la medida, que podrá ser así conocida tanto por los terceros, como por las autoridades administrativas o judiciales competentes en la materia de personas con discapacidad, quienes estarán así debidamente informadas sobre la existencia o no de algún tipo de apoyo de este tipo. En este sentido, la Exposición de Motivos recuerda que el Registro Civil se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá a esta conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia.

No obstante, si se me permite la digresión, en este punto tengo que hacer referencia al caso suizo, pues sin duda obliga a reflexionar sobre la idoneidad o no de la inscripción de las medidas de apoyo en los registros públicos. En un documento explicativo antecedente de la reforma del Código civil suizo en esta materia<sup>58</sup> se afirma abiertamente que la publicación de las tutelas y curatelas en los registros oficiales del domicilio y del lugar de origen de la persona protegida, que a la sazón eran impuestas por el Código en su versión anterior, eran vistas como algo especialmente estigmatizante. Además, se cuestionaba que dicha publicación resultara a día de hoy idónea para cumplir su fundamental objetivo, que no era otro que el de poner en conocimiento de las potenciales partes contratantes del interesado la situación en la que este se encontraba. Se discutía además la proporcionalidad de la medida, toda vez que dicha publicación constituirá un auténtico atentado tanto a la libertad personal consagrada en el texto Constitucional, como al respeto a la vida privada sancionado en

<sup>55</sup> Además, el artículo 300 proyectado, prevé también la inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales (luego no de las medidas preventivas) que afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles; también prevé la anotación de la correspondiente demanda.

<sup>56</sup> «10º 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».

<sup>57</sup> Artículo 77. Inscripción de medidas de apoyo voluntarias. «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, la propuesta de nombramiento de curador y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil».

<sup>58</sup> Se trata del *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, publicado el 28 de junio de 2006, cuyo punto 1.3.7 se rubrica, precisamente *Abandon de la publication de la limitation ou du retrait de la capacité d'exercer les droits civils*. La reforma fue aprobada por Ley de 19 de diciembre de 2008, que entró en vigor el 1 de enero de 2013.

el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos. Por todas estas razones la publicación en los registros públicos de las medidas de protección del adulto, que no todos los ordenamientos aceptan, dejan de ser recogidas en el nuevo texto del Código civil suizo con la excepción de la curatela de alcance general y el mandato preventivo de las personas con una incapacidad de discernimiento duradera (artículo 449c)<sup>59</sup>, a pesar de reconocer que la decisión final en tal sentido no estuvo exenta de críticas. Es también reseñable que, para paliar los eventuales efectos perniciosos que esta solución pudiera tener para el tráfico jurídico, se prevén soluciones específicas, como que el tercero interesado pueda exigir de la autoridad de protección del adulto que le indique si una persona está o no sujeta a una determinada medida de protección (artículo 451.2), o como que las personas encargadas de la ejecución de las medidas de protección del adulto informen a los terceros de la existencia de una curatela cuando la ejecución de las tareas que le son confiadas lo exijan (artículo 413.3); además, el artículo 452.2, prevé que si una curatela entraña una limitación en el ejercicio de los derechos civiles, la medida no pueda ser oponible a los terceros de buena fe, excepcionando la regla general en sentido contrario que establece el párrafo primero del mismo artículo.

En fin, la decisión de expulsar prácticamente de los registros públicos a la mayor parte de las medidas de protección del adulto con discapacidad que ha hecho el legislador suizo supone, sin lugar a dudas, una apuesta arriesgada. Aún así, las razones apuntadas, así como otras derivadas del progresivo incremento de la tutela de la intimidad de la persona y de la protección de sus datos personales, nos obligan, al menos, a cuestionar la idoneidad de la solución contraria acogida en nuestro Anteproyecto que opta, como se ha dicho, por la inscripción en el Registro Civil de todo tipo de medidas (artículo 299 CC), a la que se añade la inscripción en el Registro de la propiedad de las resoluciones judiciales (o anotación de las correspondientes demandas) que puedan afectar a la administración y disposición de bienes inmuebles (artículo 300 CC)<sup>60</sup>. Piénsese en los apoyos menos intensos, que no afectan a la capacidad para contratar con terceros y cuya publicidad registral ni siquiera tiene razón de ser en la tutela de estos. En todo caso y

<sup>59</sup> El artículo 361.3 CC suizo permite que el mandante pueda solicitar al registro civil central (electrónico) la inscripción de la constitución y el lugar de depósito del mandato, pero no su contenido, como señala MEIER, (2016):5; además el precepto establece que el Consejo federal publicará las disposiciones necesarias, en especial las de acceso a los datos. También en Derecho alemán existe la posibilidad de inscripción del apoderamiento preventivo en el registro central de mandatos preventivos de protección e instrucciones anticipadas, al que los tribunales pueden acceder en cualquier momento, como nos recuerda BOENTE, (2015):219, y p. 220 sobre la inscripción de los mandatos preventivos en Derecho suizo.

<sup>60</sup> TORRES GARCÍA, (2015):386, pone en evidencia cómo, ya en su día, la inclusión en la LH de 8 de febrero de 1861 de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales en las que se declare la incapacitación de la persona fue objeto de controversia, lo que tuvo su reflejo en la Exposición de Motivos de la citada Ley.

para evitar cualquier tipo de estigma o discriminación, y sobre todo, para evitar cualquier colisión con el artículo 22 de la CDPD, relativo al respecto de la privacidad de las personas con discapacidad, la normativa registral deberá ser muy escrupulosa a la hora de concretar las personas legitimadas para conocer que existe respecto de otra una medida de apoyo, lo que obliga a considerar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad registradas como datos especialmente protegidos (artículos 83 y 84 LRC). No albergo duda alguna sobre que ante una eventual tensión entre un régimen jurídico dominado por el respeto a la persona y sus derechos fundamentales y otro que pone el acento en la seguridad jurídica y en la protección del tráfico<sup>61</sup>, la balanza siempre se ha de incluir por el primero.

En todo caso, la inscripción de las medidas de apoyo en el Registro Civil no puede tener naturaleza constitutiva y, en consecuencia, cuando sean las voluntarias que aquí nos ocupan, el poder preventivo o la medida anticipada de que se trate podrá entrar en funcionamiento, aunque todavía no haya sido objeto de publicidad registral.

#### *4. Contenido de las medidas anticipadas o voluntarias*

Es precisamente en el punto relativo a su contenido donde esta clase de documentos y, singularmente, los poderes preventivos, muestran el potencial de la voluntad de la persona para diseñar, hasta el detalle más nimio, el modelo de apoyo que le será dispensado en el futuro cuando, de acuerdo con los criterios que ella misma establezca, ya no pueda tomar decisiones por sí sola. Tal es la soberanía de la voluntad en este tipo de negocios que bien puede decirse que ni siquiera el testamento la supera, pues son bien conocidos los límites imperativos que, al menos en el ámbito del Código civil, constriñen la citada soberanía en el acto de última voluntad, límites que aquí resultan inexistentes.

En este sentido, no es solo que el autor de estas disposiciones sea libre para designar a la personas o personas que han de prestarle el apoyo cuando lo precise, sino que, a mayores, el autor del negocio preventivo puede decidir en qué circunstancias va a operar el mentado apoyo y para qué tipo de decisiones, las cuales pueden ser de cualquier clase, tanto relativas a cuestiones patrimoniales de más o menos calado, como otras de índole personal, tales como las que atañen al domicilio, la salud o la vida cotidiana, por ejemplo. Lo deseable es que el ámbito de actuación se establezca de modo claro y preciso, a fin de evitar dudas interpretativas futuras; tratándose de poderes preventivos la intervención notarial *ex ante* puede ser de impagable ayuda en este punto. En el caso de

<sup>61</sup> Dualidad de la que también se hace eco TORRES GARCÍA, (2015):407.

que se designen varias personas, lo deseable es que se establezca también de modo preciso su modo de actuación, que puede ser conjunto, solidario, subsidiario unos de otros, o separado en función del tipo de decisión que haya de ser tomada.

Nada impide que el designado por el autor del negocio preventivo sea una o varias personas jurídicas, y dentro de estas que tengan o no ánimo de lucro. Las limitaciones que al respecto se establecen para ser nombrado curador en el proyectado artículo 273 CC no pueden imponerse a la voluntad contraria del interesado.

Ya he dicho que los poderes preventivos y las directivas anticipadas pueden referirse tanto a materias de índole patrimonial, como de naturaleza personal, con tal de que para realizarlas se produzca, llegado el momento, la necesidad de apoyo. Tradicionalmente el Derecho civil se ha preocupado más del primer tipo de asuntos, en los que ha sido más usual el negocio representativo. El autor de la previsión puede pensar que en el futuro llegará a necesitar de apoyo para la toma de decisiones relativas a compras o ventas de cierta entidad, o para el establecimiento de hipotecas u otro tipo de garantías, o para realizar determinadas operaciones bancarias o financieras, o para invertir su dinero, o para hacer donaciones u otros actos gratuitos, o para pagar los servicios de las personas o entidades que proveen a su cuidado diario. En todas estas situaciones se ha de concebir el negocio como de provisión de apoyos, lo que conlleva que no siempre estaremos ante un genuino poder de representación directa, en el sentido de que necesariamente se autoriza al apoderado para actuar en nombre e interés del poderdante; al contrario, si la autorización lo es para que lo apoye en la medida en que lo necesite, en buena parte de los casos ello puede significar que la decisión en cuestión la sigue tomando el autor del poder preventivo, eso sí, asistido por el designado para apoyarle. No obstante, también podrá preverse que la actuación de este último sea genuinamente representativa, en el sentido de que el apoderado actuará en sustitución del poderdante cuando este ya no pueda hacerlo por sí, cuando esa sea, en efecto, la voluntad del poderdante. En todo caso es importante que se defina claramente el contenido de las facultades otorgadas al apoderado, exigencia que además deriva del vigente artículo 1713 CC<sup>62</sup>.

La progresiva mayor preocupación por las cuestiones de índole personal como objeto también de la tutela privada, conllevan la posibilidad de que estos negocios preventivos se refieran a este tipo de cuestiones, bien en exclusiva, bien conjuntamente con las de índole patrimonial. Es más, probablemente la preocupación más intensa de la mayor parte de las personas cuando piensan en su futura discapacidad para tomar decisiones, se halle en cuestiones tales como dónde quiere seguir viviendo y con quién, o si quiere

<sup>62</sup> Sobre el significado que en este precepto tiene la exigencia de «mandato expreso», cf. la ya citada RDGRN de 25 de octubre de 2016, donde se incluye abundante jurisprudencia.

o no estar internado en un centro de atención especializada en la discapacidad o prefiere seguir con su entorno ordinario de vida, o quién quiere que tome las decisiones en torno a su salud que él ya no va a poder tomar por sí solo, o incluso quién desea que controle su correspondencia o sus cuentas virtuales, por ejemplo. Materias especialmente delicadas y para las que no siempre se requerirán genuinos poderes de representación, pues no siempre implican relaciones jurídicas con terceros.

En principio, nada obstaculiza que la persona que lo desee otorgue un poder preventivo de índole general, que abarque todas las materias tanto patrimoniales como personales, posibilidad que incluso recoge el proyectado y ya citado artículo 257 CC; pero de nuevo llamo la atención sobre la conveniencia de explicitar en la medida de lo posible el ámbito de actuación al que dará cobertura. No obstante, ese tipo de poderes generales pueden ser fuente de numerosos problemas, por lo que resulta muy conveniente que en la fase de preparación de estos negocios preventivos el autor introduzca los límites, preferencias y controles destinados a evitar *ex ante* posibles abusos; en este punto, la labor de asesoramiento de abogados y notarios en su condición de expertos que pueden apoyar al interesado, puede ser de inestimable ayuda.

El poderdante puede también, si así lo desea, establecer el régimen de control al que ha de quedar sometido el apoderado, como expresamente se reconoce en el párrafo segundo del previsto artículo 256 CC. En este asunto concreto, el proyectado artículo 257 CC establece que cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela; no obstante, el mismo precepto se cuida de establecer que se trata de una norma meramente dispositiva, al añadir *salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*, por lo que también ante estas hipótesis el autor del poder es libre de diseñar otro tipo de controles, o incluso de no poner ninguno en absoluto. Por consiguiente, considero indubitado que el autor del poder preventivo puede excluir en el negocio de apoderamiento el preceptivo control judicial *ex ante* que para determinados actos representativos se le exige al curado en el artículo 285 CC en la redacción del Anteproyecto.

El negocio preventivo puede además imponer deberes al apoderado, como pueden ser, señaladamente, los relacionados con la confidencialidad en el ejercicio de sus funciones, u otros más específicos, como, por ejemplo, que concierte una venta o una donación de un determinado bien, o que precisamente respecto de ese bien no lo haga en ningún caso. En este punto entiendo que el autor del poder también puede excluir del ámbito del apoyo los asuntos o actos que desee, además de todos los que, por su carácter personalísimo, están excluidos *ex lege* de la actuación representativa cuando el apoyo

requerido implique, precisamente, representación. Tal puede ser el caso de la celebración del matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo o el otorgamiento de un testamento, por señalar solo alguno de los más importantes. Con ello no quiero decir que este tipo de asuntos le estén vedados a las personas que lleguen a necesitar apoyo a causa de su discapacidad; todo lo contrario, la regla es justamente la opuesta, esto es, que todas las personas, por el hecho de serlo, puedan realizar este tipo de actos, solos o con el apoyo que precisen, si este es necesario<sup>63</sup>; lo que afirmo es que este apoyo no puede ser nunca de índole representativa, pues en ellos la voluntad del interesado no puede ser nunca sustituida por la de un tercero.

También cabe que el poderdante atribuya derechos al apoderado, como los que puedan referirse al reembolso de los gastos que le pudiera acarrear el ejercicio del apoyo o a su retribución por ejercerlo, en la forma que esta sea.

Lo mismo sucederá en el caso de la autotutela, donde el propuesto artículo 248 CC, en su párrafo segundo, prevé que (cualquier persona mayor de edad o emancipada) «Podrá [...] establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del tutor, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo», con lo que el régimen legal previsto para el tutor será siempre meramente dispositivo de la voluntad del interesado, de la que puede derivar un régimen paralelo, o incluso directamente opuesto al establecido por el legislador, por ejemplo, excluyendo en todo caso la necesidad de autorización judicial para que el apoderado realice los actos previstos en el proyectado artículo 285 CC .

##### *5. Ejercicio del apoyo previsto en la medida preventiva*

La directriz en el punto relativo al modo de ejercitar el apoyo por parte de la persona designada por el autor de la medida anticipatoria, es el de respetar escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias de quien lo designó. En este sentido es de subrayar que el imperio de la voluntad del poderdante no se estanca en el momento del otorgamiento del poder, sino que al igual que sucede en el resto de medidas, fácticas o jurídicas, es crucial en el ejercicio efectivo del apoyo. Así se deriva de lo previsto en el último párrafo del proyectado artículo 248 CC, cuando para todo tipo de medidas, voluntarias o no, se dice que «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad,

<sup>63</sup> Como bien han recogido, respectivamente referidos al derecho a contraer matrimonio y a otorgar testamento, las dos SSTs 15 de marzo de 2015 (RJ 2018/1478 y 2018/1090); GARCÍA RUBIO, (2018): 170-171.



deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

A mi juicio la transcrita es una norma esencial del nuevo sistema, donde el *leit-motiv* de la actuación del apoderado, del guardador de hecho, del curador o del defensor judicial deja de ser, como ya se ha dicho, el mejor interés de la persona con discapacidad, para centrarse únicamente en la voluntad, deseos y preferencias de esta. En el caso de las medidas preventivas esa voluntad, deseos o preferencias pueden estar expresadas en el documento prospectivo, lo que no impide que también hayan de ser respetadas cuando no se manifiesten hasta un tiempo posterior, o incluso hayan de resultar de la interpretación reconstructiva del titular del apoyo. En este sentido, para los poderes preventivos más intensos también me parece de utilidad lo previsto en relación con el curador en el proyectado artículo 280 CC, según el cual «El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración». De nuevo hay que advertir que esta actividad reconstructiva se impone por encima de lo que se considere el mejor interés de la persona con discapacidad.

Una cuestión también tratada en el Anteproyecto es la relativa a las facultades de delegación por parte del encargado de prestar apoyo en este tipo de negocios preventivos<sup>64</sup>. En concreto, el artículo 259 CC, según el texto propuesto, establece 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. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables». Como es lógico, el respeto a la voluntad de la persona que ha devenido necesitada de apoyo conlleva que la regla general sea la actuación personal del designado, de suerte que no cabe que este delegue sus funciones de modo genérico. No obstante, en el ámbito patrimonial sí se permite una delegación *ad hoc* o para actuaciones concretas, lo que puede ser incluso conveniente cuando la actuación en cuestión requiera especiales conocimientos o habilidades, de modo que resulte preferible que la haga un profesional de la materia. En cambio, tratándose de apoyo en

<sup>64</sup> Cuestión de la que no se ocupa la Recomendación CM/Rec (2009)11.

asuntos de índole personal (pues creo que todas ellas afectan a la protección de la persona), no cabría ningún tipo de delegación.

Nada prevé expresamente el Anteproyecto de Ley sobre los posibles conflictos de interés entre el autor de la medida preventiva y el designado para suministrar el apoyo. Entiendo que en el caso de los poderes preventivos en los que exista representación o mandato, se aplicarán las normas generales destinadas a prevenir este tipo de conflictos, como las existentes en materia de autocontratación. Cuando el conflicto sea de otra naturaleza y siempre a falta de disposición *ad hoc* por parte del poderdante, cabe incluso el nombramiento de un defensor judicial en los términos del proyectado artículo 293.3 CC.

#### 6. Continuación y/o extinción de las medidas preventivas

Uno de los temas más importante en este tipo de medidas voluntarias es la concreción de los casos en los que, sobrevenida la necesidad de apoyo de la persona que las estableció y pudiendo haber cambiado las circunstancias que esta tuvo en consideración en el momento de diseñarlas, dichas medidas han de continuar en vigor o cuándo, por el contrario, deben de tenerse por extinguidas. A esta cuestión se dedican varios preceptos del Anteproyecto de Ley.

El primer párrafo del proyectado artículo 256 CC regula expresamente uno de los supuestos tradicionalmente considerados como más conflictivos, que es aquel en el que la medida *ex ante* tomada por la persona que a la postre está necesitada de apoyo, no resulta suficiente para atender a todas sus necesidades, caso en el que el citado texto establece que «Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado». Barrunto que, aunque se trate de un precepto situado entre los específicamente referidos a los poderes preventivos *stricto sensu*, se trata de una disposición en general aplicable también a las directivas anticipadas, por hipótesis, menos intensas en la previsión del apoyo y, por tanto, todavía más susceptibles de coincidir con otro tipo de medidas.

En definitiva, en armonía con la supremacía de la voluntad y con el principio de subsidiariedad de las medidas no voluntarias, la regla que se establece es la de la convivencia de medidas voluntarias y legales o judiciales, de suerte que ya no se puede mantener que el nombramiento judicial de un curador tras un procedimiento de provisión de apoyos extinga los poderes otorgados con anterioridad. El régimen ha de ser, por consiguiente, de coexistencia de las medidas, lo que obligará en algunos casos a

la delimitación clara de las funciones de unos y otros suministradores de apoyos, a fin de evitar el continuo conflicto entre ambas; en caso de que ocurran, mi opinión, sustentada en los principios generales del sistema, es que en la interpretación del alcance de unas u otras medidas a fin de solventar el conflicto las medidas voluntarias han de prevalecer sobre las no voluntarias.

Claro que puede haber situaciones en las que la mentada convivencia entre medidas resulte del todo punto imposible. El Anteproyecto de Ley que venimos comentando prevé una de estas situaciones, si bien no lo hace en la sede de las medidas preventivas, sino en las normas que aluden a la extinción del mandato. En concreto, el nuevo artículo 1732.2.º CC, según lo establecido en el Anteproyecto comentado, dispone que «El mandato se acaba: [...] 2.º Por renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que impliquen representación plena. [...]». Esto es, en principio en los supuestos en los que la medida preventiva se haya constituido a través de un contrato de mandato, el nombramiento del curador de mayor intensidad posible, el que implica representación plena, elimina la posibilidad de actuación de cualquier otro apoyo, pues por hipótesis dicho curador ha sido nombrado para atender a todos los asuntos de la persona necesitada de apoyo. Con todo, podría plantearse si el precepto que se acaba de reproducir no chirría en el conjunto del sistema, al contradecir el ya mencionado principio de subsidiariedad. Aunque así sea ha de reconocerse que su alcance no puede ser muy amplio por varias razones; la primera porque en el nuevo sistema el curador con representación plena es una figura absolutamente excepcional, pensada solo para los casos más extremos, como un coma permanente, por ejemplo; segundo, porque incluso en estos casos límite, es muy difícil que un juez conecedor de la existencia de una medida voluntaria establecida por una persona que a la postre quedó en coma *sine die*, nombre un curador *tout court*, y lo haga prescindiendo de la voluntad del interesado, y tercero, porque no es nada difícil suponer que dentro de esos casos límite la persona encargada del apoyo en virtud del negocio preventivo sea además quien a la postre sea nombrado curador integral. En todo caso, sí conviene advertir que, a pesar de la ubicación, la norma debe ser la misma para todas las medidas preventivas, estén o no insertas en un contrato de mandato.

La segunda regla del Anteproyecto que atañe a la subsistencia o no de las medidas voluntarias vuelve a situarse en sede de poderes preventivos, pero de nuevo parece una norma de alcance general para todas las medidas voluntarias o anticipatorias. La distancia temporal que normalmente existirá entre el otorgamiento de estas medidas y la necesidad de acudir a ellas, conlleva que las vicisitudes inevitables de la vida impliquen que las circunstancias tomadas en consideración por el autor de las medidas a la hora de nombrar a la persona que desee que se le preste apoyo puedan no ser ya las existentes

cuando este apoyo se precisa. Una de las circunstancias más relevantes que el interesado pudo tomar en su momento en consideración es la relación afectiva que le unía con el futuro suministrador de apoyo; cuando esa relación era la derivada del matrimonio o de la convivencia de hecho, es fácil considerar que la confianza intrínseca que subyace en este tipo de medidas pueda quebrar si, con posterioridad al otorgamiento, se produce la quiebra de la pareja. Ese es precisamente el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 258 CC, según la redacción del Anteproyecto. A tenor de este precepto «Cuando [los poderes preventivos] 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». Obsérvese que el factor determinante de la extinción de la medida es meramente fáctico, el cese de la convivencia, de suerte que no se precisa el divorcio de los cónyuges o la cancelación de la eventual inscripción como pareja de hecho. Repárese también en que, una vez más, se trata de una norma meramente dispositiva, puesto que nada impide que a pesar de la quiebra de la relación matrimonial o de la convivencia de hecho, el otorgante de la medida siga considerando a quien fue su cónyuge o pareja como la persona más indicada para suministrarle el apoyo que precise. No creo que en este último caso sea necesaria una previsión expresa en tal sentido, bastando con que, de la voluntad, deseos y preferencias expresados en cualquier forma por el interesado, sea esta la solución deducida.

La tercera regla que se establece en orden a la posible extinción o no de las medidas preventivas es la contenida en el párrafo tercero del propuesto artículo 256 CC. A tenor de la misma «Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador». Se trata de una norma de remisión al artículo 276 CC, que conforme al Anteproyecto dice así: «Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados». De nuevo nos hallamos ante una solución que pretende equilibrar el respeto de la voluntad manifestada en su día por el interesado y el cambio de la situación producida cuando la medida preventiva está ya en vigor<sup>65</sup>. Nada puede impedir que la persona encargada del apoyo quiebre la confianza depositada en él por quien lo designó, incluso que abuse de

<sup>65</sup> La falta de automatismo de la cláusula *rebus sic stantibus*, pensada para cuestiones netamente patrimoniales, cuando ha de ser aplicada a cuestiones de Derecho de familia, es comentada por MORENO FLÓREZ, 2018:11 y ss.; esa falta de automatismo es también aplicable cuestiones como las que nos ocupan, incardinadas en el Derecho de la persona.

los poderes conferidos aprovechándose de la vulnerabilidad de esta última, quien, por hipótesis, puede no estar en condiciones de decidir por sí solo sobre el poder conferido, pues si esta fuera la circunstancia él solo podrá resolver si continúa o no confiando en el sujeto designado; se ha de prever entonces un procedimiento capaz de atender a dicha situación de vulnerabilidad que es precisamente lo que hace el artículo 276 CC.

La posibilidad de revocación unilateral de estas medidas por parte del disponente ha de estar siempre abierta. Esta revocación podrá hacerse con o sin el pertinente apoyo, según sea la situación de la persona en cuestión. Si el acto revocatorio puede ser realizado por el poderdante por sí solo con pleno conocimiento de su transcendencia, será plenamente válido y extinguirá la medida en cuestión; si la persona tiene ya necesidad de apoyo, podrá igualmente revocarlo, bien porque lo encuentre en un guardador de hecho que le asista en esta materia, bien porque le haya sido nombrado un apoyo institucional competente (curador o defensor judicial). También es posible que en el momento del otorgamiento el propio autor describa las situaciones en las que el poder preventivo ha de entenderse revocado.

Otro motivo de extinción de las medidas voluntarias no explicitado en la norma es, evidentemente, la muerte del disponente, quien haya llegado o no a requerir el apoyo, ya no lo va a necesitar una vez fallecido. Esto sin perjuicio de que el mismo designado para proveerlo sea también el encargado, a título de sucesor, de albacea o de otro cargo de confianza similar, para atender a necesidades *post mortem*, función que ya excede de la que aquí nos ocupa.

También se extinguirá la medida cuando el designado como único apoderado o curador fallezca, renuncie a su función de apoyo o se vea en la imposibilidad de ejercerla porque, por ejemplo, él mismo necesite ser apoyado en la realización de los actos previstos por el autor de la medida. La extinción no se producirá en estos casos si este último previó la circunstancia y nombró también un sustituto, en cuyo caso el apoyo será suministrado por dicho sustituto.

Extinguida la medida preventiva, la concurrencia o persistencia de la necesidad de apoyo conllevará la necesidad de acudir a una de las medidas que hemos llamado reactivas o *ex post*. Esta puede ser una simple guarda de hecho, si con ella quedan cubiertas de manera satisfactoria las necesidades de la persona con discapacidad. En otro caso habrá de procederse al establecimiento de una medida institucional, que será una curatela, en la flexible manera que se diseña en el Anteproyecto, o un defensor judicial según

estemos, respectivamente, ante una necesidad de apoyo continuada u meramente ocasional, aunque sea recurrente<sup>66</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., «Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los Principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)», *Derecho Privado y Constitución*, nº 22, 2008, pp. 57-94.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008.

BOENTE, W., «Autonomía de la voluntad y mandato preventivo en Alemania y Suiza», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, PEREÑA VICENTE M/DELGADO MARTÍN, P., (Dir.), HERÁS HERNÁNDEZ, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 215-224.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva Cork», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, PEREÑA VICENTE M/DELGADO MARTÍN, P., (Dir.), HERÁS HERNÁNDEZ, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 165-182.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, «Prólogo»; aquí se cita en *Ensayos Jurídicos*, T. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 947-949.

— *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979, Reimpresión, 1992.

— «Nuevas perspectivas del Derecho de las personas», en *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Barcelona, 1999; aquí se cita por *Ensayos Jurídicos*, T. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 980-992.

FLORENSA I TOMÁS, C., «Comentarios a los arts. 221-1 a 221-5», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. EGEA I FERNÁNDEZ/J. FERRER I RIBA (Dir.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 195-227.

GARCÍA GARNICA, M.ª C., «Discapacidad y dependencia, II: configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, GETE-ALONSO y CALERA,

<sup>66</sup> Según se dispone en los párrafos tercero y cuarto del previsto artículo 249 CC «La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad» y «El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente».

C. (Dir.), SOLÉ y RESINA, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 211-274.

GARCÍA RUBIO, M.<sup>ª</sup> P., «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», *AAMN*, tomo LVIII, 2017/2018, pp. 143-191.

GASPAR LERA, S., «Comentarios a los arts. 286, 287 y 289», en *Código civil comentado*, vol. I, CAÑIZARES, A/DE PABLO, P/ORDUÑA, J/VALPUESTA, R, 2<sup>ª</sup> ed., Cizur Menor, Civitas -Thomson Reuters, 2016, pp. 1309-1321.

MEIER, PH., «The Swiss 2013 Guardianship Law Reform. A presentation and a first assessment in the light of the Convention on the Rights of Persons with disabilities», (2016) 10 *Elder Law Review*, pp. 1-28.

MORENO FLÓREZ, R. M.<sup>ª</sup>, *Alteración de las circunstancias en Derecho de familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Madrid. Dykinson, 2018.

ORDINAIRE, L., «Who Decides Now and to What Extent: A Critical Reading of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015», 16 *Hibernian L.J.* 91 (2017), pp. 91-106.

PARRA LUCÁN, M.<sup>ª</sup> A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol II, DíEZ-PICAZO, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2485-2508.

PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *RDP*, marzo 2016, pp. 3-40.

PÉREZ MONGE, M., «Edad avanzada», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, GETE-ALONSO Y CALERA, C. (Dir.), SOLÉ y RESINA, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 699-749.

RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentarios a los arts. 222-35 a 222-47», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. EGEA I FERNÁNDEZ/J. FERRER I RIBA (Dir.), E. FARNÓS AMORÓS, (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 320-362.

TORRES GARCÍA, T. F., «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, GETE-ALONSO y CALERA, C. (Dir.), SOLÉ y RESINA, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

— «La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual», *Glosas sobre Federico de Castro*, DíEZ-PICAZO L. (Dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 385-408.

#### DOCUMENTACIÓN

*Consultation Paper on Vulnerable adults and the Law: Capacity*, Ireland, 2005. THE IRISH LAW REFORM COMMISSION.

Informe de la Relatora especial de las NU sobre derechos de las personas con discapacidad (2017).

*Mental Capacity Act 2005: post-legislative scrutiny (2013/2014). Select Committee on the Mental Capacity Act 2005* de la House of Lords.

*Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, publicado el 28 de junio de 2006.

Observación General nº 1 (2014) del Comité de Seguimiento de la Convención de las UN sobre los derechos de las personas con discapacidad. ([www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx)).

*Principles concerning continuing powers of attorney and advances directives for incapacity. Memorandum explicativo de la Recomendación CM/Rec. (2009)11.*

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018