

INFORMES PORTAL MAYORES

Número 78

El “apoderamiento o mandato preventivo” como medida de protección de las personas mayores

Autor: Berrocal Lanzarot, Ana Isabel
Filiación: Universidad Complutense de Madrid
Contacto:
Fecha de creación: 01-12-2007

Para citar este documento:

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2008). “El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008].
<<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>>

Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003
ISSN: 1885-6780

Portal Mayores | <http://www.imsersomayores.csic.es>



El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores

SUMARIO:

- I.** Consideraciones generales.
- II.** Concepto y caracteres.
- III.** Modalidades.
- IV.** Fundamento y razón de ser.
- V.** Régimen jurídico.
 - 5.1. Elementos personales.
 - 5.2. Elementos reales. Contenido.
 - 5.3. Elementos formales.
- VI.** Eficacia, publicidad y renovación.
- VII.** Extinción del apoderamiento o mandato preventivo

EL “APODERAMIENTO O MANDATO PREVENTIVO” COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.

Ana Isabel Berrocal Lanzarot.
Profesor Contratada Doctor de Derecho Civil. U.C.M.

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Concepto y caracteres. III. Modalidades. IV. Fundamento y razón de ser. V. Régimen jurídico. 5.1. Elementos personales. 5.2. Elementos reales. Contenido. 5.3. Elementos formales. VI. Eficacia, publicidad y renovación. VII. Extinción del apoderamiento o mandato preventivo.

I. Consideraciones generales.

Una realidad social es el envejecimiento progresivo de la población, fruto de un aumento de la esperanza de vida que han contribuido a incrementar el colectivo de la tercera y cuarta edad –pues se habla de envejecimiento del envejecimiento-, y, al que acompaña la aparición de numerosas enfermedades neurodegenerativas, como el alzheimer, demencia senil, parkinson, pick; o asociadas a la edad como patologías cardiovasculares, del aparato locomotor (artrosis, osteoporosis); y de órganos de los sentidos (sordera, cataratas). Asimismo, se constata la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores entre otros factores por la mejora en la atención sanitaria; y, de nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico o de trabajo; lo que ha contribuido a multiplicar las situaciones de dependencia¹, cuya cobertura no sólo proviene del Estado, a través del sistema de Seguridad Social articulado en el pago de pensiones, en la prestación de servicios –con el papel decisivo de la Administración autonómica y las Corporaciones Locales en virtud de competencias transferidas en materia de servicios sociales-, o materializando a su favor beneficios fiscales o subvenciones, sino también de la intervención privada, bien provenga de la propia familia o del propio individuo afectado. De ello es consciente el legislador de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, LPPD)² cuando fija como objeto de la norma la regulación de nuevos mecanismos de protección para tales personas dependientes, centrados en un aspecto esencial, como es el patrimonial -de ahí la regulación de una masa como es el patrimonio especialmente protegido-; y, asimismo, permite al individuo dentro del propio desarrollo de su autonomía, la adecuada planificación

¹ En España se estima que en sólo 20 años (los transcurridos entre 1970 y 1990) el grupo constituido por las personas mayores de 80 años “se ha duplicado, pasando de medio millón a más de 1,1 millones de personas, y todo hace prever que su número superará los 2 millones en el año 2010, lo que en términos relativos supone que, para esas fechas, el 5% de los españoles, tendrá más de 80 años”. Se calcula que para el año 2026 existirá alrededor de 2 millones de personas mayores con problemas dependencia (en sus diversos grados) de los que requerirán un cuidado personal alrededor de un millón. (CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, España 1998 CES, Madrid 1999, p. 552; Informe de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología para el Defensor del Pueblo, *La atención socio-sanitaria a las personas mayores en España*, Madrid, 2000, pág. 90).

² BOE, núm. 277, 19 de noviembre de 2003, págs. 40.852 a 40.863.

para el futuro de sus intereses sean éstos de índole patrimonial o estrictamente personal o familiar³.

En esa adecuada planificación, ocupa un lugar destacado la regulación de la autotutela y como complemento de ésta, la reforma del artículo 1732, en el que se viene a establecer de forma expresa que, pese a que una de las causas por las que se extingue el mandato, -el poder-, es la incapacidad sobrevinida del mandante, es decir, de quien otorga tal poder; éste, no obstante, se puede mantener vigente, aún la incapacidad del mandante, si en el contenido del mismo se hubiera dispuesto expresamente su continuación; o el mandato, -poder-, se hubiera dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos dos casos citados, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Se conoce en la doctrina como apoderamiento o mandato preventivo, aunque el legislador no le haya otorgado ninguna denominación ni fijado su régimen jurídico.

Sobre esta última institución, en un intento de suplir la falta de un adecuado desarrollo normativo, vamos a centrar el presente estudio, partiendo de su consideración como un negocio jurídico independiente, *sui generis*, de carácter unilateral, recepticio, causal y revocable, que no requiere la aceptación del apoderado ni la comunicación al mismo de su existencia para su plena eficacia, pues puede que no exista todavía encargo de actuar. Se trata de un verdadero supuesto de representación voluntaria establecido en interés del mandante/poderdante en previsión de su futura incapacidad, que será válido y eficaz, aunque aquél pierda su capacidad. Estamos, en esencia, ante un negocio *intuitu personae*, basado en la confianza, al que le puede servir de base o fuente la relación de gestión típica como es el mandato; lo que supone estar ante un mandato representativo, donde la relación jurídica subyacente que constituye aquél, determina precisamente el contenido de derechos y obligaciones que surjan entre mandante/poderdante y apoderado⁴. En este caso, la perfección de aquel contrato de mandato proviene del acto de aceptación del representante/apoderado. Sea o no el poder preventivo representativo, y, el apoderado actúe en nombre del mandante o del suyo propio, debe cumplir el encargo atribuido al mismo en el negocio jurídico de apoderamiento,

³ Sobre tales bases ha operado también, recientemente, de nuevo, el legislador estatal en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE, núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142 a 44156), pues, además, de referirse a la autotutela (artículo 4.2 f) o al derecho a decidir libremente sobre el ingreso en un centro asistencial (artículo 4.2 g)), que puede resultar operativo a través de un documento de instrucciones previas; fomenta en su artículo 4.2 i) y lo califica como derecho, el ejercicio pleno de los derechos patrimoniales de la persona dependiente, e incide en la importancia de la iniciativa privada para cubrir parte de los costes que supone el riesgo de la dependencia (en la *Disposición adicional séptima* hace referencia al seguro privado de dependencia); y, asimismo, al valor de la autonomía del individuo para autorregular sus intereses tanto en su esfera personal como patrimonial.

Últimamente, si bien centrado preferentemente en la iniciativa privada, en esta línea de protección y de mejora en la calidad de vida de las personas mayores, discapacitados, sean o no dependientes, la *Disposición Adicional 1ª* del Proyecto de Reforma del Mercado Hipotecario por el que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y, otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinadas normas tributarias (en adelante, Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario), actualmente en fase de enmiendas en el Congreso, hace referencia a un instrumento privado de enorme trascendencia como es la hipoteca inversa; y, en su *Disposición Adicional 2ª*, al citado seguro privado de dependencia.

⁴ DÍEZ-PICAZO L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, reimp. 1992, págs. 99-100.

atendiendo a las instrucciones dadas por el poderdante, siendo responsable de su eventual incumplimiento⁵.

Se presenta así *prima facie* el apoderamiento como medio apto para la designación de un representante voluntario que actúe cuando como consecuencia de la incapacidad sobrevenida una persona no puede regir su propia vida ni gestionar sus negocios⁶. No olvidemos que, no toda pérdida de capacidad es inmediata e irrevocable, sino que existen algunos casos, -piénsese en el caso paradigmático de la enfermedad de Alzheimer-, donde tal pérdida se produce de forma progresiva, y, en consecuencia la situación intermedia entre la plena capacidad natural y de obrar y la incapacitación se prolongan en el tiempo. Igualmente, existen casos donde la pérdida de capacidad es transitoria por lo que resulta poco útil acudir al mecanismo de la incapacitación y la representación legal. En todos estos casos resulta justificado acudir al apoderamiento como instrumento de previsión de la propia incapacidad. Como tal instrumento se limita a cubrir la situación intermedia de desprotección en que se puede encontrar un individuo que ve progresivamente mermada su capacidad de autogobierno, sin incidir ni en los ámbitos vinculados al estado civil del sujeto, ni a alterar su capacidad de obrar, y, por supuesto, no afectan a la exigencia necesaria de iniciar en su momento cuando aquélla falta, el proceso de incapacitación y el nombramiento de un representante legal.

II. Concepto y caracteres.

Con la última reforma operada en el artículo 1732 por la ya mencionada Ley 41/2003, éste queda redactado en los siguientes términos: *“El mandato se acaba: Por su revocación; por su renuncia o incapacitación del mandatario; por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario; el mandato se extinguirá también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

Se sigue manteniendo en esta nueva redacción, además, de las demás causas de extinción del mandato, la de incapacidad del mandante; si bien, para este último supuesto, se da la posibilidad de emitir, -antes de que aquélla tenga lugar y en previsión de la misma-, una declaración de voluntad en la que se enerven los efectos de tal extinción sobre el poder y, se opte, en consecuencia, por la subsistencia del mandato, pese a la incapacidad del mandante (sea ésta o no declarada judicialmente) en los términos expresados en el citado precepto. No obstante, como veremos, la efectiva existencia y duración del poder depende, además, de la voluntad del poderdante, de la discrecionalidad de la autoridad judicial⁷.

⁵ BADENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Pamplona 1998, pág. 171.

⁶ ARROYO I AMAYUELAS E., “Del mandato “ordinario” al mandato de “protección””, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo 2004, pág. 42, se muestra partidaria de considera el mandato de protección como un contrato en todo caso. Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA M.A., “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos””, *La Notaria*, nº 2, febrero 2000, pág. 62, prefiere calificarlo como una especie de “*tertium genus*”, a caballo entre la pura representación voluntaria y la representación legal: el interesado adoptaría su propia “medida cautelar” para la fase previa a la incapacitación judicial.

⁷ Esta reforma está en la línea de otros ordenamientos jurídicos que, igualmente, reconocen la subsistencia del poder conferido una vez declarada la incapacitación del otorgante; exigiéndose

Asimismo, con esta LPPD no se modifica el sistema de tutela de autoridad – tutela judicial- instaurado en el Código Civil, lo que determina en lógica consecuencia que tales apoderamientos preventivos se encuentran sometidos al correspondiente control judicial durante su vigencia⁸. Ni se varía, -pues, continúa igual-, la incapacitación del mandatario/apoderado.

Ahora bien, el legislador no aprovecha la reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo, como tampoco para calificarlo como tal o emplear otra denominación; de ahí que se deba acudir a la doctrina para ofrecer tanto una adecuada conceptualización del mismo, como para dotarle de una terminología acorde con su naturaleza. Para Martínez García que emplea la expresión apoderamiento preventivo es “*la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad más o menor acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre*”⁹. En similares términos, Fernández Lozano que lo denomina de igual forma, como “*el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no- posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el Juez tras la declaración judicial de su incapacidad*”¹⁰.

expresión en aquél que se otorgan en previsión de una futura incapacidad. Así, en Alemania, el *Vorsorgevollmacht* es un poder que se otorga a una persona de confianza para el caso de que el otorgante pierda en el futuro su capacidad por razón de la edad avanzada o enfermedad. Aunque no se contiene regulación expresa del mismo en el BGB, le resultan aplicables los parágrafos 1896-1908 que regulan la asistencia legal (*Rechtliche Betreuung*). Al respecto señala el parágrafo 1896 que “no se precisa la tutela (*Betreuung*) en el caso de que un apoderado pueda gestionar los asuntos de la persona mayor de edad con la misma eficacia que un tutor”. En Inglaterra, junto a los “*power of attorney*” como apoderamiento ordinario que se extingue con la incapacidad, se admite los *Enduring Powers of Attorney Act* (1985) poderes irrevocables para el caso de incapacidad del poderdante que deben llevarse a cabo en la forma prescrita en la Ley y debe contener la preceptiva información acerca de su utilización y efectos y el contenido viene legalmente determinado a fin de proporcionar la certeza de que el poderdante puede entender la naturaleza y alcance del documento que se está otorgando. *Vid.*, un tratamiento más profundo de estos ordenamientos y los mecanismos que arbitrar en JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Valencia 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, coordinador D. Manuel Ángel Rueda Pérez, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia 2005, págs. 119-124; del mismo autor, “Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los Enduring Powers of Attorney”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 8, Octubre 2003, págs. 21 a 36; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO M., “Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania”, *Revista Electrónica de Geriátría y Gerontología*, vol. 4, nº 2, año 2002, págs. 7-8 (www.geriatrianet.com); del mismo autor, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Actualidad Civil*, nº 21, 24 al 30 de mayo de 1999, págs. 553 a 581.

⁸ JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, p. 148.

⁹ MARTÍNEZ GARCÍA M.A., “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos””, *op. cit.*, pág. 58.

¹⁰ FERNÁNDEZ LOZANO J.L., “La representación”, *Instituciones de Derecho Privado*, T.I Personas, vol. 2º, coord. José Ángel Martínez Sanchiz, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 679.

ROVIRA SUEIRO M., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Llave, Madrid 2005, pág. 113, prefiere denominarla como “representación voluntaria preventiva”. Y, ARROYO I AMAYUELAS E., “Del mandato “ordinario” al mandato de “protección””, *op. cit.*, pág. 16 prefiere denominarlo mandato de “protección” que consiste en “la posibilidad de que el mandante conceda poder a un mandatario precisamente para ser ejercido en caso de incapacidad “apreciada conforme a lo dispuesto por éste (“aquél” en este contexto) y, además, puede subsistir tras la incapacitación del primero”.

De ambas definiciones y enlazando con lo que es la naturaleza representativa del apoderamiento preventivo, son caracteres del mismo como negocio jurídico: su carácter unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos* –la producción de efectos y, por ende, la eficacia de la declaración de voluntad emitida por el titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo-, su carácter personalísimo, pues solo la persona del poderdante puede otorgar el mismo, sobre la base de la confianza que le merezcan la persona o personas que designe como apoderados; y para el caso de mandato representativo su carácter gratuito, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución; bilateral o unilateral, precisamente según sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento¹¹.

Pese no ofrece una definición legal el mencionado artículo 1732.3, si en cambio, determina dos posibles modalidades de apoderamiento, a las que nos referimos en el siguiente epígrafe.

No obstante, antes proceder a su análisis, hemos de mencionar necesariamente que, a diferencia de la Ley 41/2003, la Ley francesa de protección de las personas mayores nº 2007-308 de 5 de marzo de 2007¹², si ofrece una conceptualización del mandato futuro de protección en el artículo 477 dentro de la sección 5ª “*Du mandat de protection future*”, Título XI, Libro 1 del *Code Civil* cuando señala “*toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargar a una o varias personas, en un mismo mandato, su representación, para el caso, o por una de las causas previstas en el artículo 425, que no pueda por si sola atender a sus intereses*”¹³.

III. Modalidades.

La redacción del artículo 1732.3 a la hora de fijar las modalidades del apoderamiento, alude por un lado, a la incapacitación sobrevenida del mandante, y por otro, a la incapacidad del mandante. A qué intención obedece que el legislador emplee en el texto ambos términos, y, en cambio, en la Exposición de Motivos de la Ley hable solo de incapacitación judicial sobrevenida, -si bien, solo referida al caso que el mandante haya dispuesto la continuación del mandato, pese a la incapacitación-¹⁴. Hay que entender que ambos términos, incapacidad e incapacitación están indisolublemente unidos y, por tanto, en línea con lo que dispone la LPPD en su Exposición de Motivos, cuando hablamos de incapacidad estamos aludiendo sólo a la incapacitación judicial; lo que supone que el poder puede subsistir, pese a la incapacitación judicial sobrevenida del poderdante y coexiste con la institución de guarda¹⁵; o comienza precisamente a surtir efectos con

¹¹ PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, en *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, coordinador José Pérez de Vargas, La Ley, 2006, pág. 420.

¹² J.O. nº 56 du 7 mars 2007, pp. 4325 y ss. Reforma varios preceptos del *Code Civil*.

¹³ El artículo 425 dispone: “*Tout personne dans l'impossibilité de pouvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre*”. (“Toda persona en la imposibilidad de poder por si solo atender a sus intereses por razón de una alteración constante, sea en sus facultades mentales, sea en sus facultades corporales que el impidan expresar su voluntad, se puede beneficiar de una medida de protección jurídica, prevista en el presente capítulo”).

¹⁴ Apartado VI, párrafo 6º.

¹⁵ En este sentido, REPRESA POLO P., “Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces”, en *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, dirigido por Silvia Díaz Alabart, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pág. 200.

la misma; o, como nos parece más correcto, considerar que ambos términos operan de forma independiente, siendo la incapacidad a la que se refiere el legislador tanto la incapacitación judicial como la incapacidad de hecho o natural (discapacidad)¹⁶. De otra forma, no solo se quiebra la finalidad del apoderamiento como instrumento alternativo a la incapacitación judicial y para situaciones transitorias de merma de capacidad, aunque no sustituto de aquélla; sino también, se impide la operatividad plena de la voluntad del poderdante, al hacer depender la subsistencia del apoderamiento como el comienzo de sus efectos de una decisión judicial; cuando precisamente dicho documento se otorga porque es la propia persona, la que en previsión tanto de su posible incapacidad natural o de hecho, como de su incapacitación judicial decide delegar en otra persona (apoderado) la declaración de su voluntad, para que ésta produzca efectos, cuando aquellas situaciones expresadas en el documento tengan lugar; como que, se mantenga tal delegación, pese a tales situaciones.

En este contexto, y precisado el término incapacidad, la doctrina sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1732.2 contempla dos supuestos de apoderamiento¹⁷:

- *Apoderamiento o poder preventivo en sentido estricto o ad cautelam*: el apoderamiento se otorga en previsión de incapacidad del mandante/poderdante; de forma que surtirá efectos, cuando ésta tenga lugar. La incapacidad entendida en los términos expuestos, incluye tanto la incapacidad (discapacidad) de hecho, esto es, la incapacidad no declarada judicialmente, como la incapacitación judicial; de forma que, se abarca con ello un espectro más amplio al incluir todos aquellos supuestos en que con carácter temporal o permanente una persona no puede prestar

¹⁶ En esta línea, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ C., “¿Crisis de la incapacitación?. La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006, pág. 60; PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *op. cit.*, págs. 429-430, quien tampoco comparte que “el auténtico “poder preventivo” sea el “poder otorgado para el caso de incapacidad del mandante”. Tan preventivo es este, como el poder ordinario (...); ni que el auténtico poder preventivo sea aquel otorgado para el caso de incapacidad del mandante (...), sólo es eficaz una vez pronunciada la sentencia de incapacitación, pues este poder es eficaz ya antes de que se dicte sentencia (que puede llegar a no dictarse), como ocurriría si el propio poderdante dispuso que el poder produjese efectos inmediatamente apreciada la capacidad con arreglo a los criterios que él mismo estableció en el propio poder”; PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, en la *Protección Jurídica del Discapacitado. II Congreso Regional, coordinador y prólogo Ignacio Serrano García*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 150.

No obstante, conviene recordar, como así hace este último autor, que en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, contiene normas, casi todas del Código Civil, que se refieren a situaciones diferentes: unas se aplican a *personas discapacitadas* (artículo 239: tutela de la entidad pública; artículos 782, 808 y 813: sustitución fideicomisaria sobre legítima; artículo 1732: mandato para el caso de incapacitación). Otras a *personas con discapacidad* (artículos 1 a 8 de la Ley; artículo 756: indignidad sucesoria; artículo 822: legado legal del derecho de habitación; artículo 1041: dispensa de colación); y, finalmente, otras se aplican a *personas con capacidad* (artículo 223: autotutela; artículo 1732: mandato preventivo; artículo 821: reducción del legado de finca que no admite cómoda división; artículo 831: facultad del cónyuge para mejorar; y, artículos 1791 a 1797: contrato de alimentos) (págs. 148-149).

¹⁷ *Vid.*, JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, pág. 148; PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *op. cit.*, pp. 430-431; PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, págs. 159 a 161.

En la Ley nº 2007-308 francesa se establece *dos tipos de mandato*: El mandato notarial (artículos 489 a 491) y el mandato privado (artículos 492 a 494), con distintos efectos para uno y otro.

válidamente su consentimiento¹⁸. En este contexto, dentro del amplio margen de posibilidad que ofrece el término “incapacidad”, y de lo dispuesto por el propio mandante en el poder -haciendo uso del amplio grado de autonomía que le posibilita la norma-, puede valerse para acreditar la existencia de tal incapacidad y, por ende, determinar la eficacia del poder *ad cautelam*, bien de criterios de naturaleza subjetiva y, así considerar suficiente que aquella falta de capacidad natural o de hecho del mandante/poderdante quede acreditada mediante el correspondiente dictamen médico, siendo propuesto tal profesional por el apoderado o por el mismo mandante/poderdante; o dejar su apreciación al amplio arbitrio del apoderado y, así, cuando éste entienda que aquel carece de capacidad suficiente, hacer operativo el poder; o, simplemente, valerse de un organismo independiente como la Comisión estatal encargada de determinar el grado de discapacidad conforme el procedimiento establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, indicando que, sí el grado de discapacidad sobrepasa un determinado porcentaje -previsto ya en el propio documento del poder-, comience éste a surtir efecto; o, en fin, considerar que también será eficaz el poder cuando el mandante/poderdante sea incapacitado judicialmente; o bien, puede optar por valerse de criterios de carácter objetivo, precisando al respecto las condiciones necesarias que han de cumplirse para la válida y eficaz utilización del poder. Todo depende de la voluntad de quién otorga el poder, esto es, del mandante/poderdante.

En esencia, sobre lo expuesto, este poder puede configurarse para que surta efecto simplemente cuando se constate la incapacidad (o discapacidad volitiva y/o mental) de hecho de aquél, buscando no llegar a la denostada incapacitación judicial. Ésta suele ser la forma más habitual de utilización; o, preferir extender el poder, y, por tanto, su eficacia tanto para el supuesto de incapacidad de hecho, como para el caso de que se produzca la incapacitación judicial, porque otorgado aquél y siendo plenamente válido y eficaz, algún pariente, o el propio Ministerio Fiscal decida iniciar el procedimiento de incapacitación y sea el mandante/poderdante declarado judicialmente incapacitado.

- *Apoderamiento o poder continuado o con subsistencia de efectos*: se trata de un poder ya otorgado, que se mantiene subsistente y eficaz, pese a la incapacidad sobrevenida de la persona, sea ésta o no declarada judicialmente, pues así se ha previsto por quien ha otorgado el poder, en el amplio margen de autonomía que el ordenamiento le brinda para planificar adecuadamente su futuro, mientras su capacidad de autogobierno se lo permita. El poderdante ha dispuesto que la eficacia del poder tenga lugar desde el mismo momento que se otorga, y se mantenga subsistente, pese a que en un momento posterior sea incapaz de hecho o se le incapacite judicialmente. De esta forma, el poderdante, en palabras de Jiménez Clar “*blinda el poder y protege sus efectos frente a su futura incapacitación*”¹⁹. Estamos en presencia de un poder normal al que se le añade como cualidad específica, el de su subsistencia, es decir, que no se extinguirá y seguirá produciendo todos sus efectos tanto para el caso de incapacidad de hecho, como de incapacitación judicial²⁰.

Ahora bien, sobre las bases expuestas, conviene precisar que, ambas modalidades de apoderamiento actúan ante quienes han perdido su capacidad de

¹⁸ JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, pág. 151.

¹⁹ JIMÉNEZ CLAR A.J., *Últ. Lug. Cit.*

²⁰ PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, pág. 159

autogobierno (incapaz de hecho o incapacitado judicialmente), no ante quienes únicamente padecen una discapacidad física, y mantienen, sin embargo, una plena capacidad intelectual y/o volitiva. Tanto en la redacción anterior a la reforma por Ley 41/2003 del artículo 1732, como tras la misma, la discapacidad física no tiene repercusión alguna en los poderes ya otorgados, -pues, el poder subsiste con toda normalidad-, como en los que se confieran en un futuro. En todo caso, tanto la discapacidad física, como una enfermedad o la propia vejez de un sujeto plenamente capaz de obrar, pueden aconsejar un mandato ordinario, pero no preventivo con el objetivo de lograr una adecuada gestión de su patrimonio y, cuidado de su persona²¹.

IV. Fundamento y razón de ser.

Ante el supuesto de personas mayores aquejadas de enfermedades neurodegenerativas que paulatinamente van a mermar su capacidad, resulta fundamental que el legislador posibilite como alternativa a la incapacitación judicial de la persona –no como sustitutivo de la misma-, que aquella cuando todavía es capaz, pueda diseñar su propia protección en lo referente al cuidado de su persona y sus bienes, implicando en ella a aquellas personas que merezcan su confianza.

Supone el respeto máximo a la voluntad del sujeto y que su opinión sea tenida en cuenta en aquellas decisiones que afecten a su esfera personal o patrimonial.

Coincide su fundamento con el atribuido a otros institutos como la autotutela o las instrucciones previas; o con la posibilidad de iniciar el presunto incapaz su propio proceso de incapacitación previsto en el artículo 757.1 de la LEC; y, asimismo, descansa, -sobre la base del respecto a la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 CE-, en la autonomía del individuo, en la facultad de autorregulación de sus intereses como mejor le parezcan, para que surtan efectos en un futuro, cuando ya no tenga plena capacidad de obrar.

Se trata de proporcionar al individuo instrumentos que, además, de permitirle planificar de forma anticipada la cobertura de sus necesidades vitales, sean operativos durante el proceso de pérdida progresiva de su capacidad, que inevitablemente en algún momento culminará en el correspondiente proceso de incapacitación. En fin, se viene a trasladar al ámbito de las relaciones familiares el recurso de la autonomía de la voluntad, hasta ahora tradicionalmente residenciado en el ámbito patrimonial.

V. Régimen jurídico.

5.1. Elementos personales.

Aunque el apoderamiento preventivo es un negocio unilateral, pues, únicamente interviene en su otorgamiento la declaración de voluntad de un sujeto, el poderdante; y los efectos jurídicos de dicha declaración de voluntad afectan igualmente solo a la esfera jurídica del poderdante; sin embargo, mediante aquel negocio, la persona del poderdante otorga poderes y legitima para intervenir en su nombre en el tráfico jurídico a otra persona (apoderado)²². En lógica consecuencia, y, de ser, además, un mandato representativo, es necesario referirse a los dos sujetos como partes del negocio de apoderamiento, partiendo del hecho fundamental que la actuación del

²¹ *Vid.*, PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, pág. 165.

²² BADENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, pág. 117.

representante no produce efectos sobre su propia esfera jurídica, sino sobre la del representado y que el apoderado es también una parte que participa directamente en la celebración del negocio principal.

El Código Civil alemán en su parágrafo 165, -partiendo del hecho cierto que consideran como verdadero participante en el negocio representativo al apoderado/representante-, exige precisamente que éste disponga de la capacidad necesaria para realizar el correspondiente acto o negocio jurídico; bastando, sin embargo, la capacidad limitada cuando sólo ésta sea precisa para su perfección²³.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 opta en su artículo 1389 por la solución opuesta y señala que quien debe tener capacidad de obrar suficiente es el poderdante, bastando que el representado (apoderado) tenga la de “entender y querer” para actuar en la esfera representativa²⁴.

De una forma, más precisa La Ley nº 2007-308 de reforma del Código Civil, determina, en los términos señalados en el citado artículo 477 en su apartado 1 como capacidad del poderdante/mandante, el que sea mayor de edad con plena capacidad de obrar o menor emancipado. Añadiendo, no obstante, en su segundo apartado que *“la persona sometida a curatela no puede concluir un mandato de protección sin la asistencia de su curador”*. Y, para el apoderado, el artículo 480 dispone que puede ser persona física o jurídica y debe tener la misma capacidad y cumplir las mismas condiciones que se exigen para los cargos tutelares por el artículo 395 y el apartado segundo del artículo 445 del *Code Civil*²⁵.

El Código Civil español, en cambio, ni con relación al régimen general aplicable a los apoderamientos, o al contrato del mandato; ni, por supuesto, al específico del apoderamiento preventivo, -pues, como bien sabemos, carece de una regulación propia relativa al mismo-, dedica precepto alguno a la capacidad del poderdante/representado. Sin embargo, la doctrina, -en la línea con el Código Civil italiano y ahora, tras la reforma señalada-, con el Código Civil francés-, señala que el poderdante debe poseer una capacidad de obrar plena tanto para celebrar el apoderamiento, o en su caso, el mandato, como para recibir las consecuencias necesarias del negocio principal²⁶. Capacidad, que, en todo caso, debe ser

²³ **Parágrafo 165 del BGB** dispone: *“La validez de una declaración de voluntad hecha por o a un representante no resulta perjudicada por el hecho de que él esté limitado en su capacidad negocial”*. Vid., EIRANOVA ENCINAS E., *Código Civil alemán comenta. BGB*, Marcial Pons, Madrid 1998.

²⁴ El **artículo 1389 del Codice Civile de 1942** señala: *“Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso da rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato”*.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso da rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato”.

²⁵ **Artículo 395** dispone: *“Ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle:*

1° Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mineur en tutelle;

2° Les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection juridique prévue par le présent code; 3° Les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée;

4° Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du code pénal”.

Y, el **artículo 445**, por su parte, señala: *“Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard de leurs patients”*.

Ambos reformados por esta Ley nº 2007-308.

²⁶ MANRESA Y NAVARRO J.Mª., “Comentario al artículo 1713 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6ª ed., revisada por José Mª Bloch, Reus, Madrid 1972, pág. 656; ALBALADEJO GARCÍA M., “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XI, Fasc. III, Julio-Septiembre 1958, pág. 797; HUPKA J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*,

apreciada en el momento del otorgamiento del apoderamiento²⁷. A la mayoría de edad habría que añadir la capacidad del menor emancipado conforme dispone el artículo 323 del Código Civil.

Respecto del apoderado señalan que puede ser representante cualquier persona, aunque no tenga capacidad de obrar plena; pudiendo sobre la base del artículo 1716 del Código Civil ser mandatario también el menor emancipado²⁸.

El apoderado puede ser tanto persona física o como persona jurídica. Igualmente, se puede, asimismo, nombrar uno o varios apoderados, que pueden actuar de forma mancomunada o solidaria. Como regla general se establece en el artículo 1137 del Código Civil en sede de obligaciones el principio que, salvo que se determine otra cosa, el régimen jurídico de las obligaciones es la mancomunidad. Aplicada esta regla al apoderamiento o mandato preventivo determina que, exceptuándose el supuesto en que se haya previsto la actuación de cualquiera de los apoderados o mandatarios como suficiente por sí sola para obligar al mandante o poderdante, será necesaria la actuación conjunta de todos los apoderados para la validez de la gestión representativa, esto es, para el cumplimiento del encargo. En consecuencia, será la designación de aquellos mancomunada cuando el poderdante en el momento de otorgamiento del poder disponga que, la actuación representativa debe realizarla todos conjuntamente; y solidaria, cuando por contra baste la actuación de cualquiera de ellos²⁹.

En línea con su actuación, la responsabilidad de los mandatarios o apoderados por su gestión será también, en principio, mancomunada, salvo que se disponga otra cosa (artículo 1723 del Código Civil). Prescribe, no obstante, el artículo 1731 la responsabilidad solidaria de los mandantes que, para la satisfacción de un negocio común, hubieran nombrado conjuntamente uno o más mandatarios. Esta responsabilidad *in solidum* exige que exista entre ellos una comunidad de gestión provechosa para todos ellos³⁰.

De forma paralela, en la autotutela dispone el artículo 223.2 del Código Civil que, “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente” puede en documento notarial nombrar tutor para el evento de una futura incapacitación, sin precisar nada más; lo que contrasta con alguna regulación autonómica donde se exige expresamente en su articulado la mayoría de edad³¹. En todo caso, sobre las bases

traducción del alemán y notas por Luis Sancho Seral, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pág. 48; RIVAS MARTÍNEZ J.J., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1998, pág. 223; PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por Ley 41/2003”, *op. cit.*, p. 432-433.

²⁷ *Vid.*, en este sentido, GARCÍA-GRANERO COLOMER A.V., “La autotutela en el Derecho común Español”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1998-I, págs. 244-245; HUPKA J., *La representación voluntaria*, *op. cit.*, pág. 364.

²⁸ LEÓN ALONSO J.R., “Comentario al artículo 1716 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI, vol. 2º, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1986, p. 160.

²⁹ DÍEZ-PICAZO L., *La representación*, *op. cit.*, págs. 79 y 80.

³⁰ BADENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, *op. cit.*, pág. 149.

³¹ El artículo 42 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia señala que “en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar substitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo”.

Y, el artículo 95 de la Ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona de Aragón añade a la mayoría de edad, el que se tenga capacidad de obrar suficiente, así dispone: “1. Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública, designar a las

legales expuestas y, pese a la parquedad de la norma contenida en el Código Civil, en principio los mayores de edad en tanto que plenamente capaces estarán facultados para designar quien haya de regir su persona y/o sus bienes. Éste viene a ser el sentir mayoritario de la doctrina tanto antes, como después de la reforma por Ley 41/2003. Si bien, algunos mantienen que sólo los mayores de edad capaces podrán designar tutor, y, por tanto, otorgar documento de autotutela³². Desde tal planteamiento, quienes no podrán realizar el negocio de la autotutela serían los menores de edad no emancipados³³, lo que contrasta con la figura del menor maduro y, con la previsión legal para actuaciones en el ámbito sanitario contenida en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la

personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes....”.

³² DÁVILA HUERTAS E., “La autotutela”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 227, Abril 2000*, pág. 1317, quien precisa que en tanto la tutela es un caso de representación legal, “el otorgante ha de tener la capacidad de obrar más amplia, establecida en nuestro ordenamiento jurídico que es la que otorga a los mayores de edad”. Asimismo, CARPIO GONZÁLEZ I., “Primera regulación de la autotutela en el Derecho español: La Ley catalana 11/1996, de 29 de julio”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 190, Diciembre 1996*, pág. 2816, puntualiza ante la referencia genérica del citado artículo 223 de “cualquier persona”, y la aplicación analógica de lo dispuesto en otras instituciones que no parece que “la capacidad sea como un guante que se adapte a la mano, en este caso, a la forma. Más bien lo contrario, ya que la forma es el vehículo o instrumento de una voluntad previsora”. En consecuencia, sólo la exigencia de la mayoría de edad sería lo razonable.

³³ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE L., “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año XXIX, núm. 300, Mayo 1953*, págs. 350-351; MARTÍNEZ GARCÍA M.A., “Reflexiones sobre la autotutela...”, *op. cit.*, pág. 51; PÉREZ DE VARGAS J., “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Revista de Derecho Privado, Diciembre 2001*, pág. 950; CREHUET DEL AMO D., “La tutela fiduciaria”, *Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sesión del día 23 de mayo de 1921, Madrid 1921*, pág. 21.

En contra de tal planteamiento y favorable a la capacidad de los menores de edad no emancipados, *vid.*, RIVAS MARTÍNEZ J.J., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *op. cit.*, págs. 200-201, que, después de manifestar que la autotutela es un derecho de la personalidad; y del reconocimiento que hace la ley de las opiniones de los menores (en los artículos 207.2, 211 o 231 del Código Civil) entiende que por qué no permitirles que puedan hacer declaraciones de autoprotección ante notario, que puedan ser apreciadas por el juez en un momento posterior, y, la edad tope para poder realizar esas declaraciones de voluntad, son las del menor mayor de catorce años (por analogía con la capacidad para testar). De forma que sólo estos menores de edad no emancipados tiene, a partir de esa edad, capacidad suficiente para efectuar declaraciones de voluntad de autoprotección; CAMPO GÜERRI, siguiendo los argumentos de Rivas, señala, además, que “son razón suficiente para admitir la capacidad del menor pero sin más límite de edad que la que imponga la prudencia del notario autorizante. Y ello, por lo siguiente: a) Son numerosos los preceptos del C.c. que exigen al juez, antes de adoptar medida alguna que afecte al menor, oírle siempre que tuviere suficiente juicio (arts. 159 a 156.2); b) Frente a la opinión que ha concebido al menor como un incapaz de obrar, se alza hoy la que sostiene que el menor es capaz de obrar, aunque su capacidad sea, ciertamente, más restringida que la del emancipado o la del mayor de edad; c) En todo caso, las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que puede hacer el mayor de edad. Serán tenidas en cuenta o no por el juez en cada caso concreto”. *Vid.*, CAMPO GÜERRI M.A., “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado, núm. 34, abril-junio 2000*, págs. 25-26; VAQUER ALOY A., “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *La ley, 24 de febrero de 2004*, pág. 2; JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, pág. 133; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS E., “La autotutela en el Derecho Civil común”, *Revista Jurídica del Notariado, núm. 60, Octubre-Diciembre de 2006*, pág. 180; PEREÑA VICENTE M., “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *La Ley, año XXVIII, núm. 6665, 6 de marzo de 2007*, pág. 2.

autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LDP)³⁴. No plantea, sin embargo, tantas dudas la capacidad de los menores de edad emancipados o los que gozan del beneficio de la mayor edad para el otorgamiento de tales documentos. Aunque, la formulación genérica del citado artículo 223 simplemente se limita a exigir una suficiente capacidad de obrar suficiente para la realización de este negocio jurídico que representa la autotutela; lo cierto es que, el artículo 323 del mismo Cuerpo legal precisa con toda rotundidad que la capacidad de los menores emancipados se asimila a la de los mayores, pues les habilitan “para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor”, -regla que debe interpretarse extensivamente con carácter general-; si bien, les impide realizar por sí solos determinados actos, para los que se exige tan sólo la asistencia de sus padres o curador. Entre tales actos no se encuentra expresamente indicado, el que el menor emancipado no pueda realizar por sí solo el negocio de autotutela, sin ningún tipo de asistencia. A este argumento, habría que añadirse otra regla general relativa a las incapacidades y prohibiciones que han de ser interpretadas restrictivamente (artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor). De forma que, sobre una constatada suficiente capacidad de obrar del menor emancipado, nada impediría afirmar, que *lege data*, en el ámbito del derecho común, para la realización de aquél, estos menores están legitimados³⁵. En el ámbito autonómico, -pese a la exigencia expresa de alguna normativa por la mayoría de edad-, en el artículo 30 de la Ley 13/2006 de Derecho de persona de Aragón se dispone que: “1. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesitará la asistencia que previene el artículo 20 y, en su defecto, la del curador para: a) Realizar los actos enumerados en el artículo 12 (entre los que no se encuentran los documentos de autotutela); b) Repudiar atribuciones gratuitas; c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase”, lo que posibilita a tales menores para otorgar tales documentos. En el Derecho catalán, aún resultando más imprecisa su formulación legal, pues, el artículo 172 del Código de Familia simplemente se limita a señalar, sin más especificación que “cualquier persona” puede llevar a cabo un negocio de autotutela; dicha imprecisión, como acertadamente señala Pérez de Vargas, no impide, en principio, al menor emancipado el otorgar tal negocio de autotutela; afirmación ésta que vendría, además, reforzada por lo que dispuesto en el artículo 161 de ese mismo cuerpo legal, cuando señala, esta vez, si expresamente que “la

³⁴ El artículo 9.3 c) dispone: “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

³⁵ En esta línea, *vid.*, PÉREZ DE VARGAS J., “La autotutela”, *op. cit.*, págs. 951-952, quien puntualiza, además, en contra de quienes razonan que sólo los mayores de edad deben tener capacidad para realizar el negocio jurídico de la autotutela que, “cabría decir que una cosa es tener capacidad para realizar el negocio jurídico de autotutela y otra muy distinta de la capacidad necesaria –la plena capacidad (artículo 241 del C.c.; también art. 242) –para ser tutor”.

Asimismo, CORRAL GARCÍA E., “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho civil: en especial, el papel del notariado como garante de la capacidad de los mayores”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, abril-junio 2003, p. 34.

Sin embargo, GARCÍA-GRANERO COLOMER, aún opinando que el menor emancipado debería designar tutor de sí mismo, señala que lo debería hacer asistido de sus padres o curadores (...), y a ser posible que los padres estuvieran presentes en el momento de otorgamiento. *Vid.*, GARCÍA-GRANERO COLOMER A., “La autotutela...”, *op. cit.*, pág. 214.

declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, si no hay designación de tutor por ellos mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172...". Lo cierto es que el complemento que supone este último precepto de lo dispuesto en el primero, -por vía, además, de remisión expresa-, permite concretar una formulación indeterminada *ad initio*, y, en consecuencia, el poder considerar que también en Cataluña pueden realizar válidamente el negocio de autodelación de la tutela, tanto los mayores de edad como los menores emancipados³⁶.

Frente a ambos institutos, de forma más precisa el artículo 11 de la LDP señala que sólo pueden otorgar instrucciones previas, los mayores de edad capaces, lo que de nuevo viene a contrastar en cierta forma con lo dispuesto en ya mencionado artículo 9.3 c) de la misma Ley relativo al consentimiento informado de los menores de edad, -partiendo del hecho que las instrucciones previas son una forma de consentimiento anticipado-. Al igual que la Ley estatal, la mayoría de las leyes autonómicas que han desarrollado la materia, entienden que debe tratarse de personas mayores de dieciocho años, excluyendo de la posibilidad de su otorgamiento tanto a los menores de edad como a los menores emancipados³⁷. Sin embargo, no ha faltado alguna legislación como la Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo que, reconoce en su artículo 9.1 capacidad a los menores para otorgar este tipo de documentos³⁸. O la Ley 1/2003, de 28 de enero de la Comunidad de Valencia en cuyo artículo 17, al igual que la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía en su artículo 4, permiten manifestar su voluntad anticipada aparte de a la persona mayor de edad, al menor emancipado. Esta última posibilidad, además, a los incapacitados judicialmente otorgar tales voluntades, si el paciente tiene la suficiente capacidad natural para discernir y expresar su consentimiento, máxime si se trata de persona sometida a curatela (artículo 4.2).

Ahora bien, tras breve *excursus* en torno a la capacidad para otorgar documentos de apoderamiento, como de otras figuras afines al mismo, hay que señalar que la misma persona que se designa como apoderado en un apoderamiento preventivo, puede ser la que designe como tutor en una escritura de autotutela³⁹; o no habiendo tenido lugar tal designación; o no habiéndose otorgado tal escritura, no obstante, se nombre por el juez como tutor a quien es designado como apoderado en un apoderamiento preventivo sobre la base de lo dispuesto en el artículo 234.1 a la hora de fijar el orden de preferencias en el nombramiento se tendrá en cuenta "*al designado por el propio tutelado*". O puede optarse por designar

³⁶ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS J., "La autotutela", *op. cit.*, pág. 951.

³⁷ Así, el artículo 8.1 de la Ley 21/2000, de 29 de Diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica de Cataluña; el artículo 15.1 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de normas reguladoras de la Salud de Aragón; el artículo 34.1 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; el artículo 2.1 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre de Voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad del País Vasco; el artículo 30.2 de la Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la Salud de Castilla-León; el artículo 17.1 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; el artículo 18 de la Ley 5/2003, de 4 de abril de Salud de las Illes Balears; el artículo 5.1 de la Ley 3/2005, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; el artículo 4 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid; el artículo 3 de la Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de Castilla-La Mancha; y, el artículo 4 a) de la Ley 9/2005 de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de La Rioja.

³⁸ Modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril.

³⁹ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS J., "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", *op. cit.*, p. 431.

para la gestión del patrimonio a un apoderado, y en una escritura de instrucciones previas, -para lo que supone la esfera personal del individuo en todo lo relativo a tratamientos médicos u otro tipo de actuaciones sanitarias-, designar a un representante para que no sólo verifique la observancia de lo dispuesto en tal documento por parte de los profesionales sanitarios en relación con tales actuaciones, sino también para que interprete en caso de duda su voluntad, o, en su caso, decida en su lugar, consintiendo o rechazando un determinado tratamiento médico o actuación sanitaria⁴⁰. O preferirse designar en escritura de autotutela un tutor solo para la esfera personal y a un apoderado en un apoderamiento preventivo para la esfera patrimonial, aprovechando la posibilidad que ofrece el artículo 236. 1 del Código Civil entre la separación entre la tutela persona y la patrimonial. O, en fin, a quien se designe como tutor en la escritura de autotutela, sea la misma persona que se designa como representante en las instrucciones previas, si bien, para que opere solo en la esfera personal; dejando la patrimonial a cargo del apoderado nombrado. Las combinaciones pueden ser tan variadas como lo sea la decisión de la persona que decide valerse de los citados instrumentos jurídicos.

En este contexto, el nombramiento de apoderados/mandatarios es posible que sea no sólo simultáneo, sino sucesivo, para que actúe en el caso que el anterior se vea imposibilitado para llevar a cabo la gestión representativa, cualquiera que sea la causa, y evitar en lógica consecuencia que, por ejemplo, ante la muerte del apoderado nombrado, o la renuncia del mismo, se extinga el apoderamiento, al no existir sustituto del mismo. Conviene, por tanto, la designación sucesiva, al igual que para el caso de autotutela.

Cosa distinta, pese al carácter personalísimo del mandato/poder, es que el mandante/poderdante permita al mandatario que designe un *sustituto* para el caso que le resulte imposible llevar a cabo el encargo asumido (artículo 1721 del Código Civil). Debe, por tanto, sobre la base de tal carácter, convenirlo expresamente. En este supuesto, el apoderado/representante, en nombre propio y sin ejercitar facultades conferidas por el poderdante apodera a un tercero para realizar los actos o negocios que debiera ejecutar aquél por la representación asumida. El apoderado sustituyente queda desligado de su relación con el poderdante al producirse una transmisión de las facultades asumidas, del encargo o gestión que debe cumplir, al nuevo apoderado; no pudiendo, una vez verificada la transmisión el primitivo apoderado recuperar los poderes transferidos, ni revocar la sustitución efectuada⁴¹.

⁴⁰ En el sentir mayoritario de la doctrina se opta por considerarlo como un auténtico representante voluntario, encajable, al igual que para el supuesto de consentimiento informado, dentro de los llamados apoderamientos preventivos, al que se le aplican la normativa relativa al mandato: FERNÁNDEZ LOZANO J.L., "La representación", *op. cit.*, pág. 918; FRANCINO I BATLLE F., "El otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Cuestiones prácticas", *VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, I Reunión Iberoamericana del Derecho Sanitario. Asociación española de Derecho sanitario*. Fundación Mapfre Medicina, 2002, pág. 223; BOTTA CABREA F., "Directivas anticipadas y testamento vital", *Revista Electrónica de Geriatría y Gerontología*, vol 2, núm. 1, año 2000, p. 8 (www.geriatrianet.com).

⁴¹ Al respecto dispone el **artículo 482 del Code Civil** modificado por la Ley nº 2007-308 que: "*Le mandataire exécute personnellement le mandat. Toutefois, il peut se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial*". ("El mandatario ejecuta personalmente el mandato. Algunas veces puede substituirle un tercero para actos de gestión del patrimonio, pero solamente a título especial").

Por su parte, cuando por razón del campo de aplicación del mandato no se pueda proteger suficientemente los intereses personales y patrimoniales de la persona del mandante, el juez puede como medida de protección autorizar al mandatario de protección futura o a un mandatario *ad hoc* a llevar a cabo determinados acto no cubiertos por el mandato. Ambos mandatarios son independientes

Por último, tratándose de *subapoderamiento*, al igual que en el caso anterior el primitivo apoderado designa un nuevo representante para que gestione los asuntos del poderdante/representado, con la diferencia que aquél continúa como apoderado pero ya no como único representante sino que actúa junto con el subapoderado. Ambos serán representantes del poderdante/representado, estemos ante un subapoderamiento total o parcial, esto es, se transfieren por el primitivo apoderado al nuevo todas o algunas de las facultades atribuidas al mismo⁴².

5.2. Elementos reales. Contenido.

La determinación de lo que constituye el encargo, o lo que es lo mismo la gestión representativa corresponde a la discreción del poderdante. Puede circunscribirse a una gestión de alcance general o referido a uno o varios actos concretos, y operar tanto en la esfera personal como en la patrimonial. No olvidemos que, como un acto personalísimo, quien decide como quiere gestionar su futuro tanto respecto a su persona como respecto a su patrimonio es quien otorga el poder.

Aplicando de nuevo la normativa relativa al contrato de mandato, en la extensión del apoderamiento resulta clásica la división entre: poderes generales y especiales. Los primeros, comprenden la totalidad de los asuntos correspondiente al poderdante, -excluidos los personalísimos que no admitan representación-; los segundos, alcanzan solo a uno o varios actos concretos, o a una operación concreta. Por su parte, el artículo 1713 del Código Civil dispone que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración; mientras que el denominado mandato expreso se necesita para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio. Combinando ambas clasificaciones la doctrina determina que la voluntad del poderdante puede operar sobre los siguientes parámetros⁴³: 1) El mandato general como el especial puede conferirse en términos generales. Así respecto al mandato general se puede contener una enumeración exhaustiva de todos los actos que puede ejercer el apoderado, o no contener tal enumeración, pero igualmente, abarcar la totalidad de los asuntos del poderdante, si bien en ambos casos, circunscrito a la ordinaria administración en la esfera jurídica de aquél; o en el caso de mandato especial, igualmente contener una enumeración de que actos concretos puede llevar a cabo el apoderado, si bien con la limitación de comprender solo actos de administración. 2) Se puede contener un apoderamiento general conferido para la totalidad de los asuntos del poderdante, de manera expresa, lo que supone que tales actos podrán consistir en transacciones, enajenaciones, hipotecas, y

en su actuación y, no son responsables el uno del otro. Si bien se informarán siempre de las decisiones que adopten (**artículo 485.2**: *“Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d’application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.*

Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l’un envers l’autre; ils s’informent toutefois des décisions qu’ils prennent”).

⁴² Vid., sobre un tratamiento más amplio de la sustitución y subapoderamiento en BADENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., págs. 152-162; ALBALADEJO GARCÍA M., “La representación”, op. cit., pág. 784-786; Díez-Picazo L., “La representación en el derecho privado”, op. cit., págs. 195-196.

⁴³ Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil*, T. III, Contratos, 8ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 368; BADENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., págs. 143-144.

cualesquiera otros actos de riguroso dominio; 3) Se puede otorgar el apoderamiento en términos generales y comprender, además de actos de administración, la ejecución de todos o algunos actos de riguroso dominio; 4) Finalmente, se puede tratar de un poder especial en que se comprende únicamente cierto tipo de operaciones a realizar por el apoderado (para comprar, para enajenar; para hipotecar, etc.); o solo para una operación muy específica.

Por tanto, el contenido de un apoderamiento preventivo puede referirse a la totalidad de los asuntos o a parte de ellos, o a operaciones muy concretas que afecten esencialmente a la esfera patrimonial del poderdante, y abarcar tal gestión sólo actos de administración *strictu sensu*, esto es, la gestión sólo del patrimonio, o de parte de él; o ampliar la esfera de actuación del apoderado también a actos de disposición como enajenar, hipotecar, o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (administración extraordinaria). Incluso puede contenerse mandato expreso para la constitución de un patrimonio especialmente protegido regulado en los artículos 1 a 8 de la LPPD.

Igualmente, puede formar parte del contenido de tal apoderamiento, además de la gestión del patrimonio, todo lo que afecte a la esfera personal del poderdante, sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica, o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o la realización de determinadas intervenciones sanitarias; así, pueden formar parte de tal, lo que el artículo 11 LDP y las diferentes legislaciones autonómicas de desarrollo establece como posible contenido de un documento de instrucciones previas, que incide especialmente en la esfera personal así: a) las instrucciones relativas a la aplicación o no de determinados tratamientos o intervenciones médicas; de medidas paliativas, a tener en cuenta en el momento en que el propio paciente no pueda emitir su voluntad; b) una jerarquía de valores y opciones vitales del paciente que cobran especial importancia en la sustanciación de las voluntades anticipadas expresadas de forma genérica o preventiva; c) la designación de un representante como interlocutor válido con la clase médica, tanto en el caso de que existan dudas interpretativas en el texto, debidas a una diferencia entre las previsiones llevadas a cabo en el tiempo de otorgamiento, y la nueva realidad donde se ha de aplicar que puede no coincidir con la prevista en el mismo; como para tomar decisiones ante determinadas actuaciones médicas; c) otras declaraciones posibles, como donación de órganos⁴⁴.

⁴⁴ Más restrictivo, sin embargo, se muestra el legislador francés, cuando se trata de mandato de protección otorgado de forma privada. Así, señala el **artículo 493** que solo se limita a aquellos mismos actos que el deudor puede realizar sin autorización judicial. De querer realizar actos que necesitan autorización, o no se prueba por el mandatario que son en interés del mandante, necesitará autorización judicial, del juez de tuteladas (*“Le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu’un tuteur peut faire sans autorisation.”*

Si l’accomplissement d’un acte qui est soumis à autorisation ou qui n’est pas prévu par le mandat s’avérer nécessaire dans l’intérêt du mandat, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner”).

No, sucede así, en cambio, cuando se trata de mandato notarial, pues, la situación varía y, coincide, con los términos que hemos expuesto para nuestra figura. Así, el mandato puede ser concebido en términos generales, incluyendo todos los actos patrimoniales que el tutor puede hacer con o sin autorización judicial. Si bien, cuando se trata de actos de disposición a título gratuito necesitará el mandatario la autorización del juez de tuteladas (**artículo 490**: *“Par dérogation à l’article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tout les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d’accomplir Seul ou avec une autorisation.”*

La problemática puede surgir cuando otorgado un apoderamiento general también para que opere en la esfera personal, ante la falta de capacidad natural del propio paciente para consentir por sí mismo, existe un conflicto entre el apoderado nombrado y las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho a las que se refiere el artículo 9.3 c) LDP, pues si estuviera incapacitada, estaríamos ante un supuesto de representación legal, donde el propio tutor tendría la facultad de decidir, salvo que solo lo fuera para la esfera patrimonial, y en todo caso, podría optar por solicitar la extinción del poder; en este caso, habría que acudir a la voluntad del poderdante y si ha otorgado a la persona del apoderado plena capacidad de decisión, a él debería el médico acudir para solicitar el consentimiento por sustitución para una determinada intervención o tratamiento médico. Operamos sobre la base de que no existe un documento de instrucciones previas, sino que la persona ha optado por otorgar solo un apoderamiento preventivo. No obstante, de existir, partiendo de su misma naturaleza, la conclusión sería la misma.

Ahora bien, ante la plena libertad de actuación que tiene el poderdante para fijar el contenido del apoderamiento preventivo, puede establecerse en el mismo, de igual forma que en una escritura de autotutela, órganos de fiscalización o control de la actuación del apoderado, además del control judicial ya fijado en la ley; que en cierta forma pueden, por un lado, mitigar las críticas hacia esta figura sobre la base de no poderse revocar el poder ante la falta de capacidad del poderdante, con el consiguiente peligro de abuso por el apoderado; y, por otro, para evitar precisamente este abuso cuando se trate de apoderamientos generales otorgados por una persona de edad avanzada ante la confianza que le genera la persona del apoderado.

También, pueden otorgarse poder para iniciar el proceso de incapacitación; o para determinar la sustitución de poderes conferidos al presunto incapaz en la modalidad de apoderamiento *ab cautelam*; o para comparecer ante los juzgados y Tribunales de cualquier grado y jurisdicción, o en las instancias correspondientes de las diferentes Comunidades Autónomas, o de la Administración del Estado.

Puede, asimismo, aceptar herencias y llevar a cabo partición de herencia y disolución de comunidad de bienes, aunque lleve a cabo actos dispositivos; y, en fin, de ser retribuido el mandato, fijar la cantidad a abonar al apoderado.

Toutfois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles”).

Para ambos tipos de mandato, siempre que se hagan cargo de la administración de bienes de la persona protegida han de proceder a hacer inventario de los bienes y asegurarse de actualizarlo en el curso del mandato (**artículo 486.1**: “*Le mandataire chargé de l'administration des biens de la personne protegee fait proceder à leur inventaire lors de l'ouverture de la mesure. Il assure son actualisation au cours du mandat afin de maintenir à jour l'etat du patrimoine*”).

Y, asimismo, para ambos tipos, dispone el **artículo 488** respecto de los actos realizados por el mandatario que, mientras dure el mandato, podrá ser rescindidos por lesión o reducidos en caso de exceso, o incluso anulados en virtud del artículo 414-1. Los tribunales podrán considerar la utilidad o inutilidad de la operación, la importancia o consistencia del patrimonio de la persona protegida y la buena o mala fe de lo que han contratado con el mandatario. La acción corresponde a la persona protegida, y después de su muerte, a sus herederos. Tiene un plazo de cinco años previsto en el artículo 1304 (“*les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à execution, pendant la durée du mandat, peuvent éter rescindés pour simple lesión ou réduits en cas d'excés alors même q'ils pourraient éter anules en vertu de l'article 414-1. les tribunaux prennent notamment en considération l'utilisé ou l'inutilisé de l'operation, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protegee et la bonne ou marauvise foi de ceux avec qui elle a contracté*”).

L'action n'appartient qu'a la personne protegee et, après sa mort, á ses héritiers. Elle s'éteint pat le délai de cinq ans prévu à l'article 1304”).

Sea cual sea el contenido del mandato, el mandatario/apoderado queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato y, no puede sobrepasar los límites del mismo, ni incumplir las instrucciones dadas por el poderdante sin incurrir en responsabilidad. No obstante, no se consideran traspasados aquellos cuando el mandato es cumplido de una manera más ventajosa para el mandante (artículo 1715 del Código Civil).

En todo caso, para concluir este apartado, hemos de señalar que la misma persona como poderdante/mandatario tiene mayor libertad de actuación a la hora de fijar la extensión y alcance del contenido de un apoderamiento preventivo, que si otorgase una escritura de autotutela. La razón estriba en que, pese a los intentos por parte de algún autor de ampliar el contenido que conforma la escritura de autotutela, posibilitando establecer normas de administración y disposición al autotutelando respecto de sus bienes en las que se pudiera excluir la autorización judicial⁴⁵, choca con la normativa de *ius cogens* en sede de tutela, y, más en concreto, con la exigencia de autorización judicial en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 272 del Código Civil, que impiden toda flexibilización en tal sentido; y que, sin embargo, no vinculan para fijar el contenido del apoderamiento⁴⁶.

5.3. Elementos formales.

En el Derecho español, la regla general es el principio de libertad de forma, consagrado en los artículos 1278 y 1279 del Código Civil, sin perjuicio de la posibilidad de constancia en documento público prevista en el artículo 1280.5 del citado cuerpo legal⁴⁷. A falta de mención expresa, tal precepto resulta aplicable a la forma del apoderamiento en general, y al preventivo en particular; todo ello sin perjuicio de la existencia de ciertas excepciones señaladas por la doctrina y jurisprudencia a esta regla⁴⁸. Dejando a salvo las excepciones a la regla general, sobre la base expuesta, y lo previsto en el artículo 1710.2 del Código Civil en sede de mandato, es posible otorgar apoderamiento preventivo, además, de en escritura pública, en documento privado⁴⁹.

⁴⁵ CAMPO GÜERRI M.A., "La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad", *op. cit.*, págs. 27 y 28.

⁴⁶ Ni tampoco para el supuesto de constitución de patrimonio protegido por el propio beneficiario (discapacitado) que tenga capacidad de obrar suficiente; y la administración de tal patrimonio es a cargo del propio beneficiario o de un tercero designado por el mismo.

⁴⁷ El artículo 1280.5 dispone que: "Deberán constar en documento público: 5º. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero".

⁴⁸ Entre otras, podemos citar: el poder para contraer matrimonio, el cual conforme al artículo 55 del Código Civil deberá reunir dos requisitos: ser especial y haberse otorgado en forma auténtica; el poder general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; y, el poder para administrar bienes.

⁴⁹ El artículo 96.1 de la Ley 13/2006 de Derecho de la persona de Aragón no exige instrumento público notarial para el otorgamiento de mandato.

Por su parte, señala PUENTE DE LA FUENTE como dato curioso el que "en un gran número de residencias geriátricas, tanto públicas como privadas, sea práctica habitual, en el momento de ingreso de un nuevo residente, la exigencia de autorización en el modelo impreso, a favor de la persona que tenga por conveniente, para que los responsables del Centro se entiendan con ella a fin de disponer cuanto se estime conveniente en orden a la atención cuidados, objetos personales y todo cuanto pueda afectar a la estancia del residente, en el momento que éste pierda o tenga muy debilitadas sus facultades mentales. Este documento que se extiende no sólo al aspecto patrimonial sino también al personal, en el fondo no es más que un poder preventivo otorgado en documento

Si de nuevo aludimos a las dos instituciones conexas con el apoderamiento a las que hemos hecho referencia varias veces a lo largo de nuestra exposición, como es la autotutela, o las instrucciones previas, hemos de decir que en la autotutela el propio artículo 223.2 del Código Civil establece la exigencia de documento público notarial para el otorgamiento de la misma, al igual que hace el artículo 42 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia y el artículo 95 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona de Aragón; sin embargo, para el otorgamiento de instrucciones previas, la mayoría de las legislaciones autonómicas, -esta vez, a falta de una mención expresa en el artículo 11 de la LDP que solo dispone su constancia por escrito-, exigen que aquellas se presten ante Notario; o, también, en documento privado en presencia de tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, que, al menos dos de ellos no tengan relación de parentesco con el otorgante hasta el segundo grado, ni estén vinculados con él por relación patrimonial, ni sea uno de ellos su cónyuge o persona con la que tenga una relación análoga afectiva a la conyugal ni, asimismo, cualquiera de ellos tenga una “relación laboral, patrimonial o de servicio” con el otorgante⁵⁰.

En este contexto, aunque, resulte aconsejable el otorgamiento en documento público del poder preventivo, más en concreto, en escritura pública y no en acta⁵¹, - máxime si se trata de un apoderamiento general en términos generales con amplio margen no sólo de administración sino de disposición y, además, se tiene presente la ventaja señalada por el propio artículo 1218 del Código Civil en la utilización del documento público como es la oponibilidad frente a terceros; y, la atribución a este documento, al ser autorizado por Notario del carácter de auténtico o revestido de fe pública-; nada impide, como hemos señalado que, se opte por el otorgamiento en documento privado ante testigos como el documento de instrucciones previas⁵²

privado, de gran utilidad para el centro en cuestión a la hora de tratar de evitar problemas y discusiones con familiares del residente cuando llegaba el momento en que éste perdía sus facultades decisorias”. Si bien, como añade el autor “sería recomendable para la dirección de estos establecimientos la sustitución de todos estos poderes privados por un poder preventivo “en toda regla”, es decir, otorgado en escritura pública con todas sus garantías”. PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, págs. 160-161.

⁵⁰ *Vid.*, entre otros, el artículo 8.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña; artículo 5.2 de la Ley 3/2005, de Galicia; artículo 15.2 de la Ley 6/2002 de Aragón; artículo 9.2 de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo sobre los Derechos del Paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra, modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril; y, artículo 17.3 de la Ley 3/2005 de Extremadura. Si bien, algunas Comunidades plantean también la posibilidad de una tercera forma de expresar las instrucciones previas, así el artículo 5.2 b) de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid dispone el otorgamiento “ante el personal al Servicio de la Administración, en las condiciones que se determinen mediante Orden del Consejero de Sanidad y Consumo. Desde la Consejería de Sanidad y Consumo, en la forma que reglamentariamente se determine, se garantizarán mecanismos de formalización en todas las áreas sanitarias”

⁵¹ Con referencia a la autotutela partidarios de la escritura y no del acta, *vid.*, por todos, CAMPO GÜERRI M.A., “La autoprotección del discapacitado..”, *op. cit.*, págs. 26-27; CARPIO GONZÁLEZ I., “Primera regulación de la autotutela”, *op. cit.*, pág. 2821. En contra, RIVAS MARTÍNEZ J.J., Disposiciones y estipulaciones, *op. cit.*, pág. 194, quien incluye como también como documento apto el acta de manifestaciones.

Con referencia a los apoderamientos, *vid.*, PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, *op. cit.*, p. 434.

⁵² En la Ley francesa nº 2007-308 establece dos formas de mandato: notarial y privada, que coincide con las dos modalidades expuestas en líneas precedentes.

Así el **artículo 489 del Code Civil** dispone para el mandato notarial la forma de acto auténtico, y, la misma forma se requerirá para la aceptación del mandatario: “*Lorsque le mandat est établi par acte authentique, il est reçu par un notaire choisi par le mandat. L'acceptation di mandataire est faite dans les mêmes formes.*”

En todo caso, si se otorga en escritura pública corresponde al Notario apreciar la capacidad del poderdante en el momento del otorgamiento; de ser en documento privado ante testigos, a éstos corresponderá apreciar tal capacidad. Por tanto, la capacidad del poderdante/mandatario debe ser apreciada en el momento de otorgamiento.

Ahora bien, partiendo de la idea que estamos ante unos poderes casualizados, no es descartable la exigencia expuesta por algún autor que como requisito también formal, se exprese la causa del otorgamiento, es decir, que se haga alusión directa a su carácter preventivo, “indicando el poderdante de forma expresa su voluntad de que sus efectos se desplieguen aún cuando tenga lugar su incapacidad natural o precisamente en ese caso”⁵³.

Finalmente, como así lo ha previsto el artículo 95.1 de la Ley 13/2006, del Derecho de la persona de Aragón, es posible que como contenido de una escritura pública de autotutela se incluya el otorgamiento de un mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación del mandante.

VI. Eficacia, publicidad y renovación.

En el supuesto de *apoderamiento continuado* surte efectos desde el momento mismo de su otorgamiento y continúa su subsistencia pese a la incapacitación sobrevenida del poderdante, si así se ha previsto. En el caso de *apoderamiento ad cautelam* o *poder preventivo propiamente dicho*, su eficacia viene determinada por la situación de incapacidad del poderdante. Desde el mismo momento del otorgamiento del *apoderamiento*, el despliegue de sus efectos se encuentra en esta modalidad, condicionado a la existencia precisamente de una incapacidad del poderdante. Por tanto, la eficacia queda diferida hasta tal momento. Es por ello, por lo que este poder solo surte efectos en un momento posterior a su otorgamiento.

Ahora bien, la determinación de la incapacidad del poderdante puede plantear cierta dificultad, sino se contiene en el propio *apoderamiento* quien o como se valora esta falta de capacidad, esto es, la forma de inicio de la misma, pues de ella depende la eficacia de este tipo de *apoderamiento*. El texto del artículo 1732.3 de la LPPD deja su apreciación al poderdante/mandante (“*para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*”). Pero de ser así, la situación se complica algo más por la falta de capacidad de aquél, aunque es cierto que el propio ordenamiento le concede legitimación para que inicie el proceso de incapacitación cuando comience a ser consciente de la necesidad de protección al no poder atender sus asuntos adecuadamente, sobretudo en supuestos de enfermedades

Tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandat peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire”.

Por su parte, el **artículo 492** para el mandato establecido en forma privada debe estar fechado y firmado por el mandante, bien bajo el modelo definido por Decreto del Consejo de Estado, bien por un abogado con su firma. El mandatario, a su vez, acepta el mandato y firma (“*Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandat. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat.*

Le mandataire accepte le mandat en y apposant sa signature.

Tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandat”.

Y, añade el **artículo 492-1** que: “*Le mandat n'acquiert date certaine que dans le conditions de l'article 1328*”. (“El mandato no adquiere fecha cierta más que en la condiciones del artículo 1328”).

⁵³ ROVIRA SUEIRO M., *Relevancia de la voluntad*, op. cit., pág. 134; MUÑIZ ESPADA E., “La protección jurídica del anciano dependiente”, *Revista de Derecho de Familia*, Julio 2001, p. 80.

degenerativas donde la pérdida de la capacidad conlleva un proceso gradual; parece que, en lógica consecuencia nada impediría que, para el mismo caso, pudiera él, asimismo, decidir el comienzo del apoderamiento. Al respecto, tal como expusimos en otro apartado, es posible establecer criterios de naturaleza subjetiva como el dictamen pericial de facultativos especialistas que, conviene se formalice mediante acta notarial; o de carácter objetivo, si bien precisando las condiciones que han de concurrir para que sea posible su válida utilización. Sin descartar que, sea el propio poderdante quien determine anticipadamente en el propio documento de apoderamiento cuando empieza la vigencia del mismo, como igualmente la forma en que puede llegar a ser conocido por el apoderado⁵⁴; lo que viene a resultar aconsejable contener tales extremos.

Aunque lo ideal sería la creación de un Registro específico en que pudieran ser inscritos los apoderamientos preventivos, escrituras de autotutela, como los documentos de instrucciones previas similar al de actos de última voluntad⁵⁵, lo cierto es que, a los efectos de publicidad, para ambas modalidades de apoderamientos preventivos no se contiene ninguna norma, -a diferencia de la autotutela-, relativa a la publicidad de los apoderamientos preventivos. Como bien sabemos, los apoderamientos voluntarios no están sujetos a inscripción del Registro Civil (artículo 284.3 RRC), pero la declaración de falta de obligatoriedad no puede entenderse como equivalente a una prohibición expresa, por lo que no sería desdeñable aplicar el artículo 223.2 del Código Civil y permitir su acceso al Registro Civil de la misma forma que el documento público de autotutela, facilitando de esta forma el conocimiento por el Juez de todos aquellos documentos otorgados por el incapaz que puedan influir en la esfera de actuación del individuo otorgante, y en la organización del funcionamiento de la tutela⁵⁶.

No se prevé la exigencia de renovación de los apoderamientos transcurridos un determinado período de tiempo, como tampoco para el documento de instrucciones previas; no obstante, no falta algún autor que señala como conveniente la fijación de

⁵⁴ JIMÉNEZ CLAR A.J., "La autotutela", *op. cit.*, pág. 152. ARROYO I AMAYUELAS E., "Del mandato "ordinario"", *op. cit.*, pág. 44 señala que lo más conveniente "sería redactar una cláusula en el contrato en que el mandante requiera al notario no entregar el poder al mandatario, sino en el caso en que éste le entregase in certificado médico en el que constase que, efectivamente el mandante sufre una alteración de sus facultades mentales".

⁵⁵ El artículo 11.5 LDP prevé la creación de un Registro Nacional de Instrucciones Previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Esta previsión ha tenido efecto con la creación del Registro nacional mediante la aprobación del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal cuya entrada en vigor tendrá lugar el 15 de noviembre de 2007 (*BOE*, núm. 40, de 15 de febrero de 2007, pp. 6591 a 6593). Se trata de un Registro Central adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección. En el mismo se recogerán las inscripciones practicadas en los registros autonómicos (art. 1 RD 124/2007).

La mayoría de las legislaciones autonómicas han previsto, asimismo, la creación de Registros autonómicos, y han dictado la correspondiente legislación de desarrollo. Así, entre otras, Decreto 175/2002 de 25 de junio que regula el Registro de Voluntades Anticipadas en Cataluña; Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas; Decreto 238/2004, de 18 de mayo por el que se regula el Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía.

El artículo 251 del Código de Familia catalán ya prevé la creación de un Registro de nombramientos tutelares no testamentarios que permite la inscripción de las delaciones de las tutelas que hayan sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172.

⁵⁶ En el mismo sentido, JIMÉNEZ CLAR A.J., "La autotutela", *op. cit.*, pág. 151; ARROYO I AMAYUELAS E., "Del mandato "ordinario"", *op. cit.*, págs. 43-44.

un período máximo de vigencia que permitirá comprobar, a través de un control notarial en el otorgamiento “si el interesado sigue siendo capaz y, por tanto, la medida cautelar puede continuar vigente, o si, por el contrario, es ya incapaz y se precisa recurrir a la vía judicial”⁵⁷.

VII. Extinción del apoderamiento o mandato preventivo.

Como señala expresamente el artículo 1732.2, se extingue el apoderamiento porque el juez en la resolución de incapacitación toma la decisión de extinguir el apoderamiento al constituir el organismo tutelar; o decide dejarlo subsistente, y extinguirlo *a posteriori* a instancia del propio tutor⁵⁸. En este último caso, hasta ese momento el apoderamiento ha coexistido con el órgano tutelar nombrado. No obstante, conviene aclarar que dicha coexistencia resulta más difícil si estamos ante un mandato general que, ante un mandato específico referido “*a uno o más negocios o asuntos determinados*” (artículo 1712 del Código Civil)⁵⁹.

En todo caso, si se trata de incapacitación total y se ha designado tutor éste puede controlar al mandatario en tanto se mantenga la vigencia del apoderamiento, sin perjuicio del control asumido por los órganos de fiscalización designados por el poderdante expresamente; si la incapacitación es parcial y se ha nombrado curador, resulta más lógico el planteamiento de subsistencia del mandato; pero aún en el caso que el juez hubiera tomado la decisión de su extinción, nada impide que se proceda al otorgamiento de un nuevo apoderamiento y a la fijación de su contenido con base a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, si no queda restringida tal posibilidad en la misma.

No obstante, resulta conveniente que en la sentencia de incapacitación se contenga referencia expresa sobre la extinción del mandato, pues, de lo contrario, puede entenderse subsistente.

Asimismo, durante la vigencia del apoderamiento preventivo, cuando tenga lugar su extinción, atendiendo al tenor literal del artículo 1720 del Código Civil, el apoderado está obligado a la rendición de cuentas de su gestión⁶⁰. La dificultad

⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA M.A., “Reflexiones sobre la autotutela”, *op. cit.*, pág. 63

⁵⁸ En estos términos se expresa el **artículo 483.2 del Code Civil**: “*2º. Le décès de la personne protège ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure*”. (“La muerte de la persona protegido o el sometimiento a tutela o curatela, salvo decisión contraria del juez sobre la medida”).

Por su parte añade este precepto en su apartado 2: “*Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d’une mesure de sauvegarde de justice*”.

⁵⁹ Precisa, acertadamente, PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, pág. 164, que la variedad de formas que puede adoptar el mandato hace que la decisión de dejar subsistente o de ordenar la extinción del mismo, no pueda resolverse en términos generales, sino que es una de esas situaciones jurídicas que deben ser resueltas caso por caso. No obstante, puede adoptarse la decisión por parte del juez que, el tutor se ocupe solo de la guarda y protección de la persona (artículo 215 del Código Civil), atendiendo el apoderado lo referente a los bienes; o a la inversa, que el tutor se encargue de los bienes y el mandatario de la persona.

⁶⁰ Dispone, igualmente, el **Code Civil** que el mandatario deberá rendir cuentas de su gestión anualmente que será verificada según las modalidades definidas para el mandato y que el juez puede hacer revisión según las modalidades previstas en el artículo 511 (**artículo 486**: “*Le mandataire chargé de l’administration des biens de la personne protège fait procéder à leur inventaire lors de l’ouverture de la mesure. Il assure son actualisation au cours du mandat afin de maintenir à jour l’état du patrimoine*”).

Il établit annuellement le compte de sa gestion qui est vérifié selon les modalités définies par le mandat et que le juge peut en tout état de cause faire vérifier selon les modalités prévues à l’article 511”).

añadida es que si el mandante está incapacitado de hecho no puede recibir válidamente tal rendición; no así, si está incapacitado judicialmente, pues, es al tutor, a quién se debe rendir cuentas de la gestión.

Sería adecuado contener previsión expresa en el poder de a quien o a qué órgano, constituido por el propio mandante, ante una eventual incapacidad de hecho, debería rendirse tales cuentas. De no contenerse tal previsión, lo que suele ser una situación bastante frecuente en la realidad práctica, el mandatario actuará con nadie a quien decir cómo, de qué manera se cumplen los encargos recibidos. Una situación que, como señala PUENTE DE LA FUENTE, guarda bastante semejanzas con la guarda de hecho, pero que tiene sobre ella, el añadido de mandatos. El apoderado, continúa el citado autor, estaría, por tanto, sometido a la responsabilidad que el artículo 299 del Código Civil establece para el guardador de hecho⁶¹.

En todo caso, de lo que no cabe duda, es que a falta de una previsión expresa en el poder, se debería optar por la incapacitación judicial, cuando por el motivo que sea, no funciona adecuadamente este mecanismo de autoprotección que representa el apoderamiento preventivo, sobre todo, cuando el mandatario no cumple adecuadamente su encargo, y se aprovecha de la situación de incapacidad del poderdante⁶².

Ahora bien, sobre la base igualmente de lo dispuesto en el artículo 1732 en su apartado 1, se puede extinguir el poder por revocación expresa del mandante, pues, a falta de resolución judicial de incapacitación, se presume la capacidad del poderdante y la eficacia de sus actuaciones⁶³; o por renuncia del mandatario, en este caso, sería conveniente no sólo prever el nombramiento de un sustituto, sino también determinar a quien se debe comunicar tal renuncia, pues, en el caso de apoderamiento *ad cautelam*, al no existir representante legal nombrado, y el poderdante estar falto de capacidad, no sería posible comunicar a ninguno de los dos la situación de renuncia. No obstante, a falta de mención expresa, señala

No obstante, si estamos ante mandato notarial, el mandatario rendirá cuentas al notario que ha establecido el mandato, y, éste comunicará al juez de tutelas todo movimiento de fondos y todo acto no justificado o no conformes con las estipulaciones del mandato (**artículo 491**: “*Pour l’application du second alinéa de l’article 486, le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexes toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n’apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat*”).

Por su parte, para ambos tipos de mandato señala el **artículo 487**: “*Al’expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, le mandataire tient à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, de la personne protege si elle a recouré ses facultés ou de ses héritiers l’inventaire des biens et les actualisations auxquelles il a donné lieu ainsi que les cinq derniers comptes des gestion et les pièces nécessaires pou continuer celle-ci ou assuer la liquidation de la sucesión de la personne protege*”. Y, especifica para el mandato privado el **artículo 494** que por aplicación del apartado último del artículo 486, el mandatario conserva el inventario de los bienes y actualizaciones “*les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives ainsi que celles nécessaires à la continuation de celle-ci*”.

Il est tenu de les présenter au juge des tutelles ou au procureur de la République dans les conditions prévues à l’article 416”.

⁶¹ PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, págs. 166-167.

⁶² DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ C., “¿Crisis de la incapacitación?”, *op. cit.*, págs. 46 y 61.

⁶³ No obstante, ante la más mínima duda respecto de la capacidad del mandante-revocante del Notario que se encuentre ante una solicitud de revocación de un poder preventivo, debe solicitar el dictamen de un facultativo. *Vid.*, PUENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, *op. cit.*, pág. 162.

Jiménez Clar que la iniciativa más razonable es poner en conocimiento del Ministerio Fiscal tal renuncia⁶⁴.

Finalmente, y aunque sea obvio plantearlo, resulta claro que el poder o mandato preventivo no evita el procedimiento de incapacitación, ni, por ende, la constitución de la tutela, pero, en los términos vistos, nada impide que pueda coexistir ambos, esto es, tal poder preventivo subsiste junto con dicho instituto de guarda, si así lo establece el Juez en la sentencia de incapacitación; pensando siempre en el propio interés o beneficio del incapacitado.

⁶⁴ JIMÉNEZ CLAR A.J., “La autotutela”, *op. cit.*, pág. 153.

Asimismo, señala PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por Ley 41/2003”, *op. cit.*, pág. 435, como otras causa de extinción del apoderamiento, lógicamente, la incapacidad del apoderado, muerte, concurso o insolvencia del poderdante o apoderado; y, asimismo, la insuficiencia y falta de adecuación del apoderamiento preventivo al grado de incapacidad apreciado al poderdante en la sentencia de incapacitación.

Por su parte, el mencionado **artículo 483 del Code Civil** dispone como otras causas de extinción que, además, coinciden la mayoría con las expuestas: “*le mandat mis à exécution prend fin par:*

1°. *Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandat o du mandataire, dans les formes prévues à l'article 481;*

2°. *Le décès de la personne protege ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure;*

3°. *Le décès du mandataire, son placemente sous une mesure de protection ou sa déconfiture;*

4°. *Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les regles du droit común de la représentation ou celles relatives aux droit er devoirs respectif des époux er aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il sont pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandat.*

Le juge peut également suspendré les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice”.

BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO I AMAYUELAS E., “Del mandato “ordinario” al mandato de “protección”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, enero-marzo de 2004.

BADENAS CARPIO J.M., Apoderamiento y representación voluntaria, Aranzadi, Pamplona 1998.

CARPIO GONZÁLEZ I., “Primera regulación de la autotutela en el Derecho español: La Ley catalana 11/1996, de 29 de julio”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 190, Diciembre 1996.

DÁVILA HUERTAS E., “La autotutela”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 227, Abril 2000.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ C., “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006.

DÍEZ-PICAZO L., La representación en el Derecho privado, Civitas, Madrid, reimp. 1992.

FERNÁNDEZ LOZANO J.L., La representación”, *Instituciones de Derecho Privado*, T.I Personas, vol. 2º, coord. José Ángel Martínez Sanchiz, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO M., “Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania”, *Revista Electrónica de Geriatría y Gerontología*, vol. 4, nº 2, año 2002 (www.geriatrianet.com).

-“La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Actualidad Civil*, nº 21, 24 al 30 de mayo de 1999.

JIMÉNEZ CLAR A.J, “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Valencia 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005.

- Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los Enduring Powers of Attorney”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 8, Octubre 2003.

LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil*, T. III, Contratos, 8ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA M.A., “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados “apoderamientos preventivos””, *La Notaria*, núm. 2, Febrero 2000.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS E., “La autotutela en el Derecho Civil común”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, Octubre-Diciembre de 2006.

PÉREZ DE VARGAS J., “La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003”, en *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, coordinador José Pérez de Vargas, La Ley, 2006.

- La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Diciembre 2001

PEREÑA VICENTE M., “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *La Ley*, año XXVIII, núm. 6665, 6 de marzo de 2007.

PUEENTE DE LA FUENTE F., “El mandato preventivo”, en la *Protección Jurídica del Discapacitado. II Congreso Regional*, coordinador y prólogo Ignacio Serrano García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

REPRESA POLO P., “Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces”, en *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, dirigido por Silvia Díaz Alabart, Ibermutuamur, Madrid, 2004.

RIVAS MARTÍNEZ J.J., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1998.

ROVIRA SUEIRO M., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Llave, Madrid 2005.