

Alternativas de protección personal y patrimonial ante una futura incapacidad

siempre legal

Para posibilitar que personas mayores que puedan verse aquejadas de enfermedades que mermen su capacidad, resulta fundamental que el legislador posibilite, y como alternativa a la incapacidad, que cuando todavía se es plenamente capaz, exista la posibilidad de diseñar una protección propia, en cuanto al cuidado de su persona y sus bienes, implicando en esa responsabilidad a aquellas personas que merezcan su confianza.

Y con tal fin la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, modificó el artículo 223 del Código Civil referente a la autotutela, así como el artículo 1.732 de mismo código, referente al mandato.

El artículo 1.732 del C.c. dispone que “[...] el mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a **no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación** o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad [...]”.

De la redacción de este artículo podemos diferenciar dos tipos de **poderes preventivos**:

- Apoderamiento o poder preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*: el apoderamiento se otorga en previsión de la incapacidad del poderdante; de modo que surtirá efectos cuando ésta tenga lugar, no antes. Se incluye tanto la incapacidad (discapacidad) de hecho, esto es, la incapacidad no declarada judicialmente, como la incapacidad judicial. Para acreditar la existencia de tal incapacidad y dar eficacia del poder *ad cautelam* se puede seguir los siguientes criterios:

- Criterios subjetivos: acreditando la incapacidad mediante el corres-

pondiente dictamen médico realizado por un médico, por el poderdante o por el apoderado.

- Dejar la apreciación de la incapacidad al arbitrio del apoderado, para que cuando considere que su poderdante es incapaz pueda hacer operativo el poder.

- Acudir a un organismo independiente como la Comisión estatal encargada de determinar el grado de discapacidad conforme al procedimiento establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, indicando que, si el grado de discapacidad sobrepasa un porcentaje determinado en el poder, comience éste a surtir efecto.

- Criterios de carácter objetivo: estableciendo en el poder las situaciones que se tienen que dar para considerar la incapacidad y hacer efectivo el poder.

- Esperar a la incapacidad judicial.

- *Apoderamiento o poder continuado o con subsistencia de efectos*: en este caso, el poderdante dispone que la eficacia del poder tenga lugar desde el mismo momento que se otorga, y se mantenga subsistente, cuando el poderdante sea incapaz de hecho o se le incapacite judicialmente.

El poder puede ser general (comprende todos los asuntos referidos al poderdante, salvo los personalísimos) o especial (referido a actos concretos), y podrá utilizarse tanto para actuaciones en la esfera personal como en la patrimonial (desde el internamiento o no en una residencia hasta la decisión sobre el lugar donde quiere vivir).

Este poder debe ser comunicado de oficio por el notario al Registro Civil, tal y como establece el artículo



Higinio García Pi
Abogado. Socio Director
del despacho García Pi
Abogados Asociados S.L.

46 ter de la Ley de Registro Civil tras la reforma de la Ley 1/2009, y no se extingue con la incapacitación judicial, sino que subsiste; solo en el caso en el que el tutor considere conveniente o necesaria la revocación o extinción del poder puede proceder en este sentido, lo que supone también un instrumento para evitar situaciones de indefensión y abuso en caso de que el apoderado realice su función de forma desleal, ya que el poderdante, al haber perdido la capacidad, no podría revocar el poder.

Otra de las figuras de protección de la persona es la **autotutela**, regulada en el artículo 223 del Código Civil, por la que una persona designa ante notario a la persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que quiere que sea su tutor en caso de que en un futuro pueda llegar a ser incapacitado judicialmente.

En el caso de que se nombre a una persona física, se podrán realizar llamamientos conjuntos, e incluso nombrar sustitutos.

La autotutela se puede otorgar por cualquier persona con capacidad de obrar y ésta puede incluir, en la misma escritura, cómo desea que se organicen y administren sus asuntos tanto personales como patrimoniales, aunque el juez deberá adaptar las disposiciones contenidas en el poder de autotutela al ámbito de incapacitación recogido en la sentencia, pues la autotutela no se constituye hasta que haya concluido el proceso de incapacitación del autotutelado (que puede ser promovida por el presunto incapaz por vía del artículo 757.1 LEC) y el juez dicte sentencia incapacitándole y declarándole sometido a tutela.

La designación hecha por el autotutelado vincula al juez, si bien éste podrá, en resolución motivada, no tomarlo en consideración si el beneficio del incapacitado así lo exigiera, de acuerdo con los artículos 224 y 234 del Código Civil.

El notario es quien, de oficio, debe comunicar al *Registro Civil* la existencia y el contenido del documento público para que así se indique en la hoja de nacimiento del interesado –inscribiéndose de forma definitiva en la Sección



de Tutelas y Representaciones Legales si se llegara a declarar la incapacitación del sujeto y con ella la designación del órgano de guarda correspondiente–, por lo que el juez de oficio deberá reclamar dicha información.

Por último, hay que hacer referencia al **documentos de voluntades anticipadas o testamento vital**, regulado en la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

Se trata de un documento escrito, dirigido al responsable médico, en el que una persona mayor de edad y capaz, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando no pueda expresar su voluntad.

También es posible nombrar a un representante, que será el encargado de supervisar el cumplimiento de las instrucciones previas o de tomar decisiones oportunas sobre la interpretación de dichas instrucciones.

La existencia de un documento de voluntades anticipadas vincula tanto al médico responsable como al equipo sanitario, que deben tenerlo en cuenta y actuar en consecuencia, salvo que implique una acción contra la legisla-

ción vigente o que vaya en contra de la buena práctica médica.

El testamento vital puede incluir estipulaciones tales como los criterios a utilizar para la toma de decisiones en el ámbito sanitario y otros aspectos como la voluntad de ser donante de órganos o si desea asistencia religiosa.

Este documento debe ser formalizado por escrito ante notario o bien delante de tres testigos mayores de edad y capaces, dos de los cuales no deben estar vinculados por una relación patrimonial ni de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante, y podrá ser modificado y revocado en cualquier momento.

En cuanto a la inscripción del documento de voluntades anticipadas, en función de cada comunidad autónoma, se dispondrá de un registro de voluntades anticipadas. Si el testamento vital se ha otorgado ante notario, se tendrá que presentar una copia autenticada, acompañada de una solicitud registral, mientras que si se ha otorgado ante testigos, se presentará junto con una solicitud facilitada por el registro de voluntades, además de una copia compulsada del DNI o pasaporte en vigor tanto del otorgante como de cada uno de los testigos. ■