



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **CUESTIONES JURÍDICAS DE LOS PODERES OTORGADOS EN LA ANCIANIDAD**

Autor: Álvaro Gutiérrez Alfayate  
5º E3 B  
Derecho Civil

Tutor: M<sup>a</sup> Reyes Corripio Gil-Delgado

Madrid  
Abril 2020

## **Resumen y palabras clave**

**Resumen:** Es una realidad que la sociedad va envejeciendo paulatinamente, y los ancianos representan un colectivo vulnerable que merece y necesita de especial protección. El ordenamiento jurídico español se ha quedado atrás en la adaptación legislativa de un sistema ya desfasado, de modo que hasta sus tribunales, y más concretamente el Tribunal Supremo, se han adelantado a ésta adaptación dictando resoluciones más acordes con la tendencia actual recogida en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, más concretamente en su artículo 12, en la que prima el respeto por los Derechos Humanos de las personas con capacidad modificada, en contra del sistema de sustitución, basado en el mandato, representación y apoderamiento, que hasta ahora se viene practicando en el ordenamiento jurídico español. Dicha modernización debe fomentar y desarrollar los poderes preventivos y continuados otorgados por las personas mayores como garantía del respeto a su autonomía de la voluntad, promoviendo figuras tales como la guarda de hecho, autotutela o autocuratela más acordes con los postulados de la citada Convención, además de complementar el papel de los notarios a la hora de emitir el juicio de capacidad del otorgante, por ser profesionales que carecen de conocimientos suficientes para valorar el estado psíquico y psicológico del mandante, y el papel que en el futuro han de jugar tanto instituciones públicas como privadas que garanticen de la dignidad y los derechos de nuestros mayores.

**Palabras clave:** Ancianidad, capacidad, apoderamiento, mandato, capacidad modificada, vulnerabilidad.

## **Abstract and keywords**

**Abstract:** It is a reality that society is gradually aging, and the elderly represent a vulnerable group that deserves and needs special protection. The Spanish Legal System has lagged behind in the legislative adaptation of a system that is already outdated, so that even its courts, and more specifically the Supreme Court, have anticipated this adaptation by issuing resolutions that are more in line with the current trend set out in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, more specifically in its article 12, in which respect for the Human Rights of persons with modified capacity prevails over the system of substitution, based on mandate, representation and power of attorney, which has been practised in the Spanish Legal System up to now. This modernization should encourage and develop the preventive and continuous powers granted by the elderly as a guarantee of respect for their autonomy of will, promoting figures such as de facto guardianship or self-care that are more in line with the postulates of the aforementioned Convention, as well as complementing the role of the notaries when it comes to judging the capacity of the grantor, as they are professionals who lack sufficient knowledge to assess the psychological and psychological state of the client, and the role that both public and private institutions must play in the future to guarantee the dignity and rights of our elders.

**Keywords:** Age, capacity, empowerment, mandate, modified capacity, vulnerability.

# Índice

Resumen y palabras clave.....	2
Abstract and keywords .....	3
Listado de abreviaturas.....	6
Introducción .....	8
<b>CAPÍTULO I: MARCO JURÍDICO DEL APODERAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL .....</b>	<b>10</b>
1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO .....	10
<b>1.1. Concepto.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2. Naturaleza jurídica .....</b>	<b>11</b>
<b>1.3. El mandato, la representación y el apoderamiento.....</b>	<b>11</b>
2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL MANDATO.....	15
<b>2.1. Cambios significativos en los últimos años. El apoderamiento preventivo.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2. Tipos de poderes y sus límites .....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO II: EL PODER OTORGADO EN LA ANCIANIDAD .....</b>	<b>22</b>
1. LA REGLA GENERAL DE CAPACIDAD Y LA CONVENCION (CIDPD) .....	22
<b>1.1. La presunción de capacidad .....</b>	<b>24</b>
<b>1.2. Diferencias entre persona discapacitada, dependiente y con capacidad modificada ...</b>	<b>29</b>
2. LA DISCAPACIDAD Y LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CIDPD) .....	30
<b>2.1. La CIDPD y su implantación en el derecho español .....</b>	<b>30</b>
<b>2.2. La problemática del art. 12 de la Convención (CIDPD) .....</b>	<b>32</b>
<b>2.3. Críticas a la trasposición.....</b>	<b>35</b>
<b>2.4. Protección jurídica de los derechos de las personas mayores .....</b>	<b>36</b>
<b>2.5. Vulnerabilidades de la ancianidad.....</b>	<b>37</b>
3. EL PODER OTORGADO POR LA PERSONA ANCIANA CAPAZ.....	39
<b>3.1. Importancia del apoderamiento durante la tercera edad .....</b>	<b>39</b>
<b>3.2. El papel del Notario en los apoderamientos notariales.....</b>	<b>39</b>
4. EL PODER OTORGADO POR PERSONA ANCIANA INCAPAZ .....	41
<b>Capítulo III: LA EXTINCIÓN DEL PODER .....</b>	<b>44</b>
1. FORMAS DE EXTINCIÓN DEL PODER DE REPRESENTACIÓN.....	44
2. LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES.....	46
3. LA LABOR DE LOS TERCEROS: FAMILIARES Y GUARDADOR DE HECHO .....	48
<b>3.1. Ámbito privado. La labor de los familiares y terceros .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2. Ámbito público. ....</b>	<b>49</b>
<b>3.3. La labor del guardador de hecho .....</b>	<b>49</b>

<b>CAPITULO IV: CONCLUSIONES.....</b>	<b>53</b>
<b>CAPITULO V: BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>55</b>

## Listado de abreviaturas

- **AP:** Audiencia Provincial
- **CC:** Código Civil
- **CE:** Constitución Española
- **CGPJ:** Consejo General del Poder Judicial
- **CIDPD:** Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- **CIPDHPM:** Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
- **CP:** Código Penal
- **DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos
- **FGE:** Fiscalía General del Estado
- **FJ:** Fundamento Jurídico
- **INE:** Instituto Nacional de Estadística
- **LAJ:** Letrado de la Administración de Justicia
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil
- **LJV:** Ley de Jurisdicción Voluntaria
- **LPPPD:** Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad
- **MF:** Ministerio Fiscal
- **OMS:** Organización Mundial de la Salud
- **ONG:** Organización No Gubernamental
- **ONU:** Organización de las Naciones Unidas
- **RAE:** Real Academia Española
- **RDL:** Real Decreto Legislativo
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial
- **SEGG:** Sociedad Española de Geriatría y Gerontología
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- **TRLGDPD:** Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad
- **TS:** Tribunal Supremo

- **UN:** United Nations

## Introducción

La esperanza de vida ha crecido en los países occidentales, y, especialmente, en España, por la mejora y desarrollo de políticas sociales, sanitarias y económicas puestas en práctica por la mayoría de los países. Como resultado de esas mejoras, el Instituto Nacional de Estadística sitúa actualmente la esperanza de vida en España, en 85 años para las mujeres, y 80 años para los hombres<sup>1</sup>.

El aumento de la longevidad hace preciso que la sociedad establezca instrumentos jurídicos que faciliten y protejan la vida de nuestros mayores y, precisamente en lo jurídico, el instrumento más importante son los apoderamientos pero, la protección jurídica de los mayores requiere ahora mayores esfuerzos normativos que excluyan la vulnerabilidad de la ancianidad, y en ese sentido se manifiesta la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (CIDPD o Convención) y, concretamente su art. 12, cuyos postulados están siendo asumidos por la mayoría de la legislación mundial, habiéndose quedado España atrás en ese empeño por culpa de la reciente e incierta situación política de la nación, lo que ha supuesto un parón normativo que dejó en el dique seco el Anteproyecto de reforma normativa en materia de discapacidad de 2018. Como consecuencia de ese parón, los tribunales han optado por actuar de forma independiente y se han adelantado al legislador, dictando resoluciones más adecuadas a lo dispuesto por la Convención antes citada, entre ellos, el Tribunal Supremo.

La reforma normativa es una exigencia de esa Convención frente al nuevo modelo social que contempla la discapacidad no como un problema de la persona que padece una enfermedad o deficiencia de cualquier tipo, sino de la sociedad que discapacita por poner obstáculos a las personas enfermas o deficientes. Si no hubiera obstáculos, esas personas podrían participar en la sociedad de una forma más fácil.

El art. 49 de la Constitución Española ya proclama que las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en dicha Carta Magna en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación pero, para ello se necesita una profunda reforma como una cuestión de Derechos Humanos, de la dignidad de todo ser

---

<sup>1</sup> Esperanza de vida en España, *INE*. Disponible en: [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios/PYSLayout). [Fecha de consulta: 12 de abril de 2020].



humano, de avanzar en la igualdad de oportunidades y en la no discriminación; en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica, en igualdad de condiciones, por parte de las personas con discapacidad. Y esa reforma, acorde con el espíritu de la CIDPD, debe terminar con el vetusto modelo español de sustitución para hacer efectivo el modelo de apoyo en la toma de decisiones, como ya están haciendo de forma efectiva los tribunales españoles.

El Anteproyecto de reforma de 2018 suprime instituciones jurídicas actuales como la incapacitación judicial, la tutela para los mayores de edad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada para otorgar una importancia relevante a la curatela sin incapacitación previa, buscando atender los aspectos personales y no sólo los patrimoniales. Apuesta por medidas preventivas y de autorregulación, como los poderes preventivos o la autocuratela, frente a las medidas judiciales. Se refuerza la guarda de hecho, concebida para permanecer en el tiempo. Pero, según los expertos, el Anteproyecto, aun conteniendo un avance normativo importante, es mejorable y hay que seguir trabajando en el mismo.

Mientras tanto, disponemos de los instrumentos jurídicos que nos brinda nuestra legislación para la protección jurídica de las personas mayores, como los poderes y el juicio notarial de capacidad -entre otros-, que voy a abordar en el presente trabajo -sin dejar de lado el Anteproyecto- y, tenemos que hacer de ellos el mejor uso que podamos a la espera de la ansiada reforma.

Este estudio pretende, mediante el análisis del sistema legislativo español actual, la CIDPD y el Anteproyecto, presentar una imagen de lo que son y serán las cuestiones jurídicas de los poderes otorgados en la ancianidad.

# CAPÍTULO I: MARCO JURÍDICO DEL APODERAMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Comenzamos este análisis con la fijación del concepto y la naturaleza jurídica del apoderamiento y una diferenciación clara y precisa de términos contradictorios, como son mandato, representación y apoderamiento, para terminar con los diferentes tipos de poderes y sus límites.

## 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL APODERAMIENTO

Se pretende en el presente apartado realizar un análisis pormenorizado del concepto y la naturaleza jurídica del apoderamiento como un instrumento jurídico por el que se autoriza a otra persona para realizar actos determinados en nombre y representación del otorgante, para finalizar diferenciando términos similares que pueden llevarnos a error.

### 1.1. Concepto

El apoderamiento es definido por la doctrina como un acto jurídico por el que el *dominus negotii* concede u otorga a otra persona un poder de representación de forma voluntaria. Tras un intenso debate, se considera actualmente el apoderamiento como un negocio jurídico unilateral, ya que la decisión de conceder el poder nace de la voluntad única del poderdante, y recepticio, ya que dicha declaración de voluntad debe ser conocida para que pueda desplegar plenos efectos jurídicos.

La representación puede ser legal, si proviene de mandato judicial; o voluntaria, si tiene su origen en la voluntad declarada del representado. Ese acto de voluntad recibe el nombre de poder, apoderamiento o autorización representativa y pertenece al ámbito de la representación directa por la que el representante actúa y decide en nombre y por cuenta del representado, frente a la indirecta, en la que actúa en nombre propio, pero por cuenta del representado.

La esfera del apoderamiento coincide esencialmente con el de la autonomía privada, desbordando, por tanto, el campo estrictamente negocial.

El derecho clásico identificaba el apoderamiento con el mandato, pero actualmente y siguiendo la doctrina de la corriente alemana, nos encontramos ante instituciones diferentes. CASTÁN TOBEÑAS señala sus diferencias: 1. El mandato crea una relación obligatoria personal e interna entre mandante y mandatario, mientras que el apoderamiento suministra un poder

jurídico de obrar con eficacia a nombre del poderdante; 2. La finalidad del apoderamiento es la representación, mientras que el mandato puede existir sin ella; 3. El mandato requiere la aceptación expresa o tácita del mandatario por ser un contrato, mientras que el poder, como acto jurídico unilateral, sólo requiere la declaración de voluntad del poderdante, dirigida a los terceros, sin que sea necesaria la aceptación, ni siquiera el conocimiento del apoderado.<sup>2</sup>

El apoderamiento y el mandato suelen ir unidos, pero el apoderamiento puede estar incorporado a otros contratos como el de sociedad o el arrendamiento de servicios. Encontramos en nuestro ordenamiento jurídico apoderamientos sin mandato y mandatos sin apoderamiento.

## **1.2. Naturaleza jurídica**

La doctrina se manifiesta mayoritariamente a favor del apoderamiento como un negocio jurídico, entendiendo éste como los actos jurídicos lícitos destinados a producir efectos jurídicos en los que la voluntad es constitutiva y reguladora de éstos pero, hay autores contrarios a esta teoría que lo definen como un acto jurídico en sentido estricto, es decir, una condición de eficacia del negocio jurídico principal que se celebre entre apoderado y un tercero, o un ofrecimiento para celebrar un mandato representativo.

Por tanto, el apoderamiento es un negocio jurídico *unilateral*, pues sólo precisa que el poderdante manifieste su voluntad de conferir su representación al apoderado y, no necesita ni de la aceptación, ni de conocimiento del apoderado para que exista. Y es un negocio jurídico *recepticio*, porque necesita que la declaración de voluntad llegue -no que acepte- al destinatario, bien apoderado, o frente a quien éste despliegue su actividad.

## **1.3. El mandato, la representación y el apoderamiento**

Sentadas las bases del concepto y naturaleza del apoderamiento, se hace preciso diferenciar, entre mandato, representación y apoderamiento; conceptos que pueden llevarnos a equívocos.

### *1.3.1. El mandato*

---

<sup>2</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Editorial Reus. 10ª ed. Madrid. 1977. p. 506.

El art. 1709 CC lo define -como lo hacía la doctrina tradicional alemana del siglo XIX-, como el contrato por el que “*se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*”. Puede ser expreso y darse por instrumento público, privado o incluso de palabra, siendo la aceptación también expresa o tácita, que se deduce de los actos del mandatario. En principio, y salvo pacto en contrario, es unilateral -salvo que haya remuneración-; se supone gratuito (como recogía el Derecho Romano), aunque también puede ser retribuido; puede tener carácter de general si comprende todos los negocios del mandante, o especial si se refiere a uno o más negocios determinados (art. 1712 CC). Es un contrato *intuitu personae*, que se basa en la confianza que el mandante concede al mandatario y en el que el mandante asume la iniciativa y establece los fundamentos del mandato, fijando las obligaciones que el mandatario debe cumplir.

### 1.3.2. La representación

GALINDO GARFIAS la define como “*el ejercicio de los poderes de las facultades y obligaciones del representante*”<sup>3</sup> pudiendo afirmarse, además, que puede ser legal -si es dada por ley- o voluntaria -dispuesta por voluntad del representado-. Esa distinción, que se recoge en el art. 1259 CC, proclama que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por éste, o sin tener su representación legal. La diferencia entre representación legal y voluntaria estriba en que, en la voluntaria, el representante sustituye a su representado, que tiene capacidad de obrar cuando, *motu proprio*, no quiere o no puede actuar personalmente; y en la legal, el representante suple el impedimento jurídico que el representado tiene de su capacidad en situaciones como la patria potestad, tutela o defensor judicial, entre otros.

La distinción entre mandato y representación se encuentra en la naturaleza abstracta del apoderamiento, lo que ha dado lugar a dos posturas doctrinales opuestas. Una -la ya mencionada doctrina alemana del siglo XIX-, en la que el poder da lugar a la representación voluntaria y deriva, por tanto, del apoderamiento; y la otra -la doctrina moderna de representación-, que parte del poder y, como consecuencia del mismo, surge la representación, siendo la actuación del apoderado su consecuencia más notoria. En resumen, del propio poder surge la representación, que se configura como la génesis del mandato.

---

<sup>3</sup> GALINDO GARFIAS, I. “Representación, Mandato y Poder.” *Revista de Derecho Privado, nueva época*, año I, enero-abril 2002, pp. 13-22. [Fecha de consulta: 26 de febrero de 2020].

El otorgamiento de poderes de representación apenas tiene regulación específica. Por ello, será necesario aplicar el art. 1263.2 CC para las personas que tienen su capacidad modificada judicialmente.

Existe una correlación -presidida por la mala fe- entre el otorgamiento de poderes en la ancianidad con la gestión del patrimonio y del orden sucesorio, principalmente con intenciones personales consistentes en tergiversar la voluntad del otorgante para obtener un poder y asignarse el patrimonio de la forma más beneficiosa para su persona. No es el caso general, pero existen numerosos ejemplos de manipulación de la voluntad de mayores para obtener poderes con dicha finalidad. En este sentido se manifiesta la STS 919/2016, que en su Fundamento Jurídico Segundo expresa que *“el acusado obtuvo un poder prevaliéndose del deterioro cognitivo de un anciano ingresado en una residencia, que no era capaz de administrar su persona ni sus bienes y el acusado desplegó un comportamiento encaminado a ganarse su confianza, aparentando pretender ayudarlo en la administración de sus bienes, en principio de forma altruista, pero con el fin último de enriquecerse con los mismos”*<sup>4</sup>. O la STS 833/2013, Fundamento de Derecho Primero que expone que, *“la acusada, aprovechando la situación de deterioro mental que padecía su pariente, anciana y senil, la engañó para que le proporcionase un poder notarial y una autorización para disponer de sus cuentas, con el fin de poder apropiarse de su relevante patrimonio”*, lo que hizo<sup>5</sup>. Y así, otras muchas en parecidos términos.

### 1.3.3. El apoderamiento

El poder o apoderamiento, para GALINDO GARFIAS, *“fija el contenido y los límites de la representación y determina los derechos y obligaciones del representante”*.<sup>6</sup> Por tanto, sería el negocio jurídico unilateral y recepticio por el que una persona faculta a otra, en virtud de una justa causa, para que actúe en nombre y por cuenta de éste.

---

<sup>4</sup> STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 de diciembre, Rec. 428/2016 (LA LEY 190624/2016) [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2020].

<sup>5</sup> STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 833/2013 de 28 de octubre de 2013, Rec. 504/2013 (LA LEY 213788/2013). [Fecha de consulta: 4 de abril de 2020].

<sup>6</sup> GALINDO GARFIAS, I. “Representación, Mandato y Poder”. “cit.” p. 18.

Existe, a nivel doctrinal, un interesante debate acerca de la categoría de este acto jurídico entre los defensores del mismo en sentido estricto -argumentando que no son negocios jurídicos por tener sus efectos predispuestos en la ley-, y los que lo defienden como un negocio jurídico, doctrina mayoritaria, y para la que es necesario que el contrato de apoderamiento reúna los requisitos de validez del art. 1261 CC, inherentes a todo contrato, ya que va a tener efectos en la esfera patrimonial y en los derechos de goce, uso y disposición de los bienes, tanto en la figura del representante como principalmente del representado.

Respecto de la independencia del apoderamiento, esta postura ya quedó definida por la dogmática alemana que concluye que, al contrario que el mandato, se ejerce con independencia. Mayor problemática ha generado la abstracción de este negocio jurídico que, como afirma RUIZ DE HUIDOBRO, deja indefenso al representado frente a la mala fe, culpa o negligencia del representante o del tercero aunque, por el contrario, implica una mayor seguridad y rapidez en el tráfico jurídico, pues al tercero solo le basta con examinar la certeza del poder sin que le afecten las posibles divergencias entre apoderado y poderdante<sup>7</sup>. Para ello, el representante, al iniciar cada negocio jurídico, debe informar que está actuando en representación de otro, y requerirá la aceptación del tercero con quien esté entablado dicha relación jurídica. Hoy en día, no cabe reconocer la abstracción del apoderamiento por carecer de sustento legal, por lo que la relación entre apoderado y poderdante es causal y está vinculada a la relación que la originó. Ante tal situación, el tercero con el que contrata el apoderado podría verse perjudicado, pero no es así ya que existen mecanismos que protegen al tercero de buena fe (arts. 1734 y 1738 CC), en cuyos requisitos profundizaron DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>8</sup> señalando, como condición *sine qua non*, la existencia de un tercero ajeno al círculo de intereses de poderdante y apoderado; la necesidad de la existencia de buena fe; y, por último, la presunción de existencia de causa lícita por el simple otorgamiento del poder que realiza el art. 1277 CC, que propicia la protección del tercero y la seguridad del tráfico jurídico. Actúa en nombre ajeno, por lo que los efectos jurídicos de sus actuaciones van a repercutir directamente en la esfera patrimonial del representado.

---

<sup>7</sup> RUIZ DE HUIDOBRO, J. (2015). *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 3<sup>o</sup> edición, 2015, p. 547.

<sup>8</sup> DÍEZ -PICAZO, L. GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, volumen II (Tomo II)*. Ed. Tecnos, 11<sup>o</sup> edición, Madrid, 2016. pp. 183-184.

La forma de celebración del contrato de apoderamiento puede ser expresa o tácita (art. 1710 CC). Ello nos lleva reflexionar sobre la vulnerabilidad de los mayores en cuanto a su autonomía de la voluntad. No quiere decir esto que los mayores no sean libres, pero sí que su voluntad es más fácil de ser coaccionada debido a una situación de superioridad física e incluso intimidación en ciertas ocasiones. Dicha coacción, como hemos apuntado previamente, tiene como resultado la obtención de poderes, aunque el art. 1280.5 CC concrete que es necesario manifestarlo en documento público para el caso de la administración de bienes -que son los más frecuentes- por parte de una tercera persona que tendrá libertad para actuar en nombre de su representado. Lo que perjudica al tercero para la *procuratio omnium bonorum* es la forma que ha de revestir el negocio jurídico y, por ello, en frecuentes ocasiones, se recurre a medios de coacción de la voluntad del poderdante a fin de que firme el documento que otorgue dicho poder. Para evitar esta situación el art. 1265 CC otorga una protección al poderdante, declarando nulo el consentimiento otorgado por error, violencia, intimidación o dolo.

## 2. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL MANDATO

Para aplicar estas reglas habría que comenzar distinguiendo la relación que origina la representación y la conexión que existe entre poderdante y apoderado, aunque tal distinción no es tan taxativa como pudiera desearse y, como en nuestro derecho no hay una normativa concreta para el apoderamiento y el mandato, se aplica a los dos la de este último en cuanto a las siguientes reglas:

- *Capacidad del apoderado.* Tienen capacidad para ser mandatarios, según el art. 1716 CC, los mayores de edad y los menores emancipados.
- *Forma del poder.* El principio rector es la libertad de forma pero, en algunos casos, se exige alguna circunstancia añadida, como la del art. 1280.5° CC, "*Deberán constar en documento público: 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*".
- *Suficiencia del poder.* El art. 1713 CC solo comprende los actos de administración "*para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores*", por lo que habrá que estar a la

redacción expresa del poder para apreciar su suficiencia, siendo las facultades en él conferidas de interpretación estricta.

- *Subsistencia del poder.* La extinción del apoderamiento se establece en el art. 1732 CC, en el que se recoge que: "*El mandato se acaba:*

*1º Por su revocación.*

*2º Por renuncia o capacidad modificada del mandatario.*

*3º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o mandatario”.*

## **2.1. Cambios significativos en los últimos años. El apoderamiento preventivo.**

En materia de apoderamientos, en los últimos años se ha evolucionado de forma obligada por el cambio demográfico. Fruto de esa evolución son los poderes preventivos o continuados en los que el poderdante predispone que, si en el futuro se ve afectado por una situación de discapacidad psíquica, su apoderado pueda seguir actuando en su nombre.

Aparecieron en la reforma del CC llevada a efecto en 2003 pues, hasta entonces, los poderes se extinguían en caso de capacidad modificada del poderdante. Desde esa fecha, el otorgamiento de poderes preventivos ha aumentado significativamente, a los que hay que sumar los poderes generales con cláusula de subsistencia del mismo para el caso de discapacidad, siendo la causa de su aumento la solución a la posible aparición de una discapacidad o enfermedad degenerativa futura, sin tener que acudir al juzgado, agilizando actuaciones y economizando gastos.

En los trabajos que se vienen realizando para la adaptación de la normativa jurídica española a la CIDPD -que será objeto de estudio detallado más adelante-, se tiene en cuenta la relevancia de este tipo de poderes y se amplía su regulación.

Actualmente, los poderes preventivos y continuados tienen su encaje en los arts. 223 y 1732 CC, si bien parece que, en un futuro próximo su regulación será más amplia y completa. La reforma legislativa, paralizada por las elecciones generales de 2019, se decanta por estos poderes como “medida de apoyo” pues, en el Anteproyecto de reforma desaparece la capacidad modificada o modificación judicial de la capacidad, sustituyendo la misma por las denominadas “medidas de apoyo”. Así, ninguna persona va a poder ser privada de su capacidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 12 de la Convención. La adaptación a la



Convención busca que las personas con discapacidad puedan actuar sin perjuicio de contar con los apoyos necesarios para ello. Pues bien, las “medidas de apoyo” pueden ser, según el Anteproyecto, “internas” o dispuestas por el afectado por las mismas, o “externas” prevenidas por autoridad judicial (curatela, defensor judicial o guardador de hecho); y, entre ambas, se decanta por las primeras, porque respetan de forma más clara la voluntad y dignidad de los discapacitados.

En la legislación vigente, es el Juez quien decide si los poderes otorgados por los discapacitados continúan tras la resolución que declara la incapacidad o no. Es el llamado poder continuado, que no acaba con la capacidad modificada del mandante aunque, posteriormente el Juez, a instancia propia o del tutor, puede ordenar su terminación. En sentencia, el Juez ha de valorar la voluntad y preferencias del incapacitado, de acuerdo con la Convención, a la hora de regular el cuidado personal y patrimonial de la persona<sup>9</sup>. Así resulta del tenor literal del art. 1732 CC *“En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar”*. Por el contrario, el art. 248 del Anteproyecto, en su párrafo segundo señala que las medidas de apoyo, *“de origen legal o judicial solo procederán en defecto o por insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”*; y, el art. 251 que, *“Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”*. Y, por lo que se refiere a los poderes, el Anteproyecto dispone en su art. 256 que, *“Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado”*.

La nueva regulación de los poderes se traduce en que los mismos deben tener en cuenta las disposiciones generales de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que se recogen en el Capítulo I del Título XI del Anteproyecto y, por tanto, se otorgarán en escritura pública; no se redactarán todos iguales sino -según la terminología jurisprudencial- como un “traje a medida”; debiendo atender no solo al aspecto patrimonial, sino también al personal; pudiendo establecerse la participación del discapacitado en actuaciones previstas en el poder, ajustando su contenido a las preferencias del poderdante.

---

<sup>9</sup> CORBACHO GÓMEZ, J.A. LEGAZ CERVANTES, F. ANDREU MARTÍNEZ, M. LECIÑENA IBARRA, A. *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1ª ed, 2018, p. 680.

Debemos hacer hincapié en el contenido de los poderes preventivos, que puede regularse de la forma más conveniente: amplitud de facultades, número de apoderados, causas de revocación, medidas de control, etc. También pueden ser de tipo continuado, al amparo de lo dispuesto en el art. 254 del Anteproyecto: *“El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad”*; o preventivo o *ad cautelam* *“si en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad”*. El primer caso es un apoderamiento puro y el segundo, es condicional.

MARTINEZ GARCIA<sup>10</sup> se decanta porque estos poderes tienen carácter pretutelar y, sobre el contenido personal de los poderes preventivos, autores como GARCIA RUBIO entiende que debe tomar un peso mayor en los mismos y aporta que deben recoger, por ejemplo, dónde quiere seguir viviendo, con quién, si quiere o no estar internado en un centro de atención especializada en la discapacidad o prefiere seguir con su entorno ordinario de vida, o quién quiere que tome las decisiones en torno a su salud que él ya no va a poder tomar por sí solo, o incluso quién desea que controle su correspondencia o sus cuentas de correo electrónico, reembolso de los gastos que le pudiera acarrear el ejercicio del apoyo o a su retribución por ejercerlo.<sup>11</sup>

Esta misma autora se posiciona ante las “medidas de apoyo voluntario”, de modo que no siempre estaremos ante un genuino poder de representación directo, en el que necesariamente se autoriza al apoderado para actuar en nombre e interés del poderdante; el otorgante lo que podría prever en el documento es que el que debe actuar sea él mismo, al menos mientras ello le sea posible, pero que en previsión de la merma de sus facultades desea ser ayudado, asistido o apoyado por otra u otras personas. Esta desviación en el funcionamiento habitual de los poderes podría haberse evitado, como afirma MAGARIÑOS BLANCO, si se regulara “la asistencia” -institución recogida en el derecho catalán-, suprimiendo el control judicial y permitiendo su establecimiento voluntario junto con el poder y la autotutela<sup>12</sup>.

Para determinar el momento en que el poder preventivo entrará en vigor, el Anteproyecto en su art. 255 dispone que, *“se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el*

---

<sup>10</sup> MARTINEZ GARCIA, M.A. *La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas, en la defensa jurídica de las personas vulnerables*. Ed. Aranzadi, Madrid, 2008. p. 260.

<sup>11</sup> GARCÍA RUBIO, M. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, Estudios, pp. 29-60.

<sup>12</sup> MAGARIÑOS BLANCO, V. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 199-225.

*cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido*". Es preciso que la entrada en vigor del poder esté dotada de criterios objetivos, tales como certificados médicos, determinación por persona de confianza del poderdante o un consejo de familia.

Hasta ahora se han expuesto los aspectos positivos de los poderes preventivos, pero, éstos también tienen sus errores, que habría que tratar de minimizar en el futuro. Por ejemplo, conceptos jurídicos indeterminados como *"desde que sobrevenga la necesidad de apoyo"* o *"en situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma"*, que deberán ser corregidos y aclarados en la tramitación legislativa. Otro elemento negativo a destacar es la transformación del poder preventivo en curatela, recogido en el art. 258 del Anteproyecto que expresa que cuando el poder *"comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa"*.

## **2.2. Tipos de poderes y sus límites**

El poder permite al representante gestionar los negocios de su representado. Debiendo establecer dos grandes distinciones en *poderes expresos o tácitos*, siendo el expreso el dado *"por instrumento público o privado y aún de palabra"* (art. 1710 CC) y, el tácito, no manifestado verbalmente ni por escrito, que se deduce por la realización por el mandatario de actividades sin que el mandante se oponga expresamente a ello; y, *poderes generales y especiales*, en cuanto al negocio jurídico encargado al representante y que define el art. 1712 CC para el general como *"todos los negocios del mandante"* y el especial como *"uno o más negocios determinados"*. Abunda en ello el art. 1713 CC al distinguir entre poderes generales de administración, para los *"actos de administración"* y poderes expresos, *"para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio"*, por ejemplo, siendo necesario que conste en dicho poder y especificar que sí se ha autorizado al representante a realizar un determinado acto de disposición y, por ello, no podrá, *a sensu contrario*, realizar los demás. El representante ha de actuar con la diligencia debida, como mínimo, con la de un buen padre de familia; habrá de cumplir con las instrucciones del mandante (art. 1719 CC), siempre y cuando éstas no contravengan la ley, la moral o el orden público; o si aprecia una manera de cumplimiento más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (art. 1715 CC).

La relación entre poderdante y apoderado es marcadamente personal y permite al primero la defensa del mejor interés del segundo, lo que lleva a un meticuloso examen de las actuaciones del representante. Del análisis de dichas actuaciones se pueden derivar consecuencias como, por ejemplo, la sustitución del representante, notar un abuso de poder en la representación o la autocontratación. En relación con la sustitución del apoderado, se permite en el art. 1721 CC, salvo prohibición expresa del poderdante, siendo éste el límite principal de la sustitución. Toda acción llevada a cabo por un sustituto designado sin el consentimiento del poderdante será nula de pleno derecho, pues nace de un acto nulo. Diferente es la relación entre apoderado y sustituto, no existe ninguna conexión entre ambos, es decir, si el sustituto es una persona capaz en el momento del nombramiento, deberá rendir cuentas de su gestión y podrá ser reclamado tanto por el poderdante como por el apoderado, pudiendo también este último dirigirse contra él en caso de sustitución defectuosa (art. 1722 CC).

Por lo que se refiere al abuso de derecho, con dicha actitud se busca emplear el poder con otra finalidad y medios de los otorgados por el poderdante. En un primer momento, los actos entre un apoderado que está actuando con abuso de poder y un tercero son válidos y despliegan todos sus efectos sin tener en cuenta el perjuicio de la relación entre apoderado y poderdante. Sin embargo, si el tercero conoce del abuso de poder por parte del apoderado, dicho negocio carecerá de eficacia jurídica alguna. Así la STS 642/2019 en su Fundamento de Derecho Tercero expone que, *“las razones por las que la sentencia recurrida estima el recurso de apelación y declara la nulidad de los negocios realizados en representación de la demandante se basan, sustancialmente, en que hubo extralimitación del poder, teniendo en cuenta la intención y voluntad con la que se otorgó, la exigencia de que el poder para disponer especifique los bienes sobre los que el mandatario puede ejercer tales facultades y la falta de prueba de que la demandante fuera beneficiaria del préstamo”*<sup>13</sup>. Por tanto, la representación no tiene cabida en actos personalísimos como el establecido en el art. 162.2 CC para el conflicto de intereses entre padres e hijos bajo patria potestad, matrimonio (art. 55 CC) o en materia sucesoria (arts. 671, 831 y 1057 CC).

---

<sup>13</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 642/2019 de 27 de noviembre, Rec. 876/2017 (LA LEY 165813/2019) [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Por último, se hace mención aparte de la autocontratación como el uso de la influencia que una persona tiene sobre varios patrimonios para que, por su voluntad, establezca relaciones jurídicas entre ellos para el beneficio propio. Esto está expresamente prohibido por el art. 1459 CC. El representante no puede comprar para sí un bien que se le ha encargado enajenar. Existe, por tanto, un claro conflicto de intereses, con lo que su prohibición resulta de todo punto lógica en aras de una mayor seguridad jurídica. No solo afecta al representante, sino que también queda prohibida para tutores, albaceas, empleados públicos y jueces. Pero también tiene sus excepciones, pues en el art. 1259 CC, existe una posibilidad de autocontratación lícita siempre y cuando exista intervención favorable del *dominus*, en este caso, el poderdante y, a menos que el acto no sea revocado, desplegará efectos jurídicos. Es posible relacionar este artículo con el 1725 CC, que dispone que el mandatario “*no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes*”.

## CAPÍTULO II: EL PODER OTORGADO EN LA ANCIANIDAD

Abordamos aquí el análisis de las vicisitudes que puede experimentar la capacidad del sujeto, en sus diferentes categorías y sus soluciones, como el poder preventivo, desde la óptica del derecho actual, de la Convención y del Anteproyecto de reforma.

### 1. LA REGLA GENERAL DE CAPACIDAD Y LA CONVENCION (CIDPD)

La capacidad hace referencia a los derechos más inherentes de la persona. Comenzaremos diferenciando entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica, en palabras de DÍEZ PICAZO es “*la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones*”<sup>14</sup>. Es decir, algo inherente a la persona que, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. Sin embargo, la capacidad de obrar es “*la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos*”<sup>15</sup>. La capacidad jurídica plena se adquiere con la mayoría de edad, y existe una presunción general de capacidad, es decir, que la incapacidad debe demostrarse y, en nuestro ordenamiento jurídico, declararse judicialmente. La falta de plena capacidad de obrar genera la necesidad de instituir un tutor para suplir dicha falta de capacidad.

La capacidad modificada es definida por el Diccionario del Español Jurídico de la RAE y CGPJ como la “*declaración judicial que limita o anula la capacidad de obrar de una persona, estableciendo para ella un régimen de protección que normalmente consiste en la tutela*”<sup>16</sup>. La misma fuente define la incapacidad como la “*carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos*”<sup>17</sup>. Igualmente, define la discapacidad como la “*situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos*”<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, volumen I*. Ed. Tecnos, 13ª edición, Madrid, 2016. p 186.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> Definición de capacidad modificada, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/incapacitaci%C3%B3n>

<sup>17</sup> Definición de incapacidad, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/incapacidad>

<sup>18</sup> Definición de discapacidad, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/discapacidad>

El concepto de discapacidad ha evolucionado de manera considerable a lo largo de la historia. La definición de persona con discapacidad la podemos encontrar en el art. 4 del RDL 1/2013 de 29 de noviembre<sup>19</sup>, que afirma que lo son “*aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*” Su reconocimiento se hace por vía administrativa, en cumplimiento con la Ley 39/2006 de 14 de diciembre<sup>20</sup>, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo procedimiento queda recogido en el art. 28<sup>21</sup>.

La discapacidad, y en concreto las personas discapacitadas, tradicionalmente han recibido cobertura legislativa. La CE les reconoce plenitud de derechos en los arts. 2.2, 14, 41, 42, 43.2, 49 y 50. Pero, no solo en la Carta Magna se reconocen los derechos de las personas con discapacidad. Desde su promulgación en 1978 son numerosos los proyectos de ley que se aprobaron en este sentido; entre ellos hay que destacar la Ley 5/1987 de Servicios Sociales<sup>22</sup>, el Plan Gerontológico de la Ley 26/1990<sup>23</sup> en el que se empieza a tomar conciencia de la realidad demográfica de España, con un sector muy creciente de mayores de 65 años que requerirá una mayor cobertura en materia de discapacidad y cuidado de personas mayores. Fruto de ello, se aprobó la Ley 39/2006, de Protección de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

La denominación de este colectivo ha ido variando a lo largo de los años para ser lo menos peyorativo posible y, su implantación en el Derecho Privado no se realizó hasta el año 2003 con la LPPPD<sup>24</sup>, tratando la discapacidad desde un ámbito exterior al de la capacidad modificada<sup>25</sup>; introduciendo la definición de dependencia en su art. 2 como: “*el estado de*

---

<sup>19</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>20</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>21</sup> COSÍO DEL RÍO, N. (2018). *Problemática de la modificación de la capacidad jurídica en España*. p. 21 (disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/20097/TFG-%20CosAo%20del%20RAo%2c%20Natalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

<sup>22</sup> Ley 5/1987, de 5 de abril, de servicios sociales.

<sup>23</sup> Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

<sup>24</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

<sup>25</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, P. *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático*. Castellón, 2009. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/10425;jsessionid=5D2E5889289CB61EC1DE536554FB77C1>

*carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.”*

Esta ley se promulgó como consecuencia del cambio de mentalidad en los países occidentales, más receptiva a este grupo social, además de la sustitución del modelo médico por el modelo social<sup>26</sup>, haciendo especial énfasis en la graduación de la discapacidad. Si bien la dependencia se origina como consecuencia de una discapacidad del individuo, no quiere decir que ésta sea suficiente para poner en marcha toda la maquinaria del art. 200 CC, puesto que dicha dependencia no tiene por qué producir una merma de sus derechos civiles.

La cobertura legislativa en el ámbito nacional se ha visto apoyada por textos internacionales de reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre los que destacan el Plan de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 1982<sup>27</sup>; Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento del mismo año; Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de 2002; y la que más influencia ha tenido por su trasposición al ordenamiento nacional, y a la que se hará especial referencia en este trabajo, la CIDPD.

### **1.1. La presunción de capacidad**

En el derecho español rige la presunción inicial de la plena capacidad de obrar de todas las personas, es decir, la aptitud que tienen todas las personas para ejercer sus derechos, según lo dispuesto en el art. 322 CC que señala que, *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*<sup>28</sup> pero, como vemos, la presunción general presenta excepciones, como por ejemplo, la edad mínima para adoptar, fijada en el art. 175 CC en veinticinco años. Lo que se ha de probar es la limitación o falta de capacidad ya que, dependiendo de la situación personal de cada individuo, se puede tener o no capacidad de obrar. No todas las personas tienen capacidad de obrar, ni tampoco la

---

<sup>26</sup> MARTÍNEZ QUES, A. “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. *Revista de Derecho UNED*, nº17, 2015. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2020].

<sup>27</sup> Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 3 de diciembre de 1982. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/programa-de-accion-mundial-para-las-personas-con-discapacidad-4.html>

<sup>28</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.



tienen en el mismo grado, sino que cada persona tiene una capacidad de obrar diferente, lo que da lugar a supuestos de capacidad modificada o capacidad restringida.

La limitación de la capacidad de obrar se denomina capacidad modificada, y es condición *sine qua non* que se declare por sentencia judicial, en virtud del art. 199 CC, y su fallo, que no es homogéneo para todos los casos, conforme a lo dispuesto en el art. 760.1 LEC, “*ha de contener los límites y la extinción de ésta*”. La capacidad modificada es la constatación oficial de que la persona tiene la capacidad de obrar limitada. El hecho de que la única vía por la que una persona pueda ser incapacitada sea a través de una sentencia judicial, enlaza con los principios promulgados en los arts. 10, 17 y 49 CE, referentes a la dignidad de la persona<sup>29</sup>. Es necesario recordar, tal y como recoge la STS 282/2009<sup>30</sup>, que el incapacitado conserva la plenitud de sus derechos fundamentales y que la capacidad modificada es un medio de protección de la persona afectada.

Para que pueda llevarse a cabo esta modificación de la capacidad de obrar, es necesario que concurren algunas de las causas del art. 200 CC que impidan a la persona gobernarse por sí misma y que son:

- Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico: Según Parra Lucán, en este punto se pretende incluir toda enfermedad independientemente de su origen<sup>31</sup>, tratándose de una mera interpretación de la voluntad del legislador, con el límite de la STS 967/1994<sup>32</sup> que considera que el demandado puede gobernarse por sí mismo por mantener sus capacidades volitivas. Las personas mayores, debido a su progresivo deterioro por razón de edad, en especial de sus capacidades cognoscitivas o en el mayor tiempo que necesitan para la toma de decisiones, son más vulnerables ante los procesos de capacidad modificada por presentar este progresivo deterioro psíquico. Por ello, se hace necesario velar por su especial protección.

---

<sup>29</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de Derecho Civil (I) – Volumen 2: Derecho de la Persona*. Ed Colex. 5ª edición. Madrid, 2015. p. 133.

<sup>30</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril, 2009, Rec. 1259/2006 (LA LEY 49525/2009), en su FJ 7º.

<sup>31</sup> *Curso de Derecho Civil (I) – Volumen 2: Derecho de la Persona*. “cit.” p.136.

<sup>32</sup> STS 967/1994, de 31 de octubre.

- La enfermedad ha de tener carácter persistente: que perdure en el tiempo lo necesario para poder adoptar medidas como la declaración de incapacidad, aunque prestando atención a su evolución, pues puede revertir la causa que originó la capacidad modificada. Según el art. 761 LEC, corresponde al incapacitado, a quienes ejerzan la tutela o guarda del incapacitado, al Ministerio Fiscal y a las personas mencionadas en el art. 757.1 LEC -cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del incapaz-, iniciar el proceso de modificación del alcance de la capacidad modificada.
- Ha de tratarse de una enfermedad que impida a la persona gobernarse por sí misma: incluyendo todos los casos de falta de autogobierno<sup>33</sup>, como vejez y demencia senil. Deja al arbitrio del Juez la decisión sobre la conveniencia de capacidad modificada de la persona atendiendo a las características que engloban el concepto de autogobierno como entendimiento, voluntad, raciocinio, lucidez, normalidad y madurez mental. El Juez puede apoyarse en informes médicos y psiquiátricos, pero es indispensable que examine al presunto incapaz (art. 759.1 LEC) para poder emitir una opinión, tal y como previene la STS de 20 de febrero de 1989<sup>34</sup>, y adoptar una resolución que no esté únicamente apoyada en informes médicos, como recoge la STS de 10 de febrero de 1986<sup>35</sup>.

Esta falta de capacidad de obrar ha de ser necesariamente suplida por otra persona, que puede ser un tutor, que actúa como representante legal en el ámbito que la sentencia dictamine y administra su patrimonio, o bien un curador que complementa su falta de capacidad.

El procedimiento de capacidad modificada entra en la categoría de “especial”, ya que se sustenta principalmente en los trámites del juicio verbal, otorgando mayor importancia al Juez, que debe decidir acerca de la situación de hecho invocada por quien promueve la capacidad modificada conforme a lo que él mismo ha examinado, aunque puede apoyarse en los informes médicos preceptivos realizados a la persona afectada. Los procesos sobre la capacidad de las personas se encuentran regulados en los arts. 756 a 763 LEC.

---

<sup>33</sup> *Curso de Derecho Civil (I) – Volumen 2: Derecho de la Persona*. “cit.”, p. 138.

<sup>34</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 20 de febrero, 1989, FJ 3º. (LA LEY 153407-JF/0000) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020].

<sup>35</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de febrero de 1986, FJ 2º. (LA LEY 7529-R/1986) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020].

Gran parte de los procedimientos de capacidad modificada tienen su génesis en procedimientos interesados que, más que velar por la salud o patrimonio de su familiar, pretenden obtener un lucro, en su mayor parte patrimonial. Como afirma la Sociedad Española de Geriátría y Gerontología (SEGG), en la mayoría de países, incluido España, no se respeta el derecho a la autonomía de las personas mayores en lo referente a la materia legal y no está reconocido adecuadamente el derecho a la protección de los ancianos con dependencia física o psíquica susceptibles de capacidad modificada, denunciando las situaciones de abuso, violencia y maltrato que sufre este colectivo, haciendo especial mención a las presiones que soportan, lo que consideran una vulneración clara de los Derechos Humanos de quienes padecen demencia<sup>36</sup>. En relación con la defensa de los derechos fundamentales del ser humano, es necesario mencionar la STC 174/2002, ya comentada en el punto 2.2 del Título 2 del Capítulo II. Por esta razón el Tribunal, en aras de la máxima protección de la autonomía y patrimonio del presunto incapaz, puede adoptar de oficio las medidas cautelares necesarias (art. 762 LEC). El Ministerio Fiscal ha de velar siempre por los intereses del presunto incapaz, salvo que éste acuda con representación legal o haya promovido la capacidad modificada. Con ello, se está cumpliendo con lo acordado en la CIDPD. Además, el MF es el garante de la defensa de los derechos fundamentales de la persona y, parece lógico que se limite quién puede iniciar un procedimiento de incapacidad para otorgar una mayor seguridad jurídica y protección a la persona afectada.

Es necesario mencionar que el TS ya se pronunció acerca de dichos conflictos para los casos de capacidad modificada. La STS 244/2015<sup>37</sup> fue muy tajante al respecto, afirmando en su Fundamento de Derecho Quinto que, *“el juicio de capacidad no puede concebirse como un conflicto de interés privado y contrapuesto que es lo que generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida que es la real y efectiva protección de las personas discapacitadas mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.”* Afirma, además, que la prueba en los procedimientos de capacidad modificada ha de ser interpretada de conformidad con la Convención.

---

<sup>36</sup> Los Derechos de las Personas Mayores. Conclusiones del Foro Mundial de ONG's sobre Envejecimiento. Madrid, 5 al 9 de abril de 2002. Sociedad Española de Geriátría y Gerontología. p. 5. Disponible en: <https://www.segg.es/media/descargas/foro-derechos-01.pdf> Consultado el 28 de febrero de 2020.

<sup>37</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo, 2015, Rec. 846/2014 (LA LEY 54799/2015) en su FJ 5º.

En este punto nos centraremos en la persona afectada, que es el caso que nos concierne, la persona mayor. Como se ha mencionado anteriormente, ciertos procedimientos más que proteger la dignidad y condiciones físicas de la persona afectada, tienen su génesis en problemas familiares y cuestiones de índole patrimonial. Por ello, el presunto incapaz puede ejercer los medios de defensa que considere oportunos ante dicha situación en juicio, al que puede acudir con representación legal y ejercer su legítimo derecho de defensa. Es necesario recordar que, tal y como dispone el art. 7.1 LEC, el demandado cuenta con la totalidad de sus derechos civiles hasta que la sentencia diga lo contrario; por tanto, puede personarse en el procedimiento y actuar como parte y, en caso contrario, será defendido por el MF, salvo el caso en que éste haya promovido la capacidad modificada. Para preservar el patrimonio y la dignidad de la persona afectada, el Juez puede adoptar medidas provisionales de protección hasta que se dicte la sentencia de capacidad modificada, de conformidad con el art. 762 LEC. Para el caso que estamos tratando, las medidas más comunes son el nombramiento de un administrador del patrimonio de la persona mayor, que engloba la gestión de las propiedades e intervención de las cuentas corrientes.

En caso de que la sentencia sea favorable a la capacidad modificada por cumplirse uno de los requisitos exigidos por el art. 200 CC, la capacidad de obrar de la persona afectada queda circunscrita a los límites que marque la resolución, y el incapaz quedará sometido al sistema de guarda tal y como recoge el art. 760 LEC. Continuando con el análisis del art. 760.1 LEC, éste afirma que determinará *“el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”*, y puesto en relación con lo prevenido en el art. 287 CC, dicho alcance quedará fijado en función del grado de discernimiento de la persona incapacitada.

En la práctica, las sentencias de capacidad modificada no suelen atender específicamente a las circunstancias personales del incapacitado. Por ello, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, aboga por la individualización de las medidas de protección, en especial los informes de los médicos forenses y que dictaminen las habilidades de la persona incapacitada, a fin de determinar el alcance y la extensión de las mismas. Esta generalidad de las medidas puede entenderse como una discriminación hacia las personas mayores, ya que puede abarcar esferas de la autonomía de la voluntad en la que la persona afectada tiene plenas capacidades. Se aboga por poner el mayor énfasis en la enfermedad o deficiencia que ha dado lugar al procedimiento, su afectación a las capacidades psicológicas y volitivas de la persona y, en

especial, cómo pueden afectar a la esfera personal y patrimonial, su proyección futura y cómo puede afectar al autogobierno de la persona en cuestión.

Este debate se acentúa, en el caso de las personas mayores, en lo referente al testamento. Existen distintos puntos de vista en cuanto a la legitimación del tutor para solicitar la nulidad del testamento de su tutelado si todavía no ha fallecido. La STS 128/2010<sup>38</sup>, sigue un criterio diferente al tradicional, porque estimó el recurso de casación en el que se postula que el tutelado, una persona mayor que había otorgado testamento previamente a esta situación, “*padecía la enfermedad en grado tal como para considerarlo carente de la capacidad y volición suficiente*”. Tradicionalmente se ha considerado que el tutor puede impugnar dicho testamento actuando en beneficio de su tutelado, lo que choca directamente con la decisión del Tribunal Supremo<sup>39</sup>.

La CIDPD, a la que me referiré más adelante en profundidad, modifica el régimen de tutela tradicional por el de modelo de apoyos, con el fin de respetar los derechos, voluntad y preferencias de las personas afectadas, con el objetivo de que las medidas se adapten a las circunstancias de cada persona. Por ello el modelo de apoyos se va haciendo cada vez más necesario para una mejor protección de aquellos que tienen la capacidad modificada.

## **1.2. Diferencias entre persona discapacitada, dependiente y con capacidad modificada**

El envejecimiento provoca una merma en las facultades y la aparición de enfermedades degenerativas que precisan de atención y cuidados situándonos ante casos de discapacidad, o capacidad modificada.

La discapacidad es la falta o limitación de facultades físicas, intelectuales, psíquicas o sensoriales que dificultan el desarrollo normal de la persona en su vida. Es una situación administrativa que se reconoce mediante certificado del organismo competente<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 128/2010 de 23 de marzo, 2010, Rec. 103/2006 (LA LEY 16961/2010) en su FJ 2º.

<sup>39</sup> RUBIO GARRIDO, T. *La partición de la herencia*. Ed Aranzadi, 1º ed, 2017.

<sup>40</sup> MELÉNDEZ ARIAS, M. C. Capacidad, discapacidad, dependencia, capacidad modificada. Centro Internacional sobre el Envejecimiento. 2019. [Fecha de consulta: 17/04/2020]. Disponible en: <https://cenie.eu/es/blog/capacidad-discapacidad-dependencia-capacidad-modificada>

La dependencia es la situación permanente de pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial inherente a la edad, enfermedad o discapacidad, determinando la necesidad de apoyos en las actividades de la vida diaria con el objeto de mantener una vida autónoma. Se clasifica en tres grados: moderada, severa o gran dependencia, que a su vez se dividen en dos niveles en función de la atención requerida. También es una situación administrativa que se reconoce mediante certificado público.

La capacidad modificada o incapacitación, es una figura de apoyo y protección de la persona vulnerable. No pretende anular sus deseos y preferencias, sino evitar el desamparo al que le pueden conducir intereses de terceros sin escrúpulos dispuestos a aprovecharse del incapaz en beneficio propio. Éste conservará la facultad de decisión y opinión en sus asuntos mientras tenga capacidad de obrar suficiente para la toma de decisiones. La inclusión de este concepto en nuestro ordenamiento se hizo en el art. 223 CC por la Ley 41/2003<sup>41</sup> con la idea de flexibilizar los apoyos en la toma de decisiones, sin menoscabar la personalidad y evitando, a su vez, el abuso y el abandono.

## 2. LA DISCAPACIDAD Y LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CIDPD)

Su promulgación supuso un gran avance en el reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables, y concretamente de las personas mayores, aunque la especial protección hacia las personas con discapacidad se realizó más tarde con la CIDPD integrada totalmente en el ordenamiento español. La tendencia del ordenamiento jurídico mundial es adaptarse a su texto pero, en España se está produciendo con cierto retraso.

### 2.1. La CIDPD y su implantación en el derecho español

La CIDPD, es el tratado internacional que ratifica los derechos de las personas con discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006<sup>42</sup>. España lo ratificó el 30 de marzo de 2007, entrando en vigor el 21 de abril de 2008. Ha supuesto un cambio trascendental a la hora de reconocer los derechos de las personas con

---

<sup>41</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “cit.” art. 9.1.

<sup>42</sup> Descripción de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Discapnet, *Fundación Once*. [Fecha de consulta: 29/02/2020]. Disponible en: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional>

discapacidad, pues pasa a entenderlos desde una perspectiva de los Derechos Humanos, añadiéndole una connotación más social, abandonando el criterio médico<sup>43</sup>. Aboga claramente por la autonomía del individuo, tal y como dispone en su art. 3. De forma sucinta, su adaptación se puede resumir en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones al resto y contando con todo el apoyo que necesiten<sup>44</sup>. Su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se está realizando de forma paulatina. Se pueden considerar dos implantaciones legislativas como fundamentales para la armonización de la CIDPD en el ordenamiento español: la aprobación de la Ley 26/2011<sup>45</sup>, cuya exposición de motivos supera el criterio médico de discapacidad del art. 49 CE, una vez esta Ley haya entrado en vigor, en favor de un criterio social; y la aprobación del RDL 1/2013, incorporando cuestiones fundamentales relacionadas con la autonomía de la persona con discapacidad, amén de un reconocimiento de los derechos relacionados con la libertad en la toma de decisiones. Esta connotación social ha hecho que se modifiquen las denominaciones existentes porque las anteriores eran discriminatorias, como es el caso de la Ley 1/2009<sup>46</sup>, por la que “*se remitirá a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación reguladora de los procedimientos de capacidad modificada que pasarán a denominarse de Modificación de la capacidad de obrar para la adaptación a los postulados de la Convención de Nueva York*”<sup>47</sup>. Por el contrario, sigue existiendo una legislación contradictoria con estos preceptos tanto en el CC como en la LEC, por lo que se continúa estableciendo una clara distinción en el ordenamiento español entre discapacidad con y sin capacidad modificada<sup>48</sup>.

Esta incorporación sí se ha realizado en el CP y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la modificación de la terminología empleada en el texto legal para respetar la dignidad de la persona con discapacidad, y en el caso de LJV, reconociendo nuevas potestades y derechos como ser miembros de un jurado o prestar consentimiento matrimonial. Mientras que la

---

<sup>43</sup> PALACIOS, A.; ROMANACH, J. “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”; *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*; ISSN 1887 – 3898, 2006.

<sup>44</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables, “cit.” p. 877.

<sup>45</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>46</sup> Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la normativa tributaria con esta finalidad.

<sup>47</sup> GARCÍA PONS, A. “Las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español”. *La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*. Fund. Ramón Areces – Fund. Aequitas. Madrid, 2008. Pp. 22-194.

<sup>48</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España, “cit.”, pp. 530-531.

evolución en el tratamiento de la persona con discapacidad se aprecia claramente en ámbitos como el penal, administrativo o laboral, más respetuosos y similares a la CIDPD, el civil, sigue anclado en el modelo médico (que considera la discapacidad como un problema de la persona causado directamente por accidente, enfermedad o deterioro de la salud que requiere tratamiento continuo y personal)<sup>49</sup> pese a que la jurisprudencia ya ha avanzado hacia una mayor consideración de las personas con discapacidad<sup>50</sup>.

## 2.2. La problemática del art. 12 de la Convención (CIDPD)

El artículo más controvertido de la Convención es el art. 12, que reconoce la facultad de las personas con discapacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones en igualdad de condiciones que el resto de las personas en todos los aspectos de la vida. En su apartado 2 señala que las personas cuentan con capacidad jurídica y de obrar, por lo que todo negocio jurídico en el que se tome *a priori* a una persona de este colectivo como una persona con derechos limitados, sería discriminatorio. Este planteamiento choca directamente con los procedimientos de capacidad modificada. El ordenamiento jurídico español, aplicando correctamente la Convención, no interviene arbitrariamente en un procedimiento por razones de discapacidad, sino que interviene en casos en que carezcan de la capacidad natural o necesaria aptitud<sup>51</sup>, criterio seguido por el TS en su sentencia 421/2013<sup>52</sup>.

Desde el punto de vista legislativo también ha resultado un tanto polémica la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011 por su falta de cumplimiento, según la cual, *“el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley de adaptación normativa del ordenamiento para dar cumplimiento al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida”*. Dicha Disposición también provocó una modificación del art. 25 CP.

---

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Capacidad modificada.” *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, pp. 83-92. [Fecha de consulta: 8 de marzo de 2020].

<sup>50</sup> *Problemática de la modificación de la capacidad jurídica en España*. “cit.” p.21.

<sup>51</sup> ELIZARI URTASUN, L. “Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 30, 2016, p. 345.

<sup>52</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio. 2013, Rec. 1220/2012 (LA LEY 92052/2013).



Esta incorporación al ordenamiento jurídico español, repito, se ha realizado más en el ámbito jurisprudencial que en el legislativo. Se hace especial hincapié en el máximo respeto a la voluntad de la persona, deseos y preferencias sin menoscabar su protección, como recoge la STS 487/2014<sup>53</sup> que se apoya en el art. 3.a del RDL 1/2013 TRLGDPD que establece como principio general de actuación *“el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”*.

Es reiterada la jurisprudencia que aboga por una correcta delimitación de las causas de incapacidad y una mayor protección para este colectivo, como la STS 282/2009<sup>54</sup>, que marca el inicio del cambio jurisprudencial hacia la mayor protección de las personas con discapacidad aplicando los postulados de la CIDPD proclamando que *“la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado”*. Igualmente, la STS 298/2017<sup>55</sup> se postula en favor de la figura de la curatela, realizando un exhaustivo examen del art. 12 de la Convención, ofreciendo una menor limitación de los derechos y libertades de las personas mayores. El TS consideró que, a pesar de que el demandado padeciera Alzheimer, no es óbice para la institución de tutor ya que, dadas sus circunstancias personales, puede todavía gobernarse por sí misma. Dicho Tribunal interpreta la Convención, como queda dispuesto en la STS 597/2017<sup>56</sup>, que se apoya en la sentencia anteriormente mencionada, de manera que la Convención en el art. 12.3 *“opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad”*, de forma que se asegure, promueva y proteja el goce pleno de los derechos y libertades por parte de este grupo. Prosigue exponiendo que, a tal fin, la ley establece para los procedimientos de modificación de la capacidad las máximas garantías para que la decisión se adapte a las necesidades de protección de la persona afectada, sin restringir innecesariamente derechos y libertades de la misma.

---

<sup>53</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 487/2014 de 30 de septiembre, 2014, Rec.18/2014 (LA LEY 143845/2014).

<sup>54</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril, 2009, Rec. 1259/2006 (LA LEY 49525/2009) en su FJ 5º.

<sup>55</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo, 2017 (LA LEY 48331/2017).

<sup>56</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 597/2017 de 8 de noviembre, 2017 (LA LEY 159002/2017).

La interpretación conforme a la Convención es una obligación por parte de los Tribunales desde el momento de su entrada en vigor, aunque haya dado lugar, en ocasiones, a problemas, en especial el art. 12, que ha suscitado un debate sobre hasta qué punto es discriminatorio el nombramiento de un tutor para una determinada falta de capacidad. Se puede colegir del análisis jurisprudencial que, si la falta de capacidad no es severa y la persona puede gobernarse hasta cierto punto por sí misma, la línea seguida por el TS es la preferencia de la curatela como medida menos lesiva para la dignidad de la persona afectada, buscando la mayor protección para la falta de capacidad que tiene (STS 698/2014)<sup>57</sup>.

Este cambio de postura jurisprudencial se aprecia en la STC 174/2002<sup>58</sup>, anterior a la Convención, que resuelve que la capacidad modificada es una medida a favor de la persona afectada, y no la discrimina porque se presupone necesaria.

A la luz de la aplicación en España de la Convención, vemos que la figura tuitiva que mejor encaja con sus postulados es la curatela, ya que, según la STS 298/2017<sup>59</sup>, *“funciona como una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial, o por la extensión de los actos que esté llamado a prestarse.”* En la misma línea, hace referencia a que el nombramiento del curador se realizará conforme a la voluntad de la persona afectada, tomando como apoyos los arts. 223, 234.1 y 234.2 CC, el art. 45.2 LJV y las sentencias del TS 341/2014<sup>60</sup> y 635/2015<sup>61</sup>, empleando como salvaguarda el art. 12.4 CIDPD. Al contrario, si bien la curatela es la institución tuitiva menos lesiva para los derechos y libertades de la persona afectada, no cumple enteramente con los postulados del art. 12.3 de la Convención, pues no obedece al modelo de apoyos que éste promulga. Lo que hace la jurisprudencia, a falta de modificación legislativa, ha sido adaptar los postulados convencionales a la legislación existente, velando por la máxima protección de los derechos de las personas con discapacidad.

---

<sup>57</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 698/2014 de 27 de noviembre, 2014 (LA LEY 161504/2014) en su FJ 2º.

<sup>58</sup> STC, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 174/2002 de 9 de octubre, 2002, Rec. 1401/2000 (LA LEY 7855/2002).

<sup>59</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo, 2017, Rec. 2759/2016 (LA LEY 48331/2017) en su FJ 5º.

<sup>60</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio, 2014, Rec. 1365/2012 (LA LEY 95244/2014) en su FJ 9º.

<sup>61</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre, 2015, Rec. 62/2015 (LA LEY 169935/2015) en su FJ 2º.

Por último, la Convención también ha generado una manifestación de la FGE al respecto, más concretamente en la Circular 2/2017<sup>62</sup>, realizando una manifestación en pro de los derechos de las personas con discapacidad. Como afirma en el número 7.2 de la Circular, la discapacidad no lleva consigo privación de libertad, como recoge el art. 14 de la Convención, ni el hecho de que la persona tenga modificada judicialmente su capacidad no impide que pueda manifestar su opinión, lo que supondría perder su derecho a la libertad, y para ello se apoya en la jurisprudencia del TEDH como el caso *D. D vs Lituania*<sup>63</sup> y *H. L vs Reino Unido*<sup>64</sup>. El número 7.4 de la Circular establece una clara protección hacia las personas con discapacidad, determinando como necesaria la apertura de diligencias preprocesales para averiguar todas las circunstancias que envuelvan el caso concreto y, una vez estudiadas las mismas, interponer la demanda de capacidad modificada solamente cuando constituya un apoyo “real y efectivo” para la persona afectada, sustentándose en la Instrucción 3/2010<sup>65</sup>.

### 2.3. Críticas a la trasposición

En el ordenamiento jurídico español se han producido reformas legislativas para adaptar sus postulados a la Convención, pero se consideran insuficientes y contradictorias, cuestión que, en más de diez años de vigencia de la misma, debería haberse subsanado.

Bien es cierto que la Ley 26/2011 sienta las bases necesarias para el cambio legislativo, pero por sí sola no es suficiente, máxime si se tiene en cuenta que en el ordenamiento civil, que es el encargado de los asuntos de incapacidad, el criterio imperante es el médico recogido, además, en el art. 49 CE. Paralelamente se han pretendido llevar a cabo otros avances, en aras de evitar la discriminación de este colectivo (Ley 1/2009), pero fue incumplido por las Cortes Generales. El más importante es la creación de una figura tutiva conforme al art. 12 de la Convención. Si bien se ha optado por la curatela, ésta no es para nada cumplidora de los requisitos de dicho artículo, puesto que no representa el modelo de apoyos que promueve la CIDPD y puede vetar, finalmente, las decisiones del incapaz.

---

<sup>62</sup> Doctrina de la FGE. Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.

<sup>63</sup> STEDH 13469/06, de 14 de febrero de 2012, de la Sección Segunda. Case of D.D. v Lituania.

<sup>64</sup> STEDH 45508/1999, de 5 de octubre de 2004. Case of H.L. v Reino Unido. (LA LEY 204081/2004).

<sup>65</sup> Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de capacidad de las personas.

La implantación en el ordenamiento español, y más concretamente en el civil, está siendo lenta y un tanto caótica. La falta de reformas legislativas, artículos contradictorios con los postulados de la Convención y proyectos de ley que no son finalmente aprobados, han llevado a una movilización de los tribunales, cambiando de postura jurisprudencial, tratando de adaptarse, pero sin salirse de los límites legales marcados por el ordenamiento español.

#### **2.4. Protección jurídica de los derechos de las personas mayores**

Las personas mayores son un colectivo cuyo número ha crecido y tiene mayores expectativas de crecer en estos próximos años. Por ello, es necesario una protección especial ya que representan un porcentaje significativo de la población española y mundial. Según el INE, en 2019, el 19,4% de la población española era mayor de 65 años<sup>66</sup>. La ONU ha promovido una serie de medidas de protección para este colectivo ante la previsión de aumento del mismo y la vulnerabilidad por razón de edad. La Resolución 46/91 de la ONU<sup>67</sup> establece los principios que deben llevar a cabo cada Estado para la protección de los derechos de las personas mayores, especialmente el art. 7, que aboga por la promoción de políticas que incrementen el bienestar y la calidad de vida de las personas de edad, medidas que garanticen verdaderamente el acceso a la autonomía plena como promueve el art. 12, además de poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales con plenitud de garantías (art. 14). Los más importantes de todos, y enlazado con el último mencionado, son los arts. 17 y 18 que hacen referencia a la dignidad de este colectivo. Los Estados deben ser garantes de su seguridad, permitiendo que las personas mayores puedan vivir con dignidad y protegidas, alejados de todo maltrato físico, psíquico o de cualquier otra índole. En suma, son merecedores de recibir un trato digno, independientemente de la circunstancia, libres de toda discriminación y explotación.

Estos principios sirven para reforzar otros textos legales de suma importancia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>68</sup> que reconoce los derechos más fundamentales para las personas con edad en su art. 25, considerando los derechos de las

---

<sup>66</sup> Indicadores de estructura de la población. Proporción de personas mayores de cierta edad por provincia. *INE*. [Fecha de consulta: 26/02/2020]. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488>

<sup>67</sup> Resolución UN, 46/91 sobre los Principios en favor de personas de edad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991.

<sup>68</sup> Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

personas mayores como derechos fundamentales y, como tal, son defendidos tanto constitucionalmente como en disposiciones internacionales.

Llama la atención la escasa regulación sobre este colectivo, aunque su argumentación tiene una fundamentación histórica. Como afirma FLORES en su artículo, “*La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución*”<sup>69</sup>, en el año 1978 únicamente el 10% de la población era mayor de 65 años, y es por ese motivo por el que únicamente se hace referencia a las personas mayores en la Carta Magna en su art. 50, mencionando las pensiones y los servicios. De la misma manera, el autor critica la no inclusión de las personas mayores en el art. 14. Dicha falta de reconocimiento constitucional ha sido suplida con referencias expresas a la protección de este grupo en textos internacionales como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM). El rápido crecimiento demográfico y la realidad de una pirámide poblacional regresiva, demanda actualmente mayor regulación específica de protección de los derechos de este colectivo.

## **2.5. Vulnerabilidades de la ancianidad**

La vulnerabilidad de los mayores no tiene relación con una discriminación legislativa, puesto que se presupone su capacidad plena, siendo necesaria su restricción por vía judicial a través de la declaración de incapacidad. La vulnerabilidad tiene una génesis social, ya que poco a poco se le va privando de la posibilidad de decidir por sí misma, influyendo en sus decisiones o ejerciendo coacción o intimidación sobre ellas, lo que termina por convertirlas en personas completamente dependientes. Esa vulnerabilidad no es homogénea en todos los ancianos, pero puede ser acrecentada por otros factores tales como la alfabetización, cultura del lugar de residencia o poder adquisitivo.

El mayor desafío de la legislación y la sociedad actual es preservar la autonomía de las personas mayores. Como afirma MARTÍNEZ QUES<sup>70</sup>, se han de adoptar medidas especiales en favor de este colectivo e intervenir de manera particular para preservar su autonomía. El mismo autor pone en cuestión la denominación de las personas mayores como colectivo vulnerable y,

---

<sup>69</sup> FLORES, F. “La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución.” *Tiempo de paz*, n.129, 2018, pp. 127-135.

<sup>70</sup> “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. “*cit.*” [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2020].

entenderlas así lleva a colegir que requerirán siempre de protección independientemente de las circunstancias que les rodeen. Es por ello por lo que el término vulnerable puede ser visto en un principio como discriminatorio, para finalmente considerarlo adecuado ya que dicha condición de vulnerabilidad hace que requieran medidas especiales a su favor para lograr su plena autonomía.

El gran problema de la vulnerabilidad de los mayores no reside tanto en la falta de cobertura legislativa en el ámbito nacional -compensada en parte por convenciones internacionales y la DUDH- sino, como afirma DE CASTRO CID, “*conseguir una plena y real efectividad en el ámbito de las relaciones sociales y no tanto conseguir su proclamación en solemnes Declaraciones*”<sup>71</sup>. En otras palabras, es necesario que el precepto cale en la sociedad para prevenir totalmente la discriminación, por cualquier medio, hacia este colectivo. Es más, dicha carencia legislativa debería traducirse en mayor protección social con la creación de un marco jurídico regulador más efectivo en el ámbito nacional, principalmente en la Constitución y el Código Civil, hacia un grupo que representa en la actualidad el 19,4% de la sociedad española, que irá en aumento progresivo en los próximos años.

Bien es cierto que los mayores gozan de los mismos derechos constitucionales que el resto de ciudadanos, pues tienen plena capacidad de obrar. El problema surge con las numerosas discriminaciones que sufren, ante las que cuentan con escaso apoyo normativo<sup>72</sup>, lo que puede llegar a producirles indefensión. Esa es la principal razón por la que se denuncia un agravio comparativo con respecto de otros colectivos a los que se hace mención expresa, en la Constitución (art. 49) y en el Código Civil, como las personas discapacitadas. Ello no quiere decir que a los mayores haya que considerarles discapacitados, pero una mayor o más explícita regulación incrementaría su protección jurídica, reduciría las discriminaciones que sufren, y con ello su vulnerabilidad. Es fundamental el papel que juega la CIDPD<sup>73</sup>, y que vela por el máximo respeto a la autonomía y voluntad de la persona afectada, que ha llevado a una modificación de los criterios jurisprudenciales, y ser -en los últimos años- la génesis de un cambio legislativo más protector con estos colectivos vulnerables.

---

<sup>71</sup> DE CASTRO CID, B. *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*. Ed. Universitas, Madrid, 1997. p.273.

<sup>72</sup> *La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución*. “cit.” pp.127-135.

<sup>73</sup> Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 30 de marzo de 2007.

### 3. EL PODER OTORGADO POR LA PERSONA ANCIANA CAPAZ

En la ancianidad tiene importancia el otorgamiento de poderes que velen por el respeto a la autonomía y voluntad de los mayores y, en este cometido es fundamental la actuación del Notario.

#### 3.1. Importancia del apoderamiento durante la tercera edad

Algunos mayores con el paso de los años comienzan a tener dificultades para la gestión de sus asuntos personales y patrimoniales y, el aumento de la esperanza de vida trae consigo, también, el incremento de enfermedades neurodegenerativas como la esclerosis múltiple, Alzheimer o Parkinson.

Es acusada en nuestra sociedad la falta de previsión del futuro y, para evitar que los ancianos con dificultades o afectados en su capacidad por esas enfermedades queden desasistidos, disponemos del instrumento jurídico de los poderes notariales, generales, continuados o preventivos, que evitan tener que acudir a una declaración de capacidad modificada, en caso de que sobrevenga cualquier causa de incapacidad. Pero su tramitación puede durar meses o años, y durante ese tiempo, el incapaz se encuentra en un limbo jurídico en el que no se puede defender, ni es defendido por el ordenamiento jurídico, como afirma ROSALES DE SALAMANCA RODRIGUEZ, en su artículo “*El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad*”<sup>74</sup>.

#### 3.2. El papel del Notario en los apoderamientos notariales

El requisito de capacidad es necesario para la realización de prácticamente cualquier negocio jurídico. Por ejemplo, al otorgar testamento el art. 663.2 CC señala que están incapacitados para testar quienes habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. El Notario

---

<sup>74</sup> ROSALES, F. El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad. 2014. [Fecha de consulta: 22/04/2020]. Disponible en: <https://www.Notariofranciscorosales.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/>

deberá comprobar, en exclusiva, este requisito y también si el testador conoce los efectos que producirá dicho negocio jurídico, según MARTIN-CARO GARCIA<sup>75</sup>.

Existen negocios jurídicos que exigen una mayor capacidad que otros. Por ello, a mayor riesgo en el negocio jurídico, mayor capacidad será necesaria. El otorgamiento de poderes requiere, por su naturaleza, plena capacidad jurídica y plena capacidad de obrar. En este aspecto, el papel del Notario resulta del todo fundamental, puesto que a él se le encomienda la función de apreciación de la capacidad de los intervinientes en el negocio jurídico. Para GÓMEZ TABOADA<sup>76</sup>, el Notario ha de dar fe del contenido de los actos y negocios jurídicos, de la adecuación a la ley y de la capacidad de los intervinientes, de acuerdo con el art. 17 bis de la Ley del Notariado<sup>77</sup>.

El criterio que emplea el Notario para comprobar la capacidad se basa en su experiencia y profesionalidad ya que, generalmente, carece de conocimientos médicos y psicológicos que permitan cerciorarse debidamente del estado de los intervinientes. Esto puede originar controversia en personas con poca formación o cultura, principalmente en aquellas de avanzada edad, pues se pueden convertir en objeto de debate por su especial vulnerabilidad. Para ello, el Notario debe comprobar que la persona reúne la capacidad necesaria y, para ello, como expone GÓMEZ TABOADA, es necesario saber si está consciente, si es conocedora de sus circunstancias personales y hacerles conocedoras de que están ante un Notario<sup>78</sup>. Posteriormente, se le debe informar de la naturaleza jurídica y de las repercusiones que va a tener el negocio jurídico que va a realizar, por ello es de vital importancia informar con todo detalle y objetivamente. Con todo ello, el Notario comprueba que la persona puede gobernarse por sí misma, que conoce las repercusiones de su firma y lo dispone en el instrumento público.

El estudio que realiza el Notario de la capacidad de la persona no es una presunción *iuris et de iure*, sino que se trata de una presunción *iuris tantum* contra la que cabe prueba en contrario. El Notario asume la total responsabilidad por esta declaración por lo que, si dicha calificación

---

<sup>75</sup> MARTIN-CARO GARCIA, F; HERNANDEZ-TAVERAMARTIN, V. 2015. “La competencia exclusiva del Notario para verificar la suficiencia de las facultades de los apoderados”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 6/2015 parte Doctrina. Ed. Aranzadi. Madrid. 2015. p.1.

<sup>76</sup> GÓMEZ TABOADA, J. Conferencia: “Jornadas hispano-cubanas sobre capacidad” Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 24 de noviembre de 2005.

<sup>77</sup> Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

<sup>78</sup> *Op. cit.*



de capacidad no es correcta, el Notario ha de responder por los daños y perjuicios causados por el juicio erróneo.

#### 4. EL PODER OTORGADO POR PERSONA ANCIANA INCAPAZ

El juicio notarial de capacidad trae a colación un intenso debate en torno a la figura de las personas mayores, entendiendo que éstas son vulnerables por razón de la edad, lo que hasta cierto punto es correcto, por lo que en ocasiones puede ser utilizado por terceras personas para obtener alguna ventaja, generalmente en el ámbito patrimonial.

Las personas mayores pueden ser objeto de intimidación por parte de personas de su confianza, que aprovechan esa situación de vulnerabilidad para obtener un rédito patrimonial, no dudando en usar, en ocasiones, intimidación, abuso de confianza, llegando, incluso, al engaño y la violencia. Por ello, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su total protección. Como recoge el art. 7 CIPDHPM, los Estados parte adoptarán *“políticas, programas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de la independencia y autonomía de la persona mayor... En especial: El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos”*<sup>79</sup>. Es necesario, en mi opinión, poner el foco en el posesivo “su”, haciendo referencia a la autonomía y a la independencia de las decisiones que tome. Estas decisiones deben nacer de la propia voluntad de la persona, que debe ser libre y carente de manipulación, engaño, abuso de confianza o intimidación. En la misma línea argumentativa prosigue su art. 9, que aboga por introducir medidas para prevenir, investigar y erradicar los actos de violencia contra la persona mayor, entre los que se incluye el abuso patrimonial.

Esta reflexión nos invita a poner en tela de juicio las actuaciones de todos los agentes participantes en una transmisión patrimonial entre la persona mayor y un tercero. Considerando, por regla general, la buena fe de los participantes del negocio jurídico, bien es cierto que son numerosos los casos en los que la violencia ejercida sobre la persona mayor para obtener un beneficio modifica la capacidad volitiva del transmitente, ya que actúa con miedo o con cierto o total desconocimiento, lo cual anularía dicho negocio jurídico. Esto nos lleva a enlazar el ámbito civil con el ámbito penal, pudiendo considerarse violencia intrafamiliar si traemos a

---

<sup>79</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.

colación la definición de la OMS: “*Agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigidas generalmente a los miembros más vulnerables: niños, mujeres y ancianos. Esta conducta ha sido definida por la comunidad científica como el “síndrome del padre maltratado”*”<sup>80</sup>, que fue definido por COTTRELL como el “*conjunto de conductas que causan miedo en los progenitores con el objetivo de obtener el poder y el control sobre ellos, utilizando violencia psicológica y económica*”<sup>81</sup>. Generalmente la víctima se encuentra en una situación de dependencia respecto del agresor, motivada por la superioridad física y la análoga relación familiar que presupone unos niveles de confianza suficientes para abusar más fácilmente de una persona vulnerable por razón de edad, lo que propicia el dominio de la persona a través de la coacción, amenaza e incluso agresión. La FGE se posicionó en la Consulta 1/2008 afirmando que es necesaria la convivencia entre agresor y víctima y que debe existir, además, una relación de dependencia entre el anciano y su agresor<sup>82</sup>. Esa vulnerabilidad se ve protegida en el art. 173.2 CP que castiga la violencia física o psíquica reiterada que puedan realizar sus ascendientes, descendientes, tutor o curador, entre otros.

Otro tipo de vulnerabilidades a las que se enfrentan las personas mayores es el abandono. En especial, quienes por razón de discapacidad necesitan de una especial protección o cuidado permanente. No es infrecuente que la persona encargada de su cuidado -sea familiar, curador, etc.- pretenda alejarla de su entorno habitual, con cualquier intención, pudiendo cometer un ilícito penal tipificado en el art. 229 CP. Como afirma CARBONELL MATEU, con este delito se pretende perseguir el aislamiento de la persona mayor de su entorno habitual<sup>83</sup>.

Respecto de los vicios del consentimiento, habría que prestar especial atención a lo que expresa nuestro ordenamiento con relación al otorgamiento de testamento en el art. 673 CC que señala que “*será nulo todo testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”, lo que es aplicable al otorgamiento de poderes.

---

<sup>80</sup> HARBIN, H. y MADDEN, D. *Battered parents: a new syndrome*, in American Journal of Psychiatry, 136, (10), 1979, pp. 1288-1291.

<sup>81</sup> COTTRELL, B. *Parents abuse: The abuse of parents by their teenage children*. 2001.

<sup>82</sup> FIGUEROA NAVARRO, M. C. Consulta 1/2008, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes, y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal. Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado. 2008. [Fecha de consulta: 10/03/2020]. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2008-10047500483\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_Consultas](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10047500483_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Consultas)

<sup>83</sup> CARBONELL MATEU, J. C. (2016), *Delitos contra las relaciones familiares. Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. 5º ed. pp. 317-325.

También puede ser visto como un colectivo vulnerable desde el punto de vista político, más concretamente por la reciente aprobación de la Ley de la Eutanasia, que puede menoscabar claramente sus derechos, su autonomía y los cuidados médicos llevados a cabo en el hospital, pudiéndose ver reducidos tal y como denuncia la Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid<sup>84</sup>.

MUÑOZ DE DIOS SAEZ piensa que *“la eficacia de la sentencia de capacidad modificada es meramente declarativa y no constitutiva de la incapacidad. Luego, por analogía “legis”, la regla general ha de ser que los poderes, si no se extinguen por la incapacidad de hecho del poderdante, sí que quedan, al menos, desactivados”*<sup>85</sup>.

Además del poder preventivo, el art. 223 CC dispone que, *“cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”* pero, la vigencia de este poder comenzará tras la capacidad modificada del poderdante.

Por tanto, todo poder otorgado con violencia, dolo o fraude, será nulo de pleno derecho una vez que se haya comprobado la existencia de cualquiera de esas circunstancias.

---

<sup>84</sup>La aprobación de la eutanasia perjudicará a los ancianos y a los enfermos más vulnerables. Comunicado de la Asociación de Bioética de Madrid. 2019. [Fecha de consulta: 27/03/2020]. Disponible en: <http://abimad.org/wp-content/uploads/2020/02/ABIMAD-Comunicado-Eutanasia.pdf>

<sup>85</sup> MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. *Revista del Notario del siglo XXI*, ENSXXI nº 6, marzo-abril. 2006. [Fecha de consulta: 21/04/2020]. Disponible en: <http://www.elNotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3031-y-si-el-poderdante-deviene-incapaz-de-hecho-0-16408657949798422>

## Capítulo III: LA EXTINCIÓN DEL PODER

En el presente capítulo analizaremos las diferentes formas de extinción del poder de representación y sus consecuencias directas, como por ejemplo la rendición de cuentas, devolución de cantidades y, por último, la labor de familiares, terceros, responsables públicos y guardadores de hecho.

### 1. FORMAS DE EXTINCIÓN DEL PODER DE REPRESENTACIÓN

Las normas aplicables para la extinción del poder son las mismas que rigen para las del mandato ante la insuficiencia normativa a este aspecto. Una vez hemos concluido la causalidad del poder de representación, según RUIZ DE HUIDOBRO, “*éste se fundará en una relación básica subyacente que actúa respecto de él como causa y de la que depende*”<sup>86</sup>. Su extinción llevará consigo la extinción del poder. Dicha regulación se contempla en los arts. 1732 a 1739 CC. A tenor de lo dispuesto en el art. 1732 CC, el mandato se acaba por su revocación, renuncia o capacidad modificada del mandatario, muerte, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o mandatario y por la capacidad modificada sobrevenida del mandante salvo que se hubiera acordado su continuación o se haya previsto para el caso concreto.

- Revocación: El art. 1733 CC dispone que “*el mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato*”. La revocación puede entenderse como un negocio unilateral de carácter recepticio, en palabras de DÍEZ-PICAZO<sup>87</sup>. Pone punto y final a la relación existente entre representado y representante y puede ser tanto expresa como tácita; en este último caso es necesario el nombramiento de un nuevo mandatario para el cumplimiento de las mismas funciones que se encargó al anterior (art. 1735 CC). Para ello, es necesario ponerlo en conocimiento del primer mandatario y, desde ese mismo momento es cuando la revocación desplegará plenos efectos jurídicos. Producida la revocación, el representado podrá exigir al representante la devolución del documento en que conste el apoderamiento.

---

<sup>86</sup> *Manual de Derecho Civil. Parte general.* “cit.” p. 549.

<sup>87</sup> *Sistema de Derecho Civil, volumen II (Tomo II).* “cit.” p. 204.

- Renuncia o capacidad modificada: La renuncia es una forma de extinción que ha de ser puesta en conocimiento del mandante, con obligación de ser indemnizado si le produce algún perjuicio “*a menos que funde la renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo*” (art. 1736 CC). Además, dado que las relaciones son presididas por la buena fe, a tenor de lo dispuesto en el art. 1737 CC, el mandatario renunciante continuará la representación hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias. Se entiende, con ello, por un periodo de tiempo prudencial, acorde con la buena fe mutua; no abandonar al representado y no demorar deliberadamente el proceso.
  
- Muerte, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del representante o representado: que pueden afectar tanto a representante como a representado, y suponen la extinción automática de la representación. Respecto a la declaración de prodigalidad, se aplican las mismas disposiciones que para la capacidad modificada del representante. El caso de la insolvencia requiere mayor complejidad, ya que ha de ser probada, salvo que se declare el representante en concurso de acreedores, donde la insolvencia se acredita oficialmente. El art. 1739 CC dispone que, en caso de muerte del mandatario, sus herederos habrán de comunicarlo al mandante y “*proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste*”. Según DÍEZ-PICAZO, la justicia aconseja extender esta norma a los casos en que la cesación del mandato se origine por otras causas<sup>88</sup>. Hubo un cambio interpretativo en la doctrina del TS con la Sentencia de 13 de febrero de 2014<sup>89</sup>. Inicialmente, el negocio jurídico se consideraría válido para dotar de una mayor protección al tercero, y sería el *dominus* quien, posteriormente, reclame contra su representante, aunque esta sentencia manifiesta totalmente lo contrario, afirmando que el tercero no podrá quedar protegido por la validez del negocio, y deberá buscar la responsabilidad en el representante que le indujo a contratar. Dicha resolución tiene su base en el fundamento histórico de la norma, el tenor histórico del art. 1738 CC. Del tenor de la misma se puede resumir que el tercero quedaría protegido mediante la validez del negocio de compraventa si consigue demostrar la buena fe por ambas partes, la suya y la del representante.

---

<sup>88</sup> *Sistema de Derecho Civil, volumen II (Tomo II)*. “cit.” p. 205.

<sup>89</sup> STS de 14 de febrero de 2013. (RJ 2014/1343).

- Capacidad modificada sobrevenida del mandante: prevé la extinción automática de la representación salvo que se hubiera previsto su continuación para el caso concreto o establecido el mandato para el caso de incapacidad del mandante. Dicha previsión fue introducida por la Ley 41/2003, en su artículo 11, que añade, además, en estos casos, que *“el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.
- Extinción de la representación y los terceros: según el art. 1738 CC, las relaciones entre el representante y un tercero, ignorando el primero la muerte de su representado o cualquier otra causa de extinción de la representación, desplegarán plenos efectos jurídicos siempre y cuando se hayan realizado de buena fe. Este requisito de buena fe es completamente necesario, ya que despliega otra serie de efectos análogos a la relación jurídica como el derecho de reembolso de los gastos en los que haya incurrido el representante durante la relación jurídica. Esto conlleva la protección jurídica del tercero que se mantiene ajeno a la revocación del poder conferido para contratar con él.

Existe un caso de irrevocabilidad del poder de representación. Se trata de aquellos casos en los que en la relación jurídica existen intereses no solo para representante y representado, sino también para terceros, y su cumplimiento exige la no revocabilidad para poder llevar el negocio a buen término (STS 433/1993)<sup>90</sup>. En caso de revocación, sí que tendría efectos, aunque daría lugar a la posterior indemnización de daños y perjuicios<sup>91</sup>.

## 2. LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES

El origen de esta figura jurídica, lo encontramos en el Derecho Romano, si bien es preciso realizar un breve inciso para mencionar que para que el tutor ejerza sus funciones, es necesario la autorización del Secretario Judicial -actualmente Letrado de la Administración de Justicia- en función de lo dispuesto en el art. 259 CC, y realizar sus funciones con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 CC). Existe una obligación *de iure* de realizar inventario en el plazo de sesenta días desde la toma posesión del cargo (art. 262 CC). Esta obligación corresponde al tutor, aunque puede prorrogarse dicho plazo si el LAJ aprecia motivos suficientes para ello (art. 263 CC).

<sup>90</sup> STS 433/1993 de 11 de mayo. (RJ 1993/3539).

<sup>91</sup> *Sistema de Derecho Civil, volumen II (Tomo II)*. “cit.” pp. 206-207.

La obligación de rendir cuentas por parte del tutor sigue un doble camino. En primer lugar, el tutor está obligado a rendir cuentas anualmente ante el Juez por la administración del patrimonio de su tutelado (art. 269 CC). En segundo lugar, por virtud del art. 279 CC, al cesar en sus funciones. Como vemos, el tutor tiene la obligación de la rendición de cuentas, o bien una vez al año si se solicita, o una vez deje de ocupar su cargo. La falta de cumplimiento de rendir cuentas, y en su caso, la devolución de cantidades necesarias, podrá derivar en un procedimiento contencioso para exigirselo. El deber de devolución de cantidades surge cuando el tutor cesa en sus funciones, y es completamente necesario, en tanto que al no ser un deber de carácter personalísimo puede ser exigido a sus herederos, y al tratarse de una labor de gestión del patrimonio, tanto el antiguo tutelado como sus herederos como sus futuros tutores están facultados para exigir el cumplimiento del deber de rendir cuentas<sup>92</sup>.

El procedimiento de rendición de cuentas requiere la participación judicial; la aprobación de las cuentas la realiza el Juez, previa audiencia, a los nuevos cargos tutelares de la persona afectada, al defensor judicial si se hubiese nombrado al efecto, a la persona que ha sido sometida a tutela y a sus herederos, si los hubiere (art 280 CC). El procedimiento es de jurisdicción voluntaria, por tratarse del procedimiento ordinario del cargo tutelar. En el caso de que el tutor obstruyera la rendición de cuentas, habría que optar por la vía contencioso-administrativa, generando unos gastos que correrán a cuenta del sometido a tutela.

El saldo de la cuenta devengará un interés legal, que podrá ser positivo o negativo. Si es positivo, devengará el interés legal desde que el sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes (art. 282 CC). Si el saldo es negativo, devengará el interés desde la aprobación de la cuenta (art. 283 CC). Puede suceder que durante el ejercicio de la tutela se haya podido producir un menoscabo en el patrimonio del tutelado o en la persona del tutor. El legislador, para proteger a ambas partes, permite que el ejercicio de las acciones que pueden llevarse a cabo no sean obstaculizadas por la aprobación judicial (art. 285 CC).

La rendición de cuentas se configura como un instrumento de protección de la figura del tutelado, tanto de su esfera personal como patrimonial, por ello no es admisible una dispensa

---

<sup>92</sup> *Sistema de Derecho Civil, volumen I*. “cit.” p. 233.

total del deber de rendir cuentas por parte del tutor, incluso en el caso de que su tutelado haya recobrado la capacidad<sup>93</sup>.

### 3. LA LABOR DE LOS TERCEROS: FAMILIARES Y GUARDADOR DE HECHO

Respecto de las personas vulnerables, nuestro sistema se rige por el principio de corresponsabilidad Pública y Privada, recogiendo a continuación todas las posibilidades que se plantean.

#### 3.1. **Ámbito privado. La labor de los familiares y terceros**

En el ámbito privado nos encontramos, en primer lugar, con *los familiares cercanos*, para los que la atención y cuidado de sus familiares vulnerables es una obligación legal -el deber de alimentos- según dispone el art. 142 y siguientes CC. El incumplimiento del deber de alimentos constituye un delito de abandono de familia tipificado en los arts. 226 y 229 CP.

En segundo lugar, aparecen *los allegados o guardadores de hecho*. Los vínculos de afecto pueden ser incluso más poderosos que los de sangre y, personas que no tienen relación de parentesco (amigos, vecinos, etc.), desarrollan una labor de protección de personas con discapacidad como complemento de la protección familiar o en sustitución de ésta, atribuyéndoles facultades legales de actuación respecto de los guardados, según dispone el art. 304 CC.

En tercer lugar, *el Movimiento Asociativo – El Tercer Sector*, que aparece para la discapacidad en los años sesenta y, para el trastorno mental en los noventa, dando lugar al denominado “Tercer Sector Social”, integrado por entidades privadas sin ánimo de lucro regulado en la Ley 43/2015, de 9 de octubre.

En cuarto lugar, *el voluntariado*, que supone un compromiso específico de colaboración con los colectivos vulnerables. La actual Ley 45/2015<sup>94</sup>, lo define en el art. 3.1.

El quinto y último grupo es *la ciudadanía* en general. Más allá de los familiares cercanos y allegados, existe un deber “ético” de solidaridad y colaboración ciudadana, especialmente

---

<sup>93</sup> *Sistema de Derecho Civil, volumen I*. “cit.” p. 234.

<sup>94</sup> Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.



intenso cuando se trata de personas vulnerables. Este deber “ético” se convierte en deber legal en determinadas situaciones, hasta el punto de que su incumplimiento es constitutivo de delito de omisión de socorro castigado en el art. 195 CP.

### **3.2. Ámbito público.**

Los *poderes públicos* tienen un especial deber de actuar por lo dispuesto en el art. 49 CE, el cual proclama que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

Los *profesionales de la función pública*, especialmente los más cercanos a la persona vulnerable, tienen un especial deber de actuación de acuerdo con sus respectivas normas de competencia.

### **3.3. La labor del guardador de hecho**

El guardador de hecho es la persona que, sin nombramiento de ningún tipo, se encarga de la guarda y cuidado de la persona en la que concurre una causa de capacidad modificada. El art. 303.1 CC faculta a la autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a *“requerirle para que informe de la situación de la persona que pudiera precisar de una institución de protección, y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”*. También recoge la posibilidad de otorgar funciones tutelares al guardador hasta que se constituya la medida de protección adecuada.

La figura del guardador de hecho puede considerarse desprotegida dentro del CC, ya que no se le incorpora dentro de las figuras tuitivas del art. 215, lo que entra en contradicción con lo expresado en el art. 12.4 CIDPD, que otorga derechos similares a las figuras tuitivas del ya mencionado art. 215 CC, al igual que la mencionada en el art. 306 CC, por su labor de protección para con su guardado. Esta carencia legislativa en el CC choca también con la realidad de los juzgados, puesto que el número de situaciones de hecho es suficientemente significativo como para contener tal escasez legislativa, y no solo eso, sino que dicho capítulo se basa en meras remisiones a otras figuras legislativas recogidas en dicho texto legal. Ante esta situación, las modernas corrientes jurisprudenciales están otorgando un reconocimiento a

la figura del guardador de hecho similar a los de la figura tuitiva, que habrá de informar al Juez de la situación del guardado, rendir cuentas ante él y estar sometido a sus guardados tal y como se recoge en la STS 341/2014 de 1 de julio<sup>95</sup> <sup>96</sup>. Con ello, se dispone la evolución en el tratamiento hacia la guarda de hecho que, pese al escaso contenido legislativo, se sitúa al amparo jurisdiccional, que le ha ido reconociendo determinadas funciones.

Este reconocimiento de funciones lleva aparejado un control judicial de las mismas, lo que convierte, como afirma LECIÑENA IBARRA, la guarda de hecho en una guarda de derecho, cumpliendo de tal manera con los postulados de la Convención<sup>97</sup>. Para el caso concreto de las personas mayores, es fundamental el reconocimiento de la labor del guardador de hecho. Es un reconocimiento a la tarea realizada por dicha persona por el cuidado de la misma ante la eventualidad de una enfermedad física o psíquica por razón de edad. Para el supuesto de que la persona mayor necesite auxilio judicial, sería preciso que el guardador de hecho obtuviera el consentimiento de la persona guardada de tal manera que, si el ordenamiento pusiera trabas a esta figura jurídica, podría dejar a la persona mayor en situación de indefensión.

El guardador de hecho se puede configurar como una esfera intermedia entre la figura del tutor para el caso de capacidad modificada, y la situación de la persona que cuenta con la totalidad de sus derechos y capacidades. Esta figura intermedia es la idónea para situaciones en las que el guardado tiene las facultades necesarias para administrar su vida, pero cuenta con alguna limitación para comprender un negocio jurídico concreto, ya que si para este caso se promueve la capacidad modificada de la persona, puede entenderse como una decisión exagerada y un tanto radical que modifica el estado de la persona, contraviniendo claramente la Convención suponiendo una vulneración clara, flagrante, de los derechos de la misma.

Los negocios jurídicos realizados por el guardador de hecho han ido en aumento en los últimos años dado el apoyo jurisprudencial que ha recibido esta figura. Para llevarlos a cabo, es necesario obtener autorización judicial que, sin embargo, puede llevar a la obstrucción del tráfico jurídico debido a la dilatación del proceso consistente en la petición al juzgado, que deberá recabar los informes forenses sobre la capacidad del guardado para realizar el negocio

---

<sup>95</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio, 2014, Rec. 1365/2012 (LA LEY 95244/2014) en su FJ 7º.

<sup>96</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España “cit.” p. 564.

<sup>97</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España “cit.” p. 565.

jurídico por el cual se le ha cuestionado. Una vez practicada la prueba, el Juez se pronunciará sobre la concesión de la autorización al guardador de hecho y, en caso afirmativo, deberá rendir cuentas ante el Juez de las actuaciones realizadas a partir de la concesión de la autorización. La resolución se anota en el Registro Civil *ex art. 40.3.9º de la Ley 20/2011*<sup>98</sup>, que solo tendrá valor informativo<sup>99</sup>.

La paulatina incorporación del guardador de hecho al tráfico jurídico no solo cuenta con el apoyo jurisprudencial, sino que poco a poco se está tratando de trasladar al ámbito normativo, confirmando la flexibilidad, o, mejor dicho, la no tan exagerada rigidez que demuestra la ley en cuanto a la promoción del MF de las causas de capacidad modificada. Como queda dispuesto en la Circular 1/2001 de 5 de abril<sup>100</sup>, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, “*el Ministerio Fiscal está legitimado para presentar demanda de capacidad modificada cuando no lo hagan las personas facultadas por el art. 757.1 LEC*”, pero como previene el art. 753.3 LEC, el MF no está obligado a ello sino que previamente ha de analizar minuciosamente las circunstancias del caso concreto, y una vez realizado, proceder o no a la interposición de la demanda. Esta modificación del planteamiento se alinea con los postulados de la CIDPD, que aboga por la protección de los derechos fundamentales y la capacidad jurídica de la persona. Una imposibilidad para la realización de un determinado negocio jurídico no es óbice para poner en marcha un procedimiento de capacidad modificada.

Este apoyo jurisprudencial no resulta tan efectivo si no va acompañado por una cobertura legislativa digna. Como ha quedado dicho, la creciente importancia de la figura del guardador de hecho requiere unos preceptos legislativos suficientes que cubran en su totalidad la dimensión de esta figura. No resulta lógico ni jurídicamente seguro que una postura jurisprudencial tan clara en favor de la figura del guardador de hecho, que además cumple con los postulados de la CIDPD, no vaya acompañada de una modificación legislativa que corrobore esta nueva postura doctrinal. Si bien en la legislación nacional no se aprecia una cobertura normativa suficiente; no se puede decir lo mismo de los derechos forales, los cuales han incorporado a su ordenamiento jurídico el reconocimiento a los guardadores de hecho. Por

---

<sup>98</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>99</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España “cit.” pp. 570-571.

<sup>100</sup> Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*.

ejemplo, el art. 225.3.2 CC Catalán, reconoce que en la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador las funciones tutelares, si éstas lo solicitasen, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela. Para el caso concreto, la guarda de hecho se configuraría como una guarda de derecho controlada por el Juez que le ha ordenado<sup>101</sup>. Como se puede comprobar, en el ámbito de los derechos forales, el papel del Juez es más activo ya que va acompañado de una protección o mandamiento legislativo.

---

<sup>101</sup> Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España “cit.” p. 559.

## CAPITULO IV: CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto en este trabajo, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

Primera: Estancamiento legislativo. Aunque hasta la fecha se ha avanzado mucho en la protección jurídica de las personas mayores, aún queda un largo camino por recorrer. El Derecho español se encuentra ahora mismo estancado y carente de ideas, situación motivada, seguramente, por la incertidumbre política que se ha producido en los últimos años, y que ha supuesto un “parón” a nivel legislativo.

Segunda: Lo que es indubitable, es que la sociedad envejece progresivamente, y la legislación nacional debe acomodarse a dichas circunstancias sociales, proveyendo de seguridad y amparo a los ancianos que, pasado tiempo, se ven afectados por cualquier enfermedad neurodegenerativa que les deje, de hecho, incapaces de obrar. Considero que el sistema jurídico español debe modernizarse y adecuarse a la realidad social, terminando con el vetusto modelo de sustitución y adoptando el modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Tercera: Mayor trascendencia a los poderes continuados y preventivos. Aunque su otorgamiento va creciendo, ha de conferirse una mayor importancia a estas figuras ya que respeta la autonomía de la voluntad del otorgante.

Cuarta: Debe producirse una adecuación urgente de nuestra legislación a los postulados de la CIDPD, concretamente a su artículo 12, con una mayor visión de los Derechos Humanos, en la búsqueda de la protección jurídica de nuestros ancianos.

Quinta: Necesaria adopción de medidas que complementen el juicio notarial de capacidad en cuanto a sus aspectos psicológicos, psiquiátricos o de cualquier otra índole, para los que el Notario no está suficientemente capacitado, evitando con ello, la vulnerabilidad de los ancianos y reforzando su seguridad jurídica.

Sexta: En el ámbito de las reformas legislativas, reforzar figuras como la guarda de hecho, la autotutela o autocuratela, como medidas de prevención y autorregulación, como se ha realizado multitud de países, tomando como referencia el art. 12 de la Convención, aunque no se debe

obviar que, en nuestro país, los juzgados y tribunales ya han comenzado a practicarlo en sus resoluciones más recientes, situándose por delante del legislador en este punto.

## **CAPITULO V: BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN**

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Ley 5/1987, de 5 de abril, de servicios sociales.

Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la normativa tributaria con esta finalidad.

Doctrina de la FGE. Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.

Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de capacidad de las personas.

Resolución UN, 46/91 sobre los Principios en favor de personas de edad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991.

Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 30 de marzo de 2007.

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.

Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

## **JURISPRUDENCIA**

STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 de diciembre, Rec. 428/2016 (LA LEY 190624/2016). [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2020]

STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 833/2013 de 28 de octubre de 2013, Rec. 504/2013 (LA LEY 213788/2013) [Fecha de consulta: 4 de abril de 2020]



STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 642/2019 de 27 de noviembre, Rec. 876/2017 (LA LEY 165813/2019) [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio. 2013, Rec. 1220/2012 (LA LEY 92052/2013) [Fecha de consulta: 2 de abril de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril, 2009, Rec. 1259/2006 (LA LEY 49525/2009) [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

STS 967/1994, de 31 de octubre [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2020]

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 20 de febrero, 1989 (LA LEY 153407-JF/0000) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de febrero de 1986 (LA LEY 7529-R/1986) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo, 2015, Rec. 846/2014 (LA LEY 54799/2015) [Fecha de consulta: 3 de abril de 2020]

STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 128/2010 de 23 de marzo, 2010, Rec. 103/2006 (LA LEY 16961/2010) [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio. 2013, Rec. 1220/2012 (LA LEY 92052/2013) [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 487/2014 de 30 de septiembre, 2014, Rec.18/2014 (LA LEY 143845/2014) [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril, 2009, Rec. 1259/2006 (LA LEY 49525/2009) [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo, 2017 (LA LEY 48331/2017) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 597/2017 de 8 de noviembre, 2017 (LA LEY 159002/2017) [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 698/2014 de 27 de noviembre, 2014 (LA LEY 161504/2014) [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]

STC, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 174/2002 de 9 de octubre, 2002, Rec. 1401/2000 (LA LEY 7855/2002) [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo, 2017, Rec. 2759/2016 (LA LEY 48331/2017) [Fecha de consulta: 2 de abril de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio, 2014, Rec. 1365/2012 (LA LEY 95244/2014) [Fecha de consulta: 2 de abril de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre, 2015, Rec. 62/2015 (LA LEY 169935/2015) [Fecha de consulta: 2 de abril de 2020]

STEDH 13469/06, de 14 de febrero de 2012, de la Sección Segunda. Case of D.D. v Lituania [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

STEDH 45508/1999, de 5 de octubre de 2004. Case of H.L. v Reino Unido. (LA LEY 204081/2004) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

STS de 14 de febrero de 2013. (RJ 2014/1343) [Fecha de consulta: 3 de abril de 2020]

STS 433/1993 de 11 de mayo. (RJ 1993/3539) [Fecha de consulta: 3 de abril de 2020]

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio, 2014, Rec. 1365/2012 (LA LEY 95244/2014) [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2020]

## **OBRAS DOCTRINALES**

CALVO SAN JOSE, M. J. “La protección jurídica de la tercera edad. Análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes”. *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 12/2005 parte Comentario. Ed. Aranzadi, 2005.

CARBONELL MATEU, J. C. (2016), *Delitos contra las relaciones familiares. Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. 5º ed. pp. 317-325.

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Editorial Reus. 10ª ed. Madrid. 1977. p. 506.

COTTRELL, B. *Parents abuse: The abuse of parents by their teenage children*. 2001

CORBACHO GÓMEZ, J.A. LEGAZ CERVANTES, F. ANDREU MARTÍNEZ, M. LECIÑENA IBARRA, A. *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1ª ed, 2018, pp. 504, 530-531, 559, 564-565, 570-571, 680, 838, 877.

COSÍO DEL RÍO, N. (2018). *Problemática de la modificación de la capacidad jurídica en España*. p. 21.

(disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/20097/TFG-%20CosAo%20del%20RAo%2c%20Natalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

DE CASTRO CID, B. *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*. Ed. Universitas, Madrid, 1997. p.273.

DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de Derecho Civil (I) – Volumen 2: Derecho de la Persona*. Ed Colex. 5ª edición. Madrid, 2015. pp. 133, 136, 138.

DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, volumen I*. Ed. Tecnos, 13º edición, Madrid, 2016. pp. 183-184, 186, 233-234.

DÍEZ -PICAZO, L. GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, volumen II (Tomo II)*. Ed. Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2016. pp. 183-184, 204-207.

ECHEVARRIA DE RADA, T. 2013. “Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013 parte Doctrina. Ed. Aranzadi, 2013.

ELIZARI URTASUN, L. “Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 30, 2016, p. 345.

ESCRIBANO TORTAJADA, P. *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático*. Castellón, 2009. Disponible en:

<https://www.tdx.cat/handle/10803/10425;jsessionid=5D2E5889289CB61EC1DE536554FB77C1>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Capacidad modificada.” *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, pp. 83-92. [Fecha de consulta: 8 de marzo de 2020].

FLORES, F. “La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución.” *Tiempo de paz*, n.129, 2018, pp. 127-135.

GALINDO GARFIAS, I. “Representación, Mandato y Poder.” *Revista de Derecho Privado, nueva época*, año I, enero-abril 2002, pp. 13-22. [Fecha de consulta: 26 de febrero de 2020].

GARCÍA PONS, A. “Las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español”. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006. Fund. Ramón Areces – Fund. Aequitas. Madrid, 2008. Pp. 22-194.

GARCÍA RUBIO, M. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, Estudios, pp. 29-60.

GÓMEZ TABOADA, J. Conferencia: “Jornadas hispano-cubanas sobre capacidad” Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 24 de noviembre de 2005.

GUILARTE MARTIN-CALERO, C. “Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental o intelectual.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2018 parte Legislación. Ed. Aranzadi. Madrid. 2018.

HARBIN, H. y MADDEN, D. *Battered parents: a new syndrome*, in *American Journal of Psychiatry*, 136, (10), 1979, pp. 1288-1291.

MAGARIÑOS BLANCO, V. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 199-225.

MARTIN-CARO GARCIA, F; HERNANDEZ-TAVERAMARTIN, V. 2015. “La competencia exclusiva del Notario para verificar la suficiencia de las facultades de los apoderados”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 6/2015 parte Doctrina. Ed. Aranzadi. Madrid. 2015.

MARTINEZ GARCIA, M.A. *La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas, en la defensa jurídica de las personas vulnerables*. Ed. Aranzadi, Madrid, 2008. p. 260.

MARTÍNEZ QUES, A. “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. *Revista de Derecho UNED*, nº17, 2015. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2020].

ORDAS ALONSO, M. “La autotutela”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2014 parte Doctrina. Ed. Aranzadi. Madrid. 2014.

PALACIOS, A.; ROMANACH, J. “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”; *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*; ISSN 1887 – 3898, 2006.

PARRA LUCÁN, M. *La autonomía privada en el derecho civil*. Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

PUIG BLANES, F.; PERZ BORRAT, M.; y SOSPEDRA NAVAS, F. “Proceso sobre la capacidad de las personas”. *Práctica de los procesos jurisdiccionales (Civitas). Proceso Civil*. Ed. Aranzadi. Madrid. 2012.

REPRESA, M.P. *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. *Comentario al art. 665 del Código Civil, Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

ROMERO COLOMA, A. M. “Testamento y Capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador”. *Diario La Ley*, nº 7439, Sección Tribuna, 24 de febrero 2010, año XXXI. Editorial La Ley.

RUBIO GARRIDO, T. *La partición de la herencia*. Ed Aranzadi, 1º ed, 2017.

RUBIO TORRANO, E. “Mandato y representación”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21/2007 parte Tribuna. Ed. Aranzadi. 2007.

RUIZ DE HUIDOBRO, J. (2015). *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 3º edición, 2015, pp. 547, 549.

## **RECURSOS DE INTERNET**

Esperanza de vida en España, *INE*. [Fecha de consulta: 12/04/2020]. Disponible en: [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout)

Definición de capacidad modificada, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/incapacitaci%C3%B3n>

Definición de incapacidad, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/incapacidad>

Definición de discapacidad, *Diccionario de Español Jurídico de la RAE*. [Fecha de consulta: 05/04/2020]. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/discapacidad>

Capacidad de obrar. Ed. Wolters Kluwer. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]. Disponible en:

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC3NzbtLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAjhoSNjUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC3NzbtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAjhoSNjUAAAA=WKE)

MELÉNDEZ ARIAS, M. C. Capacidad, discapacidad, dependencia, capacidad modificada. Centro Internacional sobre el Envejecimiento. 2019. [Fecha de consulta: 17/04/2020]. Disponible en: <https://cenie.eu/es/blog/capacidad-discapacidad-dependencia-capacidad-modificada>

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. [Fecha de consulta: 08/04/2020]. Disponible en:

<https://www.nreg.es/index.php/RDC/article/download>

Descripción de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Discapnet, *Fundación Once*. [Fecha de consulta: 01/04/2020]. Disponible en:

<https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional>

Indicadores de estructura de la población. Proporción de personas mayores de cierta edad por provincia. *INE*. [Fecha de consulta: 26/02/2020]. Disponible en:

<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488>

ROSALES, F. El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad. 2014. [Fecha de consulta: 22/04/2020]. Disponible en: <https://www.Notariofranciscorosaes.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/>

FIGUEROA NAVARRO, M. C. Consulta 1/2008, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes, y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal. Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado. 2008. [Fecha de consulta: 20/04/2020]. Disponible en:

[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2008-10047500483\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_Consultas](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10047500483_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Consultas)

Los Derechos de las Personas Mayores. Conclusiones del Foro Mundial de ONG's sobre Envejecimiento. Madrid, 5 al 9 de abril de 2002. Sociedad Española de Geriatria y Gerontología. p. 5. Disponible en: <https://www.segg.es/media/descargas/foro-derechos-01.pdf>

La aprobación de la eutanasia perjudicará a los ancianos y a los enfermos más vulnerables. Comunicado de la Asociación de Bioética de Madrid. 2019. [Fecha de consulta: 27/03/2020]. Disponible en: <http://abimad.org/wp-content/uploads/2020/02/ABIMAD-Comunicado-Eutanasia.pdf>

MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. *Revista del Notario del siglo XXI*, ENSXXI nº 6, marzo-abril. 2006. [Fecha de consulta: 21/04/2020]. Disponible en: <http://www.elNotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3031-y-si-el-poderdante-deviene-incapaz-de-hecho-0-16408657949798422>

SANTOS URBANEJA, F. *LA GUARDA DE HECHO: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, Fundación Aequitas, 2017. [Fecha de consulta: 21/04/2020]. Disponible en: [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f6c1b948-c069-40fb-bd40-487ba4305777&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f6c1b948-c069-40fb-bd40-487ba4305777&groupId=10228)

Tablas comparativas Anteproyecto de Ley para la reforma de la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. 2018. [Fecha de consulta: 22/04/2020]. Disponible en: <https://www.Notariosyregistradores.com/web/cuadros/comparativas-articulos/tablas->



[comparativas-Anteproyecto-de-ley-reforma-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/](#)

TRIGO SIERRA, E. MARCHENA MESA, D. M. Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*. 122-127. 2013. [Fecha de consulta: 21/04/2020]. Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3917/documento/fe8.pdf?id=4804>

Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 3 de diciembre de 1982. Disponible en:

<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/programa-de-accion-mundial-para-las-personas-con-discapacidad-4.html>