

### **III.- EL APODERAMIENTO O MANDATO PREVENTIVO**

**Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés**

*El presente trabajo corresponde a la conferencia pronunciada el 20 de Noviembre de 2008 por el entonces Presidente de la Academia Eduardo Martínez-Piñeiro. En ella desarrolló el hoy tan actual tema del apoderamiento o mandato preventivo, con el que se estructura una situación jurídica que en el futuro podrá ser de aplicación, si el poderdante llega a tener seriamente mermadas sus facultades intelectuales. Esta conferencia supuso la inauguración del curso académico 2009-2010 así como el último acto académico en el que Eduardo Martínez-Piñeiro intervino como Presidente de la Academia, cargo que desempeñó a lo largo de 8 años.*

Las ciencias adelantan que es una barbaridad. Si la memoria no me falla esta frase era de una canción/ un cuplé de moda a principios del siglo XX. Y es cierto que las ciencias adelantan y no menos cierto es que entre estos adelantos se encuentran los de la medicina y ramas del saber conexas que han conseguido un espectacular incremento de la esperanza de vida; lo que nos llena de satisfacción –de seguro que en el siglo XIX yo no les estaría ahora dando la vara– y al mismo tiempo provoca inquietud y alarma, pues a nadie se le escapa que con el paso de los años todos nos vamos deteriorando y se está produciendo un gran aumento de las enfermedades de carácter degenerativo (Alzheimer y de Pick, fundamentalmente).

Y como el Derecho es para la vida, el legislador debe tomar en consideración esta nueva situación y tratar de solucionar el problema. Entre nosotros la ley 41/2003, de 18 de noviembre, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artº. 49 de la Constitución, ha dispuesto una serie de mecanismos encaminados a lograr la igualdad entre personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos, tal como exige el artº. 9.2 de la propia Constitución.

Esta Ley –que lleva por rúbrica “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la L.E.C. y de la Normativa Tributaria con esta finalidad– tiene por objeto inmediato la regulación del patrimonio especialmente protegido, masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo. Además, incorpora distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad: modificaciones en el derecho de sucesiones (artºs. 756, nueva causa de indignidad; 782, permitiendo que una sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta cuando ello beneficie a un descendiente judicialmente incapacitado; 822, en materia de computación; 831, ampliación de las facultades del testador para poder conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto –protección indirecta de las personas con discapacidad-; y 1041, todos ellos del C.c., dispensa de colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes con discapacidad); modificación del contrato de alimentos, nuevos artºs. 1791 a 1797 de dicho cuerpo legal que regulan los alimentos convencionales, ampliando así las posibilidades que ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad, como los ancianos; modificaciones de la normativa tributaria, mediante las que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos,

reforzando los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, había introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del I.R.P.F. y por la que se modifican las leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes; y la regulación de la autotutela (posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad) en el artº. 223 C.c., materia de la que me ocupé extensamente en el trabajo con el que colaboré en los “Estudios de homenaje a Miguel Coll Carreras”, siendo complemento de esta regulación la reforma del artº. 1732 C.c., “con objeto de establecer –como leemos en la E. de M. de la mentada Ley 41/2003– que la incapacidad judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuidad a pesar de la incapacidad, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el Juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”.

Y llegamos así al tema central de nuestra charla, los denominados “mandatos de protección” por ARROYO I AMAYUELAS, que afirma haber tomado esta expresión del profesor de la Universidad de Montreal, CLAUDE FABIEN, o “apoderamientos preventivos” por MARTÍNEZ GARCÍA Y RIBELLES DURÁ, recogiendo, quizás, la terminología del Borrador, de lo que ha pasado a ser la Ley 41/2003, –versión 18-02-2002– que incluía la regulación de la autotutela en su disposición final sexta juntamente con las modificaciones en materia de poderes, o “aprovechamientos o mandatos preventivos” (BERROCAL LANZAROT) que es la que hemos utilizado nosotros como título de este parlamento.

## **I.- CONCEPTO Y CARACTERES.**

Con la reforma operada en el artº. 1732 C.c. por la Ley 41/2003, éste queda redactado del siguiente modo: “El mandato se acaba: 1º Por su revocación. 2º Por renuncia o incapacidad del mandatario. 3º 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”.

Dos puntualizaciones antes de continuar:

1ª) La posibilidad de prórroga del mandato ordinario, su no-extinción a pesar de la incapacitación posterior del mandante, dependiente, no sólo de la voluntad de éste, sino también de la discrecionalidad judicial, la cual se aplica también en la autotutela, de acuerdo con lo prevenido en los artºs. 224 y 234 C.c. y por continuar manteniéndose el sistema de tutela de autoridad en su modalidad judicial, introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

2ª) Matización de la anterior reforma del artº. 1732, efectuada mediante la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C., que consistió en reintroducir la incapacitación como causa de extinción del mandato, “desfaciendo” así el lapsus en que había incurrido la Ley 6/1984, de 31 de marzo, que había borrado del 1732 la “interdicción” como causa de extinción del mandato, por cuanto la incapacitación –bajo el nombre de “interdicción”– ya existía como causa de extinción del mandato en el originario artº. 1732 C.c. Supresión debida –como pone de relieve ARROYO I AMAYUELAS– a la ignorancia del actual legislador sobre el lenguaje jurídico del legislador del siglo XIX, según el cual “interdicción civil” significaba, precisamente”, “incapacidad” y no “pena de interdicción”, como, por el contrario, presupuso equivocadamente dicha Ley 6/1984.

Recordemos que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 entre nosotros es similar a la que ha tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos que, aunque con diferencias, reconocen la subsistencia del mandato o el poder conferido una vez declarada la incapacidad/incapacitación del otorgante. Ejemplos: Inglaterra, que junto al “power of attorney” (poder ordinario) que se extingue con la incapacidad, admite el “durable/enduring power of attorney”, un poder irrevocable para el caso de incapacidad del otorgante a partir de 1985 en la “Enduring Powers of Attorney Act”; Escocia, en la “Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1990”; con algunas dudas Québec (1991) –artº. 273, 2131, 2166 y 2175 del Código quebequiano–; Alemania, donde el parágrafo 672 BGB establece expresamente la no extinción del mandato por incapacidad sobrevenida y, por tanto, tampoco la del poder otorgado (& 168 BGB), corroborados por el & 1896 del propio BGB, son los denominados “Versorgevollmacht”; e Irlanda desde la “Powers of Attorney Act” de 1996. No navegan en la misma ruta las legislaciones belga (artº. 2003 C.c.), italiana (artº. 1772 C.c.) y Suiza (artº. 405 de su Código de obligaciones).

Nuestro legislador no aprovecha la reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo –lo que nos parece lógico y normal–, así como tampoco para calificado como tal o emplear otra denominación. Ello da pie para que sean los autores los que se ocupen de esta tarea. Por citar algún concepto doctrinal recogemos dos: el primero, el de MARTÍNEZ GARCÍA,

que emplea la expresión apoderamiento preventivo, y que sostiene que es “la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad, más o menos acusada, ordena una delegación, más o menos amplia, de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”. El segundo concepto se debe a FERNÁNDEZ LOZANO, que también acepta la denominación de apoderamiento preventivo, y que lo define como “el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no– posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el juez tras la declaración judicial de su incapacidad”.

A diferencia de nuestra ley, la francesa de protección de las personas mayores, Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, si da un concepto descriptivo del que denomina mandato futuro de protección en el artº. 477 del Código civil francés, al establecer que “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 artº. 425, que no pueda por sí sola atender a sus intereses”; causas del artº. 425 son: alteración constante, sea en sus facultades mentales, sea en sus facultades corporales, que la impidan expresar su voluntad.

Para comprender lo que significan los apoderamientos preventivos hemos de referirnos –como hace MARTÍNEZ GARCÍA– al propio concepto de poder. Sin posibilidad de extendernos en una materia que ha sido objeto de una dilatada y vivísima controversia doctrinal, podemos concluir que el poder es el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad receptiva (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante. Partiendo de este concepto –continúa el autor citado– veamos las características del poder, a saber:

1ª) Necesidad de distinguir entre el poder, que designa el conjunto de facultades que un sujeto delega en otro, del apoderamiento o declaración unilateral de voluntad de la que el poder nace, de la relación subyacente a causa del otorgamiento del poder, y del negocio representativo, que es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante. También conviene distinguir entre el poder, en el que la relación representativa es esencial (los efectos del negocio concluido recaerán directamente en la persona del poderdante) de la simple autorización, en la que una persona faculta a otra para obrar en su interés, pero en la que los efectos del negocio concluido recaen en la persona del autorizado, que ha de retransmitirlos después al autorizante (supuesto llamado por algunos de

representación indirecta y por otros, como CÁMARA, de interposición de persona),

2ª) Causa del apoderamiento. El apoderamiento tiene su causa en un contrato o relación subyacente entre el poderdante y el apoderado, que normalmente será un contrato de mandato (por el que el apoderado-mandatario se obliga a gestionar intereses del poderdante-mandante), pero que puede ser de otro tipo: arrendamiento de obra, de servicios, comisión mercantil, gestión de negocios, contrato de trabajo, etc.

3ª) Apoderamiento abstracto. ¿Cabe el apoderamiento que nazca sin contemplación de ninguna relación subyacente?. No lo creen posible CÁMARA y DE CASTRO, por ejemplo, sí otros como CANO MARTÍNEZ DE VELASCO. En lo que sí se está de acuerdo es:

- en la independencia del poder respecto de la relación subyacente,

- y en la posibilidad del otorgamiento de poderes que no tengan todavía su fundamento en una relación previa. Es nuestro supuesto: el de los apoderamientos preventivos o “ad cautelam”, que se confieren al apoderado en previsión de que el poderdante, en un supuesto determinado, no se halle en condiciones de actuar por sí.

A la vista de lo expuesto, mantiene BERROCAL LANZAROT, si estamos ante un apoderamiento preventivo sus caracteres, como negocio jurídico, son: unilateral, receptivo, revocable, causal, intervivos (pues 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) y personalísimo (sólo el poderdante puede otorgarlo, 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, según sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento.

## **II.- MODALIDADES.**

Nuestro legislador, como en tantas otras ocasiones, no se distingue por su precisión En la E. de M., en el párrafo transcrito al inicio de esta charla, al referirse a la razón de ser de la reforma del artº. 1732 señala que se lleva a cabo “con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación”. Mientras que en la redacción que da al pár. 2º del apartado 3º del artículo de que se trate alude, por un lado, a la incapacitación sobrevinida

del mandante y, por otro, a la incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Ello lleva a la doctrina a preguntarse a qué intención obedece que el legislador emplee términos distintos: incapacidad e incapacitación. La respuesta mayoritaria de los autores –PEREZ DE VARGAS, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, PUENTE DE LA FUENTE Y BERROCAL LANZAROT, entre otros– consideran que la incapacidad a la que se refiere el legislador es tanto la incapacitación judicial como la incapacitación de hecho o natural (discapacidad). De otra forma, no sólo se quebraría la finalidad del apoderamiento como instrumento alternativo a la incapacitación judicial y para situaciones transitorias de merma de capacidad, sino también se impediría la eficacia plena de la voluntad del poderdante al hacer depender tanto la subsistencia del apoderamiento como el comienzo de sus efectos de una decisión judicial.

Del ya expuesto pár. 2º del apartado 3º del 1732 se desprenden dos modalidades de la figura que estamos examinando:

A) Apoderamiento continuado o poder con ultractividad, según la terminología de PEREÑA VICENTE o MARTÍNEZ GARCÍA, que es aquél que en su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacitación del poderdante. Se trata, por tanto, de un poder que desde el primer momento despliega todos sus efectos y que, en principio, no se ven alterados por la pérdida de capacidad del poderdante. Como dice el precepto, aquel que no se extingue porque en el mismo mandato se hubiese dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante; y como dice JIMÉNEZ CLAR trátase de un poder en el que el poderdante “blinda el poder y protege sus efectos frente a su futura incapacitación”.

B). Y el apoderamiento o poder preventivo en sentido estricto o “ad cautelam”, que es el que se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que el poder no producirá efectos hasta que se produzca esa pérdida de capacidad, que vendría a ser algo así como la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no sus efectos. Como dice el legislador, en el repetido apartado 3º del 1732, el mandato no se extinguirá si se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Incapacidad que, conforme a lo antes expuesto, incluye tanto la incapacidad (discapacidad) de hecho, como la incapacitación judicial.

Ante la falta de una regulación completa de la materia esta modalidad de apoderamientos preventivos plantea múltiples problemas:

– de una parte, la determinación de las condiciones a las que el apoderado-mandatario ha de acomodar su actuación: por ejemplo, criterios a

los que ha de acomodar su toma de decisiones –mantenimiento de la vida independiente del poderdante o su acogimiento en alguna institución adecuada, etc.

– y de otra, determinar qué grado de discapacidad provocará la entrada en vigor del poder y quien determinará que se ha llegado a tal grado de discapacidad. Problemas que el propio poderdante deberá intentar solucionar en el documento en que se formalice el apoderamiento o en documento diferente.

No conviene olvidar que ambas modalidades de apoderamiento actúan respecto de quienes han perdido su capacidad de autogobierno (incapacidad de hecho o incapacitado judicialmente), no en cuanto a quienes padecen una discapacidad física manteniendo una plena capacidad intelectual y/o volitiva. En todo caso, tanto la discapacidad física, como una enfermedad o la propia vejez de un sujeto plenamente capaz de obrar, pueden aconsejar –como puntualiza BERROCAL LANZAROT– un mandato ordinario pero no preventivo con el objeto de lograr una adecuada gestión de su patrimonio y cuidado de su persona.

### **III.- FUNDAMENTO.**

A nuestro modo de ver la razón de este instituto coincide con el de la autotutela, que como expuse en su día se halla en la facultad de autorregulación que el Ordenamiento Jurídico reconoce a todo sujeto de derecho mayor de edad, proyectada –como señala PEREZ DE VARGAS MUÑOZ– al momento en que su capacidad llegue a faltar, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando ésta se produzca, respetando así el principio de plena libertad personal, pues ¿quién mejor que el propio interesado para –estando en condiciones de hacerlo– designar a la persona que desea se ocupe de sus asuntos?.

Coincide su fundamento con el atribuido, no sólo a la autotutela, sino también con el de las instrucciones previas (las denominadas voluntades anticipadas y más conocidas con la denominación de “testamento vital”, traducción castellana del término anglosajón “living will”, cuya paternidad corresponde a la jurisprudencia norteamericana, y que están reguladas con carácter general en el artº. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), así como con la posibilidad de iniciar el presunto incapaz su propio proceso de incapacitación (artº. 757 L.E.C.).



Fundamento, en resumen, que no es otro que el libre desarrollo de la personalidad del artº. 10.1 de nuestra Constitución.

#### **IV.- ¿QUIÉN PUEDE OTORGAR UN APODERAMIENTO PREVENTIVO?.**

Como cuestión previa podemos preguntarnos si al igual que en la tutela (cfr. artº. 223 C.c.) podrán los padres conferir poderes en nombre de sus hijos para el caso de que estos lleguen a estar incapacitados.

Nada prevé el Código al respecto, pero –como destaca PEREÑA VICENTE– la aplicación de las reglas ordinarias del contrato de mandato impiden responder afirmativamente. Recordemos, además, que al hablar de los caracteres de este tipo de apoderamientos dijimos que eran personálísimos.

No sucede lo mismo en Francia donde tras la reforma de su Código civil por la citada Ley 2007-308 –que ha ubicado los apoderamientos preventivos entre las instituciones tutelados, aunque su estructura sea la del mandato–, prevé expresamente en su artº. 477 que los padres o el que sobreviva de ellos, si ejercen la patria potestad, puedan nombrar un mandatario que represente al hijo, si éste pierde la capacidad y ellos faltan o no pueden cuidar del mismo.

Tampoco debemos olvidar que ésta sea una idea totalmente ajena a nuestro legislador, ya que al regular el patrimonio protegido en la misma Ley 41/2003, concretamente en su artº. 5, establece que cuando el administrador del patrimonio no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos que lo integren.

La cuestión central es la de la capacidad que se exige para otorgar un apoderamiento preventivo.

Nuestro Código ni con relación al régimen general aplicable a los apoderamientos, en definitiva, al contrato de mandato (artº. 1709 y ss), ni, por supuesto al específico del apoderamiento preventivo, que carece de una regulación propia, dedica precepto alguno a la capacidad del poderdante. La cuestión queda, por tanto, remitida a la más general de la capacidad que se exige para conferir a otro de la representación.

A este respecto en la doctrina se ha discutido si la capacidad para otorgar un negocio jurídico de apoderamiento es la general del negocio jurídico o la especial del negocio jurídico para el que se otorga el poder de representación (del negocio jurídico representativo). DIEZ PIZACO escribía

en 1979 que la aplicación al apoderamiento de las reglas generales sobre la capacidad para contratar y para obligarse parece plausible, aunque presente la dificultad de que el apoderamiento no es, en rigor, un contrato. La aplicación de las citadas reglas, contenidas en el artº. 1263 C.c., excluiría a los menores no emancipados y a los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir (hoy, aclaramos nosotros tras la modificación introducida en el artº. 200 C.c. por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, los afectados por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma). La aplicación de estas reglas –continuaba afirmando DÍEZ PICAZO–, en forma generalizada, presenta dos tipos de dificultades. La primera surge al pensar que la capacidad para el otorgamiento del poder debe ponerse en relación con los negocios jurídicos concretos que el poder contemplan y con las facultades que se vayan a conferir al apoderado. Así, creemos que el menor emancipado puede otorgar poderes de representación siempre que lo haga para aquellos actos para los que tiene plena capacidad de obrar. Si el menor emancipado no puede por sí solo tomar dinero a préstamo o gravar y vender bienes inmuebles, parece que no lo podrá realizar por medio de apoderado y que será inválido el poder que a estos se otorgue. Más si llegamos a esta conclusión, no se ve tampoco especial dificultad para que pueda otorgar un apoderamiento el menor emancipado, siempre que las facultades que confiera a un apoderado tengan por objeto aquellos actos que él pudiera realizar por sí mismo. En otro sentido, parece claro que el negocio realizado por los menores –y entre ellos el de apoderamiento– no será en ningún caso absolutamente nulo, sino sólo anulable a instancia de las personas a quienes corresponda su representación legal o al propio menor en el momento de su llegada a la mayor edad.

¿Podemos trasladar todo lo expuesto al campo de los apoderamientos preventivos?. Respecto del menor emancipado parece clara la respuesta afirmativa: podrá conceder un poder preventivo si el ámbito de éste es aquel en el que, de acuerdo con lo prevenido en los arts. 323 y siguientes del C.c., tiene capacidad para actuar sin intervención de sus padres o del curador.

¿Y qué sucede con los incapacitados sometidos a curatela? No parece exista obstáculo para que, en el ámbito en el que conserve su capacidad, puede otorgar un poder, sea éste preventivo o no. Negar esta posibilidad, escribe PEREÑA VICENTE, supone restringir sin argumentos la capacidad que el Juez no ha limitado. En este caso ¿será necesario que concurra el curador para la validez del poder? El legislador francés en el reformado art. 477 exige la asistencia del curador. Entre nosotros la respuesta que nos parece más adecuada es estar –de conformidad con lo prevenido en los arts. 288, 289 y 290 C.c.– al ámbito del poder y a lo prevenido en la

sentencia de incapacitación: si el poder incluye actos que el poderdante no puede hacer sin asistencia del curador, se impondrá su presencia; y ésta no será precisa en el supuesto contrario.

## V.- ¿QUIÉN PUEDE SER APODERADO?

De nuevo la Ley 41/2003 nada dice al respecto, lo contrario que hace la repetida ley francesa 2007-308 que en el reformado art. 480 del Código napoleónico dispone que el apoderado 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 art. 395 y el apartado segundo del 445.

La cuestión queda así reconducida a la planteada en sede de mandato. Trátase de decidir si es o no posible que actúen como representantes personas que carecen de plena capacidad de obrar o cuya capacidad se encuentre limitada. Es esta una cuestión largamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no han llegado nunca a unas conclusiones unánimes, dibujándose claramente dos posiciones diversas. Para una de ellas, el representante no necesita poseer las condiciones o cualidades que determinan la plena capacidad de obrar, sino simplemente las condiciones naturales necesarias para entender y querer, de acuerdo, en cada caso, con la naturaleza y el contenido del negocio de que se trate. Para otros, la plena capacidad legal de obrar es necesaria para poder actuar como representante.

Los defensores de la primera de estas posturas –mantenida, entre otros, por O'CALLAGHAN, PUIG BRUTAU, DÍEZ PICAZO, MARTÍNEZ GARCÍA, LEÓN ALONSO y BERROCAL LANZAROT– aducen a su favor, como señala MOSCO, argumentos de orden histórico, práctico y dogmático. Desde el punto de vista histórico, se señala que ya el Derecho Romano admitió la gestión representativa llevada a cabo por personas carentes de plena capacidad, especialmente como “procuradores” o como “institores”. Desde el punto de vista práctico, se han aducido razones de oportunidad. BETTI señaló que si bien la regla que permite la actuación representativa de personas carentes de plena capacidad de obrar es discutible desde el punto de vista de la lógica y de los principios, se justifica en virtud del interés del representado, para quien agiliza su actuación por medio de intermediarios. Por último, planteada la cuestión en un terreno estrictamente jurídico –afirma DÍEZ PICAZO– no puede olvidarse que la impugnación de los negocios jurídicos por defecto de capacidad es siempre una medida de protección del incapaz, otorgada a éste o a sus representantes legales exclusivamente. Los que contratan con el incapaz carecen de acción de

anulación. Ello significa que el incapaz podría impugnar la aceptación del encargo representativo y de este modo quedar inmune a las consecuencias que en vía de responsabilidad tenga para él la ejecución del encargo, a salvo el posible enriquecimiento injusto; pero que, en cambio, el incapaz no podría impugnar los contratos que hubiera celebrado en “nombre” del “dominus”, porque en ellos no es parte. Tampoco podrá el “dominus” impugnar, ni el apoderamiento ni los negocios del impugnado, por defecto de capacidad de éste, dado que carece de la acción destinada a ello y que él ha hecho posible con sus actos esa actuación representativa, debiendo, por consiguiente, asumir el riesgo.

¿Puede un menor emancipado actuar como representante?. Para responder a esta pregunta nos encontramos con el art. 1716, conforme al cual “el menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá acción contra él de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”. Artículo 1716 que ofrece graves dificultades de interpretación. Por un lado, al incluir a los menores emancipados parece estar excluyendo a los no emancipados. Por otro aplicar a los emancipados las reglas generales de irresponsabilidad contractual de los menores en el mandato parece contrario a la regla del art. 323 del propio Código. Para DE CASTRO el repetido 1716 es un cuerpo extraño dentro del sistema del C.c., que obedece tal vez a haber seguido demasiado de cerca al Código napoleónico y al italiano de 1865 y propone para entenderlo interpretarlo en el sentido de que el mandatario menor emancipado se obliga conforme a lo dispuesto respecto a las obligaciones de “cada clase” de los menores.

Por su parte PEREÑA VICENTE considera que la regla del art. 1716 está prevista para proteger al menor emancipado que no tiene plena capacidad, frente al mandante, pero en el caso de los apoderamientos preventivos se da la circunstancia de que quien está más necesitado de protección es el representado, que es incapaz. Por ello, entiende que, en este supuesto, deberá exigirse al representante plena capacidad y ello con independencia de los actos que comprenda el poder.

¿Puede ser designado representante una persona jurídica? No existe dificultad para responder afirmativamente a pesar del silencio de nuestro Código, a diferencia de la Ley francesa 2007-308 de reforma del art. 480 de su C.c. donde lo admite expresamente. En estos supuestos, afirma FERNÁNDEZ LOZANO, las personas jurídicas actuarán a través de sus representantes orgánicos (administradores). Extremo que hay que diferenciar claramente de la representación voluntaria conferida por la persona jurídica. A saber: si el contenido del poder preventivo es “vender”, ¿podría ejercitar el poder el representante voluntario de la persona jurídica a quien ésta ha otorgado facultades de vender?. La respuesta ha de ser negativa,

puesto que la persona jurídica, al otorgar a través de su representante orgánico facultades de representación al representante voluntario, lo hace por los actos en que esté directamente implicada ella misma, no para aquellos otros en los que ésta actúe como representante voluntario de un tercero. Distinta es la respuesta en el caso de que el administrador de la persona jurídica apoderada otorga poder a favor de un tercero “para el ejercicio de las facultades contenidas en el poder otorgado a favor de la persona jurídica”, supuesto en el que estaríamos realmente ante una sustitución de poder.

¿Y cabe la sustitución de poder? Es en el contrato de mandato donde el régimen de la sustitución se desenvuelve. Mas no se percibe obstáculo para aplicarlo al poder lo mismo que al mandato. Son palabras de PORPETA CLÉRIGO, seguidas por la casi totalidad de los autores (DIEZ PICAZO, FERNÁNDEZ LOZANO y un largo etcétera); incluso el T.S. se pronuncia sobre la sustitución en el mandato y en la relación representativa, utilizando ambas expresiones de forma indistinta, v.gr. S. de 9 de mayo de 1958. En este extremo de todos son conocidos los arts. 1721 y 1722 C.c., que admiten la sustitución en el mandato siempre que el mandante no lo haya prohibido y el criterio diametralmente opuesto en el ámbito mercantil de los arts. 261 y 296 C. de co. El examen de las diferencias entre sustitución propiamente dicha –que supone la extinción de la relación representativa que unía al apoderado sustituyente con el poderdante (principal) y el subapoderamiento –que es una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y que le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse desde todos los puntos de vista frente al subapoderado como un verdadero poderdante–, puestas de relieve en 1945 por el nombrado Notario PORPETA CLÉRIGO, exceden del marco de esta charla, limitándonos a afirmar que todo lo que se acaba de exponer es, a nuestro entender, de plena aplicación en sede de apoderamientos preventivos.

## **VI.- FORMA DEL APODERAMIENTO.**

La reforma de mínimos llevada a cabo por la Ley 41/2003 nada establece sobre la forma de los poderes preventivos, por lo que, tenemos que recurrir al régimen del mandato, extensible al apoderamiento.

El negocio de apoderamiento responde, en sede de forma, al principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico, heredado del Ordenamiento de Alcalá, “de cualquier manera que el hombre quiera obligarse quede obligado” (Ley única de su Título XVI).

En nuestro C.c., además de la norma general del art. 1278, respecto del

mandato el art. 1710 establece que: “El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra”, siendo múltiples las Sentencias del T.S. que consagran el indicado principio de libertad de forma del apoderamiento, si bien la mayor parte de ellas se refieren al mandato (por todas la S. de 21 de marzo de 2003).

En el Derecho comparado encontramos el mismo principio en el Código napoleónico y en el BGB (cuyo parágrafo 167 prescribe que “el poder de representación no requiere la forma prevista para el acto jurídico que se relaciona con el apoderamiento”). Contraria es la solución adoptada por el C.c. italiano (art. 1392, “el apoderamiento no sutirá efecto si no ha sido otorgado en la forma prevista para el contrato que el representante debe concluir”) y el C.c. portugués (art. 262, “salvo disposición legal en contrario, el apoderamiento revestirá la forma exigida para el negocio que el representante deba realizar”).

En nuestro Derecho no existe una norma similar a las expuestas. DIEZ PICAZO niega su admisión, argumentando que, para sostenerla, sería necesario que la voluntad del representado tuviera validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, lo que no ocurre siempre en nuestro Derecho.

Para FERNÁNDEZ LOZANO es clara la aplicación de la regla general de libertad de forma cuando para el negocio jurídico a celebrar en el ejercicio del poder conferido la Ley exige una forma “ad probationem” o “forma de valer”. Sin embargo, cuando para un determinado negocio se requiera una forma “ad solemnitatem” o forma de ser, como excepcionalmente ocurre (v.gr. donación de inmuebles, capitulaciones, censo enfiteútico y en la hipoteca), el poder en virtud del cual se pretenda la celebración de dicho negocio jurídico deberá revestir la misma forma que la exigida legalmente a éste. Como han afirmado CÁMARA, LORA TAMAYO y BOLÁS ALFONSO, cuando la Ley exige una forma con carácter esencial, esta exigencia ha de aplicarse a la totalidad de los elementos del negocio.

El expuesto art. 1710 admite, con carácter general, los mandatos/apoderamientos expresos dados por instrumento público o privado y aún de palabra. Tratándose de los apoderamientos preventivos la forma escrita (instrumento público o privado) deberá ajustarse a lo que acabamos de consignar. Extraño es, desde luego, que no se haya exigido la escritura pública –como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador aragonés en el art. 95 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona– habida cuenta de sus efectos probatorios y ejecutivos ( cfr. art. 1218 C.c. y 319 L.E.C.). No nos parece admisible, sin embargo, la forma oral por cuanto la

conformidad del poderdante –ratificación, en su caso– deberá tener lugar, por definición, cuando carezca de capacidad por su incapacitación sobrevenida.

Tampoco nos parecen admisibles los apoderamiento preventivos tácitos, por la misma razón que acabamos de expresar, cualquiera que se la tesis que adoptemos respecto de los mismos (teoría del apoderamiento tácito como una aplicación de las declaraciones tácitas de voluntad o negocios realizados “per facta concludentia”; teoría del apoderamiento tácito basado en la responsabilidad por hecho lícito o por culpa “in contrahendo”; o teoría del apoderamiento tácito como una forma de protección de la apariencia jurídica).

El tema de la forma presenta otro aspecto; el relacionado con la publicidad de estos poderes. Así como la propia Ley 41/2003 al regular la autotutela en el reformado art. 223 C.c. establece expresamente que los documentos públicos relativos al nombramiento del tutor –ya sean los otorgados por los padres o por el posible incapacitado– se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, nada dice en materia de apoderamientos preventivos.

Según LEÓN ALONSO, lo ideal, tanto desde el punto de vista de la apariencia y la publicidad frente a terceros como desde el relativo al riesgo que para el patrimonio del mandante significa el art. 1738 C.c. (eficacia de lo hecho por el mandatario respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe), sería dotar al tráfico de la contratación civil de los instrumentos necesarios para que el representado pudiera hacer llegar a los terceros el hecho de la revocación y, en su virtud, la falta de representación del apoderado, así como, añadimos nosotros, la existencia misma de los poderes.

En la misma línea MASOT MIQUEL, después de señalar que, en caso de uso del poder revocado por el apoderado, ni está suficientemente protegida la situación jurídica del poderdante ni tampoco la de los terceros con quienes se ha contratado, considera que mayor seguridad tendrían los terceros que contratan en base a la existencia del poder si pudieran cerciorarse de que realmente el poder está vigente por no haber sido revocado.

Considera FERNÁNDEZ LOZANO que el auge de las nuevas tecnologías y el hecho de que el otorgamiento de poderes se realice, generalmente, en escritura pública, así como el que su revocación tenga lugar ante Notario, con notificación de la revocación por este conducto al apoderado y requerimiento para la devolución de la copia del poder, puede

permitir, y así estima muy conveniente, la creación de un Registro público de revocación de poderes.

Sin ningún valor oficial y en fase de experimentación el Consejo General del Notariado creó en 2001 un Archivo de revocación y otras causas de extinción de poderes y que constituía una herramienta de trabajo muy importante en la labor de reforzamiento de la seguridad jurídica.

Esta idea cristalizó en el R.D. 45/2007, de 19 de enero, de reforma del R. Notarial (arts. 164, 178, 197, disp. adicional única y disp. final 1<sup>a</sup>); reforma que ha quedado sin efecto por mor de la S. del T.S. de 20 de mayo de 2008 al declarar la nulidad de las disposiciones citadas por carecer de cobertura legal, rigiendo en esta materia el principio de reserva de Ley (art. 149, 1, 8<sup>a</sup> y 18<sup>a</sup> C.E.).

Si no existe el Registro de poderes y se desconoce su existencia, ello no impedirá que el apoderado tenga en sus manos el documento en el que conste el apoderamiento y haga uso de él, sin que el Juez pueda revocarlo como permite el art. 1732, por desconocer su existencia.

Muy acertada es la propuesta de TENA ARREGUI, compartida por PEREÑA VICENTE, quien entiende que la referencia del art. 223 para la autotutela debe comprender a los poderes preventivos, por cuanto en el documento público notarial correspondiente, además de la designación de tutor, se pueden adoptar disposiciones relativas a la propia persona o bienes, y no cabe duda de que un poder general de administración y disposición de bienes otorgado en previsión de la propia incapacidad o con cláusula de subsistencia llegada aquélla, está incluido dentro de su tenor. Por esta razón considera que el Notario estará obligado a comunicar de oficio el otorgamiento del poder al Registro Civil. Estamos de acuerdo con esta idea, si bien nos preguntamos si la legislación de dicho Registro permite actualmente su anotación, o indicación al margen de la inscripción de nacimiento. Pregunta que nos parece merece una respuesta negativa al no haberse llevado a cabo la reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, al haber caducado el proyecto que había por no haber concluido su tramitación en la anterior legislatura.<sup>(1)</sup>

---

1 - Tras la finalización de este trabajo llega a nuestras manos el Texto del Proyecto de Ley de reforma de dicha Ley del Registro Civil de 1957, aprobado por la Comisión de Justicia el 19 de noviembre de 2008 –y publicado en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 26 siguiente (Serie A, n° 5-8)–, en el que se añade un nuevo artículo 46 ter, donde se establecen que “En todo caso el Notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”.



## VII.- CONTENIDO.

Aplicando de nuevo, ante el silencio de la Ley 41/2003, la normativa relativa al contrato de mandato, es clásica la distinción entre mandatos generales y especiales. Los primeros comprenden todos los negocios del mandante y los segundos uno o más negocios determinados (art. 1712). El art. siguiente, el 1713, añade que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración y que para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso; y finaliza estableciendo que la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

Que los apoderamientos preventivos se confieren con facultades en el ámbito patrimonial no plantea dudas a la doctrina (ARROYO I AMAYUELAS, MARTÍNEZ GARCÍA, BERROCAL LANZAROT).

Más problemático resulta el otorgamiento de un mandato preventivo que incluya la toma de decisiones en el ámbito personal, cuando tales decisiones tengan especial repercusión sobre la integridad de la persona o puedan incluso afectar a su vida. ARROYO I AMAYUELAS para el supuesto de que la persona afectada –el mandante/poderdante, aclaramos nosotros– no pudiera adoptar dichas decisiones por sí misma o, incluso adoptadas, éstas no estuvieran claras o se consideraran inadecuadas al estado de la medicina en el momento de ejecutarse, se pregunta si debería permitirse a quien no es representante legal del paciente –simple mandatario– otorgar el consentimiento en su nombre o interpretar su voluntad. Tras examinar la reforma llevada a cabo en Québec –que si lo autoriza (arts. 11, 12, 13 y 15 de su C.c.)–, entiende que la respuesta no está excesivamente clara en nuestra legislación reguladora de las voluntades anticipadas. Limitándose a la Ley estatal ya citada (Ley 41/2002) destaca como en el art. 9.3 se regula el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, manteniendo que si “el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. De esta manera se está aludiendo esencialmente con la “desgraciada expresión” de personas vinculadas “por razones de hecho” al conviviente no casado, pero muy dudosamente al representante voluntario o mandatario. Por otra parte, en el art. 11.1 si cabría incluir la legitimación del mandatario, por cuanto este precepto contempla la posibilidad de redactar un documento de instrucciones previas y en éste “el otorgante ... puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Finaliza este autor

inclinándose por entender que aún a falta de instrucciones precisas el mandatario debería poder “sustituir” la decisión del mandante o, en su caso, interpretarla, por lo que bastaría un poder general para actuar en el ámbito personal.

Menos dudas tiene BERROCAL LANZAROT, para la cual, ante la plena libertad de actuación que tiene el poderdante para prefijar el contenido del apoderamiento preventivo, puede formar parte del contenido de tales apoderamientos 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 para la realización de determinadas intervenciones sanitarias.

Nos parece que esta última interpretación –que podemos calificar de “generosa”– es la más adecuada para la protección de los intereses del poderdante, partiendo, además, de la base que éste habrá elegido a una persona de su total confianza.

## VIII.- EXTINCION.

Según el reformado art. 1732, nº 3, párrafo 2º “in fine”, “el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. En términos similares se expresa el art. 483 del C.c. francés, que añade la muerte de la persona protegida, que, asimismo, actuará entre nosotros por establecerlo así el citado art. 1732, en el párrafo 1º del mismo nº 3.

Como señala PUENTE DE LA FUENTE la variedad de formas –refiriéndose, sin duda, al contenido– 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; y que puede adoptarse la decisión por parte del Juez que el tutor se ocupe solo de la guarda y protección de la persona (art. 215 C.c.), atendiendo el apoderado lo referente a los bienes, o a la inversa.

Lo que es evidente es que hasta que el Juez no declare extinguido el poder, el apoderamiento coexistirá con el órgano tutelar nombrado; coexistencia que resultará más difícil si estamos ante un mandato general.

Opina BERROCAL LANZAROT que si se trata de incapacitación total y se ha designado tutor éste podrá controlar al mandatario en tanto se mantenga la vigencia del apoderamiento y que si la incapacitación es parcial

y se ha nombrado curador, resultará más lógico el planteamiento de subsistencia del mandato. En todo caso, resultará conveniente que en la sentencia de incapacitación se contengan disposiciones claras sobre estos extremos.

Sobre la base de lo dispuesto en el repetido art. 1732 el mandato preventivo se podrá, asimismo, extinguir por revocación del mandante mientras éste conserve capacidad para ello, y por renuncia del mandatario, supuesto éste que puede plantear la duda de a quien debe comunicarse la renuncia, pues en el caso de apoderamiento “ad cautelam” no existe representación legal nombrado y el poderdante carece de capacidad para ello. En opinión de JIMÉNEZ CLAR la iniciativa más razonable es ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Y con lo dicho ponemos punto y final a este parlamento, donde creemos haber dejado clara la utilidad de este tipo de poderes, especialmente para la parte interesada que va desde la aparición de los primeros síntomas de la enfermedad invalidante hasta la constitución del organismo tutelar, previa la declaración de incapacidad. Pero que nadie extraiga la conclusión de que con su otorgamiento se resuelven todos los problemas de los incapaces o incapacitados, porque éstos no quedan protegidos ni de sus propios actos –al no quedar a salvo de presiones o engaños de terceros que, en los inicios de su enfermedad degenerativa les puedan inducir a celebrar un negocio jurídico gravemente dañoso para sus intereses–, ni frente a los abusos de poder de aquél en quien confiaron pero a quien ya no pueden controlar.

Una nueva regulación de la materia, en la que se configuren en perfecto equilibrio y armonía todos los intereses en juego, sería de desear.

-----

Mil gracias por su atención, con el ruego de que consideren esta charla como el medio que he considerado más adecuado para despedirme en público de todos Vds., por cuanto el próximo día 1 de enero ceso en mi condición de Presidente de esta Academia, por haber agotado los plazos marcados en sus estatutos.

¡Gracias!