

Congreso internacional
“La contractualización del Derecho de familia y la persona^{*}”
23 y 24 de marzo de 2022
Santiago de Compostela

**CLÁUSULA DE SUBSISTENCIA Y APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS REGLAS DE LA
CURATELA AL PODER PREVENTIVO**

Ernesto Francisco Sarrión Hernández
Investigador Predoctoral
Universidad de Santiago de Compostela
Panel núm. 3

RESUMEN

Tras la ratificación por España de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad se potencia, *ex. Art. 12* de la misma, un cambio de paradigma en el que se anuncia la igualdad de condiciones en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, promoviendo, protegiendo y asegurando el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, bajo el reconocimiento de la dignidad de la persona contenido en el art. 10 CE. Esta nueva concepción de la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas en situación de discapacidad contiene numerosas vertientes que se manifiestan en el ámbito del Derecho de la persona. Algunas de estas ramificaciones exceden de la significación unívoca del Derecho de la persona y añaden cuestiones relativas a la autonomía de la voluntad o a la manifestación del consentimiento en determinados negocios jurídicos.

A raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se produce una sustancial modificación del Código Civil. El apartado veintitrés del artículo segundo de la citada ley modifica el Título XI del Libro Primero, cuya denominación pasa a ser “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Es en este Título donde se encuentran sitas, en el segundo capítulo, las medidas voluntarias de apoyo que se regulan en dos secciones (“disposiciones generales” y “poderes y mandatos preventivos”, respectivamente).

^{*} Este Congreso internacional se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

Los poderes preventivos serán el punto de partida del presente trabajo de investigación, con el matiz previamente señalado, es decir, la conjugación de materias que van allende de lo estrictamente conocido como Derecho de la persona y que, en este caso, aportan contenido propio del Derecho de obligaciones. Surge así la duda acerca de cómo calificar jurídicamente dicha materia y si existe una paulatina *contractualización* del Derecho de la persona.

En primer lugar, es menester introducir la cláusula de subsistencia en los poderes preventivos, considerados éstos como medidas voluntarias de apoyo a personas en situación de discapacidad. La 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, daba mediante su art. 11 una nueva redacción al art. 1732 CC indicando *in fine* lo siguiente respecto a la extinción del mandato: *“el mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*. El art. 1732 CC ha vuelto a experimentar otra reforma con la aprobación de la Ley 8/2021 que pasa a establecer como última modalidad de extinción del mandato *“la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos”*. El precepto evidencia dos cuestiones: la primera, relacionada con el diferente tratamiento que el legislador hace de las situaciones de discapacidad en comparación con la anterior redacción; en segundo lugar, la remisión expresa a los mandatos preventivos.

En los artículos 256-262 CC se regulan los poderes y mandatos preventivos. El primero de ellos muestra la expresa posibilidad de, a través de la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos, añadir una cláusula de subsistencia en el poder (*“El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”*). Esta previsión no excluye la posibilidad alternativa de otorgar un poder con el único objetivo de salvaguardar las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica si sobreviene la situación de discapacidad. Lo relevante es saber qué reglas han de ser tenidas en cuenta a la hora de juzgar el desempeño del apoderado y las prerrogativas de las que puede hacer uso el poderdante. Narra el art. 258 en su último párrafo la posibilidad de extinción del poder preventivo solicitándolo a la autoridad judicial cuando concurren en el apoderado alguna de las causas para la remoción del curador, salvo estipulación en contrario por el poderdante. Del mismo modo, el art. 259 indica que, exista o no cláusula de subsistencia en el poder preventivo, si el poder hace referencia a todos los negocios del otorgante se le aplicarán al apoderado las reglas propias de la curatela, teniendo como única excepción que el poderdante haya manifestado una voluntad contraria.

De conformidad con los artículos que la Ley 8/2021 modifica debemos señalar, en relación con los poderes preventivos, que si el poderdante no realiza una minuciosa redacción del poder estipulando todas aquellas cuestiones susceptibles de ser tenidas

en consideración una vez sobrevenga la situación de discapacidad se le aplicarán de forma supletoria al apoderado las reglas destinadas a regular la curatela. Por lo dicho, es necesario ahondar en la confusión que, en función de la redacción del poder y de la expresa posibilidad de su concurrencia con otras figuras tuitivas, pueda llegar a producirse entre el poder preventivo y la curatela, que es la institución a la que el legislador dedica más detenimiento en la reforma, más aún cuando en el Preámbulo de la Ley 8/2021 se menciona la autocuratela como medida voluntaria pese a que en el texto no se desarrolle en el capítulo dedicado a las mismas, sino en el Capítulo IV destinado a la regulación de la curatela.