

**LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: UNA
APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO**

*POWERS OF REPRESENTATION IN SPANISH PRIVATE
INTERNATIONAL LAW: A CRITICAL APPROACH TO THE LAW
8/2021, OF JUNE 2*

Mònica VINAIXA MIQUEL*

Palabras clave: Medidas de apoyo, medidas voluntarias o *ex ante*, poderes preventivos, autonomía de la voluntad, interés del adulto, ley aplicable, competencia de autoridades.

Keywords: Measures for the protection of adults, *ex ante* measures, party autonomy, the interest of the adult, applicable law, judicial or administrative authorities.

SUMARIO: 1. LA PROTECCIÓN DE LOS ADULTOS VULNERABLES: LOS PODERES PREVENTIVOS. 2. LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL DIPr ESPAÑOL: VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 8/2021. 2.1. La ley aplicable a los poderes preventivos: art. 9.6 II CC. 2.2. Competencia de autoridades. 3. REFLEXIÓN FINAL.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS ADULTOS VULNERABLES: LOS PODERES PREVENTIVOS

Los sistemas de protección de las personas adultas con discapacidad con el paso del tiempo han ido evolucionando y, con carácter general, han pasado de ser sistemas cerrados y sustitutivos de la capacidad, a modelos más abiertos y respetuosos con la autonomía de la voluntad y con los derechos humanos consagrados en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD)¹.

Cada vez con más frecuencia las personas adultas con capacidad cognitiva y volitiva para tomar decisiones y comprender las consecuencias que de las mismas se derivan recurren a las medidas voluntarias o *ex ante*, particularmente a los poderes preventivos, para organizar su apoyo o protección en previsión de una futura discapacidad cuyo origen puede encontrarse en

* Profesora Agregada de Derecho internacional privado, Universitat Pompeu Fabra. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación *Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del status a la autorregulación*. PID 2021-123985NB-I00 (IP Josep Ferrer i Riba, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UPF).

¹ Vid. ADROHER BIOSCA, Salomé, “La protección de los adultos en Derecho internacional privado español: novedades y retos”, *REDI*, 2019, núm. 1, v.71, pp. 163-185, pp. 166 y 167; ANTÓN JUÁREZ, Isabel, “Viejos problema y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación”, *AEDIPr.*, 2020, T. XIX-XX, pp. 245-275, pp. 250 y 251.

enfermedades neurodegenerativas como la demencia, el Alzhéimer, etc. Este tipo de medidas no se encuentran reconocidas en todos los ordenamientos jurídicos² y, entre las legislaciones estatales, y también autonómicas, que los contemplan³, se aprecian disparidades con respecto a los requisitos formales, las condiciones de eficacia, el ejercicio de las facultades conferidas en el poder, etc.⁴, planteándose, en consecuencia, problemas de Derecho internacional privado e interregional.

Para alcanzar un verdadero cambio de paradigma en materia de discapacidad los legisladores estatales y autonómicos deberían concebir sus derechos sustantivos de tal manera que, tanto la autonomía de la voluntad como la protección del mejor interés del adulto fueran objeto de una interpretación integradora⁵, y no, en cambio, a la luz de la lectura restrictiva y sesgada de la CDPD realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación general núm. 1 (2014), en la que se inspiró el legislador estatal al adoptar la Ley 8/2021, 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021)⁶. Paralelamente, las normas de Derecho internacional privado sobre la materia también deberían seguir esta misma concepción, motivo por el cual, sería aconsejable que tanto Es-

² Como en Italia, Países Bajos, Polonia, entre otros ordenamientos, Vid. VALLS I XUFRE, Josep M^a, *El poder preventivo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 305 a 307; FRANZINA, Pietro, “La protección internacional de los adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea”, *AEDIPr.*, 2016, T.XVI, pp. 127-145, p.135; STELMA-ROORDA, Rieneke; BLANKMAN, Kees y ANTOKOLASKAIA, Masha, “A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands”, *Family & Law*, 2019, pp. 1-18, p. 10.

³ Como las de Francia, Reino Unido, Alemania, Austria, Portugal y, en España, tanto el Derecho civil común (CC) como las legislaciones de las CCAA de Cataluña, Aragón y Navarra. Vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen, “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación a los Derechos civiles territoriales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (dirs.) y GIL MEMBRADO, Cristina y PRETEL SERRANO, Juan José (Coords), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Ed. Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145-167, p. 151; MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, “La incidencia de la reforma estatal en Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (I)”, *Diario La Ley*, núm. 9859, Sección Doctrina, de 27 de mayo de 2021, p. 1-11, p. 5; FONT I SEGURA, Albert, “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 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 “La reforma de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico”, *La Ley Derecho de Familia*, julio-septiembre 2021, núm. 31, pp. 1-25, p. 10; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 308.

⁴ Vid. FRIMSTON, Richard; KEENE, Alexander Ruck; VAN OVERDIJK, Claire; WARD, Adrian D. (eds.), *The International Protection of vulnerable Adults*, Ed. Oxford University Press, London, 2015; FRANZINA, Pietro, “The Protection of Adults”, *A Guide to Global Private International Law*, Ed. Bloomsboory Publishing, 2022, p. 554; VALLS I XUFRE, Josep M^a, *El poder preventivo, op. cit.*, pp. 297-309.

⁵ Vid. MARTÍNEZ CALVO, Javier y SÁNCHEZ CANO, M^a Jesús, “El equilibrio entre autonomía de la voluntad y protección del interés de la persona con discapacidad en el ámbito internacional y en el Derecho civil español”, *AEDIPr.*, 2021, T.XXI, pp. 231-236, pp. 226 y 227; LAGARDE, Paul, *Informe explicativo del Convenio sobre Protección de Adultos*. Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Oficina Permanente, 2017, pp. 1-102, p. 44.

⁶ *BOE* núm. 132, de 3 de junio de 2021.

pañía como los EEMM de la UE que todavía no son parte del Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, de 13 de enero de 2000 (CHPA)⁷, procedieran a su ratificación y, que en el seno de la UE prosperara la aprobación de la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas y cooperación en materia de protección de adultos, de 31 de mayo de 2023 (Propuesta de Reglamento de la UE en materia de protección de adultos)⁸. El nuevo Reglamento UE constituiría un instrumento complementario al CHPA que debería contribuir a potenciar y a mejorar, a nivel intra-UE, las soluciones justas, materializadas y respetuosas con los derechos fundamentales de los adultos vulnerables previstas en el texto convencional, las cuales están siendo objeto de un proceso de revisión⁹.

Ahora bien, en las situaciones en las que los adultos, según su ley personal (art. 9.1 CC), tienen capacidad cognitiva y volitiva para autogobernarse, no es suficiente disponer de normas de Derecho sustantivo que contemplen la autonomía de la voluntad como un valor absoluto o fundamental, sino que también son necesarias normas de DIPr que partan de esta misma configuración. No hay ninguna razón que justifique que una persona pueda diseñar su propio sistema de apoyos en previsión de una futura discapacidad mediante el otorgamiento de unos poderes preventivos, y que, en cambio, no pueda elegir las autoridades competentes para constituir el poder y para conocer de las controversias que del mismo se derivan, ni la ley aplicable a su existencia, constitución, modificación y extinción¹⁰, tal y como veremos más adelante.

2. LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL DIPr ESPAÑOL: VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 8/2021

El legislador español con la Ley 8/2021 desaprovechó una magnífica oportunidad para adaptar las normas de DIPr español sobre protección de adul-

⁷ Vid. <https://assets.hcch.net/docs/ddf50838-ce51-4ec0-b621-6501221ff8f7.pdf>. En la actualidad el CHPA es el único instrumento que incorpora un régimen uniforme relativo a la competencia de autoridades, la ley aplicable, la eficacia extraterritorial de las decisiones y documentos públicos extranjeros y la cooperación de autoridades sobre protección internacional de los adultos.

⁸ COM (2023) 280 final, 2023/016 (COD).

⁹ Vid. Comisión especial de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Draft Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention* (Prel. Doc. N° 4 of February 2022), <https://assets.hcch.net/docs/69fd2ea8-a72f-45c5-96af-e942d49232d2.pdf> y los documentos posteriores, <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6795&dtid=57>

¹⁰ Vid. VAQUERO LÓPEZ, Carmen, "Artículo 9.6.II.CC", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 99-108, p. 106; Vid. JAYME, Erik, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face a la globalisation", *Rec. des C.*, 2000, T. 82, pp. 13-40, pp. 21, 31, 32 y 37. MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, "Notas sobre el Informe del Instituto de Derecho Europeo acerca de la protección de los adultos en situaciones internacionales", *CDT*, 2020, v. 12, núm. 2, pp. 1099-1105, p. 1105.

tos a las soluciones recogidas en el CHPA y a los principios consagrados en la CDPD. Esta visión crítica alcanza tanto a las medidas judiciales o *ex post* como a las voluntarias o *ex ante*, aunque es en estas últimas que se centra la atención en la presente contribución. En la Ley 8/2021, el legislador estatal concentró sus esfuerzos en la reforma del Derecho civil común (CC)¹¹ y del Derecho procesal, pero apenas se preocupó de las normas de Derecho internacional privado. Con la reforma se realizó una revisión sectorial de las normas de conflicto de los arts. 9.6.II CC y 10.8 CC, entre otras disposiciones, pero se dejaron fuera de su alcance los arts. 9.1 CC¹² y 10.11 CC, así como también, las normas sobre competencia, eficacia de resoluciones y documentos públicos extranjeros y cooperación de autoridades. Se trata, en definitiva, de una revisión legislativa que, por el momento, compromete la eficacia del nuevo régimen de discapacidad en el marco de las relaciones privadas internacionales e interregionales¹³.

2.1. La ley aplicable a los poderes preventivos: art. 9.6.II CC

Los poderes preventivos, por sus peculiares características, tradicionalmente han venido planteando problemas de calificación. El texto del actual art. 9.6.II CC es prácticamente idéntico al anterior, salvo que sustituye la expresión “mayores de edad” por la de “personas con discapacidad”, y la de “medidas de protección” por la de “medidas de apoyo”, razón por la que

¹¹ Esta reforma no afecta a la legislación especial de las CCAA con Derecho civil propio en materia de capacidad y de medidas de apoyo o protección de los adultos, como Cataluña, Navarra y Aragón. Vid. MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, “La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (1)”, *Diario La Ley*, de 27 de mayo de 2021, núm. 9859, pp. 1-11; FONT I SEGURA, Albert, “Problemas de Derecho interregional interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 ...”, *loc. cit.*, p. 7. Sobre la reforma del CCC, vid. los trabajos de VALLS I XUFRE, Josep M^a: “Present a Catalunya de l’assistència com a suport a l’exercici de la capacitat jurídica per a majors d’edat”, *RJC*, 2022, núm. 1, pp. 9-46, pp. 1-44, pp. 9 y 10; “Adéu a la incapacitació, benvinguda l’assistència (I Part)”, *Món Jurídic*, abril-maig, 2022, núm. 340, pp. 66-68, p. 68; “Adéu a la incapacitació, benvinguda l’assistència (Part II)”, *Món Jurídic*, juny-juliol, 2022, núm. 341, pp. 18-20; “Convergencias y divergencias de la reforma del ejercicio de la capacidad jurídica en Derecho común y catalán”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dirs.) y GIL MEMBRADO, Cristina y PRETEL SERRANO, Juan José (Coords), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Ed. Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 170-192, p. 170.

¹² Con la reforma también hubiera sido conveniente modificar la redacción del art. 9.1 CC y sustituir la conexión “nacionalidad” por la de la “residencia habitual”. Vid. ANTÓN JUÁREZ, Isabel, “Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto ...”, *loc. cit.*, p. 260; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Principio de eficiencia y estatuto personal”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; ARENAS GARCÍA, Rafael; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y STAMPA, Gonzalo (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020, pp. 179-194, p. 194; VAQUERO LÓPEZ, Carmen, “Art. 10.8 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 110-114, p. 114.

¹³ Vid. DIAGO DIAGO, M^o del Pilar, “La nueva regulación de la protección de los adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley* núm. 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 1-12, pp. 2 y 5; VAQUERO LÓPEZ, Carmen, “Artículo 9.6.II CC”, *loc. cit.*, p. 106.

su revisión ha sido calificada de meramente “estética” o de “maquillaje”¹⁴. El legislador estatal no tuvo en cuenta los problemas de calificación que en la práctica pueden plantear estas nociones, ni tampoco la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de la citada disposición¹⁵. Existe un amplio consenso con respecto a que las personas con discapacidad a las que se refiere el art. 9.6.II CC son personas adultas, no menores¹⁶; en cambio, más posturas encontradas genera la consideración de la incapacitación o procedimientos de modificación de la capacidad¹⁷ y de las medidas voluntarias

¹⁴ Vid. DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, *Ibid.*, pp. 1 y 5.

¹⁵ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Artículo 9.6.II CC”, en GARCÍA RUBIO, M^a Paz, MORO ALMARAZ, M^a Jesús (dirs.), VARELA CASTRO, Ignacio (Coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Civitas, Thomson-Reuters, Pamplona, 2022, pp. 75-84, p. 82.

¹⁶ Vid. DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España ...”, *loc. cit.*, p. 6; VAQUERO LÓPEZ, Carmen, “Artículo 9.6.II CC”, *loc. cit.*, pp. 106 y 107; GARCÍA RUBIO, M^a Paz, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Editorial Jurídica Sepín*, Junio, 2021, pp. 1-16, p. 4 y 7; VINAIXA MIQUEL, Mònica., “Artículo 10.8 CC”, en GARCÍA RUBIO, M^a Paz; MORO ALMARAZ, M^a Jesús, (Dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 85-99, p. 90.

¹⁷ Una de las principales modificaciones que ha incorporado la Ley 8/2021 ha sido la supresión de la incapacitación o procedimiento de modificación de la capacidad de las personas físicas previa la adopción de las medidas de apoyo. No obstante, en la actualidad, hay legislaciones, tanto del ámbito del Derecho comparado como del ordenamiento jurídico español (art. 38 del Código de Derecho Foral de Aragón) que todavía contemplan este tipo de procedimiento. La calificación de la incapacitación o procedimiento de modificación de la capacidad ha sido una cuestión muy controvertida entre la doctrina internacional-privatista española y a nivel jurisprudencial. Una corriente de opinión es la de aquellos autores y autoridades judiciales que consideran que, a falta de una norma de conflicto específica en materia de incapacitación, ésta debe quedar gobernada por la ley designada por la norma de conflicto genérica en materia de capacidad prevista en el art. 9.1 CC, es decir, por la ley nacional de la persona física, quedando limitada la aplicación del art. 9.6.II CC a la organización, determinación y control de las medidas de apoyo. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, v. II, 18^a ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 6; ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, 14^a ed., p. 421; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, “Artículo 9.6 CC”, en CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, (Dirs.), *Código Civil comentado*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2016, v. I, Madrid, pp. 115-117. p. 116; CHÉLIZ INGLÉS, M^a Carmen, “Medidas de protección a los mayores de edad discapacitados, en un entorno internacional”, *Diario La Ley*, núm. 9541, Sección Doctrina, 20 de diciembre de 2019, pp. 1-11, p. 4; ANTÓN JUÁREZ, Isabel, “Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto ...”, *loc. cit.*, p. 260; ESPINOSA CALABUIG, Rosario, “Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables”, *RGDE*, 2021, núm. 54, pp. 1-12, p. 4; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana, “La reforma del Código civil en materia de discapacidad en las normas de Derecho internacional privado”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel (Dirs.) y GIL MEMBRADO, Cristina y PRETEL SERRANO, Juan José (Coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Ed. Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 192-209, p. 202. Mientras que otro sector de la doctrina internacional-privatista y algunas autoridades judiciales españolas han venido calificando la incapacitación como una medida de protección de la persona adulta que debe quedar regulada por la ley designada por el art. 9.6.II CC, es decir, por la ley del lugar de su residencia habitual. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2020, 14^a ed., p. 391; SAP de Castellón (sección 2^a) núm. 132/2011, de 19 de diciembre de 2011 (JUR 2012/76294) y el “Comentario a la SAP de Castellón (Sección 2^a)”, núm. 132/2011, de 19 de diciembre de 2011 de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *REDI*, 2013 v. LXV, núm. 1, pp. 237-239; la SAP de Barcelona núm. 826/2016, de 2 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:14068) y la Resolución de la DGRN núm. 4712/2018, de 23 de marzo, que propuso

o *ex ante* como “medidas de apoyo”. Los poderes preventivos son medidas de apoyo en el sentido del art. 9.6.II CC¹⁸ dado que, a raíz de la reforma, su ubicación sistemática ha pasado de la sede contractual al nuevo Título XI del Libro primero del CC titulado “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁹. La Exposición de motivos de la Ley 8/2021 dispone que por “medidas de apoyo” se entienden “todo tipo de actuaciones”, incluidas, por tanto, las medidas voluntarias o *ex ante* como los poderes preventivos. Asimismo, atendiendo a que su función es proteger o apoyar al adulto en caso de una eventual discapacidad conforme a su propia voluntad, éstos tiene un encaje más adecuado en el art. 9.6.II CC²⁰, que en la norma de conflicto que regula la representación legal y voluntaria (art. 10.11 CC)²¹ y que en las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales.

la aplicación del art. 9.6.II CC en base a la solución unificadora de la que parte el CHPA, que aplica una misma ley a la capacidad/discapacidad de la persona adulta vulnerable y a las medidas de protección de su persona y/o bienes. Como señalan ADROHER BIOSCA, Salomé, “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”, en DE SALAS MURILLO, Sofía y MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 445-465, p. 457; DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España ...”, *loc. cit.*, pp. 5 y 6 (refiriéndose a ambas autoras al Anteproyecto de Ley) y FONT I SEGURA, Albert, “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 ...”, *loc. cit.*, p. 17 (refiriéndose a la Ley), el problema es que la redacción del actual art. 9.6.II CC no utiliza la noción amplia de “medidas de protección”, prevista en la redacción anterior a la reforma, sino la de “medidas de apoyo para personas con discapacidad”, que es más limitada o restringida. Aún y así, compartimos la opinión de FONT I SEGURA, Albert, en “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 ...”, *loc. cit.*, p. 18 y de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, en “Artículo 9.6.II CC”, *loc. cit.*, pp. 76 y 83, que abogan por un interpretación unificadora y por una calificación funcional de la incapacidad que justifica su inclusión en el art. 9.6.II CC.

¹⁸ Vid. ADROHER BIOSCA, Salomé, *Ibid.*, p. 449; FONT I SEGURA, Albert, *Ibid.*, pp. 10 y 21; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Ibid.*, p. 81; VAQUERO LÓPEZ, Carmen, “Artículo 9.6.II CC”, *loc. cit.*, p. 107.

¹⁹ Vid. RIBOT IGUALADA, Jordi, “Artículos 256 y 257 CC”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, pp. 577-604, p. 583.

²⁰ Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, “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*, 2018, núm. 767, pp. 1287-1325, p. 1317; MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, 2015-1, núm. 72, pp. 287-300, pp. 295-299.

²¹ Vid. DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España ...”, *loc. cit.*, p. 9; ANTÓN JUÁREZ, Isabel, “Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto ...”, *loc. cit.*, p. 257; ADROHER BIOSCA, Salomé, “Firma y ratificación del Convenio de La Haya sobre Protección internacional de los adultos vulnerables de 2000: un reto pendiente para España”, Editorial Jurídica Sepín, Junio 2021, pp. 1-2. El CHPA utiliza una noción amplia de “medidas de protección” al disponer que dentro de esta categoría se incluyen “la tutela, la curatela y otras instituciones análogas” (art. 3.1 c) CHPA). No obstante, por lo general, se ha considerado que los poderes preventivos no quedan incluidos dentro de la noción de “medidas de protección” a la que se refiere el art. 3.1 c) CHPA. Los poderes preventivos se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del CHPA en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 c) CHPA, que entre los objetivos del Convenio incluye “la determinación de la ley aplicable a la representación del adulto”; y, en el art. 15 CHPA, que incorpora una norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable a los poderes

Según el art. 9.6.II CC, la ley aplicable a las medidas de apoyo, tanto judiciales como voluntarias, es la ley de la residencia habitual de la persona con discapacidad. Si el propósito del legislador español era adaptar el ordenamiento jurídico interno al paradigma de la CDPD, resulta sorprendente que, por coherencia, no articulara una solución conflictual específica para las medidas voluntarias o *ex ante* que reconociera la libertad y la autonomía de la persona adulta para elegir la ley aplicable a su sistema de apoyos, aunque con ciertas limitaciones²². Durante los trámites previos a la adopción de la Ley 8/2021 se propuso la incorporación de un nuevo párrafo en el art. 9.6 CC que reproducía la redacción del art. 15 CHPA, pero finalmente esta opción quedó descartada²³. El art. 15.1 CHPA ofrece al adulto potencialmente vulnerable la posibilidad de elegir la ley aplicable a la existencia, el alcance, la modificación y la extinción de los poderes preventivos, aunque limita dicha elección a las leyes del Estado de su nacionalidad, de la residencia habitual anterior; en caso de traslado, o la del lugar de situación de sus bienes, en lo que a éstos se refiere (15.2). En defecto de elección debe aplicarse la ley del Estado de su residencia habitual en el momento del acuerdo o acto unilateral (art. 15.1). Las modalidades de ejercicio de los poderes, no obstante, quedan sujetas a la aplicación de la ley del Estado en el que se ejerzan las facultades conferidas en el poder (art. 15.3)²⁴. Con el propósito de preservar el equilibrio entre, por un lado, la voluntad manifestada por el adulto cuando todavía dispone de capacidad volitiva y cognitiva para tomar decisiones sobre su persona y/o bienes y, por otro lado, la protección de su mejor interés, las autoridades competentes pueden revocar o modificar los poderes preventivos cuando éstos no se ejerciten de manera adecuada (art.

de representación. Vid. Comisión Especial de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Draft Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention* (Prel. Doc. N°4, of February 2022), pp. 1-124, pp. 12 y 20), <https://assets.hcch.net/docs/69fd2ea8-a72f-45c5-96af-e942d49232d2.pdf> y CURRY-SUMNER, Ian, "Vulnerable Adults in Europe. European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults", SALM, Christian (ed.), *Protection of Vulnerable Adults. European Added value Assessment. Accompanying the European Parliament's legislation Initiative Report*, Rapporteur Joël BERGERON, European Parliamentary Research Service, September 2016, pp. 1-177, pp. 18-105, p. 57.

²² Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La libre circulación de las personas protegidas en Europa...", *loc. cit.*, p. 1311; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Artículo 9.6.II", *loc. cit.*, p. 81; FONT I SEGURA, Albert, "Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021...", *loc. cit.*, p. 21; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana, "La reforma del Código civil en materia de discapacidad...", *loc. cit.*, pp. 203 y 204; VALLS I XUFRE, Josep M^a, "Convergencias y divergencias de la reforma del ejercicio de la capacidad jurídica ...", *loc. cit.*, p. 183; MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, "Notas sobre el Informe del Instituto de Derecho Europeo...", *loc. cit.*, p. 1105.

²³ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Artículo 9.6.II CC", *loc. cit.*, p. 81; VAQUERO LÓPEZ, Carmen, "Art. 9.6.II CC", *loc. cit.*, p. 107 y nota a pie de página núm. 24. Vid. las enmiendas núm. 288 del Grupo Parlamentario Plural (BOGC, Congreso de los Diputados, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, pp. 223-225 y de la enmienda núm. 182 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu (BOGC, Senado, núm. 172, de 16 de abril de 2021).

²⁴ Vid. la sentencia de la Cour de Cassation núm. 101, de 27 de enero de 2021 y el comentario de GALLANT, Estelle, "French Supreme Court Rules on Manner of Exercise of Mandate under the Adults Convention", *EAPIL*, 16 junio 2021, pp. 1-5, en <https://eapil.org/2021/06/16/french-supreme-court-rules-on-manner-of-exercise-of-mandate-under-the-adults-convention/>

16)²⁵. De haberse introducido una solución conflictual específica para las medidas voluntarias como la del CHPA, a la que hace remisión el art. 8 de la reciente Propuesta de Reglamento de la UE en materia de protección de adultos, actualmente contaríamos con una regulación más alineada con las normas sustantivas del Derecho civil común español y más adecuada para resolver los conflictos de leyes que este tipo de medidas pueden presentar en las situaciones heterogéneas, tanto internacionales como interregionales. En cualquier caso, la ratificación por parte de España del CHPA y la adopción de un Reglamento UE sobre la materia no deberían llevar al legislador estatal a eludir la revisión del actual art. 9.6.II CC, cuya aplicación continuará estando vigente para resolver los conflictos interregionales, los cuales precisan una de solución conflictual sensible a este tipo situaciones²⁶.

2.2. Competencia de autoridades

En España, los poderes preventivos deben constituirse ante una autoridad notarial. El problema es que la legislación notarial española no contiene normas atributivas de competencia internacional, ni tampoco territorial, en materia de medidas de apoyo o protección de las personas con discapacidad, y que las normas de la LOPJ únicamente atribuyen competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles para realizar actuaciones en procedimientos sobre la materia, tanto contenciosos como de jurisdicción voluntaria²⁷. En la práctica, en el ámbito notarial, rige el principio de libre elección de notario. 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. En estos casos, en defecto de Reglamento UE y de Convenio aplicable, son de aplicación las normas de la LOPJ (arts. 22 *quater* b), art. 22 *sexies* y art. 22 *octies* prf. 3º ap. 2º), cuya revisión, a pesar de ser necesaria, quedó al margen de la reforma.

La ratificación del CHPA comportaría una mejora sustancial en este sector del DIPr español, entre otros motivos, porque supondría el reconocimiento

²⁵ Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, en VVAA, *Pacis Artes Obra homenaje al Profesor J.D. González Campos, T. II Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y varia*, Ed. Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1287-1308, p. 1307.

²⁶ Vid. FONT I SEGURA, Albert, “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 ...”, *loc. cit.*, p. 20; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Derecho interregional español: una urgente y necesaria reforma”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago; ARENAS GARCÍA, Rafael; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y STAMPA, Gonzalo (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020, pp. 111-127, pp. 126 y 127. Vid. también la contribución a este foro de VALLS I XUFRE, Josep M^a, “El poder preventivo en Derecho interregional”.

²⁷ Vid. MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, “Reforma del Código civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Modificación del artículo 9.6 del Código Civil”, en <http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley.html>, 21 de septiembre de 2021, pp. 1-5, p. 3.

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 desjudicialización y se agilizaría la administración de justicia²⁸. Sin embargo, 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*²⁹, un foro específico para los poderes preventivos que se encuentre alineado con el art. 15 CHPA³⁰, tal como han venido sugiriendo el Instituto de Derecho Europeo (IDE o ELI)³¹ y la European Association of Private International Law (EAPIL) de cara a la adopción de un instrumento UE³². En esta línea, la reciente Propuesta de Reglamento de la UE³³ incorpora un foro basado en la autonomía de la voluntad que permite al adulto elegir las autoridades de los EEMM de la UE competentes para adoptar medidas de protección, siempre que éstas no sean las del Estado de su residencia habitual. La operatividad de este foro, limitada a las situaciones intra-UE, queda supeditada a que el adulto esté en condiciones de proteger sus intereses, a que las autoridades elegidas por el adulto ejerzan su competencia en interés del adulto, y a que las autoridades competentes conforme a los arts. 5 a 8 CHPA no hayan ejercido su competencia (art. 6). Con posterioridad a la elección de las autoridades competentes las facultades personales del adulto pueden haber experimentado algún tipo de cambio o deterioro, motivo por el cual

²⁸ Vid. PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, “El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas”, *AEDIPr*, 2021, T. XXI, 64-88, pp. 72, 76, 77 y 86.

²⁹ Los arts. 8.1 y 8.2 d) CHPA, de manera restringida, reconocen la autonomía de la voluntad del adulto en sede de competencia de autoridades, pero no es propiamente un foro basado en la autonomía de la voluntad del adulto. Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La protección de los adultos en Derecho internacional privado”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís e IRIARTE ÁNGEL, José Luís (dirs.), Ed. Colex, 2000, Madrid, pp. 85-102, nota a pie de página núm. 44, p. 96.

³⁰ Vid. DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La nueva regulación de la protección de adultos en España ...”, *loc. cit.*, pp. 9 y 10; ÁLVAREZ TORNÉ, María, *La protección internacional de los adultos. El encaje de los actuales instrumentos de Derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE*, Working Paper 3/2012, Working Papers Jean Monnet Chair, European Private Law, Universitat de Barcelona, 2016, pp. 1-8, p. 7; ADROHER BIOSCA, Salomé, “La protección de adultos en el Derecho internacional privado español ...”, *loc. cit.*, p. 173; PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, “El cambio de paradigma de la discapacidad ...”, *loc. cit.*, p. 77. Aunque esta propuesta no quedó recogida en el listado de aspectos del CHPA que debían ser revisados con ocasión de la reunión del Comité de La Conferencia de La Haya de DIPr celebrada en noviembre de 2022. Vid. Comisión especial de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Draft Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention* (Prel. Doc. N° 4 of February 2022), <https://assets.hcch.net/docs/69fd2ea8-a72f-45c5-96af-e942d49232d2.pdf>.

³¹ Vid. European Law Institute, *Report of the European Law Institute The Protection of Adults in International Situations*, Viena, 2020, pp. 1-59, pp. 31-45; MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, “Notas sobre el informe del Instituto de Derecho Europeo ...”, *loc. cit.*, pp. 1104 y 1105; PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La libre circulación de las personas protegidas en Europa ...”, *loc. cit.*, p. 1305.

³² Vid. EAPIL, *Position paper in response to the European Commission's public consultation on an EU-wide protection for vulnerable adults*, 26 de marzo de 2022, pp. 8-11, p. 16.

³³ Cabe señalar que, en el caso de que prospere la adopción del Reglamento de la UE, los EEMM de la UE que todavía no son parte del CHPA tendrán dos años para proceder a su ratificación.

dichas autoridades deben poder valorar si la elección es o no conforme a sus intereses³⁴. En defecto de elección, la competencia quedará determinada conforme a los arts. 5 a 8 CHPA (art. 5 de la Propuesta de Reglamento de la UE), siendo el criterio general el de la residencia habitual del adulto en el momento de la adopción de las medidas de protección (art. 5 CHPA). A pesar de que la incorporación de este nuevo foro debe ser valorada muy positivamente, 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 pudiese 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*³⁵. Asimismo, en el mismo momento de la constitución del poder, el adulto también debería poder elegir las autoridades competentes para conocer de las eventuales controversias derivadas del ejercicio de las facultades conferidas en el mismo, esto es, a las autoridades del Estado de la nacionalidad del adulto, a las de la residencia habitual anterior, o a las del lugar en el que se encuentren situados sus bienes, en relación a tales bienes. La competencia de estas autoridades, no obstante, debería quedar condicionada a que, en el momento de la constitución del poder, el adulto hubiere elegido la ley interna de dicha autoridad de conformidad con el art. 15 CHPA. Las autoridades elegidas por el adulto, además, deberían poder transferir la competencia a las autoridades del Estado en el que el adulto, ya vulnerable, tuviera su residencia habitual en el momento de iniciarse dicho procedimiento por ser las que se encuentran más bien situadas para proteger su mejor interés³⁶. Este nuevo foro también debería quedar recogido en el texto del CHPA a efectos de hacer extensiva su aplicación a las situaciones extra-UE.

3. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo expuesto se llega a concluir que para alcanzar un verdadero sistema de protección de los adultos en las situaciones heterogéneas es necesario que prospere la adopción del Reglamento de la UE sobre la materia

³⁴ Vid. Considerando nº20 de la Propuesta de Reglamento de la UE.

³⁵ Propuesta del Profesor Albert Font i Segura, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra, y de la Profesora Mònica Vinaixa Miquel, Profesora Agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra, remitida en abril de 2022 al *Institut de Dret Privat Europeu i Comparat*, participante como organización observadora del CHPA con ocasión de los trabajos de revisión del texto convencional.

³⁶ *Ibid.*

y que tanto España como los EEMM de la UE que todavía no son parte del CHPA procedan a su ratificación. Ambos instrumentos parten de una interpretación integradora de la protección del interés del adulto y del respeto de su voluntad e incorporan una solución conflictual específica para los poderes preventivos basada en la autonomía conflictual. La Propuesta de Reglamento de la UE en materia de protección de adultos, además, introduce un nuevo foro para la constitución de los poderes preventivos que se encuentra alineado con el art. 15 CHPA, cuya articulación también debería reproducirse en el texto del CHPA, y contempla como novedad la creación de un certificado europeo de poderes de representación. Paralelamente, el legislador estatal debería revisar, por un lado, el nuevo régimen de apoyos previsto en el CC y, por otro lado, la redacción del art. 9.6.II CC, cuya solución conflictual resulta inadecuada con respecto a las medidas voluntarias o *ex ante* y para dar respuesta a los conflictos interregionales, a los que quedará limitada su aplicación de prosperar la articulación de un régimen UE-CHPA, salvo que se opte por una incorporación por referencia del texto convencional en el art. 9.6.II CC, tal como sucede en los arts. 9.6.I CC y 9.4 CC.

