El poder preventivo en el Derecho internacional privado español

Preventive power in the Spanish private international law

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

(Universidad de Sevilla)

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2024.005

Bitácora Millennium, Nº 20 (julio-diciembre 2024)

Zaragoza, diciembre 2024

Abstract

El estudio de la figura del poder preventivo en el tráfico jurídico internacional o transfronterizo, y los problemas que plantea en el Derecho internacional privado español, es el objeto de esta aportación. Se pretende encontrar soluciones a las cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento del poder preventivo conforme a la regulación supraestatal, y, en su defecto, la estatal. El Convenio de La Haya 2000 relativo a la protección internacional de las personas adultas no ha sido firmado ni ratificado por España y solo existe un Proyecto de Reglamento sobre la materia, no obstante, nos referiremos a esta regulación en un análisis comparativo con la normativa nacional. Además, abordaremos cómo se han resuelto en la práctica doctrinal los problemas enunciados. Antes nos ocupamos del problema calificatorio, para perfilar qué se entiende por poder preventivo y distinguirlo de otras figuras jurídicas.

The study of the figure of preventive power in international or cross-border legal traffic, and the problems it raises in the Spanish private international law, is the object of this contribution. The aim is to find solutions to the issues of international judicial jurisdiction, applicable law and recognition of preventive power in accordance with supra-state regulation, and, failing that, state regulation. The Hague Convention 2000 on the international protection of adults has not signed or ratified by Spain and there is only a Draft Regulation on the matter. However, we will refer to this regulation in a comparative analysis with national regulations. Furthermore, we will address how the stated problems have been resolved in doctrinal practice. Before we deal with the qualifying problem, to outline what meant by preventive power and distinguish it from other legal figures.

Palabras clave: poder, mandato y representación preventiva; ley aplicable; competencia internacional de autoridades; eficacia extraterritorial del poder preventivo

Key words: *power, mandate and preventive representation; applicable law; international competition of authorities; extraterritorial effectiveness of preventive power*

Sumario

I. Introducción

II. El problema de calificación del poder preventivo

1. El poder preventivo como medida de apoyo

2. Distinción entre mandato y poder

3. El poder como representación voluntaria

4. La regulación en los Derechos civiles especiales

III. Las leyes aplicables al poder preventivo

1. Ley aplicable al poder preventivo como medida de apoyo Problemas de aplicación

2. Ley aplicable al contrato de mandato en el poder preventivo

3. Ley aplicable a la representación voluntaria en el poder preventivo

IV. La competencia de las autoridades españoles

V. El poder preventivo otorgado en el extranjero: la eficacia extraterritorial

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

I. Introducción*

1. El poder preventivo otorga a una persona la posibilidad de nombrar a otra u otras para cuando en un futuro no pueda regir su vida personal y patrimonial.

En la actualidad son más los adultos capaces que necesitan protección al aumentar la longevidad, y, como consecuencia, llegado un momento no se puedan valer por sí mismos. El instrumento que disponen las personas adultas si en un futuro no pueden "velar por los propios intereses" es el poder preventivo, para organizar la propia protección personal y patrimonial cuando se necesite[1], no regulado en todas las legislaciones nacionales[2].

En un mundo cada vez más globalizado e internacional la continuidad transfronteriza del poder preventivo es necesaria. El Derecho internacional privado debe garantizar la eficacia del poder preventivo con elemento extranjero, más en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea para facilitar la libertad de movimientos de las personas vulnerables.

2. Por ello, es el estudio del poder preventivo en el tráfico jurídico internacional o transfronterizo, y los problemas que plantea en el Derecho internacional privado español el objeto de esta aportación. En la misma se pretende encontrar soluciones a las cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento del poder preventivo conforme a la regulación supraestatal, y, en su defecto, la estatal.

3. El marco jurídico de la protección internacional de adultos en la Unión Europea, en el ámbito supraestatal, lo conforman, principalmente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención de Nueva York 2006)[3], que regula los derechos y obligaciones de los Estados contratantes para con la protección de las

Fecha de recepción del original: 2 de octubre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de noviembre de 2024.

* amoreno2@us.es

[1] VICENTE BLANCO, D.J.: "La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la Conferencia de La Haya: el Convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, Nº. 8, 2011, p.7.
[2] FRANZINA, P.: "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (en adelante *AEDIPr*), t. XVI, 2016, pp. 135-136, sobre la no regulación del poder preventivo en el derecho italiano.
[3] Instrumento de Ratificación BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

personas con discapacidad, y el Convenio sobre protección internacional de los adultos hecho en La Haya el 13 de enero de 2000 (en adelante Convenio de La Haya 2000)[4], que, aunque sí regula las cuestiones de Derecho internacional privado para la protección de adultos[5], no ha sido firmado ni ratificado por España. Existe una Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de adultos[6] (en adelante Propuesta de Reglamento sobre protección de adultos o Propuesta de Reglamento o Propuesta)[7]. En el considerando 23 de la Propuesta se establece que, "Reglamento debe incorporar plenamente las normas sobre la ley aplicable establecidas en el Convenio de La Haya sobre la protección de los adultos. Para garantizar una aplicación coherente del presente Reglamento, la referencia al capítulo III de dicho Convenio sobre la ley aplicable debe entenderse como una referencia a todo el capítulo, incluidas las normas establecidas en el artículo 16 del Convenio en relación con la modificación o revocación de los poderes de representación". En la Propuesta con la referencia directa al capítulo de ley aplicable del Convenio de La Haya 2000, se prevé la regulación de la ley aplicable al poder preventivo con elemento extranjero en el ámbito europeo. A la Propuesta de Reglamento vamos a atender.

4. No obstante, hasta que se apruebe el Reglamento, nuestro sistema de Derecho internacional privado no dispone de normas específicas para los poderes que pueden otorgar los adultos.

---

[4] Entrado en vigor el 1º de enero de 2009. Firmado y ratificado por Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Mónaco, Reino Unido-Escocia, Irlanda, Portugal, República Checa y Suiza. Sobre el estado del Convenio: http://www.hcch.net.

[5] La Comisión, en el informe de evaluación e impacto advierte la necesidad de interpretar el Convenio de La Haya del 2000 de conformidad con los estándares de derechos humanos recogidos en el Convención de Nueva York de 2006. *Vid. Comisión europea: A: "Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Report", Bruselas, 31.5.2023, SWD (2023) 156 final. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12965-Civil-judicial-cooperation-EU-wide-protection-for-vulnerable-adults_en. última consulta el 5.6.2023,* p. 3.

[6] La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de adultos de 31 de mayo de 2023. Comisión Europea: "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults", COM(2023)280final,2023/0169(COD),31.5.2023.Disponibleen:https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/uri=CELEX:52023PC0280, última consulta el 4.10.2024.

[7] *Vid*. el estudio que sobre esta Propuesta realizan: FEBLES POZO, N.: "La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos", *Bitácora Millennium, Dipr,* núm.18º (julio-diciembre 2023), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1-32 (DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2023.008). Y GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: "Hacia una Unión Europea de las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 2023, pp. 420-445.

5.Tras 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 (en adelante Ley 8/2021)[8], se discute si la institución del poder preventivo se puede ubicar en la supuesto de hecho de la norma de conflicto del artículo 9. 6, 2º CC, como medida de apoyo voluntaria, o, si es necesario acudir a otras normas de conflicto. Del mismo modo, si esta norma se puede aplicar a instituciones similares en los Derecho forales.

Nos ocuparemos del problema calificatorio, para perfilar qué se entiende por poder preventivo y distinguirlo de otras figuras jurídicas, en el Derecho común y en algunos Derecho civiles especiales.

6. Brevemente, abordaremos la competencia de nuestras autoridades para el otorgamiento del poder preventivo por persona extranjera, y la eficacia extraterritorial e inscripción del poder preventivo.

II. El problema de calificación del poder preventivo

7. El poder preventivo en el tráfico jurídico internacional o transfronterizo presenta un problema de calificación[9], para poder subsumir esta figura en el supuesto de hecho de la norma de Derecho internacional privado aplicable, debido a la existencia de distintos ordenamientos jurídicos en presencia. Lo que supone previamente resolver la interpretación y definición de los conceptos de los supuestos de las normas de conflicto[10]. Una vez calificada la concreta situación jurídica internacional en el supuesto de hecho de la norma de conflicto, ésta precisará el Derecho material aplicable.

[8] BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. En la reforma del artículo 49 de la Constitución se suprime el término “disminuidos” y se sustituye por "personas con discapacidad", a quienes se reconoce el ejercicio de sus derechos constitucionales en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, contemplándose la regulación por ley de la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio (BOE núm. 43, de 17 de febrero de 2024).

[9] VINAIXA MIQUEL, M.: “Los poderes preventivos en el Derecho internacional privado español: una aproximación crítica a la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, (en adelante *REDI*), vol. 75, 2, 2023, (pp. 408-415), p.408: “Los poderes preventivos, por sus peculiares características, tradicionalmente han venido planteando problemas de calificación”.

[10] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 161, “en la práctica, sin embargo, la delimitación no se separa del proceso de calificación, es decir, de subsunción de los hechos del supuesto litigioso en una categoría jurídica o norma de conflicto”.

8. La calificación, como sostiene la doctrina[11], procede conforme a cuatro modelos: Calificación *ex lege fori*, es decir, atendiendo al derecho estatal de los tribunales o autoridades que conocen del asunto, determinar su naturaleza jurídica; Calificación *ex lege causae*, en consonancia con el ordenamiento que regule el fondo del asunto, la calificación depende de la ley extranjera aplicable y varia de caso a caso; Calificación autónoma, con conceptos propios contenidos en las normas de Derecho internacional privado. Además, puede acudirse a la precisión detallada del ámbito de la ley aplicable regulado en los instrumentos supraestatales. Las dos primeras tesis son las clásicas, mientras que las dos últimas aúnan el problema de la calificación del supuesto de la realidad con la interpretación o definición del supuesto jurídico o el ámbito de aplicación material de la norma de conflicto.

9. Dependerá, pues, de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conozcan el asunto y su vinculación a norma supraestatal o estatal, para que la institución del poder preventivo se subsuma en una norma de conflicto u otra.

10. Los órganos jurisdiccionales y autoridades españoles aplican, en defecto de instrumento supraestatal[12], lo dispuesto en el artículo 12.1 CC: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española." En principio, calificarán conforme a la *lex fori*.

11. El artículo 15. 1 del Convenio de La Haya 2000, se refiere como supuesto de hecho de la norma de conflicto a "los poderes de representación que se otorgan para cuando el adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses." Se trataría de una calificación autónoma, pues partiendo de la definición contenida en el supuesto de hecho de la norma de conflicto del Convenio, podría subsumirse el poder preventivo otorgado para ese determinado fin.

12. Sin embargo, dado que España no ha ratificado ni firmado este Convenio, para los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas, la calificación del poder preventivo, en defecto de concepto autónomo en el tráfico jurídico internacional, atiende a lo qué se entiende por poder preventivo en nuestra legislación nacional. Sin obviar que si son los órganos jurisdiccionales o autoridades de otro país los que

[11] *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 385-393. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. I, Edisofer, S.L., Madrid, 2024, pp. 346-358.

[12] Como refieren FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: op. cit. pp. 164-165, la calificación *ex lege fori* presenta una excepción de creciente importancia cuando se trata de normas de conflicto de origen convencional o institucional. En estos casos, son las propias normas del texto internacional las que delimitan *ratione materiae* los supuestos de hecho a los que resultan aplicables, procediendo a menudo a una delimitación de materias conexas.

conocen, la calificación será distinta y, por tanto, también, la aplicación de sus normas de Derecho internacional privado.

13. El problema se solucionaría entre Estados miembros con la aprobación del Reglamento, pues, la Propuesta de Reglamento de protección de adultos[13], al incluir en su ámbito de aplicación al poder preventivo (artículo 3, 3), evitaría el problema de calificación y permitirá aplicar normas de conflicto uniformes entre los Estados miembros, así como determinar qué autoridades son competentes y el reconocimiento automático, facilitando la libre circulación transfronteriza del poder preventivo otorgado por un adulto[14].

14. Nuestros órganos jurisdiccionales y autoridades sí están vinculados por la Convención de Nueva York 2006, que, sin regular normas de Derecho internacional privado, su artículo 12.3 alude a las medidas de apoyo que una persona con discapacidad puede necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, pero no concreta las medidas que los Estados partes pueden adoptar. La Observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad, si establece que, para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, y que "los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada". Entre los mecanismos de planificación anticipada podría incluirse el poder preventivo.

15. En mismo sentido de la Convención, la reforma del Código civil español por la Ley 8/2021, en sus normas materiales, se refiere al poder preventivo en el artículo

[13] Sostiene GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: op. cit. p. 436: "El objetivo es, tomar como base las normas de Derecho internacional privado establecidas en el Convenio de La Haya del 2000 y optimizarlas y modernizarlas a través de la Propuesta de Reglamento que solo se aplicará, por tanto, entre Estados miembros de la UE y completará las lagunas y las necesidades futuras de la protección de los adultos en situaciones transfronterizas".

[14] En el considerando 5 de la Propuesta de Reglamento se establece que, "a falta de tales normas comunes, pueden surgir diversas dificultades para los adultos que no están en condiciones de proteger sus intereses en situaciones transfronterizas, por ejemplo, "cuando los poderes de representación concedidos por los adultos que serán ejercidos por sus representantes cuando los adultos no están en condiciones de proteger sus intereses deben ser invocados posteriormente en el extranjero".

255[15]. El artículo 257 lo define como medida de apoyo voluntaria con sustantividad propia[16].

Antes de la modificación, esta institución se concebía como un tipo de mandato[17] y estaba ubicado en sede contractual en el artículo 1732, 3º CC[18]. En la actual regulación, se mantiene el mandato prorrogado en el artículo 256 CC[19], y, el artículo 257 CC que establece que, "El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad", lo que significa que una persona otorga facultad a otra solo si en el futuro necesita alguna medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad[20]. Distinto de la figura de la autocuratela[21], prevista en el artículo 269 CC, porque se trata de autodeterminar el apoyo tomando como referencia el marco institucional de la curatela[22].

[15] Artículo 255: **"**Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes".

[16] En la Exposición de Motivos (III) de la Ley 8/2021 se indica que, "siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias (antes que las medidas judiciales), esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos…" GOMÁ LANZÓN, G.: "El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 99, 2021, pp. 38-41.

[17] Así, lo constata RIBOT IGUALADA, J.: "Comentario de los artículos 256 y 257", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, (pp. 577-604), p. 578.

[18] Comentario de MARTÍNEZ MARTÍN, M.: "La modificación del artículo 1732 del Código civil realizada por La ley 41/2003", en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 626-627.

[19] El artículo 256 CC se refiere a la persona con discapacidad, disponiendo que podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad. Una persona con discapacidad que quiere otorgar un poder preventivo tiene derecho a que se le preste los apoyos necesarios, como recoge la Observación general núm. 1 (2014). El artículo 1732 CC, en el modificado apartado 5º, establece que, el mandato se extingue "por 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".

[20] MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, p. 257, en nota a pie 622, sostiene que "al igual que los mandatos ordinarios prorrogados, no se extinguen por la incapacidad del mandante. A diferencia de estos, comienzan a desplegar sus efectos cuando sobreviene la situación de incapacidad (en sentido amplio) prevista por el mandante".

[21] Los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código civil por la Ley 41/2003; un año antes se publicó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía

16. No podemos obviar que, el poder preventivo implica la existencia de un apoderamiento, un poder entre poderdante y apoderado que se articula normalmente a través del contrato de mandato. El apoderado o mandatario es el representante voluntario, que canaliza la voluntad del otorgante del poder[23].

Por tanto, deberemos precisar, entre el poder preventivo como medida voluntaria de apoyo (artículo 255 CC), como contrato de mandato[24] (la anterior regulación, dentro de este contrato, se refería al poder preventivo en el artículo 1732. 3º CC), y como representación. Pues las normas de conflicto aplicables en el tráfico jurídico internacional son distintas[25], como veremos.

17. Por otra parte, dentro del sistema jurídico español, como Estado plurilegislativo, existen otras instituciones reguladas en los Derechos civiles especiales otorgadas, en testamento o escritura pública, para la sucesión de una persona, que pueden presentar también problemas de calificación en relación con el poder preventivo. Por ejemplo, la fiducia sucesoria o el poder testatorio, en Aragón y el País Vasco; o los patrimonios protegidos o las fundaciones familiares, admitidas en el Derecho navarro. En estos casos, la calificación del poder podría conducir a distinta norma de conflicto.

---

del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 11 dispone esta figura en el ámbito de la salud de la persona que otorga dichos poderes.

[22] GARCÍA RUBIO, M.ª P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, 2018, p. 16.

[23] El artículo 261 CC dispone que, "El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables". En este sentido, LANGELAAN OSSET, F.: "Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad", en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual,* (dir. Moreno Flórez, R. Mª) Dykinson, Madrid, 2024, p. 173, "Es un negocio jurídico personalísimo…por lo que no podrá manifestarse a través de un representante legal o voluntario. Ahora bien, lo anterior debe diferenciarse de la posibilidad que permite la ley de delegar en el cónyuge o en otra persona la designación del curador concreto de entre los previamente consignados por el interesado en la escritura pública (274 CC).

[24] PEREÑA VICENTE, M.: "Régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (dir. Munar Bernat. P. A.), Marcial Pons, Madrid, 2021, p.204. Para la autora, el poder preventivo es un mecanismo más próximo al ámbito contractual que a una institución de protección, y en la actual regulación, no cumple con lo dispuesto con la Convención de Nueva York 2006, concretamente con el artículo 12.4 (como, por ejemplo, no impide abusos, no evita conflictos de intereses, no está sujeto a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial).

[25] Para VINAIXA MIQUEL, M.: op. cit., p. 410, "atendiendo a que su función es proteger o apoyar al adulto en caso de una eventual discapacidad conforme a su propia voluntad, éstos tienen un encaje más adecuado en el art. 9.6.II CC, que en la norma de conflicto que regula la representación legal y voluntaria (art. 10.11 CC) y que en las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales".

Asimismo, la Ley AR 3/2024, de 13 de junio [26], introduce determinadas modificaciones en el Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica y establece una regulación especial de los mandatos de apoyo y poderes sin mandato.

Un problema de calificación en el Derecho interregional que puede plantarse ante nuestras autoridades u órganos jurisdiccionales, con la consiguiente inseguridad jurídica. Atenderemos a algunos de estos ordenamientos forales.

18. Así pues, dependiendo de la naturaleza jurídica que conforme a la *lex fori* califiquemos al poder preventivo, la norma de conflicto puede ser distinta y diferente la ley material que lo regule.

1. El poder preventivo como medida de apoyo

19. El poder preventivo aparece configurado en nuestro ordenamiento de Derecho civil como una medida de apoyo voluntaria de autoprotección o autorregulación, en la previsión para el futuro para uno mismo. Un poder otorgado por el poderdante (persona mayor de edad o menor emancipada), que tiene la particularidad que los actos del apoderado solo tendrán efectos en el patrimonio del poderdante desde que éste precise apoyos en el ejercicio de su capacidad, según se ha dispuesto en el poder.

El poder preventivo en nuestro Derecho civil se otorga ante notario, y estos incluirán las previsiones específicas sobre cuándo va a ponerse en vigor[27], atendiendo a lo dispuesto por el otorgante, por ejemplo, por pérdida de facultades físicas o psíquicas que le impidan valerse por sí. Ello se acredita, como establece el artículo 257 CC, con un informe pericial, que es lo que el interesado ha querido[28]. El poder preventivo, conforme regula el artículo 258 CC, mantendrá su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, ya sean judiciales[29] o voluntarias (salvo que impliquen una modificación o revocación del poder otorgado antes).

[26] Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (BOE» núm. 170, de 15 de julio de 2024).
[27] RIBOT IGUALADA, J.: op. cit, p. 595.
[28] GARCÍA RUBIO, M.ª P.: op. cit., p.40. VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329-333, que detalla que el poderdante también puede habilitar expresamente al apoderado o a un tercero de su confianza para que declare que la medida de apoyo queda activada.
[29] En la anterior regulación, el mandato de protección podía terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (artículo 1732, 3º, *in fine,* CC).

Conforme a la normativa anterior, sostuvo la doctrina[30], que, en caso de duda, la regla general, debería ser, que el poder preventivo se otorgaba para todos los asuntos del poderdante. En la actual regulación, se podría llegar a la misma conclusión, salvo que otra cosa disponga expresamente el poderdante (artículo 259 CC en relación con la curatela) y, analógicamente, aplicar el artículo 287 CC sobre la necesidad de autorización judicial para llevar a cabo actos de especial trascendencia (de disposición o administración). No obstante, el artículo 258 CC dispone que el poderdante, en el poder preventivo, podrá establecer: "las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder".

20. En nuestro ordenamiento, el poder preventivo se otorga en escritura pública. El notario autorizante lo comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (artículo 260 CC).

21. Como vemos, el poder preventivo, en cuanto al fondo y a la forma, está regulado en la legislación española. El problema se plantea en el caso de la presencia de varios ordenamientos jurídicos, por ejemplo: poder preventivo otorgado ante autoridad española, el poderdante tiene nacionalidad, domicilio o residencia habitual o patrimonio en el extranjero, la ley material extranjera no regula el poder preventivo como medida de apoyo o lo regula de manera distinta o no lo regula, ¿se aplica la ley del foro o la ley extranjera? Dependerá de la norma de conflicto aplicable atendiendo a su supuesto de hecho.

2. Distinción entre mandato y poder

22. El mandato es un contrato bilateral que regula las relaciones entre mandante y mandatario. El mandato puede ser representativo o no. En el primer caso esta representación se exterioriza de cara a terceros mediante un poder. Lo más habitual es que el apoderado asuma representar al poderdante mediante el contrato de mandato.

[30] RIBOT IGUALADA, J.: op. cit, p. 613.

23. Sin embargo, también puede existir un mandato sin poder (artículo 1717CC), cuando la obligación que asume el mandatario no implica relacionarse con terceros o el apoderado se relaciona con terceros en nombre propio, sin poder[31].

El artículo 262 CC se refiere al poder preventivo sin mandato, lo que se justificaría para mantener reservado el apoderamiento hasta que el poderdante hubiese determinado la entrada en vigor de su poder en el momento en que se acreditase la imposibilidad de valerse por sí mismo (en ese instante se comunicaría a la persona designada para que acepte)[32].

24. En la ley española, se aplican las mismas normas al poder con mandato y sin mandato[33]. Además, el mandato ya no se extingue por la discapacidad de la persona, salvo la constitución a favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo judicial (artículo 1732 CC). De tal forma que, en el caso de discapacidad el mandante, el contrato de mandato permanecería.

25. En un supuesto internacional, para determinar la ley aplicable podría aplicarse la norma de conflicto del contrato de mandato, y, como regla general, como veremos, se permitiría al mandante, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual, elegir la ley más conveniente a sus intereses.

3. El poder como representación voluntaria

26. La representación puede ser legal o voluntaria (como dispone el artículo 1259 CC). La representación legal -en la que es la ley la que legitima a una persona para que actué en interés de otra-, asume una conexión accesoria a la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante y son sus normas específicas las que la regulan. Por ejemplo, en la patria potestad o tutela de los menores o en la curatela representativa de los mayores con discapacidad, la representación legal abarca tanto aspectos internos (responsabilidad por incorrecta administración de sus bienes,

[31] PARRA LUCÁN, Mª. A.: "Instituciones de guarda", en *Tratado de Derecho de Familia*, vol.VI, cap. IV, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
[32] RIBOT IGUALADA, J.: op. cit, p. 645.
[33] Como sostiene VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo*, cit., p. 53: "un poder sin una relación causal que le sirva de base, y de la que sea su consecuencia, carece de regulación en nuestro derecho y pasará a regirse por las normas del contrato de mandato desde el mismo momento en que el apoderado ejecute cualquiera de las facultades que le hayan sido conferidas". VALLS I XUFRÉ, J. M.: "El poder preventivo en Derecho interregional", *REDI*, vol. 75, 2, 2023, (pp. 417-427), p. 418, "los pandectistas alemanes (Ihering, Windscheid, Laband) sentaron la distinción entre mandato y representación que recogieron los códigos civiles alemán e italiano, regulando separadamente ambas figuras.

rendición de cuentas…), como externos (vinculación entre el menor o la persona con discapacidad y terceros por actos y negocios realizados por los titulares)[34].

27. El poder, sin embargo, es el instrumento jurídico por el cual se manifiesta la representación voluntaria y es la externalización del mandato (aunque puede otorgase un poder sin mandato). El apoderado, con el poder, acredita ante terceros con los que vaya a contratar las facultades representativas que el poderdante le ha conferido.

28. En el poder con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad sobrevenida, se ajusta a la calificación de representación voluntaria.

Lo mismo podría decirse de la figura del poder preventivo, pues, una persona en previsión de su discapacidad futura, otorga poder a otra a la que encomienda sus asuntos, de tal forma que una vez surgida la discapacidad el apoderado es un representante voluntario[35].

29. En consecuencia, en ambos tipos de poderes con elemento extranjero, la norma de conflicto para determinar la ley material aplicable sería la de la institución de la representación voluntaria, que, como también contemplaremos, prioriza la autonomía de la voluntad conflictual del poderdante.

4. La regulación en los Derechos civiles especiales

30. El Código del Derecho Foral de Aragón[36] dispone en el artículo 407 que: "1. El testamento es acto personalísimo, no susceptible de ser hecho por medio de representante, si bien las personas capaces de testar pueden encomendar a fiduciarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión".

La fiducia sucesoria, objeto del Título IV, es un instrumento al servicio de la ordenación de la sucesión de quien ya ha fallecido. Todo aragonés capaz para testar

[34] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *"Comentarios al artículo 10.11",* en Comentarios al Código Civil (dir. Cañizares Laso, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 534.
[35] VALLS I XUFRÉ, J. M.: "El poder preventivo en Derecho interregional", cit., p. 419, la única diferencia como dice este autor, es que el poder ordinario con subsistencia en caso de discapacidad, "no se halla sujeto a las reglas y salvaguardas del poder preventivo, entre ellas, la autorización judicial para actos de administración extraordinaria o de disposición, en virtud de la remisión que el artículo 259 CC hace a las normas de la curatela salvo que el poderdante haya determinado otra cosa".
[36] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente (artículo 439). El nombramiento del fiduciario y sus instrucciones debe constar necesariamente en testamento o escritura pública (artículo 442).

Su naturaleza jurídica es controvertida, ya que no se trata de un mandato (que se extinguiría por fallecimiento del mandante), ni de un supuesto de representación, porque se representaría a un difunto[37].

La fiducia como poder para ordenar la sucesión, es una institución cuya naturaleza sucesoria es la menos discutible[38].

31. En el mismo sentido, la institución del testamento por comisario en el Derecho civil vasco. Estos poderes para testar se otorgan en testamento ante notario y los cónyuges o las parejas de hecho pueden otorgarlos en capitulaciones o en pacto sucesorio [39] . El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto, y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador[40].

32. En caso de conflicto de leyes, por la existencia de distintas leyes civiles en nuestro territorio, se resolverá por las normas de Derecho internacional privado del Capítulo IV del Título Preliminar de dicho Código, por la remisión del artículo 16.1 del Código Civil (CC), siendo la norma del artículo 9. 8 CC la que contiene en su supuesto de hecho la sucesión por causa de muerte. Esta norma de conflicto

[37] DELGADO ECHEVERRÍA, J. y BAYOD LÓPEZ, Mª. C.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia,* Dykinson, Madrid, 2015, p. 616: "Para Lacruz se trata de un negocio complejo perfeccionado en dos fases: nace incompleto cuando se instituye la fiducia y se completa cuando el fiduciario la ejecuta, lo que explica que la delación de la herencia no se produzca al abrirse la sucesión sino cuando se ejecuta la fiducia, según declaración terminante del art. 448.1 del Código foral".

[38] *Ibíd*., p. 617, "Testamento y pacto sucesorio son personalísimos y no dejan de serlo por hacer uso de la fiducia en la que el otorgante decide libremente encomendar la ordenación material de su sucesión a uno o varios fiduciarios, lo que da lugar a que esta sucesión sea más compleja que la sucesión ordinaria".

[39] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015).

[40] FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, J.J.: *La sucesión por comisario en la Ley de Derecho Civil Vasco y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 114-126, para el autor en la actualidad existen dos posturas sobre la naturaleza de esta institución: la clásica, que propugna que estamos en presencia de un verdadero poder para testar; y la innovadora, que propugna la sustitución de esta figura por la que se denomina fiducia sucesoria. En caso de conflicto móvil de leyes sostiene que, la doctrina en general entiende que, en caso de cambio de norma reguladora de la sucesión del *de cuius*, el artículo 9.8 CC salva la validez de poderes testatorios y fiducias otorgadas con anterioridad, siendo ambos modos de delación.

responde al sistema sucesorio del Código civil y no contempla una institución como la fiducia o el testamento por comisario, pero al disponer que conservan su validez las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio ordenado conforme a la ley personal (ley de la vecindad conforme al artículo 16.1. 1º CC) del disponente en el momento de su otorgamiento aunque sea otra la ley que rija la sucesión, la fiducia instituida en pacto o testamento otorgado en estas circunstancias o el testamento por comisario, conservará su validez; y, por analogía, si la designación se hizo en escritura pública, también mantiene su validez[41].

33. Por otra parte, la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, regula la figura de los patrimonios especialmente protegidos de las personas con discapacidad o dependencia en el ámbito familiar (en las leyes 44 y 45). Como establece el preámbulo de la Ley Foral, "se trata, por tanto, de regular con carácter específico la protección familiar de miembros que la precisan por tener reconocida una discapacidad o una dependencia, estableciendo su régimen con pleno respeto al principio general navarro de la autonomía de la voluntad"[42]. Estos patrimonios protegidos, podrán constituirse por la propia persona con discapacidad o dependencia beneficiaria del mismo que tenga capacidad suficiente para ello o sus representantes legales, así como, con su consentimiento, cualquier miembro de la comunidad o grupo familiar de la que dicha persona forme parte, por medio de la aportación de bienes y derechos que sirvan, por su naturaleza o rentabilidad, para satisfacer las necesidades vitales del beneficiario (por medio de escritura pública o testamento otorgado ante notario). Esta institución podría ser considerada una medida de apoyo voluntaria, lo que supondría, en caso de conflicto de leyes, aplicar la norma de conflicto del artículo 9.6, 2º CC, que en su supuesto de hecho parece referirse a esta figura.

Además, el Fuero ha regulado el poder de representación, e introduce dentro del mismo el denominado poder preventivo, otorgado en escritura pública: "poder en previsión de la modificación o pérdida de la capacidad o de la necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica" (ley 49). La naturaleza jurídica que le atribuye a esta institución es la de poder de la representación voluntaria. En caso de conflicto de leyes, la ley material aplicable vendrá determinada por la norma de conflicto que regula la representación voluntaria en el artículo 10. 11 CC.

[41] DELGADO ECHEVERRÍA, J. y BAYOD LÓPEZ, Mª C.: op. cit., p. 618.
[42] En el Libro primero, que pasa a intitularse «De las Personas, de la Familia y de la Casa navarra».

34. La reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio[43]) establece una regulación especial de los mandatos de apoyo y poderes sin mandato[44]. Como dispone su preámbulo, "esta modalidad de contrato de mandato radica en su especial finalidad, que especifica el artículo 168: se trata de que una persona, en previsión de la concurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, encomiende mediante mandato otorgado en escritura pública a otra u otras la prestación de apoyo que pueda necesitar para gestionar sus intereses personales o patrimoniales, con o sin poder de representación", de carácter preferente sobre las demás medidas de apoyo (artículo 169-7). Calificándolo, por tanto, como medida de apoyo voluntario, con la consecuencia, en caso de conflicto de leyes, que la norma de conflicto aplicable que remita a la ley material, vendría determinada por el artículo 9. 6, 2º CC.

También el preámbulo indica que, "el artículo 169-8 contempla la posibilidad de otorgar poderes preventivos sin mandato. No se les atribuye la condición de medida de apoyo y se les dota de un régimen específico, a fin de complementar el referido a los poderes ordinarios"[45]. A esta institución, la norma de conflicto aplicable, en caso de conflicto de leyes, sería la que regula el artículo 10.11 CC.

35. En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[46], la regulación pone énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar. Así, el artículo 222-2 que dispone el poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad, distingue en el apartado 2º que "el poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder". Tanto al poder con cláusula sobrevenida como al poder preventivo le atribuye naturaleza de poder. En el supuesto de conflicto de leyes, la ley material aplicable se determinaría también por lo dispuesto en el artículo 10.11 CC.

---

[43] Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (BOA núm. 122, de 25 de junio de 2024).

[44] *Vid*. CALATAYUD SIERRA, A.: "Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato", en *Reforma del código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho Civil* (coord. Bayod López, Mª C.), Colex, Madrid, 2024, pp. 111-136.

[45] Así, dice el artículo 169-8: "1. El poder que incluya cláusula de que subsista si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica o que se otorgue para cuando se produzca esa situación, y que no se base en un mandato de apoyo, no se considerará medida de apoyo de la persona con discapacidad".

[46] BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

36. Aplicar una norma de conflicto u otra en conflictos interregionales puede determinar distintas leyes aplicables, pues los puntos de conexión en ellas son distintos. Con lo que sería posible que el poder otorgado por una persona para un futuro, pudiera regirse por distintas leyes materiales y, en consecuencia, disponer de diferentes medidas para ciertos bienes o categorías de bienes o para su propia persona.

III. Las leyes aplicables al poder preventivo

37. La calificación de los poderes con elemento extranjero bien como representación legal, bien como voluntaria o bien como medida de protección, también condiciona que la ley aplicable se determine por diferentes normas de conflicto[47]. Así, en defecto de normas supraestatales, en los dos primeros casos las normas de conflicto, aplicables por órganos jurisdiccionales o autoridades españolas, serían las previstas en el artículo 10.11 CC, y, en el tercero, en el artículo. 9.6. 2º CC. En este último caso, hay que señalar que es una medida de protección voluntaria, pues si bien, el supuesto de la norma de conflicto se refiere a las "medidas de apoyo de las personas con discapacidad", se trataría tanto de judiciales como voluntarias, siguiendo los dictados de la Convención de Nueva York de 2006; sin embargo, existen muchos países que todavía continúan con el modelo de protección tradicional donde impera la intervención judicial[48].

38. Atendiendo, del mismo modo, que habría que determinar la ley aplicable al contrato de mandato, si el poder preventivo no tiene sustantividad propia. La ley vendría regulada en el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[49], relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en defecto de elección de ley (artículo 3).

39. Nos detenemos, pues, en distinguir las distintas normas de conflicto aplicables para determinar: la ley para establecer, modificar o revocar el poder preventivo como medida de apoyo y sus problemas de aplicación; la ley aplicable al mandato; y la ley que regula el poder como representación voluntaria. Veremos si es posible que en la

[47] PEREÑA VICENTE, M.: "La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 94, núm. 767, 2018, p. 1317.
[48] DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, de 27 de enero de 2021; y CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: "Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional", *Diario La Ley*, nº 9545, de 2 de enero de 2020. Disponibles en Internet: https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/.
[49] DOL 177/6 de 4 de julio de 2008.

determinación de la ley aplicable se tengan en cuenta los deseos y preferencias de las personas con discapacidad, presente o futura, que proclama la Convención de Nueva York 2006.

1. Ley aplicable al poder preventivo como medida de apoyo. Problemas de aplicación

40. La norma de conflicto aplicable al apoderamiento preventivo dependerá del diseño en cada uno de los Estados en que se regulen. En España, conforme a la regulación anterior, el juez conservaba la posibilidad de extinguir el poder preventivo estableciendo el sistema de protección legal que consideraba conveniente. En otros países, como Inglaterra y Alemania, los poderes preventivos evitan el nombramiento judicial, convirtiéndose en el único mecanismo de protección de un adulto cuando este no puede velar por sus intereses[50].

41. En nuestro Derecho, tras la reforma por la Ley 8/2021, si consideramos el poder preventivo como medida de apoyo voluntaria, sería subsumible en el supuesto de hecho de la norma de conflicto del artículo 9. 6, 2º CC, que determinaría la ley aplicable al poder preventivo con elemento extranjero.

42. Así, el supuesto de hecho de esta norma de conflicto, es adecuado a la Convención de Nueva York 2006, pues se refiere expresamente "a medidas de apoyo" de las personas con discapacidad. De tal forma, que como sostiene la Exposición de Motivos (apartado I) de la Ley 8/2021, en el artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, se proclama que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Un supuesto de hecho del artículo 9. 6, 2º CC que responde al espíritu de la reforma civil[51]. También, siguiendo con la Exposición de Motivos (apartado III) de la Ley 8/2021, no se trata, pues, de un mero cambio de terminología, "sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos". En consecuencia, que no se

[50] MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., p. 261.
[51] ADROHER BIOSCA, S.: "La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos", *REDI*, vol.71, 1, 2019, p. 176.

sustituye la capacidad de las personas con discapacidad, sino que se les asiste en los casos que necesiten (con preferencia de las medidas de apoyo voluntarias).

43. Sin embargo, esta redacción del supuesto de hecho del artículo 9. 6, 2º CC requeriría algunas precisiones.

44. Si atendemos, tal y como se define en el artículo 1, 2º de la Convención de Nueva York 2006 a "las personas con discapacidad"[52], se excluye literalmente de la reforma del artículo 9. 6, 2º CC a las personas adultas sin discapacidad, pero que no puedan realizar determinados actos. Se deduce que son personas capaces, pero que por determinadas circunstancias (físicas o intelectuales o sensoriales), no pueden valerse por sí solos, y, es entonces, cuando necesitan que se tomen respecto a ellas medidas de apoyo. Esto, plantea problemas de calificación, pues los derechos materiales de otros países pueden regular situaciones desconocidas por nuestras autoridades: como las medidas de asistencia que haya de acordarse respecto a personas consideradas capaces[53].

45. En relación con el poder preventivo, el Derecho civil español, tras la reforma por la Ley 8/2021, sí lo regula como medida de apoyo voluntaria para personas mayores, o menores emancipados, "en previsión de que el futuro concurra circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás" (artículo 255 CC). Por lo cual, ¿puede subsumirse en el supuesto de la norma de conflicto del artículo 9.6, 2º CC? Dijimos también que sí, atendiendo a la calificación *lege fori* (artículo 12. 1 CC), pues la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará con arreglo a la ley española, que califica el poder preventivo como medida de apoyo voluntaria[54]: regulándolo en una sección independiente (artículos 265 a 262) tras la reforma del Código civil. Lo que ocurre, como veremos, es que el punto de conexión de la norma de conflicto del artículo 9.6.

[52] Artículo 1, 2º párrafo: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

[53] GARCÍA CANTERO, G.: "¿Persons with disability vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español)", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, pp. 81-86.

[54] De la misma opinión: VAQUERO LÓPEZ, C.: "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 398-401. ADROHER BIOSCA, S.: op. cit., pp. 173-174, que hace referencia también a las instrucciones previas que regula el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

2º CC está diseñado más para medidas legales o judiciales que para medidas voluntarias[55].

46. Podría ser, como sostiene la profesora DIAGO, que la modificación del supuesto de hecho con la reforma solo ha consistido en "un cambio estético"[56] , sin aportar nada nuevo; que, incluso, el supuesto de hecho del anterior artículo 9. 6, 2º CC, tras la Ley 26/2015, era más amplio, pues abarcaba todas las medidas de protección de las personas mayores y de sus bienes, con discapacidad o no, lo que incluiría de manera más clara el poder preventivo. Además, el anterior artículo 9. 6, 2º CC, excluía expresamente de su ámbito material a los menores (al referirse expresamente a las "personas mayores"), lo que no parece tan notorio en la determinación del supuesto de hecho tras la reforma, pues se menciona a las "personas con discapacidad", ¿sean mayores o menores? De la Ley 8/2021 (artículo 249 CC) se puede deducir que se distingue entre menores no emancipados y mayores de 16 años con discapacidad[57]. Para los menores no emancipados la norma de conflicto se regula en el artículo 9. 6, 1º CC, que dispone que la ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996.

47. Tampoco la reforma contempla en el supuesto de hecho la ley aplicable a "la modificación de la capacidad" [58], pues se refiere a la ley aplicable a "las medidas de apoyo de una persona con discapacidad." Así, para determinar la discapacidad o no

[55] DIAGO DIAGO, P.: "La protección de personas adultas en situaciones transfronterizas e internas: en busca del tiempo perdido", *De Lege Ferenda*, Núm. 2 (2024), pp. 65-94. Agradezco a la autora la consulta del trabajo antes de su publicación.

[56] DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", cit, disponible en Internet:https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/, p. 5.

[57] En el artículo 3.1 de la Propuesta de Reglamento: "adulto", significa una persona que ha cumplido 18 años.

[58] En sentido contrario, DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", cit., disponible en Internet:https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net, p. 7, que sostiene que, con la formula amplia del actual artículo 9. 6, 2º CC puede entenderse incorporada la modificación de la capacidad que, en la práctica, acaba apreciándose como una cuestión fáctica. Esta fue la intención del legislador de 2015 que plasmó en la propia Exposición de Motivos. No obstante, la fórmula escogida requiere de interpretación en tal sentido. Para ADROHER BIOSCA, S.: op. cit., p. 175, "carece de sentido considerar que la ley que regula la modificación de la capacidad sigue siendo la nacional en virtud del art. 9.1 del CC y sin embargo, la de la residencia habitual regula las medidas concretas de protección en aplicación del nuevo art. 9.6 CC; esta dualidad generaría numerosos problemas de armonización y adaptación y no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de menores y mayores que buscan una identificación fórum y ius, basados, además en el principio de proximidad que representa el foro (y la ley) de la residencia habitual. La intención del legislador de 2015 fue claramente la de unificar ambas cuestiones en torno a la residencia habitual". En igual sentido, antes de la Ley 26/2015, MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., p. 213.

de una persona, se aplicaría la ley que rige la capacidad: la ley personal, la ley nacional (artículo 9. 1 CC)[59]. Con lo cual, habría de aplicarse el ordenamiento jurídico del Estado de dónde es nacional la persona para modificar o no su capacidad, aunque la ley de su residencia habitual no prevea esta modificación. No obstante, se activaría la excepción del orden público español (artículo 12.3 CC) frente a la aplicación de una ley extranjera que estableciera una medida contraria a los derechos de las personas con discapacidad reconocidos tanto a nivel internacional en el Convenio de Nueva York 2006, como estatal, tras la reforma por la Ley 8/2021 (así consta en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 330/2022, de 19 octubre).

48. Por otra parte, la capacidad para otorgar el poder preventivo, si se aplica la ley española (conforme a la norma de conflicto del artículo 9. 1 CC), nos remite al artículo 255 CC, que permite su otorgamiento a "cualquier persona mayor de edad o menor emancipada".

49. Respecto al punto de conexión para determinar la ley aplicable a las medidas de apoyo, y, si así lo calificamos, al poder preventivo, el artículo 9.6, 2º CC establece el criterio fáctico de la residencia habitual de la persona que otorga la medida. Soluciona el conflicto móvil, en caso de cambio de residencia habitual, atendiendo a la ley aplicable de la nueva residencia habitual de la persona. Sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados.

50. El problema de aplicar la ley del país de la residencia habitual, es que esta sea una ley extranjera que no regule entre las medidas de apoyo, el poder preventivo, como sí parece lo hace la legislación española tras la reforma (artículo 255 CC): ¿sería contraria la ley extranjera al orden público del foro? La solución es no aplicar la ley extranjera conforme dispone el artículo 12. 3 CC. Sin embargo, para activar la excepción de orden público tendría que existir una contradicción manifiesta con los principios y valores fundamentales del ordenamiento español, que solo se daría si no se le permitiese a una persona establecer con libertad las medias que considere convenientes para el caso de discapacidad futura.

51. El artículo 9.6, 2º CC no regula la autonomía de la voluntad conflictual, lo que solucionaría los problemas de la ley aplicable. Hubiera sido conveniente no ignorar la posibilidad de que en situaciones internacionales o transfronterizas la ley aplicable

[59] El Convenio de La Haya de 2000, para la protección de las personas adultas, incluye en el ámbito de aplicación, para determinar tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable de las personas adultas: "la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección" (artículo 3, letra a). La Propuesta de Reglamento en el artículo 2. 3, a) en el mismo sentido: "la determinación de la incapacidad de un adulto y la institución de un régimen de protección".

permita el otorgamiento de los poderes preventivos y su regulación, con elección de la ley aplicable por la persona que otorga el poder, dónde quiera que resida y dónde se encuentren sus bienes.

52. En el Convenio de La Haya 2000 para la protección de las personas adultas, en el artículo 15, en cambio, se regula la ley aplicable "a la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses", que es la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que "haya designado expresamente por escrito"[60] alguna de las siguientes leyes: a) la de un Estado del que el adulto posea la nacionalidad; b) la del Estado de la anterior residencia habitual del adulto; c) o la del Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.

El Convenio de La Haya 2000, pues, incluye no sólo las medidas de protección que pueden adoptar las autoridades, sino también otras formas de protección que organiza el propio adulto para cuando no pueda velar por sus intereses. El poder preventivo en el Convenio de La Haya 2000, tiene su ajuste en el supuesto de hecho de la norma de conflicto del artículo 15. Se posibilita a la persona adulta, para el futuro, elegir la ley aplicable a los poderes de representación en virtud de acuerdo o de acto unilateral. La ley determinada se aplicará, sea o no la de un Estado contratante (artículo 17).

El hecho que no todos los países regulen la posibilidad de otorgar estos poderes para el futuro hace importante el establecimiento de una norma de conflicto que regule la autonomía de la voluntad conflictual, aunque sea limitada [61], con independencia de la nacionalidad y residencia habitual del otorgante y de la ubicación de sus bienes. Solo queda al margen de la aplicación de esta ley, las modalidades del ejercicio del poder de representación otorgado por el adulto, que se regula por la ley del lugar donde se ejerciten (artículo 15.3)[62].

[60] GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (dirs. Calvo Caravaca, A.L y Iriarte Ángel, J.L.), Colex, Madrid, 2000, (pp. 85-102), p. 98, hace constar que, no próspero la iniciativa de la delegación española en el Anteproyecto, de la elección implícita, pues este tipo de poderes de representación era desconocido en muchos Estados europeos, pero extendido en Estados Unidos.
[61] MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., p. 203.
[62] Son cuestiones de detalle y no se refiere a la existencia y extensión del poder. MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., pp 204-206, citando a Bucher, anota algunos ejemplos, como la exigencia por parte de la ley del lugar de ejercicio de la inscripción del acto por el que se confirieron los poderes de representación.

53. En la Propuesta de Reglamento, el artículo 8, dispone que, "La ley aplicable a la protección transfronteriza de adultos se determinará de conformidad con el Capítulo III del Convenio sobre la Protección de Adultos de la HCCH de 2000." Remite, por tanto, a las normas de conflicto del Convenio entre las que se encuentra la que regula la autonomía de la voluntad conflictual, también al poder preventivo (artículo 15 del Convenio de La Haya de 2000)[63]. El artículo 16 del Convenio de La Haya 2000 permite a la autoridad modificar o revocar con medidas de protección el poder otorgado por un adulto cuando devenga incapaz, pero respetando la autonomía de su voluntad si eligió la ley[64].

54. No obstante, en nuestro Derecho internacional privado acudiendo a otras instituciones, donde encajaría el poder preventivo, se podría garantizar la elección de ley en supuestos transfronterizos.

2. Ley aplicable al contrato de mandato en el poder preventivo

55. En el caso de no subsumir el poder preventivo en el supuesto de hecho de la norma de conflicto del artículo 9.6, 2º CC, es posible en la norma de conflicto del contrato del mandato, pues el poder con cláusula de subsistencia y el poder preventivo no presentan diferencias una vez que ambos entran en vigor. Incluso la ley española, en la sección 2º, del Capítulo II del Título que regula las medidas de apoyo en el Código civil, tras la reforma, titula "de los poderes y mandatos preventivos".

56. En el contrato de mandato que se otorga en previsión de que un adulto no pueda velar por sus intereses, en el caso de que conozcan las autoridades españolas, la ley aplicable se determinaría por el Reglamento 593/2008 (Roma I), porque no estaría excluido de su ámbito de aplicación. Pues si bien dispone el artículo 1. 2, a), que está excluido del ámbito de este Reglamento "el estado civil y la capacidad de las personas físicas", se está refiriendo a la capacidad del poderdante y el apoderado, no al contrato de mandato propiamente dicho que se extiende a las relaciones entre representante y representado y a los efectos de los contratos celebrados por el representante con el tercero. También, el artículo 1.2, g) excluye

[63] FEBLES POZO, N.: op. cit., p. 20: "En este sentido, según el INFORME LAGARDE: "le permite implícitamente al adulto elegir distintas leyes para regular el poder para el caso de incapacidad, desmembrando sus elementos para someter cada uno de ellos a leyes diferentes".

[64] *Ibíd*. p. 21: "En este sentido, lo que se quiere prevenir, evitar, es que las autoridades de la residencia habitual del adulto modifiquen la protección que realmente le interesa al adulto en el poder de representación, es decir, lograr un equilibrio, conciliar el respeto de la voluntad expresada por el adulto cuando aún podía velar por sus propios intereses y que la misma se mantenga cuando las condiciones de salud del adulto se encuentren en un estado en el que no pueda velar por sus intereses y se necesite ejercer el poder".

del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, "la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar". Por tanto, si se excluiría el poder de representación que afecta a las relaciones del poderdante con los terceros, si el principal está vinculado frente a terceros por los actos del mandatario o apoderado[65].

57. La ley aplicable al contrato mandato, conforme al Reglamento Roma I, es la elegida por las partes[66], con los requisitos y condiciones del artículo 3. Primando la autonomía de la voluntad conflictual, que se aviene a los mandatos preventivos, pues permite al poderdante elegir la ley del país que más responda a sus intereses o varias leyes, con el solo límite de las normas imperativas o las leyes de policía (artículo 9).

58. En defecto de elección, el artículo 4.2 establece -al no poder aplicarse ley específica de los contratos determinados en el artículo 4.1-, que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato[67].

En el caso de que en el mandato de protección no se puede determinar la prestación característica del contrato, porque es un contrato que despliega sus efectos en el futuro, la ley aplicable sería la ley del país con la que presente los vínculos más estrechos, como establece el artículo 4. 4 del Reglamento Roma I, que también se aplicará cuando del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país (artículo 4.3). De tal manera que, se aplicará la ley del país con la que el mandato preventivo presente más contactos, subjetivos, objetivos o jurídicos.

59. La ley del país determinada por el artículo 3 o el artículo 4 del Reglamento Roma I, regulará las obligaciones del mandante y el mandatario, teniendo en cuenta que en el poder preventivo está ley se aplicará especialmente a la responsabilidad del mandatario por los daños y perjuicios que ocasione su incumplimiento, así como la obligación de rendir cuentas.

---

[65] De la misma opinión en relación con la legislación anterior, RUEDA VALDIVIA, R.: *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Comares, Granada, 1998, pp. 115-119.

[66] El artículo 2 dispone que, "La ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro".

[67] Para ANTÓN JUÁREZ, I.: "Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación", *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2020, (pp. 245-275) p. 266, dicha ley podría ser la del país de residencia habitual del mandante. Este punto de conexión sería muy adecuado cuando se trata de un mandato preventivo. En atención a este punto conexión, el contrato de mandato podría quedar regulado por una ley próxima y previsible para todas las partes involucradas (mandante, mandatario y tercero).

60. Por otra parte, la capacidad para celebrar el contrato de mandato se rige, en nuestro Derecho internacional privado, por la norma general del artículo 9.1 CC, que determina como aplicable la ley del país de la nacionalidad de cada una de las partes, mandante y mandatario.

61. La forma del contrato de mandato, sin embargo, se rige por una norma de conflicto especifica regulada en el artículo 11 del Reglamento Roma I con el fin de favorecer su validez. Así, establece que, un contrato celebrado entre personas, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma, si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado; un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma, si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento. Disponiendo que la ley aplicable permita la validez formal del contrato.

62. Si la ley aplicable a la forma del contrato es la ley española, esta no prevé formalidades específicas. Así, el artículo 1710 CC establece que "el mandato puede ser expreso o tácito" y que "el expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra". En cambio, como señalamos, tras la reforma por la Ley 8/2012, en nuestro ordenamiento, el poder preventivo se otorga en escritura pública (artículo 260 CC). Antes de esta regulación, ya la doctrina abogaba por la escritura pública[68], pues el poder preventivo, cuando surta efecto, el mandante-poderdante, ya no es capaz, y, por tanto, no puede comprobar si el mandatario-apoderado está siguiendo sus instrucciones[69]. De ahí la necesidad de fundir el mandato y el poder en

[68] MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., p. 267, citando en la nota a pie 640 a Echazarreta Ferrer, sobre la relación, tras la reforma por la Ley 41/2003, entre el artículo 1732 CC y la introducción de la autotutela, de lo que deduce la aplicabilidad de los principios generales de ésta a los mandatos preventivos (como que conste en escritura pública). En el mismo sentido, VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo,* cit., p. 55.

[69] Así lo hace constar MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 3, 2018, pp. 206-207; y en la nota a pie 6: "Es interesante al respecto, la regulación del Código civil francés, que bajo la rúbrica «Mandato de protección futura», en su a. 489 dice: «Cuando el mandato se establezca en virtud de escritura pública, será otorgado por un Notario escogido por el mandante. La aceptación del mandatario se efectuará de acuerdo con las mismas modalidades. En la medida en que el mandato no haya entrado en vigor, el mandante podrá modificarlo de acuerdo con estas mismas modalidades o revocarlo notificando su revocación al mandatario y al Notario, y el mandatario podrá renunciar a él notificando su renuncia al mandante y al Notario.»

una sola figura jurídica[70], y, por ello, si el poder en nuestro Derecho exige documento público (artículo 1280 CC), no podría admitirse la libertad de forma que dispone el artículo 1710 CC, lo que permite que el notario se asegure que se cumplen las disposiciones otorgadas por el mandante.

3. Ley aplicable a la representación voluntaria en el poder preventivo

63. Al poder preventivo como un poder otorgado para el futuro, podría aplicarse la ley aplicable a la representación voluntaria, en situaciones internacionales o transfronterizas.

64. Como sostiene la doctrina[71], la ley aplicable a la representación voluntaria[72] se extiende a las facultades del representante; a la cuestión de saber en qué medida su actuación obliga al representado frente a terceros; el fondo del poder: existencia, alcance, renovación y extinción; y la extralimitación de las facultades del representante y sus consecuencias.

65. La representación voluntaria es una de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I (art. 1.2, g)). La ley aplicable, cuando son competentes los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas, está determinada en la norma de conflicto del artículo 10.11 CC, que es la ley del país donde se ejerciten las facultades concedidas de no mediar sometimiento expreso.

---

[70] VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo,* cit., p.56, para este autor el mandato debe volcarse dentro del poder preventivo, convirtiendo las instrucciones del mandante en condiciones del poder, y debe mostrar claramente los límites del poder, las facultades del apoderado y los requisitos de su ejercicio para que sean conocidas por los terceros y por los notarios y los abogados que intervengan en los negocios concertados por ellos.

[71] IRIARTE ÁNGEL, J.L.: "Artículo 10.11", en *Comentario del Código civil* (coord. Sierra Gil de La Cuesta, I.), vol. I, Bosch, Barcelona, 2006, p. 219. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Artículo 10.11", en *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, "El precepto no se refiere ni a las relaciones del representante con terceros, ni al aspecto interno de la representación (relaciones representante-representado, basada en la relación subyacente al poder-mandato, arrendamiento, etc.)". ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: op. cit., p. 534: "el ámbito regulado por el art. 10.11 para la ley aplicable a la representación voluntaria es el referido a la llamada dimensión externa de la representación, que determina el alcance de las relaciones." VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo…,* op. cit., p.54: "el mandato contempla la relación interna entre mandante y mandatario, el poder legitima al apoderado para actuar en nombre del poderdante en la relación externa".

[72] Si la ley aplicable es la ley española (artículos 258 y 259 CC), el poder preventivo no se extingue cuando el poderdante ya no pueda valerse por sí mismo (también en poderes otorgados bajo ley extranjera), pues prevalecen las medidas de protección voluntarias ante las medidas judiciales, como la curatela. Entonces sí estaríamos ante una representación legal regulada por la ley de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante (artículo 10.11CC, primer apartado).

Así, la ley del país donde se ejerciten las facultades del representante, es una ley previsible para los terceros y protectora del tráfico jurídico internacional. Como sostiene ÁLVAREZ GONZÁLEZ[73], los terceros que contratan en España con un representante de una persona extranjera pueden confiar en que el alcance del poder los vinculará o no de acuerdo con la ley española. No obstante, este punto de conexión no es respetuoso con la persona que otorga el poder para un futuro, con la posición central que en este tipo de poder tiene el adulto[74].

66. Por ello, la norma de conflicto del artículo 10.11 CC, permite no aplicar la ley del país donde se ejerciten las facultades del representante, si existe por parte de este y el principal[75], un acuerdo expreso para someterse a la ley de un país más previsible para este último (porque, por ejemplo, el poderdante ya no pueda velar por sus intereses y quiera elegir la legislación que más le convenga). Este acuerdo debe constar por escrito, pues debe conocerse por los terceros la ley elegida bajo cuyas condiciones queda vinculado con el principal[76].

67. La ley elegida por las partes para regular el poder de representación, puede aplicarse, del mismo modo, como la ley del poder preventivo como medida de protección, aunque el artículo 9.6, 2º CC no disponga la autonomía de la voluntad conflictual[77].

68. Por otra parte, la ley determinada en el artículo 10.11 CC, si bien se aplica al fondo del poder -a las cuestiones que se incluyen dentro del poder (su existencia y alcance, la actuación extralimitada del representante, etc.)-, no se aplica a la capacidad del otorgante, ni a la forma del poder.

69. La ley aplicable a la capacidad del otorgante del poder está regulada por el artículo 9.1CC, norma de conflicto que determina como aplicable a la capacidad de la persona física, la ley del país de la nacionalidad. Esto es, con independencia de la ley que se aplique al contenido del poder (el artículo 10.11 CC), puede ser la ley de

[73] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: op. cit., p. 535.
[74] IRIARTE ÁNGEL, J.L.: op. cit., p. 268.
[75] CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J.: "Contratos internacionales II: contratos en particular", en *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 1070-1071, sobre la posibilidad de otras doctrinas que consideran que la elección es unilateral.
[76] CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Art. 10.11", en *Jurisprudencia civil comentada* (dir. Pascuau Liaño, M.), t. I, Comares, Granada, 2000, pp. 314-317.
[77] En este sentido, GARDEÑES SANTIAGO, M.: "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", *REDI*, vol. 75, 2, 2023, (pp. 401-404), p.402: "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?"

otro país la que se establezca para determinar si el otorgante del poder tenía capacidad para ello, dependerá de lo que disponga la ley de su nacionalidad. Si es la ley española, ateniéndonos al artículo 255 CC, salvo los menores no emancipados, toda persona adulta, mayor de edad o emancipada, podrá otorgar el poder en previsión de que en el futuro no pueda velar por sus intereses. Si es una ley extranjera que impone límites, podría activarse la excepción de orden público del artículo 12.3 CC, y no se aplicaría la ley extranjera sino la ley española.

70. En relación con la forma del poder, la ley aplicable está determinada en el artículo 11CC. Norma de conflicto que regula la forma y solemnidades de los actos jurídicos en general, y que dispone, para determinar la ley aplicable, de varios puntos de conexión, que funcionan de manera alternativa para conseguir la validez formal del acto. Así, el poder puede ser válido en cuanto a la forma atendiendo a la ley del país en que se otorgue o con la forma exigida por la ley aplicable a su contenido (artículo 10.11 CC), coincidiendo la ley aplicable al fondo y a la forma. Además, puede ser válido el poder en cuanto a la forma, conforme a la ley personal del otorgante, en consonancia con la ley aplicable a la capacidad del poderdante (artículo 9. 1 CC). No obstante, el artículo 11.2 CC impone que, si la ley reguladora del contenido de los actos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.

Si la ley aplicable al fondo es la ley española, el otorgamiento del poder, en general, exige documento público, conforme al artículo 1280 CC; y para el poder preventivo el artículo 260 CC regula que se otorgue en escritura pública[78].

IV. La competencia de las autoridades españoles

71. El poder preventivo en nuestro país, por tanto, debe constituirse en escritura pública ante notario. El notario, en su función de asesoramiento, podrá calificar el poder preventivo como representación voluntaria, contrato o medida de apoyo (artículo 156. 9º del Reglamento Notarial[79]). Así como, en supuestos con elemento extranjero, determinar la ley aplicable dependiendo de la norma de conflicto más adecuada a la voluntad de la persona, condicionado a la eficacia o no del poder preventivo transfronterizo en el país de destino.

[78] Así, CORTADA CORTIJO, N.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo", *Actualidad civil*, núm. 1, 2022, en sus conclusiones: "La exigencia de escritura para su constitución, con la consiguiente intervención notarial, debería garantizar tanto el respeto a la efectiva voluntad del poderdante como la inclusión de todos aquellos extremos, tanto personales como patrimoniales, que resulten relevantes a los efectos del ejercicio y control del apoyo que del mismo se derive".
[79] Reglamento de la organización y régimen del Notariado, BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

72. El Reglamento notarial dispone que, los particulares tienen derecho a la libre elección de notario (artículo 3.2). Del mismo modo, el artículo 126 establece la consecuencia para el notario[80]: respetar la libre elección y obligación de abstenerse de prácticas que limiten esta libre elección.

73. La legislación notarial no contiene normas de competencia internacional. Por ello, será necesario acudir a las normas de competencia judicial internacional cuando, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) [81] , los notarios pudieran tener atribuida competencia para el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria[82], cuando realicen las mismas funciones que los órganos jurisdiccionales: "La intervención de los órganos jurisdiccionales tiene lugar cuando los poderes preventivos son impugnados, cuando éstos están sujetos a un control *ex post* o cuando surge una controversia entre el apoderado y el poderdante"[83].

74. La LJV regula en el Capítulo primero, Título I, las normas de Derecho internacional privado, en las cuales se establece el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes, la remisión a las normas de conflicto de Derecho internacional privado, así como normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. En materia de competencia dispone el artículo 9 que, "los órganos judiciales españoles serán competentes para conocer los expedientes de jurisdicción voluntaria suscitados en los casos internacionales, cuando concurran los foros de competencia internacional recogidos en los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España. En los supuestos no regulados por tales Tratados y otras normas internacionales, la competencia vendrá determinada por la concurrencia de los foros de competencia internacional recogidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

75. Así, aplicaremos los foros de competencia internacional recogidos en las normas supraestatales y, en su defecto, estatales en vigor en España, para atribuir la competencia en litigios por la impugnación del poder preventivo. Puede ser preciso, también, resolver las controversias entre mandante y el mandatario, y, sobre la existencia, extensión o extinción del poder de representación[84].

---

[80] Modificación introducida por el artículo 1.59 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007).
[81] BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.
[82] *Vid.* JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Función Notarial y Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
[83] VINAIXA MIQUEL, M.: op. cit., p. 412.
[84] IRIARTE ÁNGEL, J.L.: op. cit., p. 259. ANTÓN JUÁREZ, I.: op. cit., p. 253.

76. En los casos de litigios derivados del contrato de mandato[85], la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles se determina, en primer lugar, por el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento Bruselas I bis)[86].

Los órganos jurisdiccionales españoles, al igual que los demás Estados miembros de la Unión Europea, son competentes por el foro de sumisión tácita (artículo 26) o expresa (artículo 25), y, en su defecto, por el foro del domicilio del demandado en Estado miembro (artículo 4) o por el foro especial de los contratos (artículo 7. 1), si es el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. Del mismo modo, puede ser competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien se solicite medidas provisionales y cautelares en esta materia, previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto (artículo 35).

77. A falta de sumisión tácita o expresa y cuando el demandado no esté domiciliado en Estado miembro[87], aplicando las normas del Derecho internacional privado español, son competentes los órganos jurisdiccionales españoles conforme al artículo 22, *quinquies*, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)[88]. En el supuesto de litigios relativos al contrato de mandato, conocerían por el foro "en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España". Asimismo, por el foro de necesidad regulado en el artículo 22 *octies*, 3º: "Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia". Por otra parte, "Los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España" (artículo 22, *sexies*).

[85] IRIARTE ÁNGEL, J.L.: op. cit., pp. 260-261 en relación con el anterior Reglamento 44/200, sostiene que el poder del contrato de mandato, se incluye en su ámbito de aplicación, en materia civil (artículo 1.1), pues no se refiere a la materia excluida del artículo 1. 2, a).
[86] DOL 351 de 20 de diciembre de 2012.
[87] A salvo la aplicación preferente del Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE, núm. 339, de 21 de diciembre de 2007). *Vid*. artículo 64.
[88] Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015).

78. En cambio, en causas que se deriven del poder preventivo como medida de apoyo, como materia excluida del Reglamento Bruselas I bis (artículo 1.2, a), serán competentes los órganos jurisdiccionales españoles por el foro especial del artículo 22, *quater* b) LOPJ. Así, se dispone en este foro, que serán competentes, los órganos jurisdiccionales o autoridades españoles, para "las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España". También es posible atribuir su competencia, cuando se den las condiciones, por el foro de necesidad (artículo 22 *octies*, 3º), y por el foro para las medidas provisionales o de aseguramiento (artículo 22 *sexies*)[89].

79. Como sostiene VINAIXA MIQUEL[90], la ratificación del Convenio de La Haya de 2000 comportaría una mejora sustancial en este sector del Derecho internacional privado español, entre otros motivos, "porque supondría el reconocimiento de la competencia internacional de los notarios españoles para actuar en el ámbito de la capacidad y de las medidas de apoyo de las personas adultas vulnerables en la medida en que el Convenio por "autoridades" entiende tanto las judiciales como las administrativas. En consecuencia, se produciría una importante desjudialización y se agilizaría la administración de justicia." Sin embargo, no aparece regulado un foro específico para el poder preventivo que se encuentre alineado con el artículo 15 sobre ley aplicable[91].

80. En la Propuesta de Reglamento de protección de adultos, se regula la elección del foro por la persona adulta, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones. Sería un foro adecuado para la persona adulta en previsión de que en un futuro no pueda velar por sus intereses, para determinar las autoridades competentes en torno al poder preventivo, incluso para su constitución[92].

---

[89] CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: op. cit. disponible en https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/.

[90] VINAIXA MIQUEL, M.: op. cit., p. 412-413.

[91] *Ibíd.,* p. 413: "para mejorar el régimen de competencia de autoridades del CHPA (arts. 5 a 12) es necesario que en el marco de los trabajos dirigidos a su revisión se incorpore, *ex novo*, un foro específico para los poderes preventivos que se encuentre alineado con el art. 15 CHPA, tal como han venido sugiriendo el Instituto de Derecho Europeo (IDE o ELI) y la European Association of Private International Law (EAPIL) de cara a la adopción de un instrumento UE."

[92] VINAIXA MIQUEL, M.: op. cit., p. 414 propone que, "a nuestro juicio el legislador de la UE debería haberse inspirado en la propuesta del IDE, corroborada por la EAPIL, por ser más completa. Según el IDE, en el momento de la constitución del poder, cuando el adulto tiene capacidad volitiva y cognitiva para tomar sus propias decisiones, para constituir u otorgar el poder éste debería poder dirigirse a las autoridades de los Estados cuya legislación pudiere elegir para regular su existencia, alcance, modificación y extinción, según los arts. 15.1 y 15.2 CHPA (forum-ius). Este nuevo foro, además, consideramos que debería permitir al adulto acudir ante cualquiera de estas autoridades para constituir un poder preventivo conforme a cualquiera de las leyes enumeradas en el 15.2 CHPA, a pesar de que en tales circunstancias no concurriría la correlación *forum-ius*".

Así, dispone el artículo 6 de la Propuesta, sobre la elección del foro, que, las autoridades de un Estado miembro, distinto del Estado miembro en el que el adulto tenga su residencia habitual, serán competentes cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: que el adulto eligió las autoridades de ese Estado miembro, cuando todavía estaba en condiciones de proteger sus intereses; que el ejercicio de la jurisdicción redunda en interés del adulto; que las autoridades de un Estado miembro que tiene jurisdicción en virtud de los artículos 5 a 8 del Convenio de La Haya 2000 no han ejercido su jurisdicción[93]. La elección de jurisdicción deberá expresarse por escrito y estar fechada y firmada por el adulto. Esta competencia no será exclusiva y, en particular, no impedirá que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 y 6 del Convenio de La Haya 2000 ejerzan su jurisdicción, cuando las autoridades elegidas por el mayor de edad no han ejercido su competencia o cuando han renunciado a ella (artículo 7 de la Propuesta).

V. El poder preventivo otorgado en el extranjero: la eficacia extraterritorial

81. Para regular la eficacia extraterritorial, partimos de la aplicación preferente o no de las normas supraestatales sobre reconocimiento y ejecución, que vinculan a los órganos jurisdiccionales o autoridades españoles, atendiendo a su ámbito de aplicación material.

82. Como sostuvimos en el anterior apartado, si se trata de una decisión que derive del contrato de mandato o sobre la existencia, extensión o extinción del poder de representación, al no estar excluida la materia del Reglamento Bruselas I bis, debemos aplicar sus normas de reconocimiento y ejecución. El artículo 36 y el artículo 39 regulan el reconocimiento y ejecución automáticos, sin necesidad de declaración de ejecutoriedad entre Estados miembros, y con la posibilidad de solicitar la denegación del reconocimiento o la ejecución sin concurren los motivos del artículo 45. Por el contrario, si la decisión es adoptada por órgano jurisdiccional o autoridad de un tercer Estado, con el que nuestro país no haya suscrito y firmado convenio sobre la cuestión, para su eficacia extraterritorial aplicamos los mecanismos de reconocimiento de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante LCJMC)[94]: el artículo 42 prevé, tanto para el reconocimiento a título principal como para la ejecución de la decisión,

[93] El considerando 20 de la Propuesta de Reglamento de protección de adultos establece que, "Sin embargo, teniendo en cuenta que las circunstancias personales o económicas de un adulto pueden evolucionar entre el momento en que se elige la jurisdicción y el momento en que el adulto necesita protección, los tribunales elegidos deben tener la posibilidad de evaluar si la elección realizadas por el adulto siguen siendo de interés para ese adulto en el momento de la demanda. Esta evaluación debe hacerse principalmente con respecto a las opiniones de ese adulto y la importancia de los cambios en sus condiciones de vida y bienes desde el momento en que se eligió la jurisdicción".
[94] BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

el procedimiento de *exequatur.* En el supuesto que la decisión de autoridad extranjera proceda de la jurisdicción voluntaria[95], se aplicará el mecanismo de reconocimiento regulado en el artículo 12 LJV que dispone, también, la necesidad el *exequatur.*

83. Sin embargo, la eficacia del poder preventivo otorgado en el extranjero, como título para la inscripción en el Registro civil español, está condicionado por una serie de requisitos[96] regulados en el artículo 97 de la LRC[97].

84. Así, que el documento haya sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. Como que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. Pues, en el derecho angloamericano el *notary public* se limita a la mera acreditación de las firmas de las partes, sin control de legalidad y capacidad, como corresponde al notario español[98].

El artículo 168 del Reglamento Notarial establecía, en el último párrafo[99], que constituye regla especial en orden a la comparecencia en las escrituras públicas, que, "cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al artículo 145 de este Reglamento". La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008[100], anuló este párrafo, al considerar que una norma de rango reglamentario no podía justificar que el notario se negase a la autorización en el ejercicio del control de legalidad. No obstante, el notario califica le capacidad de los otorgantes con arreglo a la ley aplicable y no está obligado a conocer el derecho extranjero, por tanto, si no le consta la capacidad no autorizará.

85. El control registral de un poder otorgado en el extranjero exige también que, el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento

[95] ADROHER BIOSCA, S.: op. cit., pp. 179-180.
[96] En los mismos términos se contempla en la disposición adicional tercera de la LJV al igual que en los artículos 60 y 61 LCJIMC.
[97] En el artículo 4, 10º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC) (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011) incluye en su ámbito de aplicación "Los poderes y mandatos preventivos".
[98] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: op., cit., pp. 247-248.
[99] Modificación introducida por el artículo 1.87 del Real Decreto 45/2007.
[100] BOE núm. 145, de 16 de junio de 2008.

designado por las normas españolas de Derecho internacional privado, acorde a nuestras las normas de conflicto. Lo que dependerá de la calificación dada al poder preventivo para aplicar una norma u otra que remita a una ley material que permita la validez del poder otorgado atendiendo a la voluntad del otorgante.

Relacionado con el requisito anterior, es necesario que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Es decir, en sentido amplio, a los principios y valores fundamentales de nuestro país. De tal forma que, un poder preventivo extranjero que no respete la voluntad, deseos y preferencias del otorgante u obligado a un control judicial, pudiera resultar manifiestamente incompatible con nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, denegarse su inscripción.

86. Además de esos requisitos, debe quedar acreditado la autenticidad del poder otorgado como documento extranjero cumpliendo las condiciones de legalización y traducción que regulan los artículos 323 y 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Para su fuerza probatoria debe cumplir una serie de condiciones de fondo y de forma[101], como dispone, igualmente, el artículo 323 LEC. Así, que en el otorgamiento o confección del documento extranjero se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio; que como el documento extranjero incorpora declaración de voluntad, su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma (conforme a las normas de conflicto que hemos visto atendiendo a la naturaleza del poder); y que el documento contenga la legalización [102] o apostilla [103] y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España[104]. El artículo 144 LEC exige traducción, a alguna de nuestras lenguas oficiales, del documento extranjero.

[101] VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.: "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero", *Revista de Derecho Notarial*, núm. VI, 2006, pp. 120-162.
[102] *Vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos", en *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea* (dir. Font i Mas, M.), Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27-46.
[103] Instrumento de Ratificación de España del Convenio, suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978).
[104] El Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012, dispensa de la legalización o apostilla requeridas para determinar la autenticidad de ciertos documentos públicos, entre los que se pueden incluir los poderes de representación (artículo 2). Se salvaguarda la coexistencia entre el sistema establecido en el Reglamento y otros sistemas aplicables entre los Estados miembros.

87. Con el objeto de facilitar la libre circulación de las medidas de protección que establezca el adulto, el futuro Reglamento europeo suprime todo procedimiento de homologación y mantiene solo el control de la cláusula de orden público y el control formal[105]. En el artículo 9 de la Propuesta del Reglamento de protección de adultos se dispone que, una medida adoptada por las autoridades de un Estado miembro será reconocida en los demás Estados miembros sin que sea necesario ningún procedimiento especial. Incluso la persona adulta afectada por la medida puede solicitar este reconocimiento automático, facilitando la libre circulación transfronteriza de los poderes preventivos. La medida se podrá denegar cuando concurra algún motivo de denegación de los contenidos en el artículo 10, como la manifiesta contracción con el orden público del foro.

88. En el mismo sentido, el artículo 16 establece que "un documento público otorgado en un Estado miembro producirá en otro Estado miembro los mismos efectos probatorios que en el Estado miembro de origen, o los efectos más comparables, siempre que no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro de que se trate. El documento público emitido deberá cumplir las condiciones necesarias para establecer su autenticidad en el Estado miembro de origen".

89. Lo más novedoso de esta Propuesta de Reglamento de protección de adultos, a efectos de prueba del poder preventivo transfronterizo, son las normas sobre la creación de un certificado de representación europeo[106], del que se valdrá el representante de un adulto para invocar sus poderes en el extranjero. Al igual que el certificado sucesorio europeo, este certificado no sustituye a otros certificados regulados en algunos Estados miembros, pero lo complementan[107]. El certificado de representación europeo facilita la libre circulación del poder preventivo, pues contiene una presunción de veracidad.

[105] El artículo 22 del Convenio de La Haya 2000 dispone que, "las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes". Pudiéndose alegar los motivos de denegación regulados en ese mismo artículo, que implican un control de autoridades, de audiencia a las partes y de activación del orden público. Sin embargo, se mantiene el procedimiento de *exequatur:* "cualquier persona interesada podrá solicitar de las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante. El procedimiento se regirá por la ley del Estado requerido" (artículo 23).
[106] Capítulo VII de la Propuesta de Reglamento.
[107] Para ANTÓN JUÁREZ, I.: op. cit., p. 263, el certificado propuesto por la Comisión cumple con las características que debería tener el nuevo certificado europeo de representación.

VI. Conclusiones

90. El poder preventivo internacional o transfronterizo plantea el problema de calificación, que conduce a la aplicación de una norma de conflicto u otra dependiendo de la naturaleza que se le atribuya. Solo con conceptos autónomos propios de Derecho internacional privado se evitaría que dependiendo del país donde se otorgue el poder, la calificación de esta figura jurídica fuese distinta.

91. Si conocen las autoridades españolas, y atendiendo a la calificación conforme a la ley del foro (artículo 12.1 CC), al poder preventivo a partir de la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, se le atribuye naturaleza de medida de apoyo voluntaria otorgada por la persona adulta (mayor de edad o menor emancipado) para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (artículos 255 y 257 CC). Esta calificación tiene como consecuencia que la ley aplicable al poder preventivo con elemento extranjero esté regulada en la norma de conflicto del artículo 9.6, 2º CC, que, dispone que, es la ley del país de residencia habitual de la persona que necesita medida de apoyo.

92. No obstante, puede prevalecer su calificación como representación voluntaria dada la similitud del poder ordinario con subsistencia en caso de discapacidad sobrevenida (artículo 256 CC) y el poder preventivo propiamente dicho (artículo 257 CC), una vez que ambos están en vigor. En este caso, la norma de conflicto del artículo 10. 11 CC establece la posibilidad de elegir la ley aplicable en supuestos internacionales. Del mismo modo que si lo calificamos como mandato preventivo (artículo 3 del Reglamento Roma I).

Las normas de conflicto del contrato de mandato y de la representación voluntaria, posibilitan la autonomía de la voluntad conflictual (artículo 3 del Reglamento Roma I y artículo 10.11 CC, respectivamente), a diferencia de la norma de conflicto del poder preventivo como medida de apoyo (artículo 9.6, 2º CC). La elección de ley para regular el poder preventivo, se avendría mejor a esta figura jurídica prevista para cuando la persona no pueda velar por sus intereses y garantizaría su reconocimiento en distintos países. Pues, además, la norma de conflicto del artículo 9.6. 2º CC está planteada más para las medidas legales o judiciales, que para las voluntarias: donde debiera regir la autonomía de la voluntad, respetando los deseos y preferencias del que otorga el poder.

93. Por otra parte, es necesario atender a las instituciones reguladas en los Derechos civiles especiales de naturaleza sucesoria, como la fiducia sucesoria o el poder testatorio, en Aragón y el País Vasco, a las que hay que aplicar sus propias normas de conflicto. En este supuesto el artículo 16.1 CC remite al artículo 9. 8 CC norma de conflicto en materia sucesoria que determina como aplicable la ley de la

vecindad del causante (artículo 16. 2 CC), con las dificultades que ofrece la fijación de la vecindad, y que no regula la posibilidad de elegir la ley.

94. El problema calificatorio no se presentaría si la ley aplicable al poder preventivo, sea medida voluntaria o no, o para cualquier poder para el futuro, pudiera ser elegida. Dado su aspecto tan personalísimo, sería lógico que su otorgante pudiere elegir la ley material del foro (Derecho común o Derecho civil especial) o cualquier ley material extranjera que mejor se aviniera a sus intereses.

95. Del mismo modo, la inscripción del poder preventivo otorgado en el extranjero, requiere un control no solo de forma y de las autoridades competentes, sino, además, un control de fondo que implica se haya aplicado la ley determinada por sus normas de conflicto. Norma que puede remitir a distinta ley material dependiendo de la calificación atribuida al poder preventivo.

96. Todos estos inconvenientes se evitarían si España firmase y ratificase el Convenio de La Haya 2000 sobre la protección de las personas adultas. Podríamos acudir a la calificación autónoma, a los conceptos propios de Derecho internacional privado contenidos en el instrumento supraestatal. Así, la ley aplicable al poder preventivo estaría determinada en el artículo 15 de este Convenio, lo que facilitaría la aplicación uniforme de la norma de conflicto entre los Estados contratantes, donde prima la autonomía de la voluntad conflictual, que conduciría a la ley material del foro o extranjera que permitiese y regulase el poder preventivo, a la medida de la persona.

97. En el mismo sentido, la Propuesta de Reglamento sobre protección de las personas adultas regula la ley aplicable al poder preventivo, y la elección de ley, con la remisión al Convenio de La Haya 2000 (artículo 8). Además, la Propuesta permite la elección de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes (artículo 6), incluso permitiendo elegir la autoridad ante la que se otorga el poder.

98. Por tanto, a la espera de la aprobación del instrumento europeo o la firma y ratificación del Convenio de La Haya, la regulación del poder preventivo internacional o transfronterizo dependerá de la norma de conflicto que aplique la autoridad ante el que se otorgue. Los notarios españoles, siguiendo los dictados del Código civil, tendrían que aplicar la norma de conflicto del artículo 9.6, 2º, atendiendo a la ley de la residencia habitual de la persona que otorga el poder. Sin embargo, ese automatismo podría evitarse con la elección de la ley aplicable al poder preventivo como poder (artículo 10.11 CC), donde debe primar la voluntad de la persona que prevea que no podrá velar por sus intereses. De ahí la labor de asesoramiento de los notarios en el otorgamiento con las indicaciones de la ley aplicable, tanto en conflictos internacionales como interregionales.

Bibliografía

ADROHER BIOSCA, S.: "La protección de adultos en el Derecho Internacional Privado español: novedades y retos", *REDI*, vol.71, 1, 2019, pp.163-185.

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S.: "Artículo 10.11", en *Comentarios al Código Civil* (dir. Cañizares Laso, A.), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ANTÓN JUÁREZ, I.: "Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación", *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2020, pp. 245-275.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Artículo 10.11", en *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos", en *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea* (dir. Font i Mas, M.), Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27-46.

CALATAYUD SIERRA, A.: "Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato", en *Reforma del código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho Civil* (coord. Bayod López. Mª C.), Colex, Madrid, 2024, pp. 111-136.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ. J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. I, Edisofer, S.L., Madrid, 2024.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Art. 10.11", en *Jurisprudencia civil comentada* (dir. Pascuau Liaño, M.), t. I, Comares, Granada, 2000, pp. 314-317.

CORTADA CORTIJO, N.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo", *Actualidad civil*, núm. 1, 2022.

CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: "Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional", *Diario La Ley*, nº 9545, de 2 de enero de 2020. Disponible en Internet: https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y BAYOD LÓPEZ, Mª C.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2015.

DIAGO DIAGO, P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, de 27 de enero de 2021. Disponible en Internet: https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/.

DIAGO DIAGO, P.: "La protección de personas adultas en situaciones transfronterizas e internas: en busca del tiempo perdido", *De Lege Ferenda*, Núm. 2 (2024), pp. 65-94.

FEBLES POZO, N.: "La protección transfronteriza de adultos en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento en materia de protección de adultos", Bitácora Millennium, Dipr, núm.18º (julio-diciembre 2023), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2023.008).

FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, J.J.: *La sucesión por comisario en la Ley de Derecho Civil Vasco y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, Dykinson. Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.

FRANZINA, P.: "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 127-145.

GARCÍA CANTERO, G.: "¿Persons with disability vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español)", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, pp. 67-106.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

GARDEÑES SANTIAGO, M.: "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", *REDI*, vol. 75, 2, 2023, pp. 401-404.

GOMÁ LANZÓN, G.: "El poder preventivo tras la ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 99, 2021, pp. 38-41.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (dirs. Calvo Caravaca, A.L y Iriarte Ángel, J.L.), Colex, Madrid, 2000, pp. 85-102.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: "Hacia una Unión Europea "de" las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 2023, pp. 420-445.

IRIARTE ÁNGEL, J.L.: "Artículo 10.11", en *Comentario del Código Civil* (coord. Sierra Gil De La Cuesta, I.), vol. I, Bosch, Barcelona, 2006.

JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Función Notarial y Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

LANGELAAN OSSET, F.: "Algunas consideraciones sobre discapacidad extrema y autocuratela en el actual sistema de apoyos a la discapacidad", en *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual* (dir. Moreno Flórez, R. Mª), Dykinson, Madrid, 2022.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 3, 2018, pp. 199-225.

MARTÍNEZ MARTÍN, M.: "La modificación del artículo 1732 del Código civil realizada por La ley 41/2003", en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.), La Ley, Madrid, 2006.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

PARRA LUCÁN, Mª. A.: "Instituciones de guarda", en *Tratado de Derecho de Familia*, vol.VI, cap. IV, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

PEREÑA VICENTE, M.: "La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 94, núm. 767, 2018, pp. 1287-1325.

PEREÑA VICENTE, M.: "Régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (dir. Munar Bernat. P. A.), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp.197-242.

RIBOT IGUALADA, J.: "Comentario de los artículos 256 y 257", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. Guilarte Martín-Calero, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

RUEDA VALDIVIA, R.: *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Comares, Granada, 1998.

VALLS I XUFRÉ, J.M.: *El poder preventivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

VALLS I XUFRÉ, J. M.: "El poder preventivo en Derecho interregional", *REDI*, vol. 75, 2, 2023, pp. 417-427.

VAQUERO LÓPEZ, C.: "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 398-401.

VICENTE BLANCO, D.J.: "La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el Convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, Nº. 8, 2011. Disponible en Oñati Socio-Legal Series (iisj.net).

VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.: "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero", *Revista de Derecho Notarial*, núm. VI, 2006, pp. 120-162.

VINAIXA MIQUEL, M.: "Los poderes preventivos en el Derecho internacional privado español: una aproximación crítica a la Ley 8/2021, de 2 de junio", *REDI*, vol. 75 (2023), 2, pp. 408-415.