

Recibido: 14 abril 2020  
Aceptado: 12 mayo 2020

## Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación

Isabel ANTÓN JUÁREZ \*

SUMARIO: I. El problema social. II. El problema jurídico. 1. Aproximación inicial. 2. La normativa internacional sobre la protección del adulto y los diferentes modelos de regulación. 3. La normativa internacional privatista española sobre la protección internacional del adulto. A) Introducción; B) Competencia judicial internacional; C) Ley aplicable; D) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. 4. Las dificultades que se plantean en el Derecho internacional privado europeo. III. Las soluciones actuales para los problemas que se derivan de la protección internacional del adulto en la UE. 1. Introducción. 2. El certificado europeo de poderes de representación. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La protección internacional del adulto no se encuentra armonizada en el Derecho internacional privado de la Unión Europea. Esta falta de regulación común provoca una deficiente protección del adulto. Los derechos que se vulneran por esta falta de homogeneización son variados, pero uno de ellos es el derecho a circular libremente por la Unión Europea. En este trabajo se detectarán los problemas jurídicos actuales que presenta la regulación internacional privatista española y como esa disparidad en las normas de Derecho internacional privado entre Estados europeos en esta materia no ayuda a la consecución de un espacio único de seguridad, libertad y de justicia. Por eso, el legislador europeo debería tener presente la protección del adulto como próxima materia a regular, entre las soluciones que se podrían tener en cuenta para mejorar la protección del adulto podría ser la creación de un certificado europeo de poderes de representación similar al certificado sucesorio europeo.

PALABRAS CLAVE: MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD – TUTELA – GERONTOINMIGRACIÓN – PODER DE REPRESENTACIÓN – CERTIFICADO EUROPEO DE PODERES DE REPRESENTACIÓN

*Old problems and new solutions regarding the international protection of adult: the european certificate of powers of representation*

*ABSTRACT: The international protection of adults has not been harmonized in the European private international law. This lack of common regulation causes a poor protection of the adult.*

---

\* Profesora titular acreditada de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

*AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 245-275  
ISSN 1578-3138  
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.09

*The rights that are violated by this absence of homogenization are variable, but one of them is the right to move freely through the European Union. This paper will detect the current legal problems presented in the Spanish private international law and how this disparity among States in the private international law rules in this field does not help to achieve a unique space of security, freedom and justice. Therefore, some solutions should be taken into consideration in order to protect vulnerable adults among them one could be the creation of a European certificate of powers of representation similar to the European certificate of succession.*

KEYWORDS: LEGAL CAPACITY – GUARDIANSHIP – GERONTOIMMIGRATION – POWER OF ATTORNEY – EUROPEAN CERTIFICATE OF POWERS OF REPRESENTATION.

## I. EL PROBLEMA SOCIAL

Una persona adulta puede necesitar protección por motivos muy diversos. Una de las principales razones es debido a que se trata una persona de edad avanzada. Este es uno de los motivos más frecuentes<sup>1</sup>. La población europea es cada vez más una población más envejecida<sup>2</sup>. El envejecimiento lleva aparejado la aparición de enfermedades neurodegenerativas como el alzheimer que impiden en la mayoría de los casos que las personas que las sufren puedan gobernarse por sí mismas. Sin embargo, la aparición de enfermedades derivadas de la senectud no es el único motivo. Las personas adultas también pueden necesitar protección debido al sufrimiento de una enfermedad física, ya sea crónica (v.gr. esclerosis múltiple) o temporal (v.gr. un ictus), a una enfermedad mental (v.gr. un trastorno grave de la conducta) o debido a un problema de adicción (v.gr. drogas, alcohol, etc.).

De este modo, aunque las razones que pueden llevar a que un adulto necesite protección, bien personal o bien en relación a su patrimonio, pueden ser muy variadas. Todas ellas llevan a una misma realidad: la necesidad de protección legal. Un aspecto importante a destacar y que en él han incidido los distintos instrumentos legales internacionales sobre la materia como la Convención de Naciones Unidas de 13 diciembre 2006 es que a las personas adultas que necesitan protección se les debe garantizar su dignidad y su igualdad ante la ley<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. para un mayor detalle sobre esta causa A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 67– 74.

<sup>2</sup> Según datos de Eurostat del año 2018 la población europea mayor de 67 años suponía un 19,7% de la población europea. Este porcentaje suponía 0,3 puntos porcentuales superior al año 2017 y de un aumento de 2,6 puntos porcentuales si se compara con 2008. Y la perspectiva es que estas cifras van en aumento. Cada vez los europeos tienen menos hijos y la esperanza de vida es cada vez es mayor. Estos dos factores pueden dar lugar a que en el año 2060 más de un cuarto de la población europea supere los 65 años de edad.

<sup>3</sup> BOE 21.4.2008. Esta Convención ha sido ampliamente ratificada, en la actualidad por 181 países, para un mayor detalle sobre su estado vid. [[www.un.org/development/desa/disabilities](http://www.un.org/development/desa/disabilities)]

El art. 12 de esta Convención recoge que “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Este mismo precepto señala ya no solo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica si no que la debe tener ostentar “*en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”. De este modo, se puede apreciar cómo ha habido un importante cambio social y también jurídico en relación a la protección que las personas discapacidad merecen en los últimos treinta años<sup>4</sup>.

La conclusión es que no sirve cualquier protección. Los ordenamientos jurídicos deben materializar esos derechos de forma real para asegurar la autonomía y la inclusión en la sociedad de las personas que sufran alguna discapacidad<sup>5</sup>. Por eso, esa protección no solo deberá referirse al derecho sustantivo o al derecho procesal nacional respecto de la configuración de medidas de protección *ex ante* y *ex post* sino también a las normas de Derecho internacional privado. Junto con los derechos a la igualdad y a la dignidad, los adultos vulnerables también tienen derecho a ejercer una de las libertades claves de la UE, la libre circulación entre Estados miembros. Libertad reconocida en el art. 20 TFUE. Sin embargo, como veremos posteriormente, esta libertad a día de hoy no se encuentra garantizada en la UE. Esto es debido a la diferente regulación que existe sobre la protección internacional del adulto en los diferentes Estados miembros tanto a nivel sustantivo como internacional privatista<sup>6</sup>. Por lo tanto, a nuestro juicio, el legislador europeo ya no solo tiene la obligación de ser consciente de las realidades sociales actuales que conciernen a la sociedad europea en esta materia sino que también debe dejar a un lado su inacción. El derecho es una herramienta para proteger a las personas e intentar dar solución a muchos de

---

[[/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html](#)] (consultado el 14 abril 2020). Sobre esta Convención en la doctrina *vid. v.gr.*, P. Harpur, “Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the rights of Persons with Disabilities”, *Disability & Society*, nº 27:1, 2012, pp. 1–14.

<sup>4</sup> Sobre este cambio de paradigma *vid. sin carácter exhaustivo* en la doctrina española I. Campoy Cervera (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 7 ss. En la doctrina extranjera *vid. M.L. Wehmeyer* (coord.), *The Story of Intellectual Disability – An evolution of Meaning, Understanding, and Public Perception*, Brookes, 2013, pp. 19 ss, donde los diferentes autores que intervienen en la obra realizan un recorrido muy interesante de las consideraciones sociales y también jurídicas de la discapacidad intelectual desde el año 9.000 a.c hasta la actualidad.

<sup>5</sup> Así lo ha manifestado también el TEDH en sentencias como la de 30 abril 2009, asunto 13444/04, *Glor v. Switzerland*, ap. 53 y 84.

<sup>6</sup> *Vid. P. Franzina*, “La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 132 y 139, en particular donde el autor señala un ejemplo donde un ciudadano puede verse desincentivado a trasladarse de un país a otro de la UE debido a esa diferencia tan acuciante en las normas de Derecho internacional privado entre Estados miembros.

los problemas jurídicos que presentan las sociedades actuales. Los problemas jurídicos respecto a la protección internacional del adulto vulnerables son los que van a tratarse en el presente estudio. De este modo, en el presente trabajo no solo se van a identificar algunos de los problemas que plantea la protección internacional del adulto en el Derecho internacional privado español y europeo sino que también se van a aportar soluciones para la mayoría de ellos. Una de esas soluciones podría ser la creación a nivel europeo de un certificado europeo de poderes de representación.

## II. EL PROBLEMA JURÍDICO

### 1. *Aproximación inicial*

La protección internacional del adulto ha sido un tema estudiado por la doctrina internacional-privatista en diferentes ocasiones<sup>7</sup>. Sin embargo, a pesar de su estudio, la protección internacional del adulto sigue planteando muchas incertidumbres. Uno de los motivos se debe, como ya se ha apuntado, a que no hay existe armonización sobre la materia. A nivel europeo no se cuenta con ninguna directiva que armonice el Derecho material ni tampoco ningún instrumento que cohesione las normas de Derecho internacional privado. Así, *v.gr.*, cuando una persona de nacionalidad alemana de avanzada edad reside en España seis meses al año y sufre de forma repentina una enfermedad que le impide cuidar de sí misma. La necesidad de protección surge de inmediato. Esas decisiones se deben adoptar rápidamente, por lo que se deberá acudir a un juez para solicitar medidas de protección sobre la persona pero también en relación a su patrimonio. Ante este escenario cabría preguntarse qué tribunal español podría ostentar competencia judicial internacional para conocer de este asunto y qué Derecho aplicable resultaría de aplicación. Además, otras cuestiones de diferente calado también pueden plantear estos casos relativos a la protección del adulto. Imaginemos que este señor dispuso ante un notario alemán un poder a favor de su yerno para que éste pudiera gobernar su patrimonio en caso de imposibilidad<sup>8</sup>. ¿Podría ser utilizado

<sup>7</sup> Sin carácter exhaustivo, *vid* A. Durán Ayago, "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en M. Alonso Pérez y E.M. Martínez Gallego, *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, pp. 443-470; P. Franzina, "La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato", Pádua, Cedam, 2012; A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 37 ss; R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk y A. D. Ward (coords.), *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015.

<sup>8</sup> *Vid.* sobre este particular la Res. DGRN 23 marzo 2018, nº 4712, FD 6 (BOE 6.4. 2018), donde no se permite la inscripción en el registro de la propiedad español de un bien que se vendió

dicho poder en España? Sobre la efectividad de los poderes tampoco existe uniformidad en Derecho internacional privado europeo, por lo que el juez o el profesional que asesore sobre estos problemas jurídicos deberá tener muy presente dos aspectos: 1) la normativa en materia de Derecho internacional privado sobre la protección internacional del adulto; 2) los diferentes modelos de regulación que existen.

## *2. La normativa internacional sobre la protección del adulto y los diferentes modelos de regulación*

Como ya hemos señalado, la protección internacional del adulto carece de regulación uniforme tanto desde un punto de vista internacional privatista como material en el ámbito europeo. Aunque determinados Reglamentos europeos pueden afectar a la protección del adulto en asuntos transfronterizos, esa afectación es de forma indirecta<sup>9</sup>, entre estas normas podrían destacarse el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Roma I)<sup>10</sup> y también el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, RES)<sup>11</sup>.

No obstante, sí que existe cierta uniformidad internacional debido a un Convenio internacional elaborado por la Conferencia de la Haya sobre la protección internacional del adulto (en adelante, CHPIA). Este Convenio de la Haya de 13 enero 2000, en vigor desde 2009, establece un conjunto de normas de Derecho internacional privado sobre la protección de las personas mayores de 18 años<sup>12</sup>. Esta norma regula muy bien determinados

---

mediante un poder otorgado en Alemania ante notario alemán debido a que se considera que en la escritura de compraventa otorgada ante notario español no existe una reseña adecuada de la extensión de ese poder de representación formalizado en el extranjero.

<sup>9</sup> I. Curry Sumner, "Vulnerable Adults in Europe. European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults", en *Protection of Vulnerable Adults, Accompanying the European Parliament's Legislative Initiative Report (Rapporteur: Joëlle Bergeron)*, 2016, pp. 39 ss.

<sup>10</sup> DO L 177/6 de 4 julio 2008.

<sup>11</sup> DO L 201 de 27 julio 2012.

<sup>12</sup> Sobre este Convenio en la doctrina *vid.* entre muchos, A. Bucher, "La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes", *Schweizerische Zeitschrift für internationale- und europäisches Recht*, 2000, pp. 37– 59; D. Hill, "The Hague Convention on the International Protection of Adults", *Int'l Comp. L Q.*, 2009, pp. 469 ss; P. Franzina, "La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana", *Riv. dir. int.*, 2015,

aspectos que presentan gran eficiencia en la protección del adulto, sin embargo, otros deberían ser objeto de revisión<sup>13</sup>. Uno de los mayores problemas que presenta este Convenio es la escasa acogida que ha tenido entre los diferentes países europeos. Actualmente, está en vigor en los ordenamientos jurídicos de trece países (nueve de ellos europeos), estos son: Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Mónaco, Portugal, la República Checa, el Reino Unido (únicamente en relación a Escocia) y Suiza<sup>14</sup>. España no es parte del mismo. Se ha apuntado que uno de los motivos para esa no ratificación fue que podía existir contradicción entre el Convenio de Naciones Unidas de 13 diciembre 2006 (del que España sí que es parte) y el Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional del adulto<sup>15</sup>. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ambos instrumentos legales internacionales son compatibles y comparten un mismo objetivo: proteger al adulto vulnerable<sup>16</sup>.

Así, en atención a este escenario, sobre la regulación internacional en la protección del adulto se podrían diferenciar entre tres grupos de Estados, estos serían<sup>17</sup>: 1) Países que son parte del Convenio de la Haya de 13 enero 2000; 2) Países que no son parte del Convenio de la Haya pero que sus normas nacionales son similares a las del Convenio de la Haya de 2000; 3) Países que tienen una legislación distinta a la del Convenio de la Haya.

La razón también de esta disparidad en la regulación internacional privatista de la protección del adulto vulnerable puede obedecer a los diferentes modelos que existen en la regulación material sobre la materia entre los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. Así, podríamos diferenciar entre<sup>18</sup>:

---

pp. 748 ss; P. Lagarde, "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159 ss.; K. Siehr, "Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener", *RabelsZ*, 2000, pp. 715-751.

<sup>13</sup> Para un mayor detalle *vid.* lo apuntado por los expertos que han elaborado un informe para el ELI en relación a la protección internacional del adulto, *Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations*, abril 2020, pp. 46 ss. Disponible en [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

<sup>14</sup> [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71>].

<sup>15</sup> M. Álvarez Torné, "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *REEL*, nº 32, 2016, p. 4.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>17</sup> P. Franzina, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 132 y pp. 131-132.

<sup>18</sup> S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 166-167. *Vid.* también, R. Caro Gándara, "La protección de adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos", en M.

- a) *El modelo progresivo*. Este modelo es el que siguen países como Alemania<sup>19</sup> o Inglaterra<sup>20</sup>. Las medidas de protección se simplifican con el fin de poder adaptarse al caso concreto. La naturaleza de las vías de protección pueden ser administrativas o judiciales, en estos sistemas se da mucha importancia a la voluntad del adulto vulnerable y a diferencia de los modelos tradicionales se pueden adoptar medidas de protección sin necesidad de que a la persona se la declare incapaz.
- b) *El modelo tradicional*. Este sistema se basa en la incapacitación y una vez declarada la misma se deben adoptar las medidas de protección necesarias para suplir esa falta de capacidad. Este sistema es el que se sigue en países como España<sup>21</sup>. Y en la actualidad se podría decir que resulta todavía un sistema rígido, ya que en muchas ocasiones no se adapta bien a las necesidades específicas de los adultos vulnerables.
- c) *El modelo tradicional flexibilizado*. Este modelo se sigue en países como Francia o Suiza. Estos sistemas aunque se basan en el modelo tradicional se caracterizan por su flexibilidad. Un aspecto a destacar es que se otorga especial importancia a la asistencia del adulto vulnerable. *V.gr.*, en el ordenamiento francés una figura importante es la del *sauvagarde de justice*, es una medida temporal que permite asistir a una persona que por una enfermedad o un trastorno transitorio necesita protección. Con esta medida se la protege pero sin necesidad de modificar su capacidad<sup>22</sup>.

---

Echezarreta Ferrer, *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, pp. 303–333 y sobre esa visión de Derecho comparado más reciente *vid.* R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 37 ss.

<sup>19</sup> En el Derecho alemán se modificó su modelo de protección al adulto vulnerable a comienzos de los años noventa. Así, se pasó de un sistema tradicional, donde las medidas de protección eran rígidas y se debían adoptar con posterioridad a la declaración de incapacidad, a un sistema mucho más flexible donde hay una medida de protección que juega un papel clave, los mandatos privados (*Vorsorgevollmacht*). Para un mayor detalle *vid.* V. Lipp, “Chapter 22. Germany”, en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 375–385.

<sup>20</sup> *Vid.* C. Van Overdijk, “Chapter 11. England and Wales”, en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 179–216.

<sup>21</sup> J.P. Vargas Muñoz y M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2011, pp. 51 ss.

<sup>22</sup> Para un mayor detalle *vid.* P. Dellas, “Chapter 21. France”, en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 366–367.

### 3. La normativa internacional privatista española sobre la protección internacional del adulto

#### A) Introducción

Las normas de Derecho internacional privado aplicables a la protección internacional del adulto en el ordenamiento jurídico español son normas de producción interna. Hasta la profunda reforma del año 2015, la cual supuso la entrada en vigor de dos normas importantes como la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria<sup>23</sup> y la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil<sup>24</sup> entre otras importantes modificaciones<sup>25</sup>, no se distinguía entre la protección del menor y la protección del adulto en el sistema español de Derecho internacional privado<sup>26</sup>. Sin embargo, el legislador español aprovechó dicha reforma para adoptar lo que los expertos habían venido señalando desde hacía años, y es que era necesario que el ordenamiento español se adaptara a las nuevas tendencias de protección del adulto y que debía existir una protección internacional separada de la del menor<sup>27</sup>.

A pesar de que la doctrina ha considerado necesario la ratificación del CHPIA<sup>28</sup>, en la actualidad todavía no se ha producido, por lo que las normas

---

<sup>23</sup> BOE 3.7.2015.

<sup>24</sup> BOE 31.7.2015.

<sup>25</sup> Entre las modificaciones que se llevaron a cabo destacar las siguientes que afectan al Derecho internacional privado: 1) modificación del art. 22 LOPJ dando lugar a los arts. 22 a 22 nonies mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.2015); 2) modificación de los arts. 47 y 107 Cc mediante la disposición final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 julio jurisdicción voluntaria (BOE 3.7.2015); 3) modificación de los arts. 9.4º y 9.6º Cc mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015); 4) modificación de la Ley de adopción internacional mediante la citada Ley 26/2015 y los arts. 41 y 42 Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria; 5) introducción de los arts. 778 quáter a 778 sexies en la LEC mediante la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria

<sup>26</sup> Este cambio se debe a la modificación del art. 9.6º Cc mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Para un mayor detalle sobre las modificaciones que supuso esta reforma del año 2015 respecto del citado art. 9.6º Cc, *vid.* C. Vaquero López, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

<sup>27</sup> *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes", *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2015, pp. 1286-1308.

<sup>28</sup> *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "Qué ha significado 2014 para la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, p. 716; J.L. Iriarte Ángel, "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en A. Borrás Rodríguez y G. Garriga



de Derecho internacional privado existentes en la materia en el ordenamiento español son las que se van a exponer a continuación.

#### B) Competencia judicial internacional

Las medidas necesarias para proteger a un adulto vulnerable pueden ser variadas y diferentes entre sí. De este modo, se podría diferenciar entre medidas *ex ante* y medidas *ex post*<sup>29</sup>. Las medidas *ex ante* son consecuencia de la concepción actual que existe de combinar la protección con medidas donde el adulto pueda ejercer su autonomía de la voluntad. Así, en el ordenamiento jurídico español podríamos destacar la autotutela<sup>30</sup> y el apoderamiento preventivo<sup>31</sup>. Para realizar este tipo de disposiciones no es necesario acudir al juez si no a un notario, incluso en muchos países se pueden otorgar poderes preventivos de forma privada (*power of attorney*). La competencia judicial internacional aparecería en escena *v.gr.*, cuando ese poder preventivo se impugna y es necesario su análisis por un juez para determinar su existencia, extensión o extinción. La doctrina ha considerado<sup>32</sup> que ante la falta de normas de competencia judicial específicas ostentaría competencia el juez determinado mediante los foros del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>33</sup> (en adelante, RBI-bis). Sin embargo, el juez competente para la revocación o la modificación de ese poder en cuanto afecta a las medidas que se deben adoptar para proteger al adulto serían los foros de producción interna para las medidas de protección *ex post* del adulto que vamos a estudiar a continuación<sup>34</sup>. El hecho de tener que recurrir a diferentes instrumentos legales internacionales [foros del RBI-bis y foros de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial* (en adelante LOPJ)] para dirimir asuntos que afectan al adulto vulnerable es consecuencia de la falta de un texto único que

---

Suau, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 218.

<sup>29</sup> S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, n° 1, 2019, p. 173.

<sup>30</sup> Arts. 233, 234 y 239 Cc. Para un estudio en profundidad *vid.* I. Serrano García, *Autotutela*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>31</sup> Art. 1732 Cc.

<sup>32</sup> A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 261.

<sup>33</sup> DO L 351 de 20.12.2012.

<sup>34</sup> *Vid.* sobre este particular, A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 260.

aglutine todos los aspectos derivados de la protección internacional del adulto.

Respecto de las medidas de protección *ex post*, se tratarían de medidas como la modificación de la capacidad o el nombramiento de un tutor, un curador o un guardador de hecho. La adopción de estas medidas se llevan a cabo en su mayoría mediante procesos de jurisdicción voluntaria, ya que en puridad no existe parte contraria, no hay demandado, si no una persona a la que proteger<sup>35</sup>. Sólo cuando existe oposición a la adopción de esas medidas se convierten en procesos contenciosos<sup>36</sup>. Los foros para determinar la competencia judicial internacional se encuentran previstos en la LOPJ y serían los siguientes:

i) Art. 22 quáter letra b<sup>37</sup>. Este foro otorga competencia judicial internacional al juez de la residencia habitual de la persona en España<sup>38</sup>. Este foro no determina el juez territorialmente competente, para ello deberá acudir al art. 756 LEC. Dos problemas jurídicos podemos destacar en relación a este foro:

- 1) *Problema jurídico 1: cambio de residencia habitual durante el proceso de incapacitación o de adopción de medidas*. Un ejemplo será la mejor forma presentar el supuesto de hecho en el que nos encontraríamos. Una mujer de nacionalidad danesa ha residido en España durante más de diez años. En enero de 2020, al detectarle una enfermedad mental sus hijos deciden que no permanezca más en España y que regrese a su país de origen donde ellos podrán ocuparse de sus cuidados. Sin embargo, antes de su regreso a Dinamarca, la actual pareja de la señora ha iniciado acciones en España que se modifique su capacidad y se nombre a un tutor.

La solución a este problema vendría de la mano de regla procesal conocida como *perpetuatio iurisdictionis*. El momento relevante para estimar que el tribunal dispone de un foro de competencia judicial internacional que le otorga competencia para conocer es momento de interponer la demanda. Esto hace que no guarde importancia que las circunstancias que fundamentan el foro cambien tras la presentación

---

<sup>35</sup> Arts. 43 a 58 Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria.

<sup>36</sup> Art. 49 Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria.

<sup>37</sup> Este artículo literalmente dispone lo siguiente: “En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”.

<sup>38</sup> El art. 5 CHPIA también prevé la residencia habitual como foro de competencia judicial internacional.

de la demanda. Así, por tanto, no sería relevante que la persona cambiase de domicilio a efectos de que el tribunal no pierda su competencia. Sin embargo, en este tipo de procesos al tratarse de actos de jurisdicción voluntaria puede que este principio no puede aplicarse con total plenitud puesto que el principio de *perpetuatio iurisdictionis* está pensado para la jurisdicción contenciosa<sup>39</sup>. El fin de este principio procesal es evitar que el demandante se quede desprovisto de tutela judicial efectiva. En definitiva, evitar que la inseguridad jurídica aparezca en los procesos cuando las circunstancias cambien durante el mismo y esto implique por que el juez deje de ostentar competencia debido a que el demandado ya no tiene su domicilio en ese Estado. Esto podría dar lugar a fraudes procesales. *V.gr.*, demandado que cambia de domicilio con el fin de evitar que se sustancia un proceso contra él. La cuestión es que no sería nada relevante que se siguiera un proceso en España respecto a una persona que ya no reside en este país y que muy probable que nunca más regrese. Este problema del traslado de domicilio lo soluciona el art. 5.2º CHPIA. Este precepto recoge un foro de competencia judicial internacional que otorga competencia a los tribunales o autoridades de la nueva residencia habitual del adulto vulnerable. Esta solución es correcta, pero cabría preguntarse sobre qué sucede con el proceso iniciado en el primer país. Es decir, ese proceso iniciado en primer lugar se queda pendiente o esos tribunales se deben declarar incompetentes a favor del tribunal de la nueva residencia habitual. El art. 12 CHPIA intenta solucionar esta situación señalando que las medidas adoptadas permanecen en vigor hasta incluso cuando las circunstancias que otorgan competencia hayan cambiado, todo ello hasta el momento que las nuevas autoridades competentes las modifiquen, sustituyan o revoquen.

- 2) *Problema jurídico 2: protección internacional de personas que ostentan más de una residencia habitual.* En este escenario, el supuesto en el que podría pensarse sería el siguiente: persona de nacionalidad alemana que reside seis meses al año en Berlín y seis meses al año en Valencia. Esta persona sufre un infarto en España que le impide poder seguir gobernándose por sí misma ni tampoco sus múltiples propiedades que tiene en alquiler en varios países europeos. Ante este escenario cabría plantearse qué tribunal podría ostentar competencia judicial internacional para conocer de este asunto. Un tribunal español podría ser competente si se considera que esta persona tiene su centro de

---

<sup>39</sup> P. Diago Diago, "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet*, 2001, vol. 3, 2001, p. 12.

intereses aquí. En atención al concepto de residencia habitual de una persona física desde un punto de vista civil (art. 40 Cc)<sup>40</sup>, se puede considerar que una persona está domiciliada en España aunque sólo resida la mitad del año, el elemento temporal no es determinante. Sin embargo, lo mismo podría suceder con respecto del ordenamiento alemán. Esto podría dar lugar a un conflicto positivo de competencias lo que podría derivar en contradicciones y, en definitiva, en una protección internacional del adulto de baja calidad.

ii) Art. 22 sexies<sup>41</sup>. Este foro cautelar permite adoptar medidas que deben adoptarse con carácter urgente con el fin de proteger al adulto vulnerable. Tales medidas podrían ser el internamiento no voluntario o el nombramiento de un defensor judicial<sup>42</sup> pero también medidas destinadas a salvaguardar su patrimonio. Un problema puede surgir respecto de aquellos adultos vulnerables que tienen su patrimonio en diferentes países. Esta dispersión de los bienes puede hacer necesario que se deban solicitar medidas cautelares en varios países en momentos temporales muy cercanos<sup>43</sup>. Debido a la falta de uniformidad, es muy posible que se adopten medidas diferentes o incluso contradictorias entre unos tribunales y otros. A nuestro juicio, en aras de evitar incoherencias sería necesario que se informara al juez español de que en otros Estados ya se han tomado medidas de protección respecto a bienes situados en ese territorio. Esto evitaría contradicciones. La información la pueden realizar las partes interesadas o incluso la autoridad o tribunal del país donde ya se han tomado medidas de protección. Pero esta segunda vía sólo es posible si entre autoridades de diferentes países hay posibilidad de comunicarse las medidas de protección adoptadas. El art. 9 CHPIA prevé una solución para evitar incoherencias, así establece que las autoridades del Estado donde se encuentren los bienes del adulto serán competentes para tomar medidas de protección, pero a condición de que dichas medidas sean compatibles con otras medidas adoptadas por autoridades competentes de otros Estados<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> STS 21 noviembre 2017, nº 624/2017, ECLI:ES:TS:2017:4113, FJ 5.

<sup>41</sup> Este artículo señala que "los tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal".

<sup>42</sup> S. Adroher Biosca, "La protección de adultos...", *loc. cit.*, p. 172.

<sup>43</sup> Ya advertía sobre ello P. Diago Diago, "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet*, 2001, vol. 3, 2001, p. 12.

<sup>44</sup> Sobre este precepto *vid.* P. Lagarde, *Convention Protection des adultes. Rapport explicatif*, Publié par La Conférence de La Haye de droit international privé Bureau Permanent, 2017, p. 64.

iii) Art. 22 octies. Este foro de necesidad permite que un juez español pueda ser competente en la adopción de medidas de protección cuando el asunto presenta vínculos con España y no existe ningún otro tribunal extranjero competente o aún existiendo alguno resulta muy arduo para el adulto vulnerable o sus familiares poder acudir ante ese tribunal extranjero.

### C) Ley aplicable

En relación las medidas preventivas o *ex ante* señalar que no existe una norma de conflicto específica en el ordenamiento jurídico español. En ese caso, deberá analizarse la medida concreta para posteriormente calificarla bien como una representación legal, bien como una representación voluntaria o una medida de protección acordada en otro Estado<sup>45</sup>. Para la determinación del Derecho aplicable a los poderes de representación, no existe una norma de conflicto específica para los asuntos que conciernen a adultos vulnerables, por lo que será necesario aplicar el art. 10.11º Cc para determinar el Derecho aplicable al fondo y el art. 11 Cc en relación al Derecho aplicable a la forma<sup>46</sup>. En el caso de una medida de protección adoptada por un tribunal extranjero, la determinación del Derecho aplicable se debería determinar por el art. 9.6º.II Cc. Este precepto también se aplica a las medidas necesarias *ex post* como la constitución de una tutela o el nombramiento de un curador.

Sin embargo, más dudas se plantean sobre si este precepto se debe también aplicar para determinar el Derecho aplicable a las medidas destinadas a modificar la capacidad de las personas. Es decir, si el art. 9.6º C debería ser la norma de conflicto aplicable para la determinación del Derecho aplicable a la declaración de incapacidad del adulto. De este modo, todas las medidas de protección, tanto las que afectan a la capacidad propiamente dicha (declaración de incapacidad) como las que deben decidirse para suplir esa falta de capacidad (nombramiento de un tutor, medidas sobre los bienes, etc.) deberían quedar gobernadas bajo una misma Ley y que la misma debería determinarse en atención a una única norma de conflicto. Esto podría entenderse así porque en el fondo todas son medidas para proteger al adulto vulnerable evitando problemas de adaptación. Sobre este particular debido a su relevancia profundizaremos más adelante.

---

<sup>45</sup> S. Adroher Biosca, "La protección de adultos...", loc. cit., p. 173.

<sup>46</sup> Para un estudio reciente sobre los poderes de representación *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 9-13.

Las modificaciones que tuvieron lugar sobre el art. 9.6º.II Cc fueron básicamente dos:

- 1) Se amplió el supuesto de hecho. Mientras que en la actual se establece “la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad” en la del anterior 9.6º Cc se recogía “la tutela y demás instituciones de protección”.
- 2) Se modificó el punto de conexión. En la redacción anterior al año 2015, el art. 9.6º señalaba

“La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual”.

En el actual, lo siguiente:

“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Por lo tanto, uno de los cambios más significativos es el cambio del criterio de la nacionalidad por la residencia habitual<sup>47</sup>. Este cambio persigue acercarse más a la regulación del CHPIA. Sin embargo, todavía la regulación internacional privatista queda lejos de la del Convenio, sobre todo en lo relativo a la autonomía de la voluntad conflictual<sup>48</sup>.

Este cambio ha sido positivo y ha superado problemas que la doctrina venía apuntado desde hacía años<sup>49</sup>. *V.gr.* el conflicto móvil. Sin embargo, el art. 9.6º.II Cc origina otros problemas. En particular, nos vamos a centrar en

<sup>47</sup> A la doctrina le ha parecido acertado este cambio, ya que se adapta a los tiempos actuales, donde el constante traslado de las personas hace que la residencia habitual sea el nuevo estatuto personal en el Derecho internacional privado europeo, *vid.* M. Álvarez Torné, “Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law”, *REEI*, nº 32, 2016, p. 16; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España”, *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 34; A. Muñoz Fernández, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, p. 289.

<sup>48</sup> El art. 15 CHPIA recoge el ejercicio de esa autonomía de la voluntad conflictual mediante los poderes de representación que puede llevar a cabo el adulto.

<sup>49</sup> *Vid per allia* A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 229 ss.

el que anunciamos anteriormente. Es decir, ¿Se podría aplicar el art. 9.6.II Cc también a las modificaciones sobre la capacidad?

Uno de los problemas que ya generaba el art. 9.6.II Cc antes de la reforma era que a las medidas de carácter urgente se debía aplicar la Ley de la residencia habitual del adulto. Pero para la modificación de la capacidad se debía aplicar la Ley determinada por el art. 9.1º Cc. Norma existente en el ordenamiento jurídico español para determinar la Ley aplicable a la capacidad y también por tanto a todas las medidas que la modifiquen incluida la declaración de incapacidad. El hecho de tener que recurrir a normas de conflicto diferentes para proteger a la misma persona podía dar lugar a problemas de adaptación y de coordinación. Esto era así porque para la modificación de la capacidad se debía aplicar la Ley X, ley personal del adulto vulnerable (art. 9.1º Cc). Sin embargo, para nombrar al tutor de forma urgente se debía aplicar la Ley Y, ley de su residencia habitual (antiguo art. 9.6º.II Cc). Esta situación dificultaba la labor del juez y también aumentaba los costes del proceso, tanto conflictuales como procesales.

Tras la reforma del año 2015, cabría plantearse si la situación ha cambiado, ya que es cierto que el legislador modificó el art. 9.6º.II Cc, ampliando de forma considerable su supuesto de hecho, pero no el art. 9.1º Cc. Ese precepto sigue intacto. Si el art. 9.1º Cc hubiera incluido algún apartado exceptuando la aplicación de la ley personal por la ley de la residencia habitual en los procesos de modificación de la capacidad, la solución podría haber sido más evidente. Todas las medidas de protección del adulto se regirían por la misma ley: la de la residencia habitual de la persona. Sin embargo, ese cambio en el art. 9.1º Cc no se produjo. Por lo tanto, los mismos problemas de descoordinación pueden seguir planteándose en la actualidad. De hecho, así al menos lo refleja la escasa jurisprudencia que existe sobre la materia<sup>50</sup>. La doctrina internacional privatista se encuentra dividida sobre este particular. Hay doctrina que entiende que el art. 9.1º Cc ha quedado relegado a unas pocas cuestiones<sup>51</sup>. Pero que todavía alguna de ellas sigue siendo la declaración de la incapacidad<sup>52</sup>. Por otro lado, existe otra vertiente doctrinal que considera que tras la modificación de la redacción del art. 9.6º.II “*Ley aplicable a la protección de las personas(...)*”, el término protección debe interpretarse en sentido amplio, conforme a la tendencia actual que existe en la protección de los adultos vulnerables, y que por tanto, en el término “protección” se

---

<sup>50</sup> SJPI Madrid nº 95 de 29 junio 2018, FJ 4º. Citada por S. Adroher Biosca, “La protección de adultos...”, *loc. cit.*, p. 175.

<sup>51</sup> A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Persona física”, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª, Granada, Comares, 2018, p. 6.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 33.

deben incluir todo tipo de medidas, también aquellas que modifican la capacidad y que pueden implicar la incapacitación de una persona<sup>53</sup>.

Desde nuestro punto de vista, esta segunda opción sería la más coherente jurídicamente y la que menos costes implicaría para las personas envueltas en este tipo de procedimientos. Sin embargo, no se puede predicar que así sea en la actualidad. Conforme al sistema de Derecho internacional privado español, la Ley aplicable a la declaración de incapacidad sigue siendo la Ley nacional (art. 9.1º Cc) y la Ley aplicable a las medidas de protección es la Ley de su residencia habitual. (art. 9.6º.II Cc). A nuestro juicio, la posibilidad de que se aplique una única norma de conflicto a la declaración de incapacitación y a las medidas de protección pasaría por la modificación del art. 9.1º Cc. Pero ese cambio a día de hoy no se ha producido.

#### D) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

En relación al reconocimiento y a la ejecución es necesario diferenciar entre medidas de protección adoptadas por una autoridad administrativa o judicial como podrían ser la declaración de incapacidad, la constitución de una tutela o el nombramiento de un curador, de esas medidas de protección que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y que un tercero debe ejercerlas mediante un poder de representación.

En relación a las primeras, ante la falta de instrumento legal europeo o internacional (bien multilateral o bilateral) aplicable a la materia se deberá aplicar el Derecho internacional privado autónomo en la materia. Sobre este particular, si lo que debe desplegar efectos es una decisión judicial o administrativa adoptada en un proceso de jurisdicción voluntaria se deberá acudir al art. 12 la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria. Si se trata de una resolución judicial de carácter contencioso se deberá acudir a los arts. 44 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

En el caso de que se trate de un poder de representación también se podrá aplicar la Ley de cooperación jurídica internacional, en particular a sus arts. 56 y 57, se podría aplicar lo dispuesto para los documentos públicos extranjeros. En relación a los efectos registrales se deberá tener en cuenta el art. 97 de la Ley del Registro Civil. Sobre este particular incidiremos más adelante.

En la actualidad las resoluciones adoptadas en otros Estados europeos deben superar un procedimiento de reconocimiento y/o *execuátur* como si

---

<sup>53</sup> S. Adroher Biosca, "La protección de adultos...", *loc. cit.*, p. 175.



de las decisiones de terceros Estados se tratasen. El hecho de que la decisión tenga que superar un procedimiento específico para desplegar efectos implica una traba importante en la protección del adulto en la UE. Esto es así porque en ocasiones esa medida no podrá traspasar la frontera por ser desconocida o aún pudiendo reconocerse, entre otras razones. Otras veces los problemas de protección se derivan porque las medidas de protección en necesitan ser implementadas con urgencia, pero con el sistema actual esa premura no es posible, ya que primero se debe superar un procedimiento de reconocimiento.

#### *4. Las dificultades que se plantean en el Derecho internacional privado europeo*

Hasta el momento hemos estudiado los problemas que plantea la regulación de Derecho internacional privado español en relación a la protección internacional del adulto. Son normas que se han modificado recientemente, que se han creado teniendo presente el CHPIA pero que son insuficientes para la consecución de una protección efectiva del adulto vulnerable en asuntos transfronterizos. En parte esto es debido a esa falta de regulación uniforme a nivel europeo, ya que da lugar a que la seguridad jurídica se resienta, ya que no existe certeza sobre si las medidas adoptadas por tribunales españoles van a traspasar la frontera. Esta situación afecta directamente a los derechos de no discriminación, a la inclusión social y a la libre circulación de los adultos vulnerables.

La doctrina lleva advirtiéndolo desde hace años de las consecuencias de esta falta de uniformidad a nivel europeo, destacando en particular los siguientes riesgos en atención a los diferentes sectores del Derecho internacional privado<sup>54</sup>:

- 1) La posibilidad de que existan diferentes tribunales de distintos Estados miembros con competencia judicial internacional para conocer del asunto. El hecho de que no exista uniformidad en las normas de competencia judicial internacional puede dar lugar a un conflicto positivo de competencias. Si un juez francés y un juez alemán acaban adoptando ambas medidas para proteger al mismo adulto vulnerable, el riesgo de que dichas medidas resulten contradictorias es elevado. El resultado es que lejos de brindar protección lo que puede existir es una enorme contradicción a lo que se le debe añadir un coste de tiempo y recursos económicos nada despreciable tanto para las personas como para los sistemas judiciales implicados.

---

<sup>54</sup> P. Franzina, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 132-136.

- 2) Incoherencia en las medidas de protección. La diversidad de las normas de conflicto existentes y de sus puntos de conexión puede dar lugar a que en relación a un mismo caso se deban aplicar leyes diferentes para proteger a la misma persona o a su patrimonio en función del país donde se solicitan tales medidas. *V.gr.*, piénsese en el siguiente asunto donde una mujer de nacionalidad X reside en el Estado miembro Y. Esta mujer dispone de bienes tanto en el Estado de su nacionalidad como en el de su residencia habitual, por lo que es necesario adoptar medidas de protección en ambos Estados. Los puntos de conexión de las normas de conflicto difieren, mientras que en el Estado de su nacionalidad la norma de conflicto señala que se debe aplicar la Ley de su residencia habitual a las medidas de protección, en el ordenamiento donde reside, la norma de conflicto determina que la Ley aplicable debe ser la Ley de su nacionalidad. Esta situación puede provocar lo que hemos señalado anteriormente, un riesgo alto de contradicción e incoherencia en las medidas adoptadas para proteger a una misma persona. A esto se le añade la inseguridad jurídica que provoca que el adulto no pueda previamente conocer qué Derecho concreto es el que rige la protección, obligando a tener que averiguarlo en atención a los sistemas de Derecho internacional privado autónomos de los distintos Estados miembros involucrados en la protección.
- 3) La inexistencia de normas de conflicto sobre el apoderamiento preventivo. Como ya estudiamos, hay ordenamientos jurídicos como el español donde existe en el Derecho material la figura de los poderes preventivos, sin embargo, no cuentan con una norma de conflicto específica para determinar el Derecho aplicable. También existen otros ordenamientos como el italiano donde ni si quiera en el Derecho material se recoge esta figura<sup>55</sup>. Por lo tanto, la falta de uniformidad sobre los poderes preventivos entre Estados miembros no solo no permite precisar con exactitud en la actualidad si este tipo de poderes podrá ser válido en un Estado miembro diferente al que se otorgaron si no también qué norma de conflicto debe aplicarse al mismo cuando un juez de otro Estado miembro debe determinar su validez.

Todos los problemas que hemos apuntado erosionan los derechos del adulto vulnerable, en general, se menoscaba su derecho a la igualdad y, en particular, a circular libremente por el EEE. El gasto de tiempo y de dinero al tener que acudir de nuevo a una autoridad (administrativa o judicial) a solicitar medidas de protección debido a que *v.gr.* esas medidas ya

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 135.

adoptadas no pueden ser reconocidas en otro Estado miembro no debería ser una opción a tener en cuenta en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo en el siglo XXI.

### III. LAS SOLUCIONES ACTUALES PARA LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ADULTO EN LA UE

#### 1. Introducción

Los expertos en esta materia han venido reclamando que para paliar los problemas jurídicos estudiados a lo largo del trabajo sería necesario dos acciones por parte de la UE<sup>56</sup>: 1) Acción externa: la ratificación de la CHPIA por todos los Estados parte de la UE en atención al art. 216 TFUE. La entrada en vigor de este Convenio permite disponer de un Derecho uniforme en la materia, lo que beneficiaría a los asuntos que donde se puedan ver afectados adultos de Estados no europeos pero que sí son parte del Convenio; 2) Acción interna: la creación de un reglamento europeo para que complemente al CHPIA en los asuntos que presenten repercusión únicamente entre los Estados europeos.

Unas de las soluciones más interesantes y útiles para la protección internacional del adulto que se han propuesto por el parlamento europeo<sup>57</sup> y que la doctrina ha secundado ha sido la creación de un <<certificado europeo sobre los poderes de representación>><sup>58</sup>. El CHPIA prevé un certificado de poderes de representación pero se ha concebido de tal forma que su utilidad en la práctica ha sido escasa<sup>59</sup>. Este certificado europeo que proponemos se concebiría de forma similar al certificado sucesorio europeo (en adelante, CSE) previsto en el RES<sup>60</sup>. El legislador podría beneficiarse de la

---

<sup>56</sup> Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 21 ss [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

<sup>57</sup> Resolución del Parlamento europeo de 1 junio 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables, apartado V y 6 disponible en [[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0235_ES.html)]. Ya se señalaba en el informe del parlamento de 24 marzo 2008 la idea de elaborar “unos formularios comunitarios únicos” [<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0460+0+DOC+XML+V0//ES>].

<sup>58</sup> Vid. P. Franzina, “La protección internacional de adultos...”, *loc. cit.*, p. 142.

<sup>59</sup> Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 41-42 [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

<sup>60</sup> Sobre el concepto de CES en la doctrina nacional *vid.* I. Antón Juárez, “La prueba de la condición de heredero en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 10, nº 2, p. 181; I.A. Calvo Vidal, El

experiencia existente sobre el CSE y crear un documento europeo que permita que los poderes de representación puedan ser válidos en todos los Estados miembros sin necesidad de tener que superar un procedimiento de reconocimiento. Este nuevo instrumento europeo iría en consonancia con los sistemas de protección del adulto más modernos, donde la voluntad de la persona es el eje sobre el que debe pivotar la protección. Antes de analizar el certificado de poderes de representación consideramos que sería necesario estudiar el sistema de representación voluntaria en el actual Derecho internacional privado español. Este estudio permitirá apreciar su dificultad, debido a las diferentes leyes que se deben tener presentes y las dificultades que presenta cuando se persigue la protección internacional del adulto.

## 2. *La Ley aplicable al apoderamiento preventivo conforme al Derecho internacional privado español*

### A) Introducción

La representación de una persona se puede llevar a cabo bien porque existe un contrato de mandato (representación voluntaria) o porque así lo determina una autoridad judicial en un procedimiento de protección (representación legal).

En atención a la representación que surge en virtud de un contrato de mandato “el mandatario” es autorizado por “el mandante” para que le represente en el tráfico jurídico. En definitiva, para que actúe en su nombre. La representación voluntaria se regula en el art. 1259 Cc, es un negocio jurídico unilateral, pero no es un contrato. El Derecho civil distingue el poder de representación del contrato del que se deriva<sup>61</sup>. Este aspecto tiene su influencia en el Derecho internacional privado.

---

certificado sucesorio europeo, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69; J. Carrascosa González, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, vol. 6, nº 1, 2014, p. 37; A. Fernández Tresguerres, *Las sucesiones ‘mortis causa’ en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 604; M. Medina Ortega, “El certificado sucesorio europeo”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 907-918; M. Requejo Isidro, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, nº 7185, 2009; en la doctrina extranjera *vid.* A. Davì y A. Zanobetti, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *loc. cit.*, pp. 132-138; F. Padovini, “Certificato successorio europeo”, en P. Franzina y A. Leandro (coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milán, Guiffre, 2013, p. 199; P. Wautelet, “Chapitre VI. Certificat Successoral Européen”, en A. Bonomi/ P. Wautelet, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 702.

<sup>61</sup> A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 262; R. Rueda Valdivia, *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998, p. 22.

En aras de determinar el Derecho aplicable es necesario diferenciar entre el contrato de mandato y el negocio jurídico que surge en virtud del mismo, “la representación voluntaria”. Mientras que al contrato de mandato se le aplicarán las normas de conflicto del *Reglamento Roma I* para determinar el Derecho aplicable. A la representación voluntaria se le aplicará la Ley determinada por el art. 10.11º Cc, ya que no existe ninguno instrumento legal internacional aplicable en la materia<sup>62</sup>.

Sin embargo, como hemos apuntado a lo largo del trabajo, en la protección internacional del adulto, un escollo importante surge en situaciones como la siguiente: un señor francés residente en Marbella otorgó un poder ante notario en París en 2010 a favor de su mejor amigo para que le representará en caso de que en algún momento no tuviera la capacidad suficiente para gobernarse. En la actualidad existe un procedimiento para proteger al señor francés ante tribunales españoles, así cabe preguntarse qué papel juega ese apoderamiento preventivo en el procedimiento de protección que se está sustanciando en España y cómo puede desplegar efectos un poder otorgado en el extranjero en el ordenamiento jurídico español. Y es más, qué Ley aplicará el juez español para modificar o revocar ese poder de representación otorgado en el extranjero.

#### B) La Ley aplicable al contrato de mandato

El contrato de mandato, instrumento para llevar a cabo un apoderamiento preventivo, se rige por el Derecho determinado por el Reglamento Roma I. Esta Ley es la que establecerá las obligaciones que asumen las partes o en qué supuestos quedaría extinguido el contrato. También las normas de conflicto de este Reglamento permiten determinar el Derecho aplicable al contrato entre el representante y un tercero<sup>63</sup>. Sin embargo, quedarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I la capacidad de las partes para celebrar este tipo de contratos (se aplicaría el art. 9.1º Cc) y también si el representante puede obligar al representado frente a terceros (a esta cuestión se aplicaría el art. 10.11º Cc y se estudiará más adelante cuando se analice la Ley aplicable a la representación voluntaria).

La Ley aplicable a este contrato la pueden elegir las partes en virtud del art. 3 del citado Reglamento. En defecto de elección, se debería acudir al art.

---

<sup>62</sup> A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Contratos internacionales II: contratos en particular”, en *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2018, p. 1069.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 1073.

4.3º del Reglamento Roma I, por lo que resultaría de aplicación la Ley del país con el que el contrato presenta vínculos más estrechos. En concreto, la doctrina ha considerado que dicha Ley podría ser la de la residencia habitual del mandante<sup>64</sup>. Este punto de conexión podría ser un punto de conexión muy adecuado cuando se trata de un mandato preventivo. En atención a este punto de conexión, el contrato de mandato podría quedar regulado por una ley próxima y previsible para todas las partes involucradas (mandante, mandatario y tercero).

En cuanto a los aspectos formales del contrato de mandato se deberá atender a lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento Roma I. Este precepto diferencia distintos escenarios: 1) si las partes que celebran el contrato de mandato se encuentran en el mismo país al momento de la celebración, la forma del contrato será válida si se ajusta a la Ley que rija el fondo del contrato en base al Reglamento o la Ley del país de celebración (art. 11.1º Reglamento Roma I); 2) si las partes no se encuentran en el mismo país al momento de la celebración, la forma del contrato será válida si se ajusta a lo dispuesto en la Ley que rige el fondo del contrato en base al Reglamento Roma I, o la Ley de los países en los que se encuentra cualquiera de las partes o sus representantes en el momento de la celebración o la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento.

#### C) La Ley aplicable a la representación voluntaria

Respecto a la Ley aplicable a la representación voluntaria, la norma de conflicto aplicable es el art. 10.11º CC<sup>65</sup>. Esta norma se aplica al “fenómeno representativo” y no al contrato de representación o mandato que estudiamos en el apartado anterior. El ámbito de aplicación de la Ley que se determina mediante el art. 10.11º Cc es el siguiente<sup>66</sup>: 1) La vinculación jurídica entre el representado y tercero; 2) Las facultades jurídicas del representante. Los trámites o gestiones que el mandatario está autorizado a realizar en base a ese poder; 3) Los aspectos que tienen que ver con “el

---

<sup>64</sup> A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, p. 264.

<sup>65</sup> Sobre este precepto *vid.* en la doctrina A. Borrás Rodríguez, “Art. 10.11º Cc”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. II, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 788-795; J. Carrascosa González, “Art. 10.11”, en M. Pasquau Liaño, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 314-317; J.C. Fernández Rozas, “Art. 10.11º Cc”, *Comentario al Código Civil Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 133-136.

<sup>66</sup> A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Contratos internacionales II: contratos en particular”, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1072; A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto...*, *op. cit.*, p. 267.

fondo” del poder. En otras palabras, todo lo que tiene que ver con la existencia del poder, su alcance, su renovación y su extinción.

Los puntos de conexión que recoge este precepto son dos: 1) *La Ley elegida*. Esta elección debe ser expresa. La doctrina ha sostenido diferentes tesis en relación a si la elección debe entenderse trilateral (la elección de ley la realiza el representante, el representado y el tercero), bilateral (la elección de ley la realiza el representante y el representado) o unilateral (la elección de ley la realiza el representado)<sup>67</sup>. A nuestro juicio la elección debería ser unilateral, ya que la representación voluntaria es un negocio unilateral, no es un contrato, por lo que solo el mandante o poderdante es el que debería elegir el Derecho aplicable a la representación voluntaria; 2) *La Ley del país donde el representante ejercita las facultades conferidas*.

En cuanto a la forma del poder, el art. 10.11º CC no es aplicable, sería de aplicación otra norma de conflicto del CC español, el art. 11. Esta norma de conflicto señala que la Ley aplicable a la forma puede ser el Derecho aplicable del país donde se otorgó el poder. La doctrina ha señalado que este punto de conexión facilita la validez formal de un poder otorgado en el extranjero<sup>68</sup>.

D) *La Ley aplicable por el juez español a un poder preventivo creado en el extranjero*

A lo largo de la exposición debido a que partimos de que el adulto otorga un poder preventivo como medida de protección en un futuro por eso nos hemos referido a las normas de conflicto aplicable al contrato de mandato y a la representación voluntaria. No obstante no se puede pasar por alto otro escenario, también posible en la protección del adulto y es el Derecho aplicable a la representación legal. Esta representación se deriva por imperativo legal y en el caso de los adultos será la Ley aplicable que determine el art. 9.6º.II Cc<sup>69</sup>. *V.gr.* en el caso de que el juez determinara que es necesario nombrar a un tutor para proteger a ese adulto vulnerable, la Ley aplicable a esa representación legal, será el Derecho aplicable a la tutela, Ley que se determina mediante el ya citado art. 9.6º.II Cc.

Sin embargo, qué sucede en esos casos en los que un juez debe adoptar medidas para proteger a un adulto pero éste celebró un contrato de apoderamiento preventivo en el extranjero. Así cabría preguntarse si ese

---

<sup>67</sup> Para un mayor detalle de las distintas doctrinas *vid.* A.L.Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Contratos internacionales II: contratos en particular”, *loc. cit.*, pp. 1070-1071.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 1073.

<sup>69</sup> A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto...*, *op. cit.*, p. 268.

poder de representación puede continuar o debe el juez español revocarlo y lo que es más importante cuál es Derecho aplicable.

En primer lugar, un aspecto importante es qué medida de protección necesita ese adulto para quedar protegido. No es lo mismo que sea necesario incapacitar al adulto de forma permanente que velar por él y sus bienes durante un tiempo limitado. De este modo, a nuestro juicio, en la medida que sea posible, el juez debería respetar el apoderamiento preventivo siempre que resulte ser suficiente para proteger al adulto. De este modo, ese contrato de mandato debería continuar vigente y regirse por el Derecho aplicable al mismo.

En el caso de que ese adulto que otorgó un poder preventivo en el extranjero ahora deba ser incapacitado y por lo tanto con el poder otorgado no sea suficiente para protegerlo, sería necesario tener en cuenta la Ley aplicable a la incapacidad (*ex art. 9.1º Cc*), la Ley aplicable a la medida de protección para proteger al adulto (*ex art. 9.6º. II Cc*) pero sin perder de vista ese contrato de representación. En un primer momento, como medida preventiva, hasta que se declare la incapacidad, el representante puede ser nombrado por el juez guardador de hecho<sup>70</sup>. Al dictar sentencia el juez deberá decidir si mantiene ese poder de representación, lo modifica o lo revoca teniendo en cuenta el contrato de representación y la Ley que rige el mismo. Como ya ha señalado la doctrina, la opción deseable sería que se pudiera compatibilizar ese negocio jurídico con la medida de protección que se considera mejor opción para proteger al adulto<sup>71</sup>. Esta combinación armónica puede resultar compleja, especialmente en los supuestos en los que resulte de aplicación Leyes de distintos ordenamientos extranjeros. Así, solo en el caso concreto se podrá apreciar en atención a las consideraciones del juez si ese apoderamiento preventivo puede constituir o no una parte importante de la protección del adulto.

#### E) La validez en España de un poder otorgado en el extranjero

Otro escenario diferente y muy relacionado con la propuesta de un certificado europeo de poderes de representación tiene lugar cuando una persona es representante de otra y quiere hacer uso de ese poder en otro país diferente de donde se otorgó. Antes de analizar la propuesta de certificado europeo de poderes de representación sería necesario saber cómo un poder otorgado en el extranjero puede ser válido en España. La

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 265.



mejor forma de abordar esta explicación es retomando el ejemplo práctico que se exponía en la introducción.

Señor francés residente en Marbella otorga un poder en París en 2010 a favor de su mejor amigo. Este señor francés reside ahora en España, sufre un accidente y se encuentra hospitalizado. Su amigo necesita utilizar el poder para poder hacer frente a varios pagos pero antes de poder actuar en nombre de su amigo con un poder otorgado en el extranjero debe ese poder desplegar efectos en España.

Un poder otorgado en este caso en Francia ante notario francés podrá ser válido en España si se ajusta a los siguientes requisitos<sup>72</sup>: 1) El poder debe ajustarse a la Ley aplicable al fondo (art. 10.11º Cc); 2) El poder debe ajustarse a la Ley aplicable a la forma (art. 11 Cc); 3) También es necesario verificar quién ha sido la autoridad que lo ha emitido y la autenticidad del documento.

En cuanto al *fondo*, en atención al art. 10.11º Cc, la Ley aplicable al fondo del poder será la Ley elegida por el mandante o en su defecto la Ley del país donde se ejercitan las facultades de representación. En este caso, el mandante no eligió expresamente el Derecho aplicable, por lo tanto, es el Derecho español el que debe regir la Ley aplicable al fondo del poder por ser la Ley del país donde se va a utilizar el poder. En relación a la *forma*, será de aplicación el art. 11 Cc, en base a esta norma de conflicto se podría aplicar a la forma el Derecho francés (Ley del país en el que se otorgó) o el Derecho español (Ley aplicable a su contenido).

Respecto a la *autoridad* que otorgó el poder y los *requisitos de autenticidad* que tendría que verificar la autoridad española que estudie la validez de este poder otorgado en el extranjero se debería tener en cuenta lo siguiente: a) Si la autoridad que lo emitió era una autoridad pública extranjera o no. En este caso así era. El poder se otorgó ante notario en París. Al tratarse de un notario extranjero pero de tradición Latina y con el desempeño de funciones similares al notario español, la calificación no debe plantear problemas. Más dificultades se plantean en el caso de que el poder no hubiera sido otorgado por autoridad pública extranjera pero la legislación española así lo exigiera, es necesario analizar qué papel desempeñó esa autoridad pública para poder precisar si actuó de forma similar a un notario español<sup>73</sup>; b) El poder otorgado en el extranjero se debe presentar legalizado o apostillado (art. 323.2.2º LEC) y traducido ante las autoridades españolas (art. 144.1º LEC).

---

<sup>72</sup> A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales II: contratos en particular", *loc. cit.*, pp. 1074-1075.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 1074.

Una vez cumplido todos estos requisitos y verificados por la autoridad española correspondiente, el señor francés podrá ser representado por su amigo en España. Sin embargo, si el señor francés poseyera bienes en Alemania y necesitara que su amigo le representara en ese otro país europeo, *v.gr.*, para vender en su nombre alguno de sus bienes. Antes de poder ejercer tal representación, se debería cerciorar de todos los aspectos de Derecho internacional privado en relación al contrato de mandato, la representación voluntaria y la validez de los poderes otorgados en el extranjero en el ordenamiento alemán.

### 3. El certificado europeo de poderes de representación

Como hemos estudiado uno de los aspectos sobre los que existe una gran diferencia normativa entre los Estados miembros es lo relativo a los poderes de representación también denominados *private mandates*. De este modo, existen ordenamientos donde es necesario acudir al notario para formalizar un apoderamiento preventivo, sin embargo, existen otros ordenamientos europeos en los que la formalización se podría llevar a cabo con un abogado. Las dificultades de los poderes privados sobre todo tiene que ver con los efectos de los mismos en el tráfico jurídico internacional. Esto es así porque presentan efectos no solo en la relación entre la persona que otorga el poder (el mandante) y la persona que debe ejercerlo (mandatario) si no también en la relación que podría existir entre el mandante y/o el mandatario y un tercero<sup>74</sup>.

Por lo tanto, ese posible certificado europeo de representación se debería concebir como un instrumento que permitiera garantizar efectos uniformes de los poderes de representación con independencia de cuál fuera el país europeo de emisión y el país de destino. A pesar de que existan divergencias en los derechos materiales sobre la representación, pero lo mismo sucede con el Derecho de sucesiones. No en todos los Estados europeos existen las mismas normas materiales sobre la sucesión *mortis causa*, pero eso no ha imposibilitado a que exista un certificado europeo que permita acreditar la condición de heredero o legatario en un país europeo distinto a donde se emite sin tener que superar un proceso de revisión adicional sobre su validez. El CSE, al igual que el certificado que proponemos, es un reflejo de la confianza mutua entre ordenamientos europeos. Por lo tanto, nos parece plausible que se vuelva optar por este tipo de instrumento en una materia diferente como es la protección del adulto.

Un aspecto, entre los muchos a tener en cuenta si se llegara a crear este certificado de poderes, sería tener presente todas las áreas del derecho que

---

<sup>74</sup> R. Frimston, y otros, *The International Protection of Adults*, *op. cit.*, p. 34.

se ven afectadas por este instrumento. Dos de ellas serían el Derecho de los contratos y el Derecho de las personas en relación a su estatus y capacidad. De este modo, se debería tener presente la conexión de ambas disciplinas desde la perspectiva internacional privatista y también desde la perspectiva del Derecho material. Esto es así porque en algunos ordenamientos donde no se prevé el apoderamiento preventivo como figura para proteger al adulto, en caso de incapacidad, el poder de representación cesa<sup>75</sup>. Este sería un aspecto a valorar porque como sucedió con el CSE, algunos derechos materiales europeos se tuvieron que modificar en cierta medida para que el CSE pudiera cuadrar con el Derecho nacional. Por lo tanto, algunas modificaciones del Derecho nacional puede que sean necesarias para que este certificado europeo de poderes de representación pueda crearse.

A nuestro juicio, teniendo en cuenta lo ya analizado en relación al RES en otros trabajos previos<sup>76</sup>, las características de este nuevo certificado sobre poderes de representación deberían ser las siguientes<sup>77</sup>:

- 1) *Complementario y al mismo nivel que otras figuras de los Estados miembros dispusieran en sus ordenamientos nacionales sobre la materia.* No debe concebirse como obligatorio, si no como una opción más a disposición de los ciudadanos europeos. Por lo tanto, su existencia no obsta para que se puedan utilizar otros instrumentos nacionales para probar la condición de representante. Pero de la misma forma que sucede con el CES, las autoridades nacionales no se pueden negar a que se utilice en su estado. No es posible que desincentiven su uso para aplicar una figura nacional análoga.
- 2) *No constitutivo.* El certificado europeo de poderes de representación no debería concebirse como un documento constitutivo, es decir no atribuiría condición alguna, solo serviría como instrumento de prueba. De igual manera sucede con el CSE. Éste no atribuye condición

---

<sup>75</sup> Así sucedía en el ordenamiento jurídico español hasta el año 2003. En virtud del art. 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de personas con discapacidad (BOE 19.11.2003) se añadió un segundo apartado al art. 1732 Cc lo que permite que el mandato no se extinga por causa de incapacidad siempre que se hubiera previsto en el mismo que el mandatario puede seguir ejerciendo tales poderes de representación incluso cuando el mandante hubiera devenido incapaz.

<sup>76</sup> *Vid. ad ex.* I. Antón Juárez, "El certificado sucesorio europeo", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Litigación internacional IV. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, pp. 315 ss.

<sup>77</sup> *Vid.* sobre este particular el Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 42-55 [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

de heredero alguna ni tampoco es un requisito para la adquisición de la herencia<sup>78</sup>.

- 3) *Uso acotado*. El certificado europeo de poderes de representación debería utilizarse para los asuntos que presenten un elemento extranjero. Así, del mismo modo que en el CSE, debería poder desplegar efectos tanto en el Estado de emisión como en otro Estado miembro donde se necesite ejercer los poderes de representación<sup>79</sup>.
- 4) *Su naturaleza no debería ser la de una resolución judicial, ni de una transacción judicial o documento público*. El certificado europeo de poderes de representación debe ser un documento europeo, con naturaleza propia y diferente a la de una resolución judicial, transacción judicial o documento público nacional. El hecho de ostentar una naturaleza diferente permite que su naturaleza propia sea “su idoneidad para circular” entre Estados europeos sin necesidad de superar un procedimiento de reconocimiento específico.
- 5) *Formalista*. Para poder conseguir que validez y efectos sean iguales en todos los Estados europeos es necesario que se base en modelos o formularios uniformes. Así, el procedimiento para su solicitud, expedición, modificación, oposición y revocación será homogéneo. A nuestro juicio, cuanto menos espacio se le deje al Derecho nacional para regular las cuestiones procedimentales que afectan al certificado, mejor, más uniforme será el certificado y menos divergencias existirán entre Estados parte.
- 6) *Presunción de veracidad*. El certificado debe presumirse válido para demostrar que esa persona representa a otra bien en atención a la Ley que protege al adulto u otra Ley que resulte aplicable a aspectos particulares<sup>80</sup>. Esa otra Ley podría ser la Ley aplicable al contrato de mandato. La persona que aparece como representante debe ser considerada como facultada con todos los poderes que el certificado confiere salvo que se disponga algún tipo de limitación en el mismo. Como ya se ha señalado, el objetivo es que el certificado pueda circular con los mismos efectos entre los Estados miembros. Para ello, la presunción de veracidad no se puede cuestionar. Un problema recurrente en la actualidad con la representación del adulto es la extensión del poder de representación y la situación de inseguridad

---

<sup>78</sup> I.A. Calvo Vidal, *El certificado sucesorio europeo*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69.

<sup>79</sup> Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, p. 42 [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 43.

jurídica en la que queda el tercero (*v.gr.* una entidad bancaria) que se relaciona con el mandatario de un poder. Esa protección del tercero debería ser más amplia que la que se recoge en el art. 17 CHPIA. Este precepto solo opera cuando ambas el representante y el tercero operan en el mismo Estado. La aplicabilidad de esa protección al tercero es dudosa en asuntos transfronterizos<sup>81</sup>. Por ese motivo, se debería seguir lo dispuesto en el art. 69 RES para configurar este nuevo certificado. Sin embargo, a nuestro juicio, se debería ser más preciso que en el CSE e intentar solventar los problemas que deja abierto el art. 69 RES. Así, *v.gr.*, se debería dar solución a problemas que surgen cuando existen dos certificados que acreditan la condición de representante y ambos se han utilizado en el tráfico jurídico, qué actos realizados en torno al mismo son los que despliegan efectos. En otras palabras, ¿qué certificado de poderes de representación prevalecería? ¿el nacional o el europeo?. Esta es una cuestión que el art. 69 RES deja abierta. Sin embargo, consideramos que se debe aprovechar la experiencia del CSE para evitar cometer los mismos errores e intentar homogeneizar al máximo el funcionamiento y los problemas que en el tráfico jurídico pueden surgir en torno al mismo.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

La protección internacional del adulto es una obligación pendiente en el Derecho internacional privado europeo. Uno de los motivos que explican esta inacción por parte del legislador europeo es debido a que no existe ninguna homogeneización en materia europea sobre la capacidad de las personas físicas. Es una materia que siempre se ha excluido de las normas de Derecho internacional privado europeo. No obstante, ha llegado el momento de que esa inacción se deje atrás y se empiecen a tomar medidas concretas con el fin de mejorar la protección internacional del adulto. Entre ellas especialmente deberían considerarse las que hacen partícipe al adulto en su protección, aquellas que son resultado del ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual. Junto con éstas, también se debería pensar en fórmulas que permitan la libre circulación de medidas de protección adoptadas por los tribunales o autoridades de unos estados europeos en otros. Todo ello sin olvidar instrumentos que potencien la consecución de un espacio europeo único de justicia mediante el cual un poder de representación se origina en un Estado y puede válidamente desplegar

---

<sup>81</sup> Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, p. 43 [[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Protection\\_of\\_Adults\\_in\\_International\\_Situations.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf)].

efectos en cualquier estado europeo sin cuestionarse el derecho material conforme al cual se ha creado.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 163-185.
- Álvarez Torné, M.: "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *REEL*, nº 32, 2016, pp. 1-18.
- Antón Juárez, I.: "El certificado sucesorio europeo", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Litigación internacional IV. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, pp. 315-362.
- Borrás Rodríguez, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes", *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2015, pp. 1286-1308.
- : "Qué ha significado 2014 para la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 697-720.
- : "Art. 10.11º Cc", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo I, vol. II, 2ª ed., Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 788-795.
- Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: "Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 9-13.
- : "Persona física", *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 3-71.
- Campoy Cervera, I. (coord.): *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005.
- Carrascosa González, J.: "Art. 10.11", en M. Pasquau Liaño, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 314-317.
- Curry Sumner, I.: "Vulnerable Adults in Europe. European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults", en *Protection of Vulnerable Adults, Accompanying the European Parliament's Legislative Initiative Report* (Rapporteur: Joëlle Bergeron), 2016, pp. 18-99.
- Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en M. Alonso Pérez y E.M. Martínez Gallego, *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, 2004, pp. 443-470.
- Fernández Rozas, J.C.: "Art. 10.11º Cc", *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 133-136.
- Franzina P.: "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 127-145.
- : "La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana", *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 748 ss.

—: *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Pádua, Cedam, 2012.

Frimston, R.: “Key concepts in private international law”, en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. D. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015, pp. 8–36.

Iriarte Ángel, J.L.: “La protección de adultos en Derecho internacional privado”, en A. Borrás Rodríguez y G. Garriga Suau, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 203–218.

Lagarde, P.: *Convention Protection des adultes. Rapport explicatif*, Publié par La Conférence de La Haye de droit international privé Bureau Permanent, 2017.

Lipp, V.: “Chapter 22. Germany”, en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. D. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015, pp. 375–385.

Muñoz Fernández, A.: “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 287–300.

—: *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

Rueda Valdivia, R.: *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998.

Siehr, K.: “Das Haager Übereinkommen Über den internationalen Schutz Erwachsener”, *RabelsZ*, 2000, pp. 715–751.

Van Overdijk, C.: “Chapter 11. England and Wales”, en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015, pp. 179–216.

Wehmeyer, M.L. (coord): *The Story of Intellectual Disability – An evolution of Meaning, Understanding, and Public Perception*, Brookes, 2013.