

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Escritura de poder preventivo en materia de salud. Artículo 60 del Código Civil y Comercial

Tema I. "Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales. Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la capacidad Jurídica. Sistemas de apoyo al ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos. Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela."

Coordinador: Néstor Lamber.

Autora: Patricia A. Lanzón

e-mail : escribanialanzon@gmail.com.ar

ESCRITURA DE PODER PREVENTIVO EN MATERIA DE SALUD. ART. 60 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Tema I:

“Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales. Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la capacidad Jurídica. Sistemas de apoyo al ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos. Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela.”.

Coordinador: Néstor Lamber –

AUTORA: PATRICIA A. LANZON

PONENCIA

1. **El art 60 Código Civil y Comercial¹ autoriza el otorgamiento de un poder especial para cuestiones de la propia salud²:...*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad...*³**
2. Se trata de un acto unilateral de apoderamiento, representación voluntaria que no se extingue por la incapacidad del representado sino que nace con ella.
3. Es un acto que se desprende de las directivas anticipadas en materia de salud, no constituye ni requiere mandato.
4. Si el poder se da solo para el caso de incapacidad o restricciones, no puede ser utilizado más que acreditando dicha causa, en la forma en que se ha establecido por el poderdante.

¹ De ahora en más: CCyC

² El resto de los poderes preventivos que no se refieran a temas de salud no son materia de este análisis. la intención de este trabajo es ahondar en los caracteres de este tipo de poder especial “sanitario” para fomentar su estudio, difusión y utilización.

³ ARTÍCULO 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

5. Este acto de apoderamiento no requiere la conformidad del representante, que es exigida por la ley especial, y su falta no le quita al Poder su validez y eficacia.
6. Si se dicta la incapacidad del poderdante o restricciones a la misma, el poder especial otorgado para cuestiones de salud debería seguir vigente al amparo del art. 60 CCyC y respetando la voluntad del representado de que así sea; conviviendo el apoderado con el curador o el apoyo designados; y siempre el Juez interviniente podrá evaluar la subsistencia o no de dicha representación especial.
7. Se trata de un caso de **representación voluntaria**, arts. 362 al 381 CCyC, la cual “comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo” La capacidad exigida al **representado** es al momento del **apoderamiento**. (art 364 CCyC)
8. El poder preventivo sigue vigente hasta tanto no se revoque por el representado, por quien este indique o judicialmente.
9. Se deberán tomar previsiones en el Poder para establecer cuándo se torna operativo, caso de renuncia del apoderado, sustitución, revocación, etc.
10. Las directivas anticipadas pueden estar contenidas en el mismo instrumento.

Introducción

Iniciamos este estudio con el **objetivo** de impulsar el desarrollo de una clase de poder preventivo: *especial en materia de salud*. Quisiéramos motivar el otorgamiento de escrituras públicas que brinden seguridad y confianza a quienes las otorgan y las reciben dentro del área médico-asistencial, en momentos cruciales de la vida donde hace falta un representante.

Nuestro disparador fue la sanción del CCyC donde en su **art. 60** habla específicamente de: mandato para el caso de la propia incapacidad, relacionado con directivas de salud. De allí inferimos que se trata de un Poder sujeto a condición suspensiva, que se refiere a temas de salud, ligado directa o indirectamente con directivas anticipadas en dicha materia.

Se nos presentaron varios ejes temáticos que fuimos analizando en base a la doctrina del Código anterior y la letra del nuevo; como ser , si se trata de un mandato o una representación; si requiere el consentimiento del representante; cómo se justifica la incapacidad que activa el poder; muchos de los cuales han mostrado una problemática que requiere mayor profundización.

Buscamos analizar la figura del mandato para saber si se aplica al caso puntual; creemos que si bien hay puntos de contacto, no se corresponde con la finalidad y caracteres de este acto.

En miras de desarrollar este tipo de Poder, traemos dos ejemplos del extranjero: Estados Unidos y España, porque resultan un aporte enriquecedor basado en experiencia y casuística de mayor trayectoria.

Finalizamos la investigación con algunas propuestas de estipulaciones y facultades que podrían insertarse en estos Poderes especiales.

¿Qué es un poder preventivo?

Se lo denomina *Preventivo*, porque su sentido es operar en el futuro en caso que el representado se imposibilite de actuar por sí mismo. Se da *en previsión*, -dice el art. 60 del CCyC- de que dicha circunstancia pudiera ocurrir y fuera necesario tomar medidas y decisiones, para lo cual precisamente el representado deja instrucciones al apoderado. El poder nace, se activa

justamente por la circunstancia de la imposibilidad física o mental de actuar del poderdante. Está sujeto a dicha condición suspensiva rigurosa.

Este tipo de Poder se encuentra estrechamente vinculado con la salud, la enfermedad, la vida y la muerte del representado y sus deseos respecto de cómo transitar sus dolencias y/o los últimos tiempos de la vida.

El interés que despierta en la comunidad es creciente, en principio y mayormente debido a la situación de longevidad que la humanidad disfruta en la actualidad, que pone en evidencia las particulares dificultades que afectan a las personas mayores y la consabida alteración de la familia tradicional. En segundo lugar, la población maneja más información, conoce mejor sus derechos y se atreve a imponer sus deseos y creencias. En tercer lugar la medicina ofrece cada día nuevas y mejores posibilidades de tratamientos, que sin embargo, no dejan de ser cruentos e invasivos, desproporcionados e inútiles a juicio de muchas personas. Este entramado exige que el sujeto cuente con un instrumento válido que le de voz cuando ya no la tenga.

Punto de partida: ¿Puede delegarse la decisión personal en temas de salud?

Al referirnos a decisiones en tema de salud, nos referimos tanto al **consentimiento informado** previo a internación o intervención quirúrgica o prácticas médicas; como a **poder especial** para tomar decisiones respecto al rechazo o aceptación de determinados tratamientos, así como a toda otra intervención en decisiones sobre la **salud**.

El CCyC en la parte general referida a Representación, dispone:

“ARTÍCULO 358.- Principio. Fuentes. Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, **excepto** en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. La representación es **voluntaria** cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.”

Es decir que estamos analizando un caso de **representación voluntaria**, que puede ser ejercida siempre que las leyes no exijan la participación del titular del derecho. Veamos:

Dado que el *consentimiento informado* previo es obligatorio, si el paciente no lo puede dar, así lo hará otra persona en su lugar, es decir que sí, puede delegarse.

En cuanto al *poder especial*, precisamente el art. 60 prescribe que se podrá conferir “mandato” respecto de su salud.

Veamos que el artículo, si bien se identifica como “Directivas médicas anticipadas”, condensa varios actos autorizados: 1) directivas médicas anticipadas, 2) mandato sobre temas de salud para el caso de incapacidad, 3) designación de quienes puedan prestar consentimiento médico y 4) designación del propio curador.

¿Mandato o Poder?

En consonancia con lo que se desarrollará en este trabajo, sería prudente hacer notar que donde el art. 60 dice “mandato” sería más acorde que dijese “Poder”.

Siempre ha complicado el desarrollo de estos poderes la regla general respecto de su extinción por incapacidad del mandante. La reforma del CCyC no modifica esta regla y en consecuencia dispone en su art. 1329 : ... **Extinción** del mandato. El mandato se **extingue**:-e) por la muerte o **incapacidad** del **mandante** o del mandatario.

Ahora bien el Poder Preventivo no requiere estar ligado a un mandato. Esta postura ha sido acabadamente expuesta por BRANDI TAIANA⁴, quien liga al poder, por ejemplo, con un acto de autoprotección.

De la citada autora extraemos: *“Sin embargo, el poder como instituto abstracto independiente del contrato de mandato es una herramienta eficaz que puede otorgarse con causa en un Acto de Autoprotección. En este caso, la extinción del poder se regirá por las reglas de su causa subyacente y por tanto nacerá a la vida jurídica ante la existencia de la discapacidad.”*

⁴ Revista del Notariado: 921 (jul - sep 2015) / Sección: Doctrina /Autores: BRANDI TAIANA - Maritel Mariela. <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/el-poder-al-servicio-del-derecho-de-autoproteccion/>. El poder al servicio del derecho de autoprotección.

“Evidentemente, las causales de extinción del poder y del contrato de mandato, son diferentes. La incapacidad del mandante extingue el contrato de mandato y ello es lógico porque la regla de que nadie puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo es esencial al contrato de mandato. Sin embargo, el poder, como herramienta independiente del contrato de mandato y que puede tener origen en un acto o negocio subyacente diferente, no se extingue por la incapacidad sobrevinida del poderdante sino por la falta de ésta al momento del otorgamiento de dicha herramienta.”

Explica con precisión NEGRI PISANO⁵ que *“el mecanismo de la representación es un instrumento puesto al servicio del representado, para su comodidad o para suplir una imposibilidad, transitoria casi siempre, de actuar personalmente.”*

ZINNY⁶ habla de figuras *linderas*: mandatario y apoderado. Ambos se ubican en la *“zona de colaboración en el negocio ajeno”*.

Cuando al final de un largo proceso liderado por la doctrina alemana se admitió la figura de la representación voluntaria, se atribuyó equivocadamente al contrato de mandato el carácter de fuente de ella. La naturaleza particular del mandato hizo que, sin mayor análisis, se lo considerase el origen y la explicación de la nueva figura. Poco a poco, la representación voluntaria se va independizando del mandato y surge además la doctrina del poder como acto autónomo, donde se contempla la existencia de un poder eficaz, sin que exista negocio de gestión entre las partes.

Esta desvinculación del contrato de mandato se justifica en la causa, la intención del representado, quien no tiene en miras un contrato del tipo que el Código regula, con los caracteres que, como se verá, no conllevan al fin perseguido. Para el poderdante prima la confianza y el afecto, y las instrucciones son específicas y limitadas, sujetas a la condición suspensiva de su incapacidad sobreviniente.

Asimismo, SANCHEZ URITE⁷ cita a Cerrillo Quillez, quien nos enseña: *“...el negocio jurídico de concesión y otorgamiento de poder se llama*

⁵ NEGRI PISANO, Luis E. “La Representación Voluntaria. El poder y el mandato”. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Año 1985 Pag.120

⁶ ZINNY, MARIO A. REVISTA DEL NOTARIADO 903 PAG 15

*apoderamiento. El **apoderamiento** es un negocio jurídico unilateral, constituido por la declaración de voluntad del poderdante. Aun en el caso de que haya venido unido a otro negocio no unilateral, o se otorgue sobre una relación básica bilateral, o forme parte de una regulación más compleja - así cuando se presenta ligado a un contrato de mandato o de sociedad- no se altera su naturaleza, pues la concesión de la facultad de representación, que es su esencia, se produce por la sola voluntad del representado.”*

“Mientras la doctrina consideró al poder como la forma exterior de la relación de mandato, las causas de cesación del mandato, fueron consideradas, por lo tanto, como causas de cesación del poder. Ello no era sino la consecuencia de concebir el mandato siempre unido al poder.”⁸

Se habla de la “relación básica o negocio de gestión”, como la causa que subyace a la representación, pero de la cual no existe dependencia. Podría tratarse de un mandato, pero no exclusivamente. En el caso que nos ocupa puede tratarse de un acto de autoprotección, directivas anticipadas en salud, etc. que precisan del poder para llevar a cabo las instrucciones en interés del representado.

Pero entendemos que podría existir también el Poder para cuestiones de salud, que se active en el caso de imposibilidad del poderdante de actuar por sí mismo, como más adelante se verá, sin que necesariamente deba apoyarse en un acto por separado.

Por eso decimos que el mencionado “mandato” del art. 60 CCyC, no es tal. El art. 60 se refiere claramente a nombrar un representante especial y ello no es lo mismo que suscribir un contrato de mandato. El defecto se arrastra del anterior texto legal, donde se confundían términos como mandante y representante, entre otros.

Como consecuencia de esta postura, si en el acto de apoderamiento no está plasmada la conformidad del representante, que es exigida por la ley especial, ello no le quita al Poder su validez y eficacia. Este poder se otorga en virtud de lo que dispone el CCyC en su artículo 60.

⁷ SANCHEZ URITE, Ernesto A. Mandato y representación, Abeledo Perrot, 1969, Pag. 41

⁸ SANCHEZ URITE PAG 107

Por lo tanto, la exigencia del consentimiento proveniente de una ley especial anterior parece superada por la norma de fondo posteriormente dictada, lo que no quiere decir que no sea una buena práctica su cumplimiento, pero no altera en absoluto la naturaleza de la relación entre las partes. Esta exigencia de aceptación parecería convertir la figura de la representación propiamente dicha, apoderamiento preventivo, siempre revocable, en una figura contractual como el mandato. Resulta extraño exigir un consentimiento con una designación que aún no es efectiva y que puede no ocurrir nunca.⁹

Es decir, en esta instancia la conformidad del representante no es requerida. Seguramente, al momento de actuar deberá prestarla, o por exigencia de la institución médica también lo hará, ya en el terreno de la ley de derechos del paciente¹⁰.

Nada impide, ni quita ni agrega, que el apoderado esté presente y acepte el encargo en la escritura de Poder, pero insistimos, no es lo que el CCyC exige. Por lo que esa aceptación puede ser posterior y por acto separado.

La misma postura puede sostenerse respecto de la exigencia de testigos del acto, que la LDP exige para las directivas anticipadas. Si bien el requisito pareciera ser esencial, no lo es desde el momento en que el CCyC no lo exige. En nuestra propuesta de Poder especial -que puede o no contener directivas anticipadas- está presente un tercero calificado que es el escribano quien desplaza la necesidad de testigos, porque aporta la fuerza legal de la fe pública respecto de sus dichos y lo que ante él acontece. Estamos en el más alto nivel de la seguridad jurídica, la escritura pública nos aporta veracidad indubitable respecto de la identidad de la persona, de la fecha, de sus dichos, de su inalterabilidad, y su conservación en el tiempo. Distinto sería el caso de un formulario completado ante el médico y testigos, es otro marco legal, otra posibilidad para el interesado, que no es materia de este trabajo.

¿Cómo juegan las reglas del MANDATO?

Todo indicaría que los caracteres del contrato de mandato dificultan adecuarlo a la voluntad de quien pretende designar un apoderado para que se presente

⁹ Si puede existir diferencia respecto de la renuncia del representante que aceptó y del que no lo hizo, es un interesante tema para desarrollar en estudios futuros.

¹⁰ De aquí en mas LDP

ante sus médicos a pedir informes, dar o negar consentimientos, aceptar o rechazar tratamientos, si fuere el caso que no pudiera hacerlo. Veamos en general estos caracteres del mandato en el CCyC:

El mandato está definido como contrato en el ARTICULO 1319 del CCyC: "... cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra..." Claro está que: "El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente." Finalmente el artículo estipula que: "La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella."

Como contrato que es, implica involucrar al menos dos partes, tal como lo define el ARTÍCULO 957 CCyC , es un "...acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales."

Crea una relación jurídica entre ambas partes, mandante y mandatario, con obligaciones para ambas.

Respecto al caso en estudio, se trata de un poder y estamos muy cerca de lo prescripto en el ARTÍCULO 1320 CCyC "...Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes."

Estos son casos de representación donde el apoderado nunca podría actuar en nombre propio, ya que su función es hablar por el representado que deviene imposibilitado de hacerlo, nunca interponer sus propios deseos ni voluntad. **El interés es únicamente el del representado.**

Respecto de la **remuneración al mandatario** debemos tener presente que el ARTÍCULO 1322 establece la **presunción de onerosidad** del mandato: "El mandato se presume oneroso. A falta de acuerdo sobre la retribución, la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez."

En el caso de las cuestiones de salud que nos ocupan, son representaciones en general gratuitas, basadas en la confianza y los afectos. Podría establecerse en el acto de apoderamiento que se trata de un encargo gratuito que no genera retribución alguna para el apoderado, y liberar al poderdante de

la obligación que le impone el art. 1328 CCyC de abonar la retribución convenida.

Pero nada obsta a que pueda existir retribución, que podría tener la forma de donación, dación en pago, etc. que se instrumentará en la forma que corresponda.

En cuanto a las **obligaciones del mandatario** que surgen del art. 1324 CCyC, no parecen congeniar con el caso de un mandante que deviene incapaz.

Veamos:

El mandatario está obligado a:

- a. **cumplir** los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto.
- b. **dar aviso** inmediato al mandante de cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, requiriendo nuevas instrucciones o ratificación de las anteriores, y adoptar las medidas indispensables y urgentes;
- c. **informar** sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o revocación del mandato;
- d. **mantener en reserva toda información** que adquiera con motivo del mandato ,
- e. **dar aviso al mandante** de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquél;
- f. **rendir cuenta** de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato;
- g. **entregar al mandante las ganancias** derivadas del negocio
- h. **informar** en cualquier momento sobre la ejecución del mandato;
- i. **exhibir** al mandante toda la documentación relacionada con la gestión.

Como es evidente, muchas cuestiones son imposibles de cumplir con un mandante incapaz. Esto nos indica que estamos ante un poder muy especial, con caracteres únicos que deberemos ir modelando desde la doctrina.

El tema inquietante de la RENUNCIA DEL MANDATARIO, cobra mayor envergadura cuando nos enfrentamos con un poderdante que se ha tornado incapaz.

Las normas sobre mandato hablan de conflicto de intereses, de beneficios no autorizados que hacen perder la retribución (art. 1325 CCYC) y de la renuncia como causal de extinción.

“ARTÍCULO 1329.- Extinción del mandato. El mandato se extingue: ...d. por la **renuncia** del mandatario;”

Lo primero que se nos presenta es la imposibilidad de prohibir expresamente la renuncia; por lo tanto la alternativa es el nombramiento de varias personas estipulando la forma y el orden de su actuación.

Dice el art 1326: “Si el mandato se confiere a varias personas sin estipular expresamente la forma o el orden de su actuación, se entiende que pueden desempeñarse conjunta o separadamente.”

Por ende, si el representado teme la renuncia de su apoderado en el futuro, deberá designar varias personas que actúen sucesivamente, o como mejor le parezca. Pero dejar sin decir nada al respecto haría funcionar una representación plural que puede traer inconvenientes al momento de tomar decisiones, si se aplica subsidiariamente el artículo 1326.

¿Podría ser irrevocable este Poder ?¹¹ En principio no, porque el único interés en juego es el del representado, y ello no encuadra en lo prescripto en el art. 380 inc. b) y c).¹²

Como acto unilateral es esencialmente revocable.

¹¹ (ARTÍCULO 1330.- Mandato irrevocable. El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incisos b) y c) del artículo 380.)

¹² “ARTÍCULO 380.- Extinción. El poder se extingue: ...b. por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; c. por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.”

Ahora veamos, el poderdante va a otorgar este Poder para el caso de su incapacidad, no le interesa que se revoque sino que se utilice. Alguien dirá, entonces el Poder se vuelve irrevocable. Y así parece, tanto como el testamento que se vuelve irrevocable con la muerte del testador. Pero la instancia judicial permite que se invoquen razones, motivos, etc. que desemboquen en la orden judicial de su revocación.

Lo que puede interesar al poderdante es la revocación en el periodo de tiempo que transcurre hasta llegar a una sentencia judicial. Que es, sin duda, una zona de grises que trae muchas dificultades, porque no estamos más que ante impedimentos transitorios físicos o mentales, y el representado puede tomar la decisión de revocar ese poder y siendo capaz aún puede hacerlo. Y más aún, en el poder podría prever la designación de una persona que especialmente tuviera la facultad revocatoria ante su sola solicitud.

En el mandato la **renuncia intempestiva y sin causa justificada** del mandatario obliga a indemnizar los daños que cause al mandante (art. 1332 CCyC). Tratándose de un encargo de confianza y sin retribución alguna, en principio, parece difícil que el representado pudiera exigirle indemnización al apoderado por su renuncia intempestiva.

La **rendición de cuentas** es exigida en el artículo 1334¹³, y si fuere del interés del poderdante que así lo haga, deberá indicar cómo y a quien rendirá cuentas toda vez que se trata de una persona que estará incapacitada.

Hasta aquí se han señalado brevemente los caracteres del mandato a los efectos de analizar si son aplicables al “mandato” del art. 60 CCyC. Pareciera en principio que el mandato es un contrato con otras finalidades que la de hacer valer directivas anticipadas en salud, y tomar decisiones por otro en esa área personal .

¹³ ARTÍCULO 1334.- Rendición de cuentas. La rendición de cuentas por el mandatario debe ser en las condiciones previstas en los artículos 858 y siguientes acompañada de toda la documentación relativa a su gestión. Excepto estipulación en contrario, las cuentas deben rendirse en el domicilio del mandatario y los gastos que generan son a cargo del mandante.

¿Se extingue la representación por incapacidad del representado?

Como se ha dicho, nuestra ponencia es que el art. 60 CCyC autoriza especialmente el poder especial en temas de salud que tiene como causa la incapacidad. Esto es muy claro. Y ello implica que es una excepción a cualquier regla que invalide este poder por incapacidad del poderdante. Si no fuere así, no podría cumplirse con lo que el Código establece, ya que el poder otorgado para el caso de la propia incapacidad nace y convive con ésta, no se extingue.

Ahora, resulta apropiado saber que en la representación se exige capacidad que debe evaluarse al momento del apoderamiento y no al momento en que el apoderado tiene que actuar. Tenemos entonces una enorme diferencia con el mandato, ya que la representación voluntaria implica, por un lado, el otorgamiento de un poder de representación, y por el otro, la actuación del representante en nombre del representado.

. Así surge del art. 364, a saber:

ARTÍCULO 364.- Capacidad. En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante es suficiente el discernimiento.

“Este desdoblamiento de actos lleva a preguntarse en qué momento debe evaluarse la capacidad del representado a los efectos del otorgamiento del acto encomendado al representante. El artículo en comentario responde esta cuestión sentando la siguiente regla: la capacidad debe tenerse al momento del apoderamiento y no en uno ulterior, como aquel en que el representante otorga el acto que se le ha encomendado.”¹⁴

¹⁴ INFOJUS CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TOMO I

¿CUANDO SE HACE EFECTIVO EL PODER? ¿CON INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE? ¿BASTAN IMPEDIMENTOS CIRCUNSTANCIALES DE COMUNICACION? O UNA FALTA DE DISCERNIMIENTO TRANSITORIA?

Desde una interpretación literal, el art. 60 permite dar poder para el caso de incapacidad de la persona. Ahora, ¿qué ocurre con el resto de escenarios dentro de la capacidad, donde existen o bien restricciones con sentencia judicial que las define, o circunstancias transitorias que impiden la comunicación?

Priorizando la defensa de autonomía de la voluntad personal, es viable interpretar que si el poder puede darse para casos de incapacidad, que es el caso más extremo y más excepcional para el Código actual, ¿porqué no podría aceptarse para casos de restricciones de la capacidad o impedimentos transitorios físicos o mentales?

Esto implica interpretar la palabra “incapacidad” del art. 60 en un sentido amplio, extensivo, y entonces siempre que el representado necesite actuar en cuestiones médicas propias y no pueda hacerlo por una dolencia grave y permanente o por una descompensación leve y temporal, haya sido su caso judicializado o no, puede actuar su apoderado designado. El poder se activa ante la imposibilidad del poderdante de actuar y en la forma y condiciones que el mismo poder establece.

En el caso de la sentencia de restricciones a la capacidad, se designan apoyos que acompañan a la persona, pero la capacidad subsiste y se somete a los alcances de dicha sentencia. Siendo así, el poder preventivo aún está presente, a menos que el representado haya establecido lo contrario. Y si el poder fue dado para actuar también en caso de restricciones a la capacidad del poderdante, podría acompañarse con la sentencia que así lo resuelve.

Si el poder fue otorgado para la incapacidad, el mismo no se hará efectivo hasta tanto no se dicte la sentencia respectiva. Ahora, existe todo un lapso de tiempo hasta llegar a ese momento, en el que puede ser necesario utilizarlo, casos de deterioros progresivos tanto físicos como mentales. Por lo que

creemos que es una opción importante para el representado que al momento del apoderamiento, se defina sobre este punto.

Del mismo poder deberá surgir también la forma en que se determinará la prueba de esa incapacidad, restricción o impedimento,- según se haya estipulado- de manera que se haga efectivo el poder. Podría elegirse la opinión especializada de determinado profesional de confianza, o de un equipo de profesionales, con consentimiento además de algún familiar, con sentencia judicial, o dejar a una persona de confianza o al mismo apoderado la libertad de decidir sobre el cumplimiento de la condición suspensiva.

¿Que pasaría si el poder no estuviere sujeto a condición suspensiva y estableciera que el apoderado puede actuar simultáneamente con el poderdante tomando indistintamente cualquiera de ellos las decisiones sanitarias, en especial en el caso de impedimentos, restricciones o incapacidad declarada del representado? Esto le daría al apoderado una total libertad de acción. Pero ¿el acto se encuadra dentro del art. 60?

Algunas estipulaciones posibles

Liberar al poderdante de sus obligaciones de : suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido para ese fin; indemnizar al mandatario los daños; abonar al mandatario retribución alguna.

Liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros; de cualquier responsabilidad respecto de las decisiones tomadas; “Los cuidadores y proveedores de salud pueden confiar en mi representante. Nadie que de buena fe así lo haga, y actúe en consecuencia, podrá ser reclamado por mí, ni por mis herederos”

Establecer cuándo y cómo se hace efectivo el poder.

Revocar cualquier otro poder anterior.

Establecer que será válido en cualquier jurisdicción en que sea presentado, provincia o país donde se encuentre el poderdante.

FACULTADES SUGERIDAS

FACULTAD DE PRESTAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO¹⁵ OBLIGATORIO.

En el ARTÍCULO 59 del CCyC, referido al CI para actos médicos e investigaciones en salud, se lee : “Si la persona se encuentra **absolutamente imposibilitada** para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y **no la ha expresado anticipadamente** el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente ...”

Es decir, la ley reconoce que **anticipadamente** se pudo haber expresado el consentimiento, de quien ahora está ante una **imposibilidad** de prestarlo, lo que no quiere decir capacidad restringida ni incapacidad. Es decir que la ley busca primero saber si se ha anticipado la voluntad del interesado. En caso negativo, menciona a los representantes: *representante legal*, caso del curador de un incapaz declarado; el *apoyo*, se refiere a un caso de capacidad restringida con sentencia de donde surge un apoyo designado; el *cónyuge o conviviente*, etc.

Y seguidamente, en el art. 60 autoriza a dar **poder especial** para ello, para prestar consentimiento informado para actos médicos. Es decir que el paciente pudo:

- a) dar el consentimiento anticipadamente, y
- b) designar alguien para que lo manifieste, ya sea dándole instrucciones previas o dejándole a su criterio la decisión, pero tomando la iniciativa de designar una persona o varias, para que sean ellas y no cualquier otra, ni los médicos intervinientes, quienes decidan.

¹⁵ De aquí en mas CI

Se trata del **poder especial para prestar CI** por escritura pública, como se desarrolla en este trabajo, que podría ser específico para ello solamente, o estar inserto en el poder especial en materia de salud.

Para tener en cuenta, según el art 59, el consentimiento debe referirse a alguno o todos los siguientes tópicos sobre los cuales el médico- institución médica, **debe obligatoriamente advertir o dar a conocer** al paciente, y a los cuales el paciente, debe consentir o no :

- o su **estado de salud**;
- o el **procedimiento propuesto**, con especificación de los objetivos perseguidos;
- o los **beneficios esperados** del procedimiento;
- o los **riesgos, molestias y efectos adversos** previsibles;
- o la **especificación de los procedimientos alternativos** y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- o las **consecuencias previsibles de la no realización** del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- o en caso de padecer una **enfermedad irreversible**, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- o el derecho a recibir **cuidados paliativos** integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Y se trata por cierto de un Poder Especial, apoyándose en lo que dispone el art. 55 CCyC sobre el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, que establece que este consentimiento es de interpretación restrictiva.

Veamos lo que surge de la ley especial.

Dice el **ARTICULO 6º LDP** que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, el previo consentimiento informado

del paciente y que en el “supuesto de **incapacidad** del paciente, o **imposibilidad** de brindar el consentimiento informado **a causa de su estado físico o psíquico**, el mismo podrá ser dado por las **personas** mencionadas en el **artículo 21 de la Ley 24.193**, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

El artículo 21 de la Ley 24.193 se refiere a las personas que pueden dar testimonio de la voluntad del difunto respecto a la **ablacion de sus organos , y son :**

- a) El **cónyuge o conviviente** con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los **hijos mayores de DIECIOCHO (18) años**;
- c) Cualquiera de los **padres**;
- d) Cualquiera de los **hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años**;
- e) Cualquiera de los **nietos** mayores de DIECIOCHO (18) años;
- f) Cualquiera de los **abuelos**;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador;

Y especialmente el mencionado artículo aclara: “Conforme la enumeración establecida precedentemente y **respetando el orden** que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo **excluyen** el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. **En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis.**”

Finalmente, el **ARTICULO 19 BIS** dispone que ante la **FALTA de CONSTANCIA EXPRESA de la OPOSICION a la ablación, la misma PUEDE EFECTUARSE**: “La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años **que no haya dejado constancia expresa de su oposición** a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, **la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.**”

En resumen, si la persona no puede prestar el CI se busca que lo hagan los parientes mencionados en la Ley de trasplantes, pero si éstos no llegan a un acuerdo, y se trata de un paciente mayor de edad que no ha dejado por escrito su oposición, se realiza el tratamiento/procedimiento que fuere motivo del CI.

AUTORIZACION PARA RECIBIR INFORMACION SANITARIA.

El art 2° del decreto reglamentario de la LDP explica que si el paciente así lo decide, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de **no recibir información sanitaria** vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una **declaración de voluntad** efectuada **por escrito**, que deberá quedar asentada en su historia clínica. Y en tal caso deberá **indicar la persona** o personas que autoriza a disponer de dicha información, decidir sobre su tratamiento o, en su caso, autorización para que las decisiones sean tomadas por él o los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previstos en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529

ARTICULO 4° —Ley N° 26.529 La **información sanitaria** sólo podrá ser brindada a terceras personas, con **autorización del paciente**. En el supuesto de **incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información** a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

FACULTAD DE INICIAR EL JUICIO DE RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD O DE INCAPACIDAD. El mismo interesado, consciente que en un futuro puede caer en incapacidad, autoriza al apoderado a iniciar las acciones, si no fuere posible actuar por sí mismo.

INCLUIR LA DESIGNACION DE CURADOR/APOYO si se trata de la misma persona, y si se trata de otra tener presente la relación que se genera entre ambos representantes en el futuro. Sería conveniente establecer ciertos lineamientos de la relación dentro del marco legal.

RENUNCIA DEL APODERADO. Es sumamente conveniente prever que ante la renuncia del apoderado, se designa a otro/s en su lugar. Y cómo debe notificarse la renuncia, siendo incapaz el poderdante.

SUSTITUCION. Las reglas referidas a la sustitución hoy en el CCyC se limitan a dos artículos, el 1327 para el mandato y el 377 para la representación. En este apoderamiento tan especial el interesado seguramente eligió personas de su extrema confianza; por lo que puede o bien:

- a) prohibir la sustitución
- b) autorizar la sustitución total o parcial en una persona determinada por él, haciéndose responsable de la elección, con o sin renuncia de facultades por parte del apoderado sustituyente.
- c) autorizar la sustitución total o parcial en una persona designada por el apoderado, con o sin renuncia de facultades por parte del apoderado sustituyente.

Es decir, dejar en claro si el apoderado sustituyente, en cualquier caso que realice una sustitución permitida, queda excluido o no de la representación originaria. Si el poderdante no desea esto, es conveniente establecerlo expresamente en el poder, y que los sustitutos actuarán simultáneamente con el apoderado sustituyente y bajo su vigilancia.

RETRIBUCION. Podría decirse en el acto de apoderamiento que se trata de un encargo gratuito que no genera retribución alguna para el apoderado.”Mi apoderado no tiene derecho a compensación alguna por sus servicios, pero si puede reclamar la devolución de los gastos razonables en que haya incurrido para dar cumplimiento al encargo.”

RENDICION DE CUENTAS. La rendición de cuentas en el mandato es exigida en el artículo 1334, y si fuere del interés del poderdante que su apoderado así lo haga, deberá indicar cómo y a quien rendirá cuentas toda vez que se trata de una persona que estará incapacitada.

PROVISION DE FONDOS AL MANDATARIO. Si el poderdante tiene previsto cómo hacerlo en el Poder podría hacer referencia a cómo se efectivizará la provisión de los fondos al mandatario. Lo mismo si hubiere una retribución estipulada.

REVOCACION. Siendo el acto de apoderamiento esencialmente revocable, el poderdante capaz podrá hacerlo en cualquier momento. Adherimos a la postura que sostiene que existe libertad total sin formalismos para ello, incluso puede hacerlo verbalmente por más que se trate de revocar una escritura pública.

Ahora, una vez dictada la incapacidad o la restricción, ya no procede la revocación, y sólo el Juez podrá decidir. Sin embargo, sería conveniente **designar una persona** determinada para que revoque el poder, a su solo juicio o ante determinadas circunstancias, para el tiempo que transcurre hasta tanto se dicte la sentencia y durante el cual el interesado ya esté impedido de hacerlo.

Algunas facultades sugeridas

Acceder a la misma información médica que pueda tener el paciente y toda otra referida a su salud y cuidados, solicitar ayuda legal si no se le brinda la información médica requerida; tener acceso a todos los registros médicos , historias clínicas, resultados de estudios, análisis, etc. incluyendo el derecho a revelar o no dicha información a otras personas

Hablar con el equipo médico sobre las opciones de tratamiento, hacer preguntas, obtener explicaciones suficientes, que permitan entender la condición médica del poderdante y los tratamientos posibles.

Hacer consultas e interconsultas en busca de segunda opinión de otros médicos.

Decidir si transferir al poderdante a otro sanatorio o establecimiento de cuidados especiales.

Pedir que los médicos se comuniquen con el paciente si aún puede comprender.

Dar a conocer la existencia de las directivas anticipadas y solicitar su incorporación a la historia clínica.

Poner límites a las pruebas de nuevos tratamientos

Tener presentes las directivas anticipadas para seguir esas instrucciones en forma precisa y hacerlas cumplir por los médicos intervinientes. Si en algún supuesto resulta que las instrucciones son imprecisas o insuficientes, podrá resolver y decidir siempre buscando el beneficio del poderdante, también podrá solicitar opinión del Comité de Bioética del sanatorio, o en especial del Dr XXX, médico de cabecera.

Mantener informada a la familia del poderdante, si es el caso. Si bien puede decidir sin la participación de la familia, la comunicación fluida entre apoderado y familia es importante para el paciente.

En caso de padecer el poderdante una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haber sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, manifiesta el rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también rechaza procedimientos de hidratación y alimentación

cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable. Exige asimismo recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Autoriza especialmente al apoderado para transmitir , hacer valer estas decisiones llegado el caso.

Aceptar, rechazar, interrumpir, cualquier tipo de tratamiento médico, procedimiento quirúrgico, estudios, análisis y medicación. Esto incluye decisiones sobre el uso de mecanismos o procedimientos que afecten las funciones corporales, como respiración artificial, nutrición y alimentación artificial, resucitación cardiopulmonar, y otras, aun cuando estas decisiones resulten o puedan resultar en la propia muerte del poderdante.

Aceptar o rechazar medicación o procedimientos para evitar el dolor o el sufrimiento, aun en el caso que el uso pueda conducir a daño físico o dependencia y adelanten, sin causar intencionalmente, la muerte.

Autorizar la admision o retiro del poderdante, aun contra la advertencia médica, de cualquier hospital, sanatorio, hogar de cuidados especiales, residencias, o lugares similares;

Autorizar la eutanasia activa para el caso que la legislación la aceptara y su estado de salud terminal fuere irreversible.

Contratar servicios de salud, asi como seguros médicos, etc, dejando en claro que el apoderado no es responsable económicamente por esos contratos, que no responde en ningún caso con sus bienes ni patrimonio.

Contratar personal, médicos, asesores, auditores, enfermeros, cuidadores, etc. responsables de los cuidados hospitalarios o domiciliarios del poderdante y bajo su costa.

Decidir sobre donación de órganos, autopsia y la disposición de los restos conforme lo permitan las leyes.

Tomar cualquier medida necesaria para llevar a cabo lo que es materia de este poder, incluyendo firmar documentos, iniciar acciones legales, etc.

ESTADOS UNIDOS. PODER ESPECIAL PARA DECISIONES DE SALUD¹⁶

La **Comisión de Ley y Vejez** de la **American Bar Association**, dedica un capítulo especial a esta clase de Poder. En **Estados Unidos** existen tres casos: quien fuera apoderado por el interesado (agent, proxy) quien fuera llamado a decidir, como ser un pariente o allegado (surrogate) y quien fuere designado judicialmente para tal acto (guardian, conservator). Los tres casos tienen diferente amplitud y facultades pero todos coinciden en que son casos en que alguien debe tomar decisiones de salud por otro.

En la mayoría de los Estados la persona designada en directivas anticipadas tiene derecho a decidir anteponiéndose a los familiares.

En muchos Estados hay otros documentos que pueden ser apropiados, a saber: La DNR , “Do not resuscitate order”, en la mayoría de los Estados están permitidas para individuos con enfermedades terminales, que no quieren resucitación en el caso de que se detenga su corazón o pulmón. Las POLST (Physician’s Orders for Life-Sustaining Treatment). Un creciente número de Estados ha adoptado alguna versión de esta orden medica, que extiende la DNR incluyendo instrucciones adicionales sobre el nivel de cuidados médicos versus el confort deseado, incluyendo donde hospitalizarse, el uso de alimentación e hidratación artificial, etc.

En la web misma puede obtenerse el formulario que constituye el poder mismo, una vez completado y suscripto por el interesado y dos testigos. Al ser un país

¹⁶ <http://ambar.org/agingtoolkit>. www.theconversationproject.org/. www.codaalliance.org. www.prepareforyourcare.org.

Advance Care Planning: Tips from the National Institute on Aging. This tip sheet describes advance care planning and offers some questions to get the process going. It also describes ways to share your wishes with others. Available at: <http://www.nia.nih.gov/health/publication/advance-care-planning>

sin notariado de tipo latino, no existe la posibilidad de hacerlo por escritura pública, si bien se podría “notarizar” – a modo de certificación de firmas- en algunos Estados, no es obligatorio.

El formulario se obtiene online y va guiando a la persona interesada en los pasos a seguir, con consejos y asesoramiento.

Veamos brevemente de qué se trata:

Los diferentes Estados tienen permitido un formulario universal, pero algunos no, y difieren los requisitos relacionados con los testigos y si la persona está internada en un establecimiento o a cargo de alguien más.

Para empezar hay varias indicaciones para el interesado de cómo **elegir la persona** del apoderado, por ej.:

NO ELEGIR a proveedores de salud, dueños, empleados , financiadores, etc.de instituciones relacionadas con su salud, sanatorio, obra social, ni relacionados con quien deba evaluar su capacidad, etc. Elegir alguien con quien poder hablar sobre los deseos, que entienda las prioridades y que haga lo que le indica llegado el momento. Que viva cerca o pueda viajar para estar cerca, de ser necesario. Alguien que pueda manejar conflictos de opiniones diferentes entre parientes, amigos y médicos, alguien que pueda ser un fuerte defensor del interesado si el médico o la institución desobedecen las ordenes.

Fundamental, alguien que acepte el encargo.

Una vez elegido el apoderado, éste tiene a su disposición una guía especial que le brinda información sobre el tema y lo ayuda a cumplir su cometido. Resumidamente, esta guía explica cómo es ser un apoderado en salud, qué hacer cuando aún hay tiempo de pensar en ello y qué hacer en una crisis.

Se le indica al apoderado decida tal como decidiría el paciente si pudiera hacerlo. Si tiene las instrucciones anticipadas por escrito, solo debe seguirlas, si no son específicas para el caso, puede ser que tenga bases sólidas en las que basarse y comprender cómo decidir.- No olvidar considerar sus valores, religiones, decisiones anteriores, etc. Y si no sabe cómo lo habría decidido el paciente, se le aconseja elegir la opción que más lo beneficia, ya que si no cuenta con suficiente información para la ley lo que debe hacer es lo mejor para el paciente y lo que una persona razonable en esa situación haría, no dejarse influenciar por los demás ni por sus propias ideas.

En algunos Estados ciertos miembros de la familia y otros tienen prioridad en tomar decisiones por el paciente, generalmente en el siguiente orden: 1. La persona designada por el paciente en directivas anticipadas, 2. Una persona designada judicialmente, 3. Su esposo/a, hijo mayor, hermano o hermana, ciertos amigos o parientes.

Las temáticas a considerar en general tratan sobre:

-- Resucitación Cardiopulmonar; son tratamientos para reavivar el sistema cardiopulmonar debido a un paro cardíaco o pulmonar. Estos tratamientos incluyen compresión del tórax, estimulación eléctrica al corazón y máquina para respirar.

--Favor de No Resucitar – una orden escrita por el médico que no permite a ningún médico iniciar resucitación

--Favor de No Iniciar Resucitación Pulmonar – es también una orden escrita por el médico respecto del tratamiento que utiliza un tubo por la nariz o la boca para alcanzar la tráquea y asistir la respiración cuando la persona no pueda respirar por sí mismo. La orden de “no iniciar RCP” debe tener la firma de un médico para que sea legal.

--Si la persona no desea que su vida sea sostenida artificialmente, mediante nutrición artificial e hidratación/suero –cuando no puede tomar nutrición o agua oralmente.

La idiosincracia de los estadounidenses es muy particular. Muestra de ello es que logran que las personas se manejen solas en estos asuntos tan particulares. Por ejemplo, les brindan cuestionarios para conversar entre representante y representado. La idea es que lo conteste el apoderado en nombre del paciente y luego lo conteste el paciente, y así poder comparar ambos resultados y generar una conversación al respecto. Las preguntas versan por ejemplo, sobre el grado de temor que generan situaciones acerca del final de la vida como “tener dolor, perder la habilidad para pensar, ser una carga económica para los seres queridos, perder el control de sus cuidados médicos,” etc. Cuales cosas son más importantes, razonamientos sobre casos puntuales de pérdida de memoria, tratamientos invasivos, calidad de vida, etc. Es una forma de lograr que el apoderado conozca la manera de pensar de su representado.

Algunos Estados tienen procedimientos y requisitos especiales para determinar la capacidad del poderdante en el caso de ser presentado un poder para su utilización. Sino, simplemente se está a lo que dispone la directiva. –

ESPAÑA. Mandato de protección. Instrucciones previas ¹⁷

Traemos a colación el ejemplo de la ley española, pues podríamos pensar que el legislador se inspiró en ella al insertar el art. 60 en el nuevo Código, e intentó adoptar una postura similar ya que en España hablan de **mandato preventivo** porque el CC le da **subsistencia al mandato en caso de incapacidad** como se verá. Y estos documentos se inscriben en el Registro Civil.

Si bien la diferencia entre ambas normas de fondo es grande, existen algunos puntos de contacto, y a su vez se evidencia la problemática que el tema conlleva también en aquel país.

La reforma introducida por la Ley 41/2003 en el art. 1732¹⁸ del CC español, **permite que el mandato subsista pese a la incapacidad del mandante si** en el mismo se hubiera dispuesto su **continuación** o el mandato se hubiera dado **para el caso de incapacidad del mandante**. En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Pero es frecuente, que dicho poder se otorgue a favor del que al final va a resultar siendo designado tutor/curador .

Señalan los notarios españoles que la **subsistencia del poder tras la incapacitación** no deja de crear ciertos problemas , ya que en el supuesto de que el poder sea general para todo tipo de actos de administración y disposición, conviven simultáneamente dos representantes del incapacitado :

¹⁷ Víctor Garrido de Palma. La protección de los discapaces: La Autotutela y el Poder Preventivo de protección.- Revista 23 , Academia Matritense del Notariado Publicado: 27 Febrero 2009

¹⁸ Art. 1732.El mandato se acaba:1.º Por su revocación.2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

por un lado una representación voluntaria que, mientras subsista, puede ejercitarse con toda la extensión conferida sin necesidad de autorización judicial o control de ningún tipo. Por el otro, una representación legal, tipificada y con control judicial. Así, el apoderado puede enajenar bienes inmuebles (si se le dio facultad para ello) sin necesidad de autorización judicial; pero el tutor no.

Se ha pretendido justificar esa dualidad de régimen en base al doble control que impone al poder el art. 1732: el juez puede dejarlo sin efecto al constituir la tutela, y el tutor puede hacerlo con posterioridad en cualquier momento. Opinan los notarios que la reforma, pese a estar bien orientada, no ha terminado por asumir de una forma definitiva la conveniencia de desjudicializar al máximo el régimen de representación de los incapaces quedándose a mitad de camino.

El problema más grave se plantea cuando no existe el control judicial, si el juez no ha podido tener conocimiento de la existencia de ese poder a favor del designado tutor porque el notario no ha comunicado su otorgamiento al Registro Civil. Si bien el art. 1732 no impone al notario ninguna obligación el art. 223 del CC,¹⁹ ordena la comunicación de oficio por el notario al Registro Civil, para su inscripción en la partida de nacimiento del interesado, y señala a continuación que el juez recabará certificación del Registro Civil en los procedimientos de incapacidad.

En España el Poder que se da sólo para el caso de incapacidad, no puede ser utilizado más que acreditando dicha causa, que constituye su presupuesto de eficacia. Se debe exigir entonces la sentencia de incapacitación, en donde resultará si el juez ha decidido no convalidar el Poder.

¹⁹ Art. 223.

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Los notarios españoles se lamentan²⁰ que la regulación legal del contrato de mandato no se ajusta totalmente al mandato de protección. Esto obliga a una necesaria labor notarial de previsión en el contrato de mandato.

El artículo 1732 del Código español establece la **revocación** como causa extintiva, pero si el mandante pierde la capacidad y el procedimiento judicial para nombrar tutor no ha comenzado, el poder preventivo se convierte en irrevocable de hecho; Por ello, la **previsión del mandante estableciendo quién va a tener la facultad de revocar** evitará el peligro expuesto.

La aplicación del régimen legal español del mandato (artículos 1736 y 1737) permite que, el **mandatario renuncie** al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante ¿y si éste es incapaz? Por eso la previsión de la posible sustitución del mandatario o la designación de varios solidaria, indistinta, es de **suma importancia**. La designación de sustituto o de varios **apoderados indistintos y un efectivo control familiar** son absolutamente convenientes.

El mandato de **protección** es factible preverlo para el caso de futura ineptitud del poderdante potencialmente transitoria, reversible; y desde luego es posible concertarlo con proyección duradera, irreversible en principio, así cuando el Alzheimer, la demencia senil, la enfermedad degenerativa, empiezan a presentar síntomas claros en el diagnóstico. Como se apuntó, la idea que guía la celebración del mandato de protección puede contemplar que la disminución progresiva de capacidad natural llegue a la falta o ausencia total e incluso culmine en la incapacitación judicial. El momento a partir del cual el poder se activa ,debe ser establecida por el mandante, quien lo constata y cómo.

En el caso de **co-existencia de apoderado de autoprotección y de tutor**, pueden darse las siguientes situaciones:

1. **Ambos designados por el mandante**: el apoderado para la gestión de sus asuntos patrimoniales, incluyendo facultades de disposición de bienes

²⁰ Rodrigo Tena . Revista 4 , Práctica Jurídica . Madrid .Publicado: 12 Noviembre 2005.Apoderamiento general para el caso de incapacidad a favor de ulteriormente designado tutor.

y derechos, y por medio de la Autotutela un tutor personal encargado del cuidado de su persona, salud y bienestar. Estas posibilidades suponen el mayor ejercicio de previsión y el más operativo, partiendo de la premisa de que existe incapacitación judicial; y suma a la agilidad del mandato la protección integral de la persona que la tutela dispensa.

2. En el caso de existencia de un **poder de protección y a la vez un tutor nombrado por el Juez** para que ejerza las **funciones no previstas en el mandato de protección**, las competencias están bien delimitadas, permiten la actuación independiente de ambos y las decisiones que a los dos conciernan conjuntamente, así tendrán que tomarlas.

3. Es frecuente que el interesado haya previsto el mandato de protección y para el caso de incapacitación judicial que sea el **mandatario su tutor**. Hay alguna postura que critica que las funciones propias de cada cargo recaigan en la **misma persona**, ya que son difícilmente armonizables por el potencial conflicto de intereses, por lo que se aconseja dejar sin efecto el mandato.

Las Instrucciones Previas españolas²¹. Es la ley española 3/2005, la que regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el Registro correspondiente. De allí surge que este documento, que se otorga, entre otras formas, ante notario, puede referirse a los cuidados y al tratamiento de la salud, contener declaraciones para evitar el sufrimiento con medidas paliativas e instrucciones sobre intervenciones médicas, sobre destino de los órganos, o reglas acerca de información de los diagnósticos que el otorgante desea recibir o su voluntad o no de estar acompañados en el momento final de su vida; pueden ser modificadas, sustituidas o revocadas; su destinatario es el médico encargado, sin perjuicio de la intervención de otros profesionales; permite la designación de representantes y pueden ser inscritas, aunque la inscripción es voluntaria.

²¹ ESPAÑA. LEY 41/2002 .REGISTRO NACIONAL DE INSTRUCCIONES PREVIAS a cargo del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e igualdad de España. NORMATIVA Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado "Registro Nacional de Instrucciones Previas". Todas las Comunidades Autónomas disponen de normativa propia sobre la organización y funcionamiento de sus registros autonómicos.

La ventaja de registrar el documento es que el Registro mediante el sistema telemático permite obtener inmediatamente en los centros asistenciales, y en el momento que se precise, el documento de Instrucciones Previas registrado y facilita su cumplimiento efectivo.-

BREVES CONCLUSIONES

Viendo la cadena de preceptos legales que, a falta de expresión de la voluntad anticipada, terminan decidiendo por la afirmativa la ablación de órganos, o subsidiariamente, de un procedimiento médico, se hace más notoria la importancia y la utilidad de estos instrumentos preventivos. Ello si el interesado pretende imponer el deseo propio y/o negarse a recibir información y/o para prestar o negar el CI. Así dicho instrumento, presentado en su historia clínica, evita que se siga el proceder legal antedicho.

Si bien no se exige la escritura pública para este tipo de poder, parece difícil imaginar que exista algún instrumento más claro y seguro. En un Código Civil que se ha dado en llamar “De las Personas” y no “Del patrimonio” como el anterior, debiera incluirse a las directivas anticipadas en salud y los poderes preventivos en el listado de actos que deben ser otorgados por escritura pública.

Esperamos haber contribuido a abrir camino a un documento que los escribanos podamos ofrecer a la comunidad, con la sapiencia que no es poco lo que falta trabajar sobre el tema.
