

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA LEY 8/2021

Personal autonomy and the law of missing persons after the last reforms of the Spanish Civil Code (particularly, after Statute n° 8/2021)

MARÍA E. ROVIRA SUEIRO
maria.rovira@udc.es
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Rovira Sueiro, M^a E. (2022).

La autonomía de la voluntad y la declaración de ausencia a la luz de las últimas reformas del CC
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 109-147

(Recepción: 18/10/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen

La libertad de la persona a la hora de configurar sus relaciones jurídicas y las situaciones a las que se llega como consecuencia de las mismas han experimentado un notable impulso en los últimos años llegando a alcanzar ámbitos hasta hace relativamente poco impenetrables. En el presente estudio se lleva a cabo una reinterpretación de la normativa de la ausencia desde la perspectiva de la reforma operada por la Ley 8/2021. A nuestro juicio los nuevos paradigmas instaurados en el Código civil para garantizar la igualdad de derechos de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica tienen mayor trascendencia que la inicialmente se preveía siendo una buena prueba de ello el contenido de este trabajo.

Abstract

The freedom of individuals to shape their legal relationships and the situations that arise as a result of them, have experienced a significant boost in recent years, reaching areas that were impenetrable until relatively recently. In the present study, a reinterpretation of the absence regulation is carried out from the perspective of the reform brought into operation last year. In our opinion, the new paradigms established in the Civil Code to guarantee the equal rights of persons with disabilities in the exercise of their legal capacity have greater importance than initially foreseen, and the content of this work is a good example of this.

Palabras clave

Declaración de ausencia, poder de administración, poderes preventivos, mandato, representante legal, tutela.

Key words

Declaration of absence, power of administration, preventive powers, legitimate representative, guardianship.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO SUPLETORIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL. III. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS VOLUNTARIAS EN PREVISIÓN DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La razón de ser de la presente reflexión radica en el paulatino incremento de la autonomía de la voluntad en ámbitos en los cuales, hasta hace relativamente poco, resultaba algo impensable. El Derecho de la persona y el Derecho de familia vienen experimentando notables modificaciones consecuencia del cada vez mayor alcance de la libertad de los sujetos para configurar su esfera jurídica más allá del terreno estrictamente patrimonial, sede en la que por antonomasia alcanzaba su mayor impronta la autonomía privada, en sus dos vertientes preceptiva (negocio jurídico) y frutiva (derecho subjetivo). Un exponente claro de ello es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹, que toma en consideración a ultranza la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Si trasladamos esta nueva orientación a la regulación de la declaración de ausencia legal, más allá de plantear la conveniencia de su reforma legislativa, nos lleva a preguntarnos si es necesario proceder ya a una relectura o reinterpretación de las previsiones legales y en concreto a formularnos numerosas cuestiones: ¿Es posible aumentar el plazo para solicitarla o incluso evitar total o parcialmente su judicialización si se otorgase un poder más allá de los supuestos previstos y contemplase una futura situación de ausencia? ¿Puede preverse por el propio sujeto afectado en atención a una posible situación de ausencia quién y cómo ejerza la representación legal? En definitiva, ¿puede una persona en ejercicio de su autonomía de la voluntad adoptar medidas en previsión de su desaparición o ausencia que sustituyan o modalicen el régimen legal que, en consecuencia, se convierte en supletorio de dicha voluntad?

¹ BOE núm.132, de 3 de junio de 2021.

En concreto, nuestra investigación, como se puede advertir de lo afirmado, se va a centrar en el régimen jurídico de la declaración de ausencia ya que, por una parte, hemos detectado ciertas incoherencias y lagunas, consecuencia de acometer reformas de gran calado, como ha sido la operada por la mencionada Ley 8/2021 que en el ámbito de la declaración de ausencia obliga a reinterpretar el alcance de las remisiones a instituciones que han sufrido un cambio notable, como por ejemplo la tutela. Por otra parte, más que de resolver un problema, se trataría de desarrollar la reflexión que surge como consecuencia de un análisis detallado de los principios que inspiran las últimas modificaciones del Derecho civil y, en consecuencia, plantear la posibilidad de adoptar medidas voluntarias en previsión de la situación de ausencia y, en especial, otorgar un poder que subsista en caso de ausencia más allá de los términos y plazos del actual art.183 CC o que entre en vigor como consecuencia de dicha declaración.

El mayor nivel de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los poderes otorgados por el ausente es algo que nos venimos planteando desde la reforma operada por la ley 41/2003 y que consideramos que se ha visto muy impulsado y reforzado por la Ley 8/2021, que introduce de forma más precisa la efectividad de los poderes preventivos en relación a una discapacidad a través del establecimiento de una regulación más pormenorizada y no tan cautiva de las normas del contrato de mandato. Si ha desaparecido el interés superior de la persona con discapacidad como principio rector de esta materia y se ha sustituido en buena medida por la primacía de su voluntad, deseos y preferencias, aunque evidentemente con los matices y límites que va dibujando su puesta en práctica (*v.gr.*, STS de 8 de septiembre de 2021 [ECLI:ES:TS:2019:502]), consideramos que el interés del ausente, que es al que fundamentalmente se atiene su régimen jurídico, junto con el de otras personas (por ejemplo si concurre alguna especialmente vulnerable como sería la existencia de menores a su cargo) nos ha llevado a cuestionarnos cuando menos la eventual subsistencia del poder más allá del transcurso del plazo previsto en el art.183 CC, pero incluso a dar un paso más y plantearnos la eventual posibilidad no ya de su subsistencia, sino de un apoderamiento preventivo en sentido estricto para el caso de incurrir en un futuro en un supuesto de ausencia legal. Hay que tener presente: 1) que la situación de ausencia no tiene necesariamente que ser provocada de forma voluntaria por la persona, antes al contrario; y, 2) que la regulación de la misma apenas ha sido modificada desde el año 1939, como se verá más adelante, la cual está muy alejada de la voluntad de la persona afectada.

Asimismo, desde otra perspectiva, una relectura crítica de la institución objeto de estudio nos ha llevado a tomar conciencia de que en los últimos tiempos el Derecho de la persona ha sido objeto de un complejo entramado de reformas con un calado incluso mayor, si cabe, que las llevadas a cabo en su día para adaptar nuestro Código Civil a las exigencias del nuevo orden constitucional. Y como suele ocurrir cuando se acometen cambios tan trascendentales, algunas cuestiones quedan olvidadas o simplemente no tienen cabida al amparo de la legislación anterior y otras resurgen o nacen con fuerza, reavivando, en cualquier caso, el inacabado debate de la impronta de la autonomía privada en el terreno de la autodeterminación de la persona. Es precisamente en este ámbito en el que se contextualiza nuestro trabajo. El hecho de que se pueda retrasar la declaración de ausencia si existe una representación, ya sea legal o voluntaria, que abarque todos los negocios de la persona, y el hecho de que en el ámbito de la persona se regule el poder en los términos en lo que se hace, incluyendo su vigencia, a pesar o como consecuencia de una situación de discapacidad, nos lleva a plantearnos seriamente la necesidad de, cuando menos, revisar el contenido actual del régimen jurídico de la ausencia, que se ha mantenido al margen de la última gran reforma lo que, a nuestro juicio, se traduce en un alejamiento notable del juego de la autonomía de la voluntad que, sin embargo, se va abriendo camino para encontrar espacio en terrenos hasta ahora vetados y que poco a poco se han ido ganando en aras de lograr una mejor protección de la persona, que ahora se considera se produce cuando es más acorde con su voluntad, deseos y preferencias.

En efecto, la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ha fructificado en la reforma del año 2021 la cual ocupó una parte importante de los debates jurídicos incluso bastante antes de su aprobación, una vez que trascendió el contenido del anteproyecto de Ley que finalmente se convertiría en la Ley 8/2021. En tal sentido, no puede extrañar que sea precisamente la aprobación de ésta y la convulsión que ha generado en sus meses de vigencia el acicate que nos ha impulsado a estudiar con cierto detalle si alcanza o no de manera mediata otros ámbitos no contemplados y que quizá, a primera vista, resulten inimaginables.

Partiendo de las consideraciones anteriores, analizaremos el régimen jurídico de la ausencia, atendiendo al nuevo paradigma que subyace en el tratamiento de las personas con discapacidad y su traducción en la vigente regulación de los poderes preventivos y la autocuratela, y trataremos de formular y justificar lo que, a nuestro juicio, sería la correcta interpretación *de lege data*, adaptada a la realidad jurídica y legislativa actual, que además podría servir para elaborar una solución de *lege ferenda* respecto de dicha situación.

II. LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO SUPLETORIO DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

La declaración de ausencia está regulada en el Código civil en los arts. 181 a 192. Se trata de una materia que ha sufrido pocas modificaciones, realmente sólo han sido dos de forma directa, y que se mantiene prácticamente en los mismos términos desde el año 1939 hasta el 2015. En efecto el principal cambio se produjo por obra de la Ley de 8 de septiembre de 1939² cuya finalidad era hacer frente a «la necesidad de reformar el Título octavo, Libro primero del Código civil, referente a la ausencia para adaptarlo a las circunstancias actuales, modificación harto desatendida, ya que la revisión decenal del Código, que en el mismo se preceptuaba, no tuvo lugar durante los años transcurridos desde su promulgación. (...)»³. La otra gran reforma se llevó a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, que afectó a la gran mayoría de los preceptos⁴ (dejando al margen la reforma puntual del art. 189 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)⁵.

La razón de ser de la ausencia no es otra que la de proteger los intereses del ausente y así fue puesto de relieve en su día por el profesor DE CASTRO (1952) al hilo de sus caracteres, los cuales, por lo demás, son perfectamente extrapolables a la actualidad a pesar de las reformas sufridas desde entonces. En particular el mencionado autor señala que «todo el funcionamiento de la ausencia legal se regula contemplando la conservación y defensa del patrimonio del ausente»⁶ y añade que «la nueva regulación de la ausencia afirma, de forma aún más terminante que la anterior, la finalidad protectora de la representación del ausente»⁷, toda vez que la declaración de ausencia le afecta directamente en cuanto «significa colocar en administración, sin su voluntad, «*in complexo*», a su patrimonio «presente» mientras que no sea dejado sin efecto el auto de declaración de ausencia»⁸ (hoy en día sería mediante Decreto de declaración de ausencia).

² BOE 19 de octubre de 1939, núm.292, pp. 5846-5851.

³ Y sigue afirmando que «Esta exigencia ha tenido en estos últimos años especial agravación por sumarse a los motivos ordinarios de la Ley, las circunstancias excepcionales porque ha pasado nuestra Nación con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas, originando situaciones jurídicas inciertas que es preciso resolver» (BOE 19 de octubre de 1939, núm.292, p. 5846).

⁴ Es decir, todos excepto los arts.182, 188 a 192 CC.

⁵ BOE 29 mayo 1981, núm.119, pp.10725-10735.

⁶ De Castro (1952:513).

⁷ *Ibidem*, p.519.

⁸ *Ibidem*, p.513.

Por lo que respecta al tenor literal del Código civil, el vigente art.183 establece que «se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. Segundo. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes. La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente».

Lo cual se completa con el art. 184 CC en el que se nos indican las personas llamadas a ejercer la representación legal del ausente, sea como representantes legítimos o dativos. Así se prevé en dicha norma que «salvo motivo grave apreciado por el Secretario judicial⁹, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones: 1.º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho. 2.º Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor. 3.º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea. 4.º A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el Secretario judicial, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio».

Por lo tanto, firme la resolución en la que se declara la ausencia de la persona, esto es, probado el transcurso de uno o tres años desde la desaparición o en su caso desde el inicio de la falta de noticias, se nombra un representante legal atendiendo al orden previsto en el art. 184 CC y, dependiendo de la persona en la que recaiga el nombramiento, así será el alcance de sus obligaciones, derechos e incluso retribución.

⁹ Actualmente tras 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*, el Secretario judicial pasa a ser llamado Letrado de la Administración de Justicia (arts. 440 y ss. de la LOPJ), aclaración que no repetiremos por economía del lenguaje.

A la persona que resulte nombrada representante se le conferirá la posesión temporal de los bienes, tal y como prescribe el art. 186 CC¹⁰ pudiendo hacer suyos los productos líquidos en la cuantía que se señale, pero no podrán disponer de los mismos salvo caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Letrado de la Administración de Justicia.

Respecto a este punto nos parece especialmente interesante poner de relieve, siguiendo a DÍEZ GARCÍA (2013)¹¹, que lo previsto en el transcrito art. 186 CC no implica que los representantes sean los dueños de los frutos, lo que en realidad se persigue con tal previsión es que los representantes queden indemnes de su cargo, por lo que se trata de una forma, si se quiere peculiar, de ser reembolsados por los pagos que haya podido realizar, o, incluso, de que los reciban en concepto de retribución, remuneración *fructífera*¹², que se admite de manera expresa para el tutor en el art. 274 CC¹³. Por otra

¹⁰En concreto el mencionado artículo establece que «los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Los representantes legítimos comprendidos en el número 4.º del expresado artículo disfrutarán, también, de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Secretario judicial señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes. Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida».

En su momento se discutió el alcance de esa posesión temporal, en tal sentido De Castro en relación a la misma sostuvo que al añadirse el término posesión temporal se cuestionó si ello implicaba un cambio en la naturaleza de la representación, la similitud de palabras posesión provisional y posesión temporal podría llevar a considerar la incorporación en nuestro derecho de la figura de la posesión provisional propia del derecho francés, sin embargo ello no ocurre así tal y como el propio autor lo explica vid (De Castro, (1952:518 -519.).

¹¹ Díez García (2013:1986-1987).

¹² *Ibidem* p.1988.

¹³ Se refiere al anterior art.274 CC, en la actualidad la tutela se limita al ámbito de los menores de edad y por lo que respecta a su retribución está recogida en el art. 229 CC «El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

Salvo que los progenitores hubieran establecido otra cosa, y sin perjuicio de que dichas previsiones puedan modificarse por la autoridad judicial si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor». Por su parte la retribución del curador, que es el régimen de apoyo que sustituye a la tutela en relación a las personas con discapacidad, se regula en el art. 281 CC: «El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

parte, aunque el art. 186 CC no alude a los representantes dativos, con mayor razón habría que entenderlos incluidos y reconocérseles el derecho a una retribución con cargo al patrimonio del ausente. En este sentido ya se había pronunciado en su día DE CASTRO (1952)¹⁴.

Precisamente, en relación a esta última clase de representantes les serán de aplicación, por expresa remisión legal, las normas de la tutela en cuanto se adapten a su especial representación (art. 184 CC *in fine*), lo cual ya en su día planteó la cuestión de que «*inclusio unius exclusio alterius*» se pueda negar la aplicación analógica de las reglas de la tutela a la representación legítima¹⁵; sin embargo, como puso de relieve el maestro DE CASTRO (1952), existen razones de mayor peso para afirmar lo contrario: «La remisión directa en el caso de la representación dativa se explica, porque en ésta hay obligación de prestar fianza, rendir cuentas y límite inferior de remuneración; coincidencias con la tutela que no se dan en el representante privilegiado. Luego, por descuido de redacción, no se tuvo en cuenta la equiparación general entre el representante dativo y el hermano y no se advirtió que al decir «para ellos» en el último párrafo del artículo 185, se refería a los representantes dativos, la adaptación de las causas de inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No obstante, no ha de haber duda sobre la aplicación de tales causas a todos los representantes del ausente; y ello no sólo por la evidente analogía de las situaciones, sino porque a esta conclusión ha de llegarse respecto a los casos de más interés, conforme a la letra del artículo 184 CC, que autoriza al Juez para que por «motivo grave» deje de nombrar a los llamados a la representación legal, ya sea por inhabilidad, ya sea por alegarse excusa digna de ser estimada».¹⁶

El hecho de que se remita a la tutela y que ésta haya sufrido una importante modificación como consecuencia de la Ley 8/2021 es lo que la convierte en uno de los temas claves de nuestro trabajo y acapare buena parte del contenido de este epígrafe e incluso del siguiente.

Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal (...).

¹⁴ De Castro (1952:519).

¹⁵ Serrano y Serrano (1943:159) quien también afirmó que: «en contra de todo eso, podemos citar que, conforme a lo que decimos en este capítulo, la representación dativa atrae a gran parte de su régimen a los representantes legítimos hermanos del ausente»

¹⁶ *Cfr.* De Castro (1952:519-520).

Ahora bien, en cualquier caso, es preciso poner de manifiesto que el régimen jurídico actual de la ausencia no se agota con las previsiones del Código civil, sino que debe completarse con lo establecido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En primer lugar, nos encontramos con las previsiones específicas respecto de la declaración de ausencia legal (arts. 70 a 77), en las que, junto con las medidas provisionales que pueden acordarse *ex art.72 LJV* y la necesidad de elaborar el inventario de los bienes al que hace referencia el art. 185 CC¹⁷ (art.73 LJV)¹⁸, destaca el art. 71 LJV que regula el expediente para el nombramiento del representante del ausente y hace un llamamiento a las normas de la tutela «sobre nombramiento de los tutores, la aceptación, excusa y remoción de su cargo, la prestación de fianza y la fijación de su retribución, así como la obtención de autorizaciones y aprobaciones para la realización de determinados actos referidos a bienes y derechos del ausente, y su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial». Esta remisión se efectúa, en principio, respecto de los representantes dativos, pero en este punto cabe reproducir lo indicado en su día por DE CASTRO respecto del Código civil en relación a que, pese a la letra de la norma, debe aplicarse la remisión a los legítimos en aquellos aspectos en que sea necesaria la integración normativa¹⁹.

En todo caso, como puede advertirse, se trata de una regulación aparentemente muy concisa, en la medida en que utiliza la técnica de la remisión a la normativa de la tutela, en virtud de la cual resultarán también de aplicación a la ausencia las disposiciones de la Ley de Jurisdicción voluntaria sobre la materia (arts. 43 a 52 y 61 a 65 de la LJV), las cuales siguen regulando conjuntamente la tutela y la curatela, junto con, en algunos extremos, la administración de los patrimonios protegidos (*vid.* art. 61 LJV) y la guarda de hecho (art. 52 LJV), ya que constituye el régimen general para los expedientes relativos a las medidas de protección de las personas. Esta normativa ha tenido que ser redactada de nuevo como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, al limitar la tutela al ámbito de la minoría de edad y ampliar el contenido de la curatela, configurando ésta como medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y conferirle facultades no meramente

¹⁷ En concreto el art.185 CC establece que: «El representante del declarado ausente quedará atenido a las obligaciones siguientes: Primero. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado. (...)».

¹⁸ Inventario que incluya las deudas y obligaciones pendientes del ausente, en tal sentido Cabanillas Sánchez, A (2016:410).

¹⁹ *Vid. supra* nota 14.

asistenciales sino también representativas, en casos excepcionales, es decir, en aquéllos en los que no sea posible conocer ni reconstruir la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Llegados a este punto inevitablemente se suscita la cuestión de cómo afecta lo expuesto anteriormente a la regulación de la declaración de ausencia legal. Para responderla no podemos obviar que nos encontramos ante una situación especial constituida por una «titularidad interina, que confiere la administración de un patrimonio en situación de pendencia: que no es creada para atender de modo exclusivo (sólo principalmente como desvalido) el interés individual del ausente (de cuya existencia precisamente se duda), sino también para atender el interés objetivo de la conservación del patrimonio en favor de quien resulte ser el titular definitivo; lo que han de tener en cuenta tanto el representante como el Juez».²⁰ En relación al papel de la autoridad judicial hay que tener presente que tras la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, en materia de ausencia la competencia ya no le corresponde a él, sino que ha sido atribuida al Letrado de la Administración de Justicia.

Teniendo en cuenta lo afirmado hasta el momento se puede concluir, sin incurrir en excesos que, si bien parece evidente que, en principio, la regulación de la ausencia legal se habría mantenido ajena a los efectos de la reforma operada por la Ley 8/2021, la percepción cambia si procedemos a un análisis más pormenorizado del que resulta que sí le afecta notablemente. Al respecto, baste reparar en el mero hecho de que el régimen legal de la ausencia se remita a las normas de la tutela²¹ y que ésta haya cambiado ostensiblemente en cuanto medida de protección, hasta el punto de desaparecer respecto a las personas con discapacidad (art. 199 CC), en relación a las cuales se acude ahora en último término y de forma excepcional a la curatela cuando no existan otras medidas de apoyo eficaces, que son concebidas como preferentes, lo cual constituye un primer indicio del impacto de la Ley 8/2021, en esta materia, a pesar de ser de forma indirecta y que la remisión sea justamente la inversa, es decir, que las normas de la curatela constituyan el régimen supletorio de la tutela, a las que ésta se remite.

Para profundizar en esta materia nos parece conveniente centrarnos en un aspecto concreto, como es la retribución de los representantes de los ausentes, para posteriormente desde dicho supuesto inducir una regla de aplicación más general.

²⁰ De Castro (1952:520).

²¹ Cuando la tutela era el régimen general de protección de las personas con la capacidad judicialmente modificada.

Antes de la reforma de 2021 la tutela contaba con una regulación más pormenorizada, de ahí que las normas de la curatela se remitiesen a la tutela para su aplicación supletoria, tal y como se recogía expresamente en los antiguos art. 290 y 291 CC. En consecuencia, se regulaba la retribución del tutor en el anterior el art. 274 CC, junto con el art. 220 CC, si bien este último, como puso de relieve GARCÍA GARNICA (2013), con muy escasa aplicación en la práctica²², y dicha retribución resultaba también de aplicación supletoria a los curadores. Prueba de ello era la regulación conjunta en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Así el anterior art. 48 LJV establecía que «1. Si se solicitare por el tutor o curador el establecimiento de una retribución y no estuviera fijada en la resolución que hubiera efectuado su nombramiento, el Juez la acordará siempre que el patrimonio del tutelado o asistido lo permita, fijará su importe y el modo de percibirla, atendiendo al trabajo a realizar y al valor y la rentabilidad de los bienes, después de oír al solicitante, al tutelado o asistido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si fuera mayor de 12 años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el Juez como las partes o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas».

En la actualidad la curatela ha desplazado a un segundo plano a la tutela, que queda reducida al ámbito de los menores no emancipados, siendo una muestra clara la inversión en la remisión normativa, así, según el actual art. 223 CC, las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela y, según el art. 224 CC «serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela».

Por otra parte, tras la reforma de la Ley 8/2021, el Código civil regula de forma separada y expresamente la retribución del tutor y la del curador, en concreto a la del tutor se refiere el art. 229 CC²³ y a la del curador alude el art. 281 CC²⁴, consiguientemente

²² García Garnica, M^a C. (2013:..2079).

²³ En concreto el mencionado artículo establece que «El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio. Salvo que los progenitores hubieran establecido otra cosa, y sin perjuicio de que dichas previsiones puedan modificarse por la autoridad judicial si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor.»

²⁴ Literalmente prevé que «el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas

cabe colegir que, en el presente, en materia de retribución no hay remisión alguna entre ellas y cada una, tutela y curatela cuentan con su propia previsión legal. Sin embargo, la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, a pesar de haber sido modificada en esta materia por la Ley 8/2021, sigue regulando conjuntamente los expedientes en materia de tutela y curatela y, por lo tanto, también para la fijación de la retribución de tales cargos. En efecto el actual art. 48 LJV establece que «1.- Una vez firme la resolución por la que se constituya la tutela o se haya dictado sentencia en el procedimiento de provisión de apoyos, si el tutor o curador solicitare la retribución a que tienen derecho, el Juez la acordará, fijando su importe y el modo de percibirla tomando en consideración la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado. La decisión se adoptará después de oír al solicitante, a la persona con discapacidad, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el Juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas. El auto a que se refiere este artículo se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos. 2. El mismo procedimiento se seguirá para modificar o extinguir dicha retribución». Lo cual, no obsta, para que la concreta retribución que se fije dependerá de si se trata de un tutor o un curador, por cuanto habrá que supeditar lo previsto en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* al régimen sustantivo previsto en los arts. 229 o 281 CC según se trate de uno u otro.

Sentado lo anterior, podemos ya entrar a analizar si estos cambios repercuten en la retribución de los representantes del ausente, debiendo añadirse que trataremos conjuntamente bajo ese concepto la estricta retribución los representantes dativos como la asimilada atribución de frutos, rentas y aprovechamientos de los representantes legítimos.

A tal efecto debemos partir de que el art. 185 *in fine* CC establece que «serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial

con cargo a dicho patrimonio. Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal. No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública».

representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela (...)», entre los cuales está el art. 229 CC antes citado, y que el párrafo 2º del art. 71 de la LJV establece que «serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, las disposiciones establecidas en los Capítulos IV y VIII sobre nombramiento de los tutores (...) y la fijación de su retribución (...), que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial», por lo que el art. 48 LJV también resulta de aplicación.

Centrándonos primero en la remisión del art. 71 LJV, parece lógico sostener que el expediente regulado en la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* conjuntamente para tutela y curatela será también el cauce adecuado para todos los supuestos de representación del ausente, tanto cuando proceda fijar su retribución, como es el caso de los representantes dativos, como cuando deba establecerse la cuantía de los frutos, rentas y aprovechamientos que harán suyos, como es el caso de los representantes legítimos.

También parece claro que a quien compete la tramitación del expediente será siempre el Letrado de la Administración de Justicia. Es verdad que, en una primera aproximación podría plantearse que, dado que el art. 186 CC no contempla la competencia del Secretario Judicial al respecto, la remisión genérica que efectúa el art. 185 CC *in fine* al art. 229 CC podría hacernos pensar que la competencia para fijar la retribución de los representantes dativos debería corresponder a la autoridad judicial, al igual que sucede con la fijación de la retribución de los tutores²⁵. Pero dicha remisión sustantiva debe completarse con la que específicamente contiene la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* en sede de declaración de ausencia, pues en el art. 71 LJV, tras una remisión a las disposiciones establecidas en los Capítulos IV y VIII, se indica con toda claridad que «se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial», por lo que tales normas se aplicarán en cuanto regulen la tramitación, pero no en lo relativo a la determinación de la autoridad competente.

Mayor dificultad presenta determinar cuáles son las reglas sustantivas que debe seguir el Letrado de la Administración de Justicia para fijar la retribución de los representantes dativos. El art. 186 CC establece con claridad las normas para los representantes legítimos, con una diferencia entre los de los apartados 1º a 3º y el apartado 4º del art. 184 CC, pero omite toda norma respecto de los dativos. Por ello tenemos que acudir nuevamente a la remisión a la tutela. Esta tutela es la regulada antes de la reforma

²⁵ Vid. arts. 229 CC. y 48 LJV.

operada por la Ley 8/2021 y, por tanto, una tutela que estaba concebida como régimen de guarda común a menores y personas con discapacidad, en concreto las que tenían modificada judicialmente su capacidad y tenían un menor grado de autogobierno. Sin embargo, en la actualidad, como hemos indicado, ese régimen se ha dividido entre la tutela de los menores y la curatela, asistencial o representativa, como medida de apoyo de las personas con discapacidad, por lo que contamos con tres artículos del CC que se ocupan de la retribución, por una parte están los arts. 229 y 230 CC, que sustituyen parcialmente al anterior art. 274 CC, que era en puridad el que formaba parte del régimen jurídico de la tutela y que ahora se aplica a la tutela de los menores, y, por otra parte, el art. 281 CC, que recoge también parcialmente la previsión anterior del art. 274 CC, que resultaba aplicable a la curatela por la remisión que se hacía en los anteriores arts. 290 y 291 CC y que ahora constituye el régimen propio de la curatela de discapaces; a lo que se suma que, como antes indicamos, actualmente es el régimen jurídico de la tutela el que se completa con lo previsto respecto de la curatela²⁶.

Si damos un paso más y examinamos su contenido, podemos señalar que, con todo, los arts. 229-230 y 281 CC son bastante parecidos en cuanto a su tenor literal en el sentido de que, en ambos, por una parte, se hace depender la retribución de que el patrimonio de la persona lo permita y para la determinación de su cuantía fundamentalmente el juez tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes, y, por otra parte, se reconoce un derecho a reembolso de los gastos que se hayan realizado y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función. La principal diferencia estriba, por lo que a este contexto interesa, en que el art. 230 CC prevé que la indemnización solo proceda con carácter subsidiario «de no poder obtener por otro medio su resarcimiento», exigencia que no presenta el art. 281.

Aun siendo menor la diferencia, la pregunta es cuál de dichos artículos es el que procede aplicar para determinar los derechos de retribución y compensación de los representantes dativos del ausente. En principio parecería evidente la respuesta ya que, si el art 185 se remite a la tutela y el primero de ellos, el art. 229 CC, es el propio de la retribución del tutor, podría pensarse que *in claris no fit interpretatio*. Pero esta claridad desaparece, si tenemos en cuenta los antecedentes de esta representación legal, puestos en

²⁶ Conviene la doctrina en la menor regulación de la tutela en el Código civil actual, en tal sentido *vid.* Álvarez Álvarez (2021:369).

su día de manifiesto por DE CASTRO²⁷, más próximos en la actualidad a la curatela que a la tutela, dado el cambio de contenido que han experimentado ambas instituciones, a lo que se añade, como dijimos, que el régimen jurídico marco es ahora el de la curatela por la remisión de la tutela a las normas de la misma²⁸. Por ello, con apoyo en estos argumentos, nos inclinamos por defender la aplicación supletoria del art. 281 CC a los representantes dativos del ausente, lo que, además, se refuerza si examinamos las diferencias en su retribución frente a los representantes legítimos dado que parece establecerse una especie de progresión en la protección de los representantes a medida que se aleja el vínculo personal con el ausente.

A este respecto, antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el art. 274 CC, que constituía por remisión el régimen propio de los representantes dativos, establecía que «el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes²⁹». Por lo tanto, se establecía de forma expresa una limitación de la eventual retribución del representante dativo, algo que en la actualidad no sucede por cuanto el vigente art. 281 CC, más allá de la aplicación del parámetro de la suficiencia del patrimonio, no establece ni otros criterios de fijación ni limitación porcentual alguna³⁰.

Por otra parte, el art.186 CC no ha sido objeto de modificación alguna por lo que sigue previendo que los representantes legítimos comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del art.184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente «harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale, habida

²⁷ En tal sentido De Castro afirma que «El legislador español, en todas las disposiciones dictadas sobre la ausencia, ha mantenido celosamente –frente a la concepción francesa de la ausencia- la doctrina tradicional de que el «propincuo» recibía los bienes del ausente en concepto de «*curator bonorum*». El Código civil, al eliminar de su terminología la curatela, utiliza el término de administración, que claramente evidencia el mantenimiento del contenido de la curatela de bienes. Este hecho, y el de conferir la administración de los bienes del ausente por el orden que establece el artículo 220 (art.187), es decir, a las mismas personas llamadas a la tutela de locos y sordomudos, hizo pensar a los tratadistas que le eran aplicables, por analogía, las disposiciones generales sobre la tutela, incluso en lo referente a la obligatoriedad de su ejercicio», sin embargo como justifica a continuación el «representante no recibe la guarda de la persona y bienes, sino sólo la de los bienes del ausente. La pesquisa no da un poder sobre el ausente, sino que mana del deber creado por la ley para averiguar si vive el desaparecido y, en tal caso, ponerse en comunicación con él, (...)» (Cfr. De Castro, 1952:517 y 518). En un sentido semejante se había manifestado Serrano y Serrano (1943:196).

²⁸ Es más, la regulación del ejercicio de la tutela precisamente comienza con tal remisión en el art. 224 CC.

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ Como tampoco lo hace el art. 229 CC.

consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Los representantes legítimos comprendidos en el número 4.º del expresado artículo disfrutarán, también de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Secretario judicial señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes».

Teniendo en cuenta lo anterior (independientemente del concepto en el que se recibe dicha retribución) parece que el margen de discrecionalidad del Letrado de la Administración de Justicia a la hora de fijar la retribución y, probablemente con ello, la cuantía de la misma, se incrementa a medida que se aleja la vinculación personal entre el representante nombrado y el ausente. Por ello, podría resultar mayor la cantidad a recibir por parte de la persona solvente y de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio fiscal, designe a su prudente arbitrio, que la que podrían recibir los demás representantes que guardan un vínculo familiar con el ausente³¹. En esta misma línea encaja mejor para tales representantes un régimen donde no solo tenga una retribución acorde al patrimonio y se le reembolsen los gastos justificados, sino también se le indemnice con cargo al patrimonio del ausente de forma inmediata por daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, independientemente de que sea posible su resarcimiento de otro modo. Resarcimiento, que, lógicamente, dada la obligación que le incumbe de protección y conservación del patrimonio del ausente, deberá intentar, pero *a posteriori* tras haber recibido previamente su indemnización con cargo al mismo.

Examinado el supuesto concreto, cabe preguntarse si las conclusiones a que hemos llegado en el ámbito de la retribución son extrapolables a los restantes ámbitos en que, por remisión, procede aplicar el régimen de la tutela; o, dicho de otra forma, si se puede afirmar que, tras la reforma del Código civil por la Ley 8/2021, el marco regulador supletorio de la representación legal del ausente es la curatela y, en concreto el de la curatela representativa, y no la tutela.

³¹ Obsérvese que en este punto difiere la regulación de la ausencia legal en Aragón, puesto que no establece diferencia alguna entre los representantes a la hora de fijarse su retribución, disponiendo en todos los casos el Juez de gran libertad para su determinación (*Vid.* arts. 46, 49 y 51 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas) (BOE núm.67, de 29 de marzo de 2011).

Nos inclinamos por una respuesta positiva porque a los argumentos ya apuntados se suma otro que, en nuestra opinión, parece inclinar definitivamente la balanza en esa dirección. Un primer elemento esencial de distinción entre las actuales tutela y curatela es el que podemos calificar de principio inspirador que se convierte en el parámetro principal para medir el adecuado ejercicio del cargo. En la tutela dicho principio es el «interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos» (art. 227 CC); mientras que en la curatela, configurada como medida de apoyo a las personas necesitadas de ello, la actuación del curador deberá respetar la máxima autonomía de la voluntad de la persona que necesite el apoyo, atender a su voluntad, deseos y preferencias, y, solo excepcionalmente, cuando estas no puedan ser determinadas, representarla en la toma de decisiones, pero, aún en este caso, debiendo tener en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (arts. 249 y 268 CC).

Un segundo elemento distintivo, consecuencia lógica del anterior, es el carácter supletorio de la medida judicial de la curatela frente a cualquier medida voluntaria dispuesta por la persona necesitada de apoyo. En tal sentido es rotundo el art. 249 CC al señalar que «las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate». En consecuencia, el establecimiento en escritura pública por la propia persona de una medida de apoyo voluntaria, como es el caso típico del poder general preventivo, excluye que la autoridad judicial pueda constituir una curatela (art. 269 CC). Por el contrario, no cabe evitar la tutela de menores mediante ninguna medida voluntaria establecida por ellos mismos o por sus progenitores. Estos últimos podrán proponer quién deba ejercer la tutela (art. 213 CC), designando incluso una pluralidad de tutores y proponiendo su forma de actuación (art. 218 CC), fijar una retribución al tutor (art. 229 CC), pero no retrasar ni evitar el establecimiento del régimen tutelar. La razón de esta imposibilidad radica en que tratándose de menores, dado que carecen de capacidad de obrar general, más allá de supuestos concretos y sin perjuicio de que, en su caso, deban ser oídos en la toma de decisiones que les afecten, las medidas voluntarias no pueden ser establecidas por los mismos y, por tanto, no procederán de la persona que necesite el apoyo, que es aquella cuya voluntad debe ser preferente, sino de quien también ostenta una representación legal como es la patria potestad.

Es verdad que, como hemos dicho y afirmó en su día DE CASTRO³², la representación del ausente no persigue exclusivamente el interés individual del ausente, sino también el interés objetivo de la conservación de su patrimonio en favor de quien sea el titular definitivo del mismo, pero no es menos cierto que el régimen jurídico de la ausencia legal es supletorio, al menos temporalmente, de la voluntad expresa del propio ausente, toda vez que la existencia de un apoderado con facultades de administración de todos sus bienes difiere hasta tres años que pueda considerársele en situación de ausencia legal y durante dicho tiempo, y aun pasado ese plazo, el apoderado puede y, para cumplir con su encargo, debe seguir administrando el patrimonio hasta que se inscriba la declaración de ausencia en el Registro Civil³³. Puede considerarse así, que la existencia de un régimen de administración establecido por la persona desaparecida de su domicilio es preferente al régimen legal. En consecuencia, la representación legal solo operará cuando no se haya dispuesto una representación voluntaria o cuando la misma devenga ineficaz o se extinga por cualquier causa, incluida la inscripción en el Registro Civil de la propia declaración de ausencia, lo que consideramos se produce por una presunción legal³⁴ de la voluntad del poderdante de la no subsistencia del poder de haber conocido su ausencia por período tan prolongado.

Por ello un régimen de apoyo como el de la curatela representativa, en el que las instrucciones y medidas dispuestas por el interesado son prevalentes a las de origen legal o judicial³⁵ es más adecuado para integrar el de la ausencia que la tutela en que no cabe el establecimiento de dichas medidas. Esta interpretación es además congruente con la función del representante del ausente que, recordemos, debe ser no solo la general representación del declarado ausente sino, específicamente, la de conservación, defensa, protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, a la vez que obtiene del patrimonio los rendimientos normales de que sea susceptible³⁶.

Por todo lo dicho se puede concluir que la regulación de esta materia, pese a no haber sido objeto de modificación directa por la Ley 8/2021, sí se ha visto afectada de forma notable como consecuencia de la aplicación como supletorio del régimen de la

³² De Castro (1952:520).

³³ Téngase en cuenta que el art. 181 CC, que regula la situación del desaparecido hasta que se produce la declaración de ausencia legal (*vid.* también el art. 72 LJV), es claro a la hora de establecer que no cabe nombrar un defensor del desaparecido si éste estuviese «legítimamente representado o voluntariamente conforme al artículo 183».

³⁴ Luego examinaremos si *iuris tantum* o *iuris et de iure* y, en consecuencia, el carácter imperativo o dispositivo del régimen legal.

³⁵ *Vid.* arts. 249 y 271 y ss. CC.

³⁶ *Vid.* arts. 184 y 185 CC y art. 71 LJV.

tutela, remisión que debe entenderse hecha actualmente al régimen de la curatela representativa de las personas con discapacidad³⁷. Es más, si a esta remisión sumamos la existente en sede de la actual tutela³⁸ e incluso la remisión integrativa de los poderes preventivos³⁹, parece claro que el régimen jurídico de la curatela representativa se convierte en el régimen general de referencia en sede de representación legal, lo que conlleva que se pueda plantear que las regulaciones preexistentes deban ser reinterpretadas de acuerdo con sus principios inspiradores, especialmente en cuanto se trate de personas con capacidad jurídica en las que concurra dificultades para su ejercicio. Así, en el caso de la representación del ausente parece lógico plantear una reinterpretación de la normativa existente y estudiar la posibilidad de dar más relevancia a la voluntad, deseos y preferencias de ausente, sin perjuicio de combinarlo con un parámetro específico de su «especial representación» (art. 185 *in fine* CC) como es la búsqueda de la conservación y defensa del patrimonio, cuestión que trataremos en el siguiente epígrafe.

No obstante, antes de tratar esa materia, consideramos oportuno, hacer una breve referencia al Derecho civil de Galicia que, tanto en la Ley 4/1995, de 24 de mayo⁴⁰, como en la actual Ley 2/2006, de 14 de junio⁴¹, regula la llamada situación de ausencia no declarada, considerando como tal aquella en que se encuentra la persona cuyo paradero se ignora o que no puede localizarse de modo transitorio, pudiendo acreditarse esa situación mediante acta de notoriedad tramitada por notario hábil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente.

Nos interesa destacar esta figura por cuanto el legislador, siguiendo la línea apuntada, da clara prevalencia a la voluntad del ausente, no sólo por el hecho de que no procedería tal situación si estuviese debidamente representado⁴², algo similar a lo que ocurre en el CC en esa fase previa a la declaración legal (art. 181 CC), sino porque también se alude a la previsión expresa que el ausente haya podido hacer respecto de una eventual ausencia, lo cual no es baladí o casual puesto que no se encontraba en la versión

³⁷ Lógicamente no cabe aplicar las especialidades de una curatela asistencial al representante del ausente cuando por hipótesis no es posible asistir a una persona que no está presente, solo siendo posible suplirla en la toma de decisiones.

³⁸ *Vid.* art. 224 CC.

³⁹ *Vid.* art. 259 CC.

⁴⁰ Ley 4/1995, de 14 de mayo (BOE núm.152, de 27 de junio de 1995).

⁴¹ Ley 2/2006, de 14 de junio (BOE núm.191, de 11 de agosto de 2006), en adelante LDCG.

⁴²El que el ausente no estuviese legítimamente o voluntariamente representado se considera como uno de los presupuestos básicos de la ausencia de hecho en la LDCG. En este sentido *vid.* Nieto Alonso (2008:263).

de 1995⁴³. En tal sentido no deja lugar a dudas el art. 48 LDCG: «En la situación de ausencia no declarada, salvo previsión expresa del ausente⁴⁴, corresponde al cónyuge no separado legalmente o de hecho, a los descendientes mayores de edad y a los ascendientes, por este orden, la representación del ausente de hecho en todos los actos y negocios jurídicos de administración ordinaria que no puedan demorarse, la obligación de velar por los intereses de este, así como instar el acta a que se refiere el artículo anterior. De entre los descendientes, la preferencia corresponde al de mayor edad. Entre los ascendientes al más joven. 2. En cualquier caso, quedarán a salvo las facultades de representación que fueran conferidas por el ausente de hecho⁴⁵».

III. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS VOLUNTARIAS EN PREVISION DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

Aceptado el cambio experimentado por efecto de la Ley 8/2021 en el régimen supletorio aplicable a la regulación de la ausencia, la siguiente pregunta que se suscita es si, en realidad, no debe considerarse que también, de manera refleja, se ha producido un cambio en toda la normativa de la representación del ausente alterando sus principios rectores e incluso su naturaleza jurídica. ¿Hasta qué punto las variaciones introducidas en la representación legal de la persona con discapacidad pueden desdibujar los caracteres esenciales de otras representaciones legales que participaban de su misma naturaleza? O dicho de otro modo, ¿tiene sentido mantener la interpretación clásica de la normativa de la ausencia cuando han desaparecido la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada en el ámbito de la discapacidad tal y como se concebía hasta la reforma de 2021? ¿Asistimos a una paulatina desaparición de los supuestos de representación legal? ¿Quedará, con carácter general, la representación legal como una alternativa residual fuera de los supuestos de la menor edad? ¿Cabe dar mayor margen a la autonomía de la

⁴³En efecto en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, los arts.6 a 8 se limitaban al siguiente contenido: Art.6. En la situación de ausencia no declarada judicialmente, para los actos y negocios de administración que no admitan demora, el cónyuge no separado legalmente, los descendientes y los ascendientes, por este orden, con capacidad jurídica plena, mayores en edad en relación con los de su grado, representarán al ausente en tanto la citada situación permanezca. Art.7.Los bienes del ausente a que se refiere el artículo anterior serán aprovechados por el cónyuge y, en su defecto, por las personas referidas en ese artículo, de acuerdo con la misma prelación y con la obligación de rendir cuentas. Y art.8 En los casos referidos anteriormente, el representante del ausente percibirá, como mínimo, el 25 por 100 de los frutos netos de los bienes que gobierne.

⁴⁴ El subrayado es nuestro.

⁴⁵ El subrayado es nuestro.

voluntad con una interpretación menos literalista de la normativa de la declaración de ausencia legal y más acorde con el principio hodierno del Derecho del art. 3 CC?

Dar respuesta a estas cuestiones y las consecuencias que de ellas se derivan es a lo que dedicaremos el contenido de las siguientes páginas.

Comenzaremos recordando cómo se concibe la ausencia legal en nuestro ordenamiento jurídico, para lo que debe destacarse que se trata, por esencia, de una situación transitoria, destinada a finalizar por la aparición del ausente, la prueba de su muerte o su declaración de fallecimiento. Situación que genera la necesidad de nombrar una persona que se encargue de la pesquisa de la persona del ausente y que, a la vez y de forma especial, vele por el cumplimiento de sus obligaciones, para evitar perjuicios a terceros y al propio desaparecido, y por la protección y administración de sus bienes, con la finalidad de conservarlo, sea para el propio ausente, si reaparece, o para sus herederos, si concurren los supuestos para abrirse su sucesión. El cumplimiento de su encargo conlleva que al nombrado se le atribuya la representación del ausente para poder realizar actuaciones en su esfera jurídica patrimonial y para ello surge la regulación de la ausencia. Con otras palabras, la normativa de la declaración de ausencia tiene por objetivo garantizar que el ausente tenga un representante que pueda atender a tales necesidades de pesquisa de la persona y, especialmente, de administración y conservación de su patrimonio.

Ahora bien, la necesidad de gestionar y proteger los intereses del ausente y, en consecuencia, la existencia de una representación no surge cuando se declara la ausencia legal sino desde el momento mismo en que la persona desaparece de su domicilio o del lugar de su última residencia sin haberse tenido de ella más noticias. La regulación del Código civil permite realmente distinguir dos o, más exactamente, tres fases o etapas en el establecimiento de medidas de protección de dicha persona o quizá, más exactamente, de su patrimonio. La primera corresponde al período comprendido entre que la persona desaparece y se cumplen los requisitos del art. 183 CC; la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la inscripción en el Registro Civil de la declaración de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia; y la tercera, desde dicha inscripción hasta el cese de la situación de ausencia legal por las causas antes apuntadas.

La respuesta del legislador para la primera etapa se contiene en los arts. 181 CC y 72 LJV, donde prevé una representación legal limitada a través de «un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave» nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia, quien

además podrá «adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias a la conservación del patrimonio» o cualesquiera otras medidas de carácter provisional. Ahora bien, según resulta del art. 181.I CC *in fine* esta representación legal no procede cuando el desaparecido estuviese legítima o voluntariamente representado conforme al art. 183 CC. Esta afirmación supone, por un lado, que no proceda el nombramiento de defensor del desaparecido cuando exista apoderado voluntario con facultades de administración de todos los bienes y, por otro, que el defensor cese en el cargo cuando se nombre a un representante legal del declarado ausente, lo que tendrá lugar al dictarse el Decreto de declaración legal de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia (art. 71 LJV), es decir, cuando se inicie la tercera de las fases apuntadas.

Algo más de duda presenta la segunda etapa, es decir, desde que concurren las circunstancias del art. 183 CC y, por tanto, se considere en situación de ausencia legal al desaparecido (art. 183 CC *ab initio*) hasta que dicha situación se declare formalmente y se inscriba en el Registro Civil, es el período que podemos llamar de ausencia legal no declarada. El hecho de que se afirme que el desaparecido se considera ya en situación de ausencia legal desde que concurren los requisitos y que posteriormente solo se trate de una declaración por el Letrado, es decir, una resolución declarativa y no constitutiva, nos podría llevar a pensar que el régimen de la ausencia legal opera desde dicho momento, pero en realidad no es así. Existen claros argumentos en contrario: el art. 183 CC señala que solo quedan extinguidos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente desde la inscripción registral de la ausencia declarada; el art. 72 LJV determina que se pueden seguir adoptando medidas provisionales hasta que se ultime el expediente de ausencia; el art. 46 LJV (aplicable por la remisión del art. 71 LJV) determina que será el momento de aceptación y toma de posesión del cargo, formalizado en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia, en el que el nombrado asume la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes, cuando se le confieren las facultades establecidas en la resolución que acordó su nombramiento; y, finalmente, los arts. 184 a 186 CC claramente se refieren a los representantes legítimos no del que está en situación de ausencia legal sino del que ha sido declarado ausente. Pero, además de todos estos argumentos, resulta evidente que el régimen de esta segunda fase es una prolongación del de la primera, en cuanto el defensor nombrado seguirá actuando en defensa del desaparecido en situación de ausencia legal no declarada, salvo en el supuesto

en que exista un apoderado general con facultades de administración de todos sus bienes en el que será éste el que se encargue de dicha defensa⁴⁶.

Por otro lado, antes de examinar la tercera etapa, nos parece oportuno destacar que durante las dos primeras, independientemente de que exista defensor nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia o apoderado general que excluya su nombramiento, siguen en vigor los mandatos/poderes especiales otorgados por el ausente, por lo que la actuación de aquellos debe coordinarse con la de los apoderados especiales, quienes, en cuanto el poder sea manifestación de un contrato subyacente de mandato, están obligados a darle cumplimiento a éste mediante el uso de las facultades representativas conferidas a través del poder. Es más, parece claro que la existencia de estos poderes especiales puede determinar la innecesariedad de que el Letrado adopte otras medidas provisionales para la conservación del patrimonio complementarias al nombramiento de defensor. Pero incluso cabe pensar que su existencia tenga un mayor alcance. Así, por un lado, podría plantearse que la existencia de uno o varios poderes especiales que posibiliten que el apoderado ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave excluya, por innecesario, el nombramiento de un defensor del desaparecido; y, por otro, que la articulación de varios poderes especiales que cubra la administración de todos los bienes del desaparecido no solo origine que no se nombre el defensor del art. 181 CC sino que también retrase la situación de ausencia legal, por cuanto la exigencia del art. 183 CC no debe entenderse en el sentido de que sea necesario que se trate de un único apoderado sino de que exista apoderado respecto de la administración de todos y cada uno de los bienes del ausente.

De todo lo dicho resulta claro que durante las dos primeras fases, sin perjuicio de que exista una solución supletoria constituida por una representación legal, el legislador *de lege data* considera preferente la respuesta establecida por la voluntad del propio ausente, a través de poderes generales o incluso especiales, independientemente de que dichos poderes no hayan sido dados en atención a su posible desaparición.

Entrando ya en la tercera etapa, esto es, declarada la ausencia legal, la solución que, con una interpretación literal, aporta el legislador a la necesidad de dotar de un representante al ausente es la extinción de cualquier clase de representación voluntaria y el establecimiento de una representación legal en la que la persona del ausente no ve

⁴⁶ Obsérvese que así lo da por sentado el legislador gallego ya que la LDCG, en sus arts. 46 a 50, bajo el epígrafe «de la situación de ausencia no declarada», regula de forma conjunta las dos primeras etapas.

modificado su estado civil ni su capacidad. Como puso de manifiesto el profesor DE CASTRO (1952) da lugar fundamentalmente a una «desconexión entre la persona y el patrimonio entregado a la administración del representante; afecta reflejamente a la capacidad de obrar del ausente (que vive), en cuanto se le imponen como propios los actos que lícitamente realiza el representante en cuanto no puede obtener la posesión de sus bienes ni ejercitarse con plenitud sus derechos...»⁴⁷. Por lo tanto, la situación de ausencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico, en principio, como uno de los pocos reductos en que opera un supuesto de auténtica representación legal.

Para seguir avanzando es importante recordar, como en su día advirtió el profesor Díez-Picazo (1968) al examinar la representación legal y voluntaria, que «las diferencias que existen entre ambas figuras son, como decíamos, evidentes y numerosas, tanto en orden a sus presupuestos como al modo de su funcionamiento y a los efectos que producen. Ello, sin embargo, no autoriza, a nuestro juicio, para romper con la doctrina tradicional que sitúa la representación legal en el seno de una teoría general de la representación. Dos son a nuestro juicio, las razones decisivas. La primera, que por encima de esas evidentes diferencias de régimen jurídico parece existir un hilo conductor común consistente en que en ambos casos hay una persona –el representante- que gestiona o tutela los asuntos y los intereses de otra, y en ambos casos es posible que esa actuación de gestión del representante produzca sus efectos de manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. La segunda razón consiste en que, si se separa la denominada representación legal de la teoría general de la representación, es menester construir una figura jurídica autónoma –a la que podríamos llamar ya representación- para englobar en ella todos los casos de poder de configuración de la esfera jurídica de un incapacitado o de una persona inhabilitada para regir su patrimonio. Con este fin se ha propuesto en la doctrina la idea de «oficio de derecho privado», pero prescindiendo ahora de que esta idea está, hoy por hoy, huérfana del necesario desarrollo, no parece posible a través de la idea de «oficio de derecho privado», que normalmente quiere situarse en la órbita del Derecho de familia, llegar a la precisión que se persigue, porque ni todos los casos de representación legal pertenecen, estrictamente hablando, al derecho de familia (v.gr., representación legal de un quebrado o de un ausente), ni hay tampoco inconveniente, si la idea de «oficio de Derecho privado» se saca del Derecho de familia y se la conceptúa como una situación de atribución de un poder jurídico en interés y

⁴⁷ Cfr. De Castro (1952:529-530).

beneficio de otra persona, para configurar también como un «oficio» o como una «función» el poder de representación en la llamada representación voluntaria»⁴⁸.

En este sentido, en un trabajo posterior, Díez-Picazo (1979)⁴⁹ afirmó que, a pesar de su diferente punto de partida y de las consecuencias del punto de llegada, puede afirmarse que la representación voluntaria y la legal constituyen en esencia un mismo fenómeno, lo cual no excluye que existan importantes diferencias en su régimen jurídico. Así clásicamente se consideraba que la característica más sobresaliente de la representación legal, que marcaba su diferencia con la voluntaria, era, además de la heterogeneidad de los supuestos, la heteronomía. Mientras que la representación voluntaria es un cauce para ampliar el campo de actuación de la persona en el ejercicio de su autonomía privada, que sigue conservando, en la representación legal la persona representada queda sustituida por el representante cuyas decisiones se imponen en la esfera jurídica y patrimonio del primero con todas sus consecuencias⁵⁰, se nos presenta como el único medio para poder actuar con eficacia jurídica.

Ahora bien, esta situación ha ido cambiando notablemente y, en especial, tras la reforma del Código civil por la Ley 8/2021 con el cambio de paradigma que la misma ha introducido.

En primer lugar, se ha producido una progresiva reducción del ámbito de la representación legal. Así, en primer lugar, baste con pensar en el ejercicio de la patria potestad, donde el art. 162 CC excluye de la misma: «1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (...) 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo y 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres». Asimismo, han desaparecido del Código civil la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la tutela, entendida ésta como mecanismo general de protección de las personas con discapacidad, quedando relegada a los menores de edad no emancipados, tal y como establece el art. 199 CC. Pero además en la nueva regulación de las medidas de apoyo a las personas que lo necesitan para el ejercicio de su capacidad jurídica, la curatela representativa es de expreso carácter excepcional (art. 249 CC), por lo que la representación legal tan presente en el contexto de la discapacidad tendencialmente dejará de estarlo a medida que se

⁴⁸ Cfr. Díez-Picazo (1968.a:160-161).

⁴⁹ Díez-Picazo (1979.b:289).

⁵⁰ Díez-Picazo (1979.b:289).

aplique la Ley 8/2021⁵¹ y se revisen las medidas ya acordadas por aplicación de su Disposición transitoria quinta.

En segundo lugar, también debemos tener en cuenta que, aun en los casos en que excepcionalmente se confieren al curador facultades de representación, configurándose como una auténtica representación legal clásica, sigue existiendo un importante ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad fruto de la preferencia de las medidas voluntarias a las legales y judiciales y de la necesidad de ajustarse en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, lo que determina que las normas sean en gran medida dispositivas, como se puede apreciar con claridad en el actual régimen jurídico de la autocratela (arts. 271 y 272 CC).

En tercer lugar, debe destacarse que la medida judicial de la curatela representativa no solo tiene carácter excepcional, siendo el régimen general la asistencial, sino que también tiene expresamente carácter subsidiario, por cuanto solo procede su aplicación cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC), siendo en consecuencia preferentes las medidas voluntarias (art. 249 CC)⁵², que además pueden ser relativas a su persona o bienes o a ambos (art. 255.I CC)⁵³.

En consecuencia, en la jerarquía de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad ocupa un lugar preferente la representación voluntaria frente a la legal, siendo el cauce que el legislador tipifica para configurar esa representación voluntaria los poderes y mandatos preventivos. Después de la reforma operada por la Ley 43/2001⁵⁴ y antes de la del año 2021, la regulación del poder en general y la de los poderes preventivos en particular, era más bien escasa y fragmentaria, adolecía de falta de un régimen jurídico completo, el cual se configuraba, dentro del marco general del reconocimiento de un amplio juego a la autonomía de la voluntad, con la combinación de las previsiones de los preceptos relativos al estado civil de incapacitado y al contrato de mandato.

Hoy en día, con la nueva regulación, los poderes preventivos no sólo se convierten en la medida voluntaria típica, con una normativa mucho más prolija, sino que también se modifica su ubicación puesto que se ha desplazado de la sede contractual al Libro I de

⁵¹ Incluso a situaciones anteriores por aplicación del régimen transitorio (*Vid.* DT2^a Ley 8/2021).

⁵² E incluso, en opinión de la mayoría de la doctrina, la informal constituida por la guarda de hecho.

⁵³ «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes».

⁵⁴ En concreto se trata de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

la persona Título XI. En concreto, actualmente, las posibilidades que ofrece el apoderamiento preventivo se contemplan en los arts. 256 y 257 CC, así se establece en el primero que «el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad» y en el segundo que «el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante». Por tanto, como puede advertirse del tenor literal de los artículos que estamos comentando, en ambos casos se contempla como supuesto de hecho de este tipo de poderes una eventual y futura situación de necesidad de apoyo de la persona poderdante para el ejercicio de su capacidad jurídica, pero, para la adopción de medidas voluntarias en previsión de tal situación se presentan dos posibilidades: por un lado, otorgar un poder vigente desde el primer momento o a partir de cierto plazo y que incluya una cláusula para que mantenga su eficacia a pesar de la posterior discapacidad del poderdante (art.256 CC) y, por otro lado, el poder preventivo en sentido estricto que entraría en vigor sólo cuando fuesen precisas las medidas de apoyo (art.257 CC), poder denominado también *ad cautelam*. Este último tipo de poder preventivo es de eficacia eventual, tal vez no llegue a entrar en vigor nunca porque puede que nunca se produzca la situación de necesidad de apoyo. El poder preventivo con cláusula de subsistencia significa que el poder existe y está en vigor como un apoderamiento ordinario antes de que se dé la situación de necesidad de apoyo, momento a partir del cual funciona como una medida de apoyo voluntaria. En todo caso, con el otorgamiento de un poder se está legitimando la actuación de una persona en una esfera jurídica ajena y con el otorgamiento de un poder preventivo, como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones se busca el mismo efecto, pero o bien se difiere a un momento posterior su entrada en vigor y, por lo tanto, la legitimación que confiere queda pospuesta al futuro o bien se persigue, por expresa voluntad del poderdante, que dicha legitimación siga desplegando sus efectos aun cuando concurra la situación de discapacidad.

Lo dicho se debe poner en relación con las causas de extinción del poder reguladas en el actual art.1732 CC, en sede de regulación del mandato. Señala el citado precepto que se acaba: «1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia del mandatario. 3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario. 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa

como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos». Por un lado, debe señalarse, como ya había puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO (1979), que tales causas de extinción no son exhaustivas, no son únicas aunque sean típicas,⁵⁵ y así, por ejemplo, cabe añadir la que se deriva de la legitimación del cónyuge del ausente para solicitar la separación y el divorcio produciendo que el poder se extinga en virtud del art. 102 CC, lo que ahora se completa con lo dispuesto en el art. 258.I CC al indicar que «cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este». Por otro lado, debe destacarse que la concurrencia de una situación de necesidad de apoyo no es, por sí sola, causa de extinción de los poderes que una persona haya otorgado con anterioridad, cualquiera que sea la clase de los mismos; no obstante, si esa situación determina la constitución de una curatela representativa debe entonces diferenciarse: a) si se trata de un poder ordinario, se producirá la extinción *ex lege* del mismo y b) si se trata de un poder preventivo, entonces la curatela representativa no le afecta, tanto si es específico como general, salvo que proceda la aplicación del art. 258.IV CC, *in fine*⁵⁶, que, no obstante, deja a salvo lo que hubiere previsto el poderdante. Finalmente, también se reconoce un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la extinción de los poderes preventivos, no solo para evitar su extinción, sino para regular los casos en que tenga lugar puesto que el art. 258.III CC, *in fine*, señala expresamente que el poderdante «podrá también prever formas específicas de extinción del poder».

De todo ello podemos extraer como principio rector que la representación legal como medida de apoyo para las personas con discapacidad es excepcional y subsidiaria, en cuanto está siempre supeditada a la voluntad de la persona, tanto en lo relativo a su misma existencia, ya que no nacerá la representación legal si la hay voluntaria, como en lo referente a su régimen de funcionamiento en caso de que exista, así en lo relativo a quién lo desempeñe y a la forma de desempeñarla.

En este punto, si a todo lo dicho sumamos lo defendido con anterioridad en relación a que la representación legal del ausente participa más de la naturaleza jurídica

⁵⁵ Díez-Picazo (1979.b:293).

⁵⁶ «Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa».

y caracteres de la curatela representativa que de la tutela de menores, podemos no solo plantear *de lege ferenda* la necesidad de proceder a una revisión de la regulación de la ausencia legal para adaptarse al nuevo paradigma, sino preguntarnos si *de lege data* no cabe reinterpretar la normativa para darle un mayor margen de juego a la autonomía de la voluntad en la tercera etapa de la situación del ausente, la de la declaración de ausencia legal.

La respuesta positiva parece lógica si tenemos en cuenta que, al igual que sucede con la representación de los discapaces, con la normativa de la ausencia se trata de establecer unas medidas de apoyo para una persona que, por su ausencia, precisa de un representante legal para el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual, por hipótesis, mantiene mientras no se pruebe su fallecimiento o se declare el mismo. Se trata, en definitiva, de la respuesta del ordenamiento a una situación imprevista, la desaparición y ausencia de la persona, que genera la necesidad de establecer unas medidas de protección de la persona y, especialmente de su patrimonio, en atención a la inexistencia de medidas adoptadas por la propia persona en previsión de darse tal situación.

En una primera aproximación, una lectura del Código civil ya pone de manifiesto el carácter subsidiario o supletorio de la solución legal al establecer que la existencia de un poder general de administración retrasa la declaración de ausencia y el nombramiento de representante durante el plazo de tres años. Pero incluso se puede apuntar que al establecer la extinción de los poderes por la inscripción de la declaración de ausencia lo que hace el legislador es tipificar una presunción de voluntad del ausente⁵⁷, no solo al establecer, por proximidad de vínculo, a quien corresponde el nombramiento de representante (art. 184 CC), sino especialmente al considerar que la voluntad del poderdante sería que transcurrido un plazo de tres años sin noticias⁵⁸ el poder general ordinario de administración se extinga porque ya no responde a la finalidad para la que fue otorgado, quedando sustituido por una representación legal *ad hoc*.

Pero, creemos que se puede ir bastante más allá si reinterpretamos la normativa de la ausencia dando entrada al reseñado principio rector de supeditación a la autonomía de la voluntad, y que cabe defender que lo que hemos dicho es aplicable a los poderes ordinarios pero no a aquellos que se han otorgado expresamente en atención a la posible

⁵⁷ Presunción que consideramos *iuris tantum* en cuanto, como seguidamente expondremos, cabe la prueba en contrario de ser otra la voluntad del ausente lo que se produce cuando conste de forma expresa tal voluntad.

⁵⁸ Y, en concreto, tras declararse la ausencia legal e inscribirse en el Registro Civil (art. 183 CC, *in fine*).

situación de ausencia⁵⁹ y que, en consecuencia, la normativa tiene carácter dispositivo, pudiendo excluirse su aplicación por la voluntad del interesado mediante el establecimiento de una solución voluntaria alternativa. En tal caso, opinamos que puede trasladarse a la ausencia lo establecido para los poderes preventivos en el ámbito de la discapacidad y así, por una parte, la existencia de un poder general de administración de todos los bienes⁶⁰ dado expresamente en previsión de la ausencia podría no solo retrasar sino hacer improcedente el nombramiento de un representante legal por falta de la situación de necesidad de representación que constituye su supuesto de hecho y, por otra parte, la existencia y vigencia de los poderes preventivos especiales podría no cesar por la inscripción en el Registro Civil de la declaración de ausencia de la persona, de forma que el ámbito de actuación del representante legal nombrado sería el no cubierto con tales poderes especiales expresamente establecidos por el ausente como el medio preferente de protección de su persona y/o bienes en caso de que se produzca su desaparición y ausencia.

Retomando lo dicho, conviene insistir en que para que se produzca ese efecto de exclusión del régimen legal resulta imprescindible que tal posibilidad se infiera del contenido del poder, es decir, que la representación voluntaria esté atribuida expresamente en previsión de la situación de ausencia o quizá más exactamente, de la desaparición y/o ausencia. Consideramos además que caben también los dos tipos de poderes preventivos, esto es, los dados solo para el caso de situación de desaparición y/o ausencia, que entrarán en vigor cuando concurren las circunstancias previstas en los art. 181 o 183 CC, respectivamente, y los establecidos con cláusula de subsistencia, es decir, que sigan produciendo sus efectos, aunque se produzca la situación de desaparición y ausencia. Respecto de los segundos parece lógico sostener que si se establece su subsistencia en previsión de la ausencia deben conservar su vigencia tanto durante la situación de desaparición como la de ausencia, antes y después de que se declare la misma, por cuanto no tendría sentido que cesase durante las dos primeras etapas de desaparición y ausencia no declarada y resurgiese tras la declaración de la ausencia legal. Por el contrario, si solo se establece su subsistencia en previsión de la situación de

⁵⁹ Téngase en cuenta que no se trata de un supuesto de laboratorio por cuanto personas que realicen actividades de riesgo (militares, marinos, etc.) podrían plantearse prever la adopción de medidas para tal situación.

⁶⁰ Señalar que por economía del lenguaje nos referiremos a este poder en lo sucesivo como poder preventivo general sin especificar que baste con que sea un poder general con facultades de administración de todos los bienes.

desaparición, solo excluiría el nombramiento de defensor del art. 181 CC pero no el de representante legal con la declaración de ausencia legal del art. 183 CC.

Por otra parte, de los arts. 256 y 257 CC se podría concluir que los poderes preventivos, denominados también *ad cautelam*⁶¹, precisarían la acreditación de la circunstancia que motiva su entrada en vigor, mientras que los poderes ultraactivos o con cláusula de subsistencia no requerirían ningún tipo de acreditación de la situación de necesidad de apoyos y seguirían funcionando como antes sin ninguna formalidad o paso adicional. Sin embargo, en opinión de RIBOT IGUALADA, no parece que sea ésta la interpretación adecuada porque si bien en virtud del art. 257 CC el apoderado no está legitimado para actuar y comprometer la esfera jurídica del poderdante hasta ese momento, en el caso del poder con cláusula de subsistencia se podría afirmar que el poder se prorroga pero la prórroga sería a partir del momento en el que se produce la necesidad de apoyo en la persona del poderdante y ello impedirá que se desencadenen las medidas propias de dicha situación precisamente debido a la existencia del poder con esa cláusula, por lo tanto parece que resulta determinante que se acredite la concurrencia de la situación que da lugar a la prórroga⁶². No obstante, en la práctica, si en los poderes ultraactivos no existen diferencias en las facultades concedidas antes y después de la situación de necesidad de apoyo, no será necesaria ninguna acreditación para su ejercicio, sin perjuicio de su relevancia a efectos de integrar lo no previsto en el poder por aplicación del art. 259 CC.

Si llevamos este régimen al terreno de la ausencia parece claro que podría ser la propia declaración de ausencia o, más precisamente, su inscripción en el Registro Civil, la que implicase la subsistencia o bien la entrada en vigor del poder preventivo, con lo que procedería realizar la misma, pero sin que se nombre un representante legal, ya que esto último solo procederá en aquellos supuestos en los que no se haya otorgado poder o éste sea ordinario. Ahora bien, también nos parece posible plantear que la concurrencia de la situación de ausencia y, en consecuencia, la subsistencia o entrada en vigor del apoderamiento en previsión de la misma se acredite conforme «a las previsiones del propio poderdante» y, en concreto, a través de un acta notarial de notoriedad (*ex art. 257 CC*)⁶³; lo cual no solo refuerza el respeto a la voluntad de la persona sino que permitiría

⁶¹ En este sentido De Salas Murillo (2021:484-485).

⁶² Ribot Igualada (2021:590-591).

⁶³ Como ya antes señalamos, el acta notarial es también el medio empleado por el legislador gallego en relación a la ausencia de hecho no declarada en concreto en el art. 47 de la LDCG prevé que «la situación de ausencia efectiva del domicilio habitual podrá acreditarse mediante acta de notoriedad tramitada por

avanzar en la desjudicialización⁶⁴ de esta materia, objetivo buscado e implementado en el ámbito de las personas con discapacidad en la tan aludida reforma operada por la Ley 8/2021, pero que es común a todo el ámbito del Derecho de la persona⁶⁵ y que no es ajeno a la ausencia legal, pues no es otro al que responde el traslado de competencias del Juez al Letrado de la Administración de Justicia y la posposición de la declaración de ausencia si la persona está debidamente representada, retrasando la intervención de la autoridad hasta que se considera imprescindible.

Como consecuencia de lo anterior podemos plantear si lo que resulta inviable por improcedente como consecuencia del establecimiento de una medida voluntaria de previsión es el nombramiento de un representante legal o la declaración de ausencia legal en sí misma. En principio, parece claro que si se otorga un poder preventivo cuya entrada en vigor o subsistencia de efectos se hace depender de la declaración de ausencia y/o su inscripción en el Registro Civil, lo que no procede es el nombramiento de representante legal, pero sí la declaración de la situación de ausencia legal, por cuanto, la voluntad del interesado solo excluye aquella pero no la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y consiguiente constatación y declaración de la ausencia legal que constituye la forma en que la persona ha querido que se acredite que concurren las circunstancias para la eficacia del poder, lo que es especialmente relevante en los poderes *ad cautelam*, porque en los poderes con subsistencia de facultades la vigencia inmediata de los mismos hará que en muchas ocasiones no se acuda a promover la declaración de ausencia por falta de necesidad de la medida, pese a la obligación establecida en el art. 182 CC⁶⁶ que se mantendría. Por el contrario, en cuanto de lo dispuesto por la propia persona resulta que la acreditación de la situación de ausencia legal puede efectuarse por una vía distinta a la declaración de ausencia, parece que la prevalencia de la medida voluntaria sobre la legal, debe llevar a hacer innecesaria la misma declaración de ausencia, salvo que por cese de o insuficiencia de la medida voluntaria⁶⁷ proceda acudir a la misma⁶⁸.

notario hábil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente».

⁶⁴ Entendida en el presente caso como exclusión de la necesidad de tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria en el Juzgado, aunque sea ante el Letrado de la Administración de Justicia.

⁶⁵ *Vid.* así la reforma operada por la LJV con la atribución de competencias a los notarios en ámbitos no contenciosos que antes eran estrictamente judiciales.

⁶⁶ Ya en el régimen anterior a la Ley 8/2021 la existencia de los poderes preventivos con subsistencia de facultades hacía que no se acudiese a la preceptiva modificación judicial de la capacidad.

⁶⁷ *Vid.* art. 249 CC.

⁶⁸ De todo lo dicho resulta que es muy importante ser preciso a la hora de conformar la voluntad anticipada y redactar el poder preventivo y señalar con claridad si se quiere que entre en vigor como tal cuando concurren las circunstancias del art. 183 CC sin que hayan sido declaradas o si dependerá de la declaración

Admitida la posibilidad y eficacia de otorgar un poder preventivo para el supuesto de incurrir en situación de ausencia, debe estarse a los límites a la autonomía de la voluntad para fijar su contenido y alcance, considerando que en el presente caso un límite sería la propia finalidad de la institución que, recordemos, radica principalmente en proteger el patrimonio del ausente en interés del mismo, que es el principal beneficiario y destinatario de las medidas que se adopten, pero también en interés de quien por sucesión pueda ser el titular definitivo del mismo, dado que el ausente podría estar fallecido y ser ya en ese momento el patrimonio del sucesor⁶⁹. No obstante, es un límite en gran medida irrelevante, porque parece lógico pensar que, salvo en supuestos muy excepcionales, el interés del poderdante y el de su eventual sucesor al tiempo de conformarse el poder preventivo no son contrapuestos sino concurrentes, por cuanto el poderdante lógicamente elegirá a un apoderado, le conferirá unas facultades, establecerá las medidas u órganos de control, las condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, las salvaguardas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión que estime oportunos, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias, pero orientándolo todo a la mejor administración de su patrimonio, lo que implicará la conservación y defensa del patrimonio y la obtención de los rendimientos normales de que fuesen susceptibles (art. 185 CC).

Por otro lado, en lo relativo a la retribución y la indemnización de los daños que se le ocasionasen al representante cabría ya que se prevean en el propio poder y, en el caso de que no fuese así, consideramos que serían de aplicación, en la medida en que resultasen compatibles, las normas del contrato de mandato puesto que, como resulta del art. 262 CC al señalar que «lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder», la regla general es que también los poderes preventivos tengan como sustrato un mandato. Esta es también la solución seguida en el Derecho civil de Galicia en el que la propia normativa reguladora de la situación de ausencia de hecho hace una remisión expresa y con carácter general a las normas del mandato en el art. 49 LDCG al establecer que «el representante obligará al ausente de hecho en todos los actos y negocios realizados con arreglo al artículo anterior, siéndoles de aplicación, en cuanto a derechos y obligaciones, las reglas del mandato, sin otras excepciones que las contempladas en

de ausencia por el Letrado de la Administración de Justicia o incluso de la inscripción de la misma en el Registro Civil, siendo todo ello posible al amparo de la autonomía de la voluntad.

⁶⁹ Lógicamente, una vez acepte la herencia.

estos preceptos», lo cual resulta muy útil cuando la retribución prevista en el art. 50 LDCG no es suficiente, puesto que se entiende aplicable el art. 1729 CC⁷⁰.

Es evidente que la existencia de estos apoderamientos preventivos de la ausencia no genera que se mantenga a perpetuidad esa situación por cuanto pueden concurrir circunstancias que produzcan la extinción del poder manteniéndose la situación de ausencia, con la consiguiente necesidad de proceder en tal caso al nombramiento de un representante legal o incluso a la declaración formal de ausencia cuando no hubiese sido procedente⁷¹, o bien, que produzcan la extinción del poder pero también paralelamente el cese de la situación de ausencia legal.

En tal sentido, partiendo de que consideramos también trasladable a esta materia lo establecido respecto de los poderes otorgados en previsión de la discapacidad con las adaptaciones y exclusiones necesarias⁷², podemos enumerar como supuestos de extinción del poder preventivo de la ausencia⁷³ los siguientes:

I.- Dentro de los que determinan paralelamente el cese de la situación de ausencia legal: a) la aparición del ausente (realmente en este supuesto solo se extingue el poder *ad cautelam*, no el que tenga cláusula de subsistencia que exigirá la revocación por el poderdante reaparecido, porque de otra forma seguiría desplegando sus efectos como antes de la situación de ausencia); b) la muerte del ausente; y c) la declaración de fallecimiento del ausente *ex arts.* 193 y ss. CC, puesto que no creemos que pueda establecerse una medida voluntaria que excluya la posibilidad de proceder a dicha declaración, por cuanto el fundamento de la misma no radica en la protección de la persona del declarado fallecido sino en la de los terceros afectados como herederos o cónyuge, por lo que la regulación de sus efectos resulta ajena a la voluntad de aquél.

II.- Dentro de los que su concurrencia determina la necesidad de proceder al nombramiento de un representante legal, previa la declaración formal de ausencia en su

⁷⁰ En concreto el art.1729 CC «Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario». En este sentido *vid.* Nieto Alonso (2008:284) y Álvarez Lata (2015:110-111).

⁷¹ Nos vamos a centrar en el supuesto del poder general preventivo con facultades de administración de todos los bienes que determina la exclusión de nombramiento de representante legal o de la declaración de ausencia; no obstante, las causas que citemos serán también aplicables, en su caso, a los poderes preventivos especiales determinando la extensión del ámbito de actuación del representante legal.

⁷² No son de aplicación todas las causas pues lógicamente no resultan compatibles con la situación a la que estamos haciendo alusión la revocación, el concurso del poderdante, ni la prevista en el art. 1732.5º referida a la adopción de medidas de apoyo del poderdante, en cuanto presuponen la presencia del mismo.

⁷³ Nos referimos a los supuestos de extinción durante su vigencia y, por ello, no incluimos su revocación salvo en caso de reaparición. Evidentemente, sí cabe la revocación por el poderdante en cualquier tiempo y circunstancia.

caso: a) la renuncia⁷⁴, muerte o declaración de concurso del apoderado; b) por el establecimiento en relación al apoderado de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; c) por decisión judicial si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa⁷⁵; y d) por las formas específicas de extinción del poder previstas por el poderdante⁷⁶, entre las que puede destacarse la caducidad del mandato a que también se refiere el art. 183 CC.

Para finalizar este punto, queremos destacar que los poderes preventivos se erigen en instrumentos cada vez más importantes en el tráfico jurídico, en cuanto combinan el respeto a la voluntad de la persona con una innegable utilidad práctica por su sencillez y flexibilidad.

Ahora bien, la influencia de la Ley 8/2021 en la normativa de la ausencia legal no acaba con los poderes preventivos. Debe también plantearse la relevancia de la voluntad del ausente respecto de la configuración de la representación legal cuando proceda la constitución de la misma. En principio, respecto de la elección del representante parece resultar irrelevante la voluntad del titular del patrimonio puesto que, tal y como se recoge en el art.184 CC en el orden de prelación que contiene, no hay referencia alguna a la persona designada por el ausente ni de forma presunta, por la vía de haberle dado un poder ordinario⁷⁷, ni tampoco de forma expresa.

No obstante, todos los argumentos apuntados para considerar que la representación voluntaria preventiva debe ser preferente a la legal son perfectamente trasladables para considerar también dispositiva la normativa reguladora de la representación legal del ausente y, por tanto, supeditada a la voluntad expresa del mismo, que no sea contraria a la esencia de la institución, lo que en el presente caso conlleva que no impliquen disposiciones contrarias a la conservación y adecuada explotación del

⁷⁴ Obsérvese que el inciso inicial del último párrafo del art. 183 CC respecto de la extinción del poder ordinario que retrasa la declaración de ausencia alude a la «renuncia justificada», lo que creemos que debe ponerse en relación con el art. 1736 CC y la imposibilidad de ponerlo en conocimiento del poderdante, por lo que el parámetro de que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el poder sin grave detrimento suyo parece encajar con esa idea de renuncia justificada.

⁷⁵ Vid. art. art. 258.IV CC.

⁷⁶ Vid. art. 258.III CC, *in fine*.

⁷⁷ En la línea de considerar que si el ausente le dado un poder ordinario de general administración debería ser nombrado en cuanto es el preferido por la propia persona para que se encargue de su patrimonio tras, eso sí, pasar el filtro del Letrado de la Administración de Justicia para comprobar que no hay motivo grave para no nombrarlo.

patrimonio en interés de quienes puedan ser sucesores en el mismo, en atención a que, sin saberlo, puedan ya estar llamados a ser titulares del mismo.

En tal sentido nos parece viable, al amparo del principio general de la autonomía de la voluntad, un negocio jurídico de corte similar a la actual autotutela⁷⁸, que podríamos llamar «autorrepresentación del ausente», con un alcance próximo al de aquella. Así podrá tener por objeto la propuesta de nombramiento o la exclusión de quien vaya a ser nombrado por el Letrado de la Administración de Justicia para ostentar la representación legal. En este punto, existe incluso en la letra del Código civil un cauce para reconocer la eficacia de tal propuesta pues no debe olvidarse que el art. 184 CC supedita la jerarquía del listado de las personas que sean nombradas a que no exista «motivo grave apreciado por el Secretario judicial» y la existencia de un previsión expresa del propio ausente parece ser un motivo grave para alterar el orden del precepto o incluso excluir a todos los enumerados en el mismo, con lo que se consigue una eficacia similar a la que le atribuye a la autotutela el art. 272 CC. También consideramos que esa autorrepresentación podría extenderse a otros aspectos como son establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la misma y, en especial, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del representante curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo, por cuanto si puede establecer un poder preventivo que excluya la representación legal también podrá modalizar el régimen de la misma. En todo caso, parece lógico aplicar también, por la teoría general de los negocios jurídicos, un régimen similar al previsto en el art. 272 CC y que, por tanto, exista una posibilidad de revisión por el Letrado de la Administración de Justicia de las medidas voluntarias adoptadas siempre que concurren circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración sobrevenida de las causas o circunstancias que expresa o presumiblemente se tuvieron en cuenta para establecer tales disposiciones.

Es verdad que, *de lege ferenda*, sería conveniente introducir de forma expresa esta supeditación a la voluntad del ausente, por la vía de la regulación, directa o por remisión, de los poderes preventivos de la ausencia y del negocio jurídico de modalización del régimen legal, pero ello no excluye que defendamos que existen ya importantes argumentos para una reinterpretación de los preceptos que permita en la actualidad reconocer relevancia a dicha voluntad con el alcance que hemos expuesto.

⁷⁸ Antes autotutela.

IV. CONCLUSIONES

I.- La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto nuevos paradigmas que llevados al ámbito de la declaración de ausencia legal, en nuestra opinión, no sólo permiten, sino que obligan a reinterpretar el papel de la voluntad de la persona en el diseño de dicho régimen jurídico.

II.- En la actualidad la curatela ha desplazado a un segundo plano a la tutela, que queda reducida al ámbito de los menores no emancipados, sin embargo, la ausencia legal sigue manteniendo la remisión a las normas de la tutela. hoy en día hay que entender dicha remisión a la curatela. Existen numerosos argumentos que apuntan en tal dirección y así lo hemos demostrado no sólo en lo que respecta al régimen aplicable al derecho a una retribución del representante legal sino también en general. A título ilustrativo se puede argumentar lo afirmado en los distintos principios rectores de una y otra, así como la supletoriedad de la curatela frente a cualquier medida voluntaria dispuesta por la persona necesitada de apoyo, algo que no es posible en la tutela pues ésta no puede evitarse mediante medida voluntaria alguna ya fuese establecida por los propios menores o sus progenitores.

III.- Es necesaria una reinterpretación de la normativa existente y estudiar la posibilidad de dar una mayor relevancia a la voluntad, deseos y preferencias de ausente, sin perjuicio de combinarlo con el parámetro específico de su «especial representación» (art. 185 in fine CC) esto es, como es la búsqueda de la conservación y defensa del patrimonio.

IV.- Se asiste a una progresiva reducción del ámbito de la representación legal (desaparición de la patria potestad prorrogada y rehabilitada) al concebirse la curatela representativa no sólo como excepcional sino como subsidiaria. En efecto, se modifica la jerarquía de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad y ocupa un lugar preferente la representación voluntaria frente a la legal, siendo el cauce que el legislador tipifica para configurar esa representación voluntaria los poderes y mandatos preventivos.

V.- Se configura un nuevo principio rector de la representación legal la cual en cuanto medida de apoyo para las personas con discapacidad es considerada como excepcional y subsidiaria, consiguientemente está siempre supeditada a la voluntad de la persona, tanto en lo relativo a su misma existencia, ya que no nacerá la representación legal si la hay voluntaria, como en lo referente a su funcionamiento en caso de que exista, incluida la designación de la persona que la desempeñe y la forma de desempeñarla.

VI.- Existen diferentes argumentos y de diversa índole que avocan a la extrapolación de dicho principio al ámbito del régimen jurídico de la ausencia. Incluso partiendo de que el Código civil sólo permite que la existencia de un poder general de administración retrase la declaración de ausencia, considera eficaz el nombramiento de un representante durante un plazo de tres años y su extinción por la inscripción de la declaración de ausencia (lo que a nuestro juicio supondría atender a una presunción de voluntad del ausente), consideramos que es posible la exclusión del régimen legal siempre que así se infiera del contenido del poder, es decir, que la representación voluntaria esté atribuida expresamente en previsión de la situación de ausencia o quizá más exactamente, de la desaparición y/o ausencia.

VII.- Si se otorga un poder preventivo cuya entrada en vigor o subsistencia de efectos se hace depender de la declaración de ausencia y/o su inscripción en el Registro Civil, no procedería el nombramiento de representante legal, pero sí la declaración de la situación de ausencia legal.

VIII.- El poder preventivo para el supuesto de incurrir en situación de ausencia debería respetar los límites a la autonomía de la voluntad para fijar su contenido y alcance, los cuales en este contexto vendrían dados por la propia finalidad de la institución que, recordemos, radica principalmente en proteger el patrimonio del ausente en su propio interés. Límite, por lo demás, en gran medida irrelevante, toda vez que el poderdante lógicamente elegirá a un apoderado teniendo en cuenta la mejor administración de su patrimonio.

IX.- Es posible dar un paso más y reconocer relevancia de la voluntad del ausente respecto de la configuración de la representación legal cuando proceda la constitución de la misma. En un principio, respecto de la elección del representante parecería irrelevante su voluntad puesto que, tal y como se recoge en el art.184 CC, en el orden de prelación que contiene, no hay referencia alguna a la persona designada al efecto por el ausente, pero sí está supeditado el orden del llamamiento a que no exista «motivo grave apreciado por el Secretario judicial», y es precisamente en ese inciso en el consideramos que podría tener cabida la existencia de un poder en el sentido indicado.

Bibliografía

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021), «Comentario al art.223» (C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación*

- civil y procesal en materia de discapacidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 368-375).
- ÁLVAREZ LATA, N. (2015), «Capítulo III. Derecho de la persona» (J. M. BUSTO LAGO, Dir.), *Curso de Derecho civil de Galicia*, Ed. Atelier, Barcelona (pp.107-111).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2016), «Comentario al art.73», A. Fernández de Buján (Dir.), *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (p. 410).
- DE CASTRO, F. (1952), *Derecho Civil de España. Parte General. Derecho de la persona*, T. II, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid (pp.478-556).
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013), «Comentario al art.186» en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Dir.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1970-2011).
- DÍEZ-PICAZO L. (1968.a) «El concepto jurídico de representación en el Derecho Privado (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 15 de junio de 1964)», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 16, 1968 (pp. 133-175).
- (1968.b) *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid (pp. 285-290).
- GARCÍA GARNICA, M^a C. (2013), «Comentario al art.220», *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Dir.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp.2076-2079).
- NIETO ALONSO, A. (2008), «Comentario del art.46» y «Comentario al artículo 50», Ángel Rebolledo Varela (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (pp. 259-285).
- RIBOT IGUALADA, J. (2021), «Comentario a los artículos 256 y 257 CC», *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 578-604).
- DE SALAS MURILLO, S. (2021), «Comentario al art.257», *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 484-485).
- SERRANO Y SERRANO, I. (1943), *La ausencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid (pp.159, 164 y 195).