

II. FORO/*FORUM*

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)

**LA LEY 8/2021, DE MEDIDAS DE APOYO A LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y LA REGULACIÓN
DE LOS PODERES PREVENTIVOS OTORGADOS EN
PREVISIÓN DE UNA FUTURA DISCAPACIDAD
*LAW 8/21, REFORMING LEGAL CAPACITY: THE
REGULATION OF PREVENTIVE POWERS GRANTED IN
ANTICIPATION OF POSSIBLE FUTURE DISABILITY***

**NOTA INTRODUCTORIA
*INTRODUCTORY NOTE***

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

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, constituye una novedad legislativa muy relevante. Sin duda, acomete reformas de nuestra legislación civil y procesal de hondo calado. Más modestas son, en cambio, las reformas que afectan a nuestras disposiciones de Derecho internacional privado (DIPr) en la materia. Ahora bien, el limitado alcance de estas reformas no debe llevar a engaño sobre la trascendencia de los problemas de DIPr en la materia, cuya frecuencia puede ir en aumento en años venideros (piénsese, por ejemplo, en los numerosos inmuebles y otros activos patrimoniales situados en España de los que sean

titulares personas de edad avanzada extranjeras o residentes en el extranjero, que puedan llegar a perder la aptitud para velar por sus intereses). Por ello, es de lamentar que la actualización del Derecho material y procesal interno no haya venido acompañada de una reforma con pretensión de regulación global de los distintos problemas de Derecho internacional privado que se plantean en este terreno (sin duda, una ocasión para ponerse al día hubiera sido la adhesión al Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos). En vez de ello, la Ley 8/2021 se ha contentado con retoques o reformas menores. A pesar de ello, merece la pena examinar su impacto en nuestro sistema de DIPr, tanto por lo que pueda aportar como por lo que omite o deja sin resolver.

A este respecto, son muchos los aspectos que cabría examinar y que no caben en la limitada extensión de este foro. Por ello, nos limitaremos a una herramienta de singular interés, los poderes preventivos, que constituyen un instrumento de previsión u organización *ex ante* que permite a las personas disponer las medidas de apoyo que crean adecuadas, cuando todavía están en condiciones de poder decidir. Para ello, contamos con dos aportaciones complementarias y de gran interés. La primera de ellas corresponde a la Profesora Mònica Vinaixa Miquel, que examina, con ojo crítico, cómo ha quedado la regulación de los poderes preventivos en el DIPr español tras la Ley 8/2021, y la segunda al Notario Josep Maria Valls i Xufré, reconocido experto en la materia, que analiza la perspectiva interregional o de los conflictos internos entre las legislaciones civiles españolas.

La Profesora Vinaixa pone claramente de relieve las insuficiencias de la reforma legal de 2021 en el terreno del DIPr. Destaca los problemas de calificación que plantea el reformado artículo 9.6 II CC, y se muestra partidaria de la inclusión en su ámbito material de los poderes preventivos, como tipo específico de medida de apoyo. Aunque admite que ello pueda discutirse, aboga, en coherencia con el planteamiento anterior, por la desvinculación de los poderes preventivos tanto de la norma de conflicto general sobre representación legal y voluntaria (art. 10.11 CC) como de las normas de conflicto relativas a las obligaciones contractuales. Indica, además, que hubiera sido del todo conveniente que el artículo 9.6 II CC hubiera introducido, como hace el artículo 15 del Convenio de La Haya, la posibilidad de que el interesado pudiera elegir, aunque con alguna limitación, la ley aplicable a la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes preventivos. Por mi parte, coincido con este parecer. Ahora bien, si el artículo 9.6 II CC no recoge la posibilidad de elegir la ley aplicable, ¿acaso no podríamos recurrir al artículo 10.11 CC, que permite la elección de ley en el ámbito de la representación voluntaria, ni que fuera como solución provisional, en espera de una regulación técnicamente más ajustada? Ciertamente, aunque los argumentos de la profesora Vinaixa para desgajar los poderes preventivos del ámbito del artículo 10.11 CC son sólidos, en mi opinión también habría que tener en cuenta, ni

que fuera por aquello de que a falta de pan buenas son tortas, que la carencia actual del artículo 9.6 II CC podría suplirse mediante la disposición general sobre ley aplicable a la representación voluntaria del artículo 10.11 del mismo Código, que sí permite la elección de ley, y ello en tanto no dispongamos de un instrumento mejor. Por otra parte, las críticas de la Profesora Vinaixa también alcanzan al hecho de que la reforma no se haya ocupado de las cuestiones de competencia de autoridades (en cuyo marco propone, como hace la recientísima propuesta de Reglamento de la UE presentada el 31 de mayo de 2023, un foro basado en la autonomía de la voluntad que permita al adulto, bajo ciertas condiciones, elegir qué autoridades estatales puedan ser competentes para adoptar medidas de protección). Ante semejantes insuficiencias, concluye que la necesaria reforma del sistema pasaría por una adhesión al Convenio de La Haya de 2000 y por la aprobación del recién propuesto Reglamento europeo. Ahora bien, ello no excusaría al legislador español de revisar la redacción del artículo 9.6.II CC, cuya solución conflictual resulta a su juicio inadecuada con respecto a las medidas voluntarias o *ex ante*, y que, aunque se adoptaran los textos anteriores, previsiblemente seguiría siendo aplicable en el contexto de los conflictos interregionales.

Precisamente sobre estos últimos versa la contribución del Notario Valls i Xufré. Destaca la idoneidad del poder preventivo como medida de apoyo, aunque pone de relieve la complejidad del tema, por su vinculación tradicional con las figuras del mandato y del poder ordinario (abogando, precisamente, por una consideración específica del poder preventivo que se aleje de las referidas figuras generales), y por la diversidad regulatoria entre los Derechos civiles españoles. Con este telón de fondo, analiza a qué legislación debe someterse el otorgamiento, la remisión a las normas de la curatela (y, por consiguiente, necesidad de que el apoderado obtenga autorización judicial para la realización de determinados actos), presente actualmente en el Código civil, la regulación prevista en el anteproyecto catalán, que instituye la figura del supervisor de la actividad del apoderado, los problemas de Derecho transitorio y, finalmente, las cuestiones relativas a la publicidad. Por lo que se refiere en concreto a la determinación de la legislación aplicable, se muestra claramente partidario de que los poderes preventivos y acuerdos voluntarios de apoyo se sometan a la ley del lugar de residencia habitual del otorgante, por ser la legislación más próxima a la persona necesitada de apoyo, descartando así el juego de la nacionalidad o vecindad civil del sujeto en este contexto. Ello le conduce a aprobar la solución del artículo 9.6 II CC, que precisamente somete las medidas de apoyo de la persona con discapacidad a la ley de su residencia habitual. Ahora bien, también lamenta la falta de ratificación del Convenio de La Haya de 2000, cuyo artículo 15 prevé la *professio iuris* o posibilidad de elegir la ley aplicable al poder preventivo. Se muestra partidario de dicha posibilidad, dado que permite determinar con seguridad la ley aplicable a dicho poder desde el principio, en el momento de su otorgamiento.

Las breves consideraciones que preceden no hacen sino esbozar el interés y la riqueza de planteamientos de las contribuciones a este foro. Ciertamente, el régimen de los poderes preventivos daría para aportaciones mucho más desarrolladas de las que caben en esta sede. Sin embargo, la necesaria concisión encierra una importante virtud, que es la necesidad de centrarse en los aspectos realmente esenciales, y en este sentido los escritos aquí presentados cumplen con creces el objetivo pretendido.