

# La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección\*

*The freedom of movement of protected persons in Europe: the will of the person in the choice of the applicable law*

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Rey Juan Carlos

**RESUMEN:** La libre circulación de las personas protegidas en Europa no ha sido objeto de especial atención por las instituciones comunitarias que no han aprobado una norma uniforme en materia de libre circulación de medidas de protección y de ley aplicable. El Convenio de La Haya, ratificado por algunos Estados, no ha sido, sin embargo, ratificado por España, aunque sí se ha modificado la ley aplicable a las medidas de protección que será ahora la de la residencia habitual y no la de la nacionalidad. Esta reforma no es suficiente para

---

\* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER2015-64120-R de la Convocatoria 2015 del programa de Proyectos I+D+I Retos (MINECO/FEDER).

garantizar que se respete la voluntad de la persona en situaciones transfronterizas, ya que nuestra legislación no consagra una norma de conflicto específica en materia de poderes preventivos ni la posibilidad de realizar una *professio iuris*, que permita diseñar su protección eligiendo la ley que será aplicable.

*ABSTRACT: The freedom of movement of protected persons in Europe has not been given special attention by the European Union institutions that have not approved a uniform rule on the free movement of protective measures and applicable law. The Hague Convention, ratified by some States, has not been ratified by Spain, although the law applicable to protection measures has been modified, which will now be that of habitual residence and not of nationality. This reform is not enough to guarantee that the will of the person in cross-border situations is respected since our legislation does not establish a specific conflict of law rule in the matter of preventive powers nor the possibility of carrying out a professio iuris, that allows to design its protection choosing the law that will be applicable.*

**PALABRAS CLAVE:** Capacidad. Discapacidad. Ley aplicable. Poderes preventivos. Tutela-Convenio de La Haya. Apoyo en la toma de decisiones.

**KEY WORDS:** Capacity. Disability. Applicable law. Preventive powers. Guardianship. Hague Convention. Supported decision-making.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTATUTO PERSONAL.—III. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA Y COMO CUESTIÓN CENTRAL.—IV. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO APPLICABLE: LA CALIFICACIÓN: 1. EL CONFLICTO DE CALIFICACIÓN A TRAVÉS DE UN CASO DE LA PRÁCTICA. 2. CALIFICACIÓN, ADAPTACIÓN, ADECUACIÓN Y SUSTITUCIÓN. 3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR LA NORMA DE CONFLICTO. 4. EL REENVÍO DE PRIMER GRADO.—V. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE CAPACIDAD: 1. DERECHO COMUNITARIO: A) *Los Reglamentos europeos en materia de Derecho civil.* B) *¿Hacia un Reglamento específico de protección de adultos vulnerables en la Unión Europea?* 2. EL CONVENIO DE LA HAYA: A) *Ámbito de aplicación personal.* B) *Ámbito de aplicación material.* C) *Competencia.* D) *Ley aplicable.* E) *Circulación de decisiones.*—VI. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA A TRAVÉS DE UN EJEMPLO: LA CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO Y PARA ACEPTAR LA HERENCIA.—VII. LA EXCEPCIÓN DE «INTERÉS NACIONAL».—VIII. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN CENTRAL: LOS DOS ASPECTOS QUE PRESENTA: 1. LA LEY APPLICABLE

A LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD. 2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE. 3. LA LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.—IX. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL.—X. LOS PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA: LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LAS RECIENTES REFORMAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO: 1. LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO: PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. 2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN ¿OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN?—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Si el tratado de Maastricht supuso la consagración de la idea de ciudadanía europea, la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, contribuye a consolidar el derecho a la libre circulación de las personas. En el ámbito del Derecho civil vemos cómo poco a poco se construye este espacio europeo mediante la aprobación de diferentes reglamentos cuyo objetivo es la libre circulación de decisiones judiciales o extrajudiciales entre los países de la Unión Europea en materias como sucesiones, alimentos o régimen económico del matrimonio, o que, incluso, dan un paso más y unifican las reglas de conflicto para determinar la ley aplicable o crean un documento uniforme que facilite la circulación, como hace el Reglamento de sucesiones de 2012 al crear el certificado sucesorio europeo.

No existe, sin embargo, un reglamento europeo específico en materia de personas protegidas por lo que las cuestiones de capacidad y la libre circulación de las medidas de protección dependen de en qué medida podamos subsumirlas en alguno de los reglamentos existentes, o de las normas de Derecho internacional privado de cada Estado, sean internas o de origen supranacional.

La ausencia de una norma de conflicto unificada en todos los países de la Unión Europea dificulta la libre circulación, sobre todo si tenemos en cuenta que algunos países de Europa han ratificado el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos, y otros países no lo han ratificado, lo que provoca, como subraya FRANZINA<sup>1</sup>, una diversidad de soluciones normativas en muchos casos divergentes. Disparidades que, según el informe<sup>2</sup> del Parlamento Europeo de 3 de abril de 2017, pueden «ir en detrimento del derecho de los adultos vulnerables a circular libremente y a residir en el Estado miembro de su elección así como de la adecuada protección de su patrimonio cuando esté repartido entre varios Estados miembro».

España, como otros países de nuestro entorno, ha incorporado en las últimas décadas instrumentos que permiten que la voluntad de la persona sea la protagonista en el diseño de su protección para el caso de que llegue a perder la capacidad, ya sea designando la persona que será su tutor o curador, si se

llega a producir una modificación de su capacidad, o bien nombrando a un apoderado en previsión de su falta de capacidad. Sin embargo, si estas medidas no se acompañan de otras que permitan la libre circulación de las medidas de protección, que ellos han diseñado o creado, cuando se desplazan, se verá frustrada parte de la finalidad perseguida. Por ello, sin ánimo de llevar a cabo un estudio de Derecho internacional privado, que no es nuestra competencia, vamos a analizar en qué medida la voluntad de la persona en el diseño de su sistema de protección es respetada en las situaciones transfronterizas, fundamentalmente a través del estudio de la determinación de la ley aplicable en materia de capacidad y de los obstáculos teóricos y prácticos que la complejidad de la materia suscita.

España no ha ratificado el Convenio de La Haya pero en el año 2015, aprovechando la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se reformó el artículo 9.6 del Código Civil que consagra ahora como criterio de conexión de las medidas de protección de las personas mayores la ley de la residencia habitual para, como indica la Exposición de Motivos de la Ley, adaptarlo a las normas internacionales. Como luego veremos, este es el criterio que sigue el Convenio de La Haya.

Esta opción por la residencia habitual como criterio de conexión supone un cambio respecto al criterio de la nacionalidad que es el que tradicionalmente ha consagrado el Código Civil para las cuestiones que integran el estatuto personal, incluyendo la tutela y demás instituciones de protección ya que, como establecía el artículo 9.6 en su anterior redacción, se aplicaba a las mismas la ley de la nacionalidad. Veamos con más detalle.

## II. EL ESTATUTO PERSONAL

Tal y como establece el artículo 9.1 del Código Civil, la ley personal de las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Y, en una visión tradicional y amplia del estatuto personal, que incluye la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, este artículo determina que la ley de la nacionalidad será la aplicable a estas materias.

La idea del estatuto personal que consagra nuestro Código Civil en este artículo, responde a una concepción tradicional del mismo en el que confluyen diferentes caracteres como la permanencia, la indisponibilidad y la presencia de la noción de orden público. Como subraya PANET<sup>3</sup>, el ámbito del estatuto personal, tradicionalmente está impregnado de soberanía por lo que históricamente ha estado regido por normas de carácter imperativo y la autonomía de la voluntad estaba descartada, lo que en el plano del Derecho internacional privado se traducía por criterios de conexión imperativos, reflejo de la soberanía del Estado.

Sin embargo, en los últimos años esta visión monolítica se disgrega por varias razones. La primera es que se considera que no todas estas materias integran el estatuto personal o bien, que no todas las cuestiones que integran el estatuto personal tienen por qué estar sujetas a la misma ley. Así lo pone de manifiesto FADLALLAH, para quien el movimiento convencional de la Conferencia de La Haya ha dinamitado la unidad del estatuto personal<sup>4</sup>. Además, la distinción en un único asunto jurídico de la cuestión o cuestiones previas y la cuestión principal, supone también un foco de disgregación e, incluso, como subraya el mismo autor, supone la casi desaparición de la noción de estatuto personal<sup>5</sup>.

Otra razón es que se han aprobado normas, vinculantes para España, que desplazan el criterio de conexión de la ley aplicable de la nacionalidad a la residencia habitual, lo que hace que se desdibuje la característica de la permanencia. Así ha ocurrido con el Reglamento de sucesiones que, a falta de *professio iuris*, determina que la ley aplicable a la sucesión será la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, o, en el ámbito interno, con el párrafo sexto de este artículo 9 que, como ya hemos señalado, tras la reforma de 28 de julio de 2015 establece, en la materia que nos ocupa, que la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad es la de su residencia habitual.

Pero, sobre todo, la cuestión se ha transformado al reconocerse cada vez mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable en ámbitos en los que anteriormente el criterio de conexión era imperativo, cuestión esta a la que nos referiremos con posterioridad.

Todo ello, sin que se haya modificado el párrafo primero del artículo 9, que sigue vigente, y ello por varios motivos. Primero, porque no debemos olvidar, que estas normas de conflicto se aplican también para resolver los conflictos internos de normas. Segundo, porque, en relación a la concreta cuestión de la capacidad, una cosa son las medidas de protección de las personas cuando no tienen plena capacidad y otra la capacidad en sí misma considerada, lo que nos obliga a analizar las cuestiones de la capacidad desde diferentes ángulos o perspectivas.

### III. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA Y COMO CUESTIÓN CENTRAL

La capacidad, desde el punto de vista de Derecho internacional privado, se puede analizar desde una doble óptica: como cuestión previa o como cuestión central.

La capacidad hay que analizarla como una cuestión previa o preliminar en diferentes negocios jurídicos o instituciones. Así, en el otorgamiento de un testamento, la liquidación de una herencia, la celebración de un matrimonio, de capitulaciones matrimoniales, en un divorcio, en la venta de un inmueble o el

reconocimiento de un hijo, por no citar más que alguno de los actos o negocios jurídicos en los que se exige una determinada capacidad para poder realizarlo. En estos supuestos, una cosa es la ley que se aplica al acto o al negocio de que se trate y otra la que se debe tener en cuenta para determinar la capacidad de los intervenientes u otorgantes para llevar a cabo ese concreto acto o negocio jurídico, que puede ser coincidente o diferente de la primera.

Como cuestión central o principal, se presenta cuando es necesario poner en marcha una institución de protección de la persona o cuando la persona ha de realizar un negocio jurídico y está bajo una medida de protección judicial o extrajudicial que se ha adoptado en un Estado y que ha de surtir efectos en un tercer Estado. O bien, cuando la persona pretende otorgar un documento en previsión de su propia incapacidad futura en un país del que no es nacional, con independencia de que tenga o no en el mismo su residencia habitual.

En ambos aspectos, la cuestión clave es la de la determinación de la ley aplicable. A los dos se refiere el Código Civil de manera separada y aportando diferente solución. Ya hemos visto cómo, el artículo 9.1 establece que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley personal, que viene determinada por la nacionalidad y el número 6 del mismo artículo 9 determina en su párrafo segundo que «la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual». Posteriormente veremos a qué cuestiones se aplica cada uno de estos criterios y las consecuencias de que concurran dos criterios de conexión diferentes para cuestiones tan próximas.

La problemática de la ley aplicable es a la que dedicaremos la mayor parte de este estudio, pero no es la única que tiene incidencia en la materia que nos ocupa. Así, también abordaremos, aunque con menor intensidad, la cuestión de la competencia judicial y de la circulación internacional de las medidas de protección y comenzaremos por una breve referencia a la cuestión previa a todas ellas de la calificación.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO APLICABLE: LA CALIFICACIÓN

En la técnica de la búsqueda de la ley aplicable, lo primero que hay que detectar es la norma de conflicto apropiada para, en un segundo momento, aplicar el criterio de conexión que designe la misma. Pero, para detectar la norma de conflicto aplicable, un primer paso es esencial: la calificación.

Esta labor implica que las instituciones procedentes de otros ordenamientos jurídicos que hayan de surtir algún tipo de efecto en España así como los negocios jurídicos que se pretendan celebrar o los supuestos de hecho a los que haya de aplicarse una consecuencia jurídica, deberán ser calificados. Es decir, debemos identificar y valorar los conceptos jurídicos presentes para determinar

en qué supuesto de hecho de una norma de conflicto encajan y, con ello, proceder a la aplicación de esa norma de conflicto, lo que, en una primera aproximación puede parecer sencillo, pero, como veremos, no lo es tanto<sup>6</sup>. Vamos a analizarlo a través de un ejemplo concreto.

## 1. EL CONFLICTO DE CALIFICACIÓN A TRAVÉS DE UN CASO DE LA PRÁCTICA

Para analizar las implicaciones prácticas de esta cuestión nos fijamos en el mandato de protección futura del Derecho francés. Imaginemos que un ciudadano francés residente en España pretende enajenar un inmueble cuyo titular es su hermano, residente también en España, presentando un mandato de protección futura otorgado unos años antes ante notario francés en el que lo nombra mandatario para cuando llegue a perder la capacidad ¿Cómo lo calificamos? ¿Se trata de una representación legal? ¿Se trata de una representación voluntaria? ¿Es una medida de protección acordada en otro Estado?

Nuestro Código Civil contiene normas de conflicto diferentes para cada uno de estos supuestos. Si se trata de una representación legal, la ley aplicable será, según el artículo 10.11, «la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante», es decir en nuestro caso, la ley francesa. Sin embargo, si lo calificamos como representación voluntaria, según el mismo artículo 10.11 se aplicará «la ley del país donde se ejercen las facultades conferidas», lo que nos conduciría a aplicar la ley española. Si se trata de una medida de protección, según el artículo 9.6, se aplicará la ley de la residencia habitual, sin perjuicio de su reconocimiento en España cuando ha sido acordada en otro Estado<sup>7</sup>.

Y, ¿a qué se va a aplicar una de esas dos leyes? Pues a la cuestión esencial de saber si la persona que ha dado un mandato de protección futura mantiene su capacidad para actuar y, en caso de que sea el mandatario o representante el que actúe, si se exige o no autorización judicial para la venta del inmueble y, además, a la cuestión previa a todas estas de saber si el mandato está en vigor o no.

Para calificar una institución hay que conocer su contenido y extensión ya que, de lo contrario, no será posible llevar a cabo la misma. Es decir, que esta labor exige un conocimiento mínimo de algunas instituciones de los Derechos extranjeros en los que se ha creado la misma cuando estamos buscando la norma de conflicto aplicable o cuando la norma de conflicto contiene un criterio de conexión que nos lleva a su aplicación o cuando se trata de la libre circulación de las medidas de protección, ya que, como hemos visto, el artículo 9.6 *in fine* del Código Civil, consagra el reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados.

Posteriormente nos referiremos a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. Para avanzar en la cuestión de la calificación del supuesto planteado,

el mandato de protección futura del Derecho francés es la institución equivalente de nuestros poderes preventivos. Si llevamos a cabo una calificación por equivalencia, concluiríamos que se trata de una representación voluntaria y, por tanto, sometida al Derecho español. Se trata de aplicar el denominado test de equivalencia funcional.

De acuerdo con lo expuesto, la institución española equivalente son los poderes preventivos porque tienen efectos equivalentes y persiguen finalidades e intereses similares. Pero si profundizamos un poco más, veremos que el mandato de protección futura del Derecho francés responde a una lógica y a una sistemática diferente al poder preventivo español y está sometido a un régimen diferente en lo que se refiere a su eficacia, a la capacidad del mandante y a las autorizaciones que debe recabar el mandatario para determinados actos. De entrada, se configura con una naturaleza híbrida, entre la representación voluntaria y la representación legal y se regula en sede de instituciones de protección de la persona y no en sede de contratos como el poder preventivo del Derecho común español.

La propia denominación de la figura pone de manifiesto esta diferencia<sup>8</sup>. Ello se evidencia en que el mandato comprende no solo los actos de gestión patrimonial sino también la protección de la persona, imponiéndole al mandatario las obligaciones del tutor y exigiendo que este reúna las condiciones que el Código Civil exige para ser tutor. Son figuras equivalentes en cuanto que ambas nacen de la voluntad de la persona y su finalidad es nombrar un representante para el caso de que se llegue a perder la capacidad, pero el régimen jurídico de una y otra es muy diferente.

Podríamos plantearnos si estamos ante un conflicto de calificaciones en el que la norma extranjera concede a esa institución una naturaleza diferente de la que le otorga el Derecho español y preguntarnos con arreglo a qué ordenamiento jurídico hay que realizar la calificación. De acuerdo con el artículo 12.1 del Código Civil «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». Es decir, que nuestro ordenamiento jurídico opta por la regla de *lege fori* para la calificación.

Autores como ESPUGUES MOTA<sup>9</sup> consideran que hay que aceptar «la independencia entre el proceso de calificación» llevado a cabo por el operador jurídico español «con vistas a la selección de la concreta norma de conflicto española y la operación de selección de las concretas normas del Derecho convocado por la norma de conflicto española. Ello favorecería la aplicación del Derecho extranjero tal como lo haría el juez foráneo, tomando en consecuencia en cuenta la calificación realizada por el ordenamiento jurídico extranjero convocado». Sin embargo, como el mismo autor admite, el carácter imperativo del artículo 12.1 dificulta enormemente la viabilidad de esta solución, por lo que, en la práctica, la calificación se realiza con arreglo a los criterios propios del ordenamiento jurídico español. En el caso planteado, nos conduciría a calificarlo

como una representación voluntaria y a aplicar por tanto, la ley española para conocer las facultades y limitaciones el mandatario.

Creemos que, como propone el profesor GARCIMARTÍN<sup>10</sup>, hay que dar un paso más porque esto solo es el «punto de partida interpretativo» ya que las normas de Derecho internacional privado «tienen un sentido y finalidad propios», por lo que «nada impide que a partir de la teleología de la norma de conflicto o del sistema interno de todo el régimen internacional privatista se pueda extraer una definición de esos conceptos jurídicos parcialmente distinta a la que tienen en el Derecho material». Se trataría de hacer una calificación *lege causae* lo que permitiría, como subraya ANCET<sup>11</sup>, conocer el sentido y el alcance de la institución en su propio ordenamiento jurídico ya que esto depende no solo de las concretas normas que lo regulan sino también del «conjunto legislativo» en el que tiene existencia.

En el supuesto planteado esto podría llevarnos a calificar el mandato de protección futura francés como una representación legal, no solo porque su naturaleza jurídica pueda aproximarse más a una representación legal, sino porque la finalidad de que se opte por la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante como criterio de conexión responde a la finalidad de que una institución con vocación de cierta permanencia quede sometida a la ley conforme a la que ha nacido, lo que, además, será más respetuoso con la voluntad de la persona ya que es esa ley la que tenía en mente, la más próxima, cuando concluyó el mandato. Y es que, incluso si admitimos que se trata de una representación voluntaria, como subraya LARDEUX<sup>12</sup>, la representación es una modalidad de expresión de la voluntad del representado por lo que las reglas de conflicto aplicables a la representación convencional deben asegurar el respeto de tal voluntad. Esta es la finalidad propia de las normas de conflicto. Aceptar este razonamiento en la materia tendrá dos consecuencias. Por un lado, la aplicación de la ley de la fuente de la representación, es decir, del mandato, y por otro, la designación de la ley del mandante para regir dicho mandato. Este respeto de la voluntad del mandante estará, además, en sintonía con el imperativo de la Convención de Naciones Unidas de 2006 que, en su artículo 12.4 impone a los Estados parte la obligación de garantizar que las medidas adoptadas respeten la voluntad de la persona y en el 18 consagra el derecho de circular libremente y de elegir libremente el lugar de residencia. ¿Cómo estaríamos respetando esta voluntad si cambiamos la ley aplicable a una distinta de la que el poderdante tuvo presente cuando dio el poder? ¿Qué ocurre con los controles y límites que la ley de origen impone al mandatario y que pueden haber sido determinantes de la conclusión del negocio jurídico?

Por otra parte, esta calificación lo es solo a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, no a efectos de adaptar o adecuar la institución al ordenamiento jurídico español, cuestión esta a la que nos referiremos con posterioridad.

Se trata de la calificación en el ámbito del Derecho internacional privado que implica tener en cuenta ese «sentido y finalidad propia» que tienen las normas de DIPr. Y es que someter un mandato de protección futura o un poder preventivo a la ley del país en el que el mandatario ejerce las facultades, como si se tratase de una representación voluntaria ordinaria no nos parece, por todo lo expuesto, la solución más adecuada. Los poderes que se otorgan en previsión de la propia incapacidad han de tener su propia norma de conflicto, como ocurre en los países que han ratificado el Convenio de La Haya que consagra como la ley aplicable, a falta de sometimiento expreso, la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, que será la ley conforme a la que ha nacido el mandato y, por tanto, la representación que esta implica.

Además, si calificamos el mandato de protección futura como una medida de protección, ello puede conducirnos a la aplicación del artículo 9.6 que se refiere al reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados y facilitaría la aplicación del Derecho francés, en el caso planteado, que es conforme al que ha nacido la institución.

Abriendo estas dos vías no estamos cambiando la naturaleza de la institución sino únicamente utilizando una técnica de calificación que nos permite seleccionar la norma de conflicto más apropiada.

Se trata de aplicar una solución similar a la que permite la técnica de la adaptación de las normas de conflicto que, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ ROZAS<sup>13</sup>, puede obedecer a la «introducción de valores en la respuesta a determinados conflictos de intereses presentes en un supuesto de tráfico externo que, según los casos, persigue que la convivencia de los sistemas se traduzca en la continuidad de las relaciones privadas, en la seguridad jurídica de las mismas o, sencillamente, en la evicción de un resultado injusto (contradicción teleológica)». Diferente es la técnica de la adaptación a la que se refiere la Ley de cooperación jurídica internacional que pasamos a analizar.

## 2. CALIFICACIÓN, ADAPTACIÓN, ADECUACIÓN Y SUSTITUCIÓN

El test de equivalencia funcional que realiza el operador jurídico para llevar a cabo la calificación y al que nos hemos referido en páginas anteriores es una técnica similar a la de la adaptación y la adecuación. Pero no es la misma. Como nos ilustra con claridad FERNÁNDEZ ROZAS<sup>14</sup> en una cuestión de tanta complejidad, la adaptación es una técnica que aparece en la última fase de aplicación de la norma de conflicto ya que es «un recurso que actúa no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable, sino en un momento posterior de “armonización de los distintos Derechos materiales”, que han resultado designados por el sistema conflictual».

La calificación por equivalencia nos lleva a seleccionar una determinada norma de conflicto. Sin embargo, la adaptación<sup>15</sup> «no radica en la utilización de la noción de equivalencia sino en una reinterpretación de las normas, bien conflictuales o materiales, en previsión de desajustes y discordancias».

A la adaptación se refiere el artículo 61 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015 (LCJI) y a la adecuación se refiere el artículo 57. Veamos.

El artículo 57 de la LCJI establece para la adecuación de las instituciones jurídicas extranjeras:

*«Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional».*

Y el artículo 61 de la misma Ley consagra la posibilidad de adaptación para la inscripción:

*«1. Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar.*

*2. Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional».*

La duda<sup>16</sup> que se plantea es si es lo mismo adecuación que adaptación y si esta labor está implícita en el reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado o, por el contrario, son actividades diferentes. No parece ir en esta línea el artículo 57 que literalmente establece, en el ámbito de la adecuación, que las instituciones extranjeras se «sustituirán» por la equivalente española. Un matiz introduce el artículo 61 que en ningún momento se refiere a la sustitución sino a la adaptación «en lo posible» y añade el matiz, importante, de que «si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen». Ahora bien ¿la ausencia de este matiz en el artículo 57 significa

que la «adecuación» llevada a cabo por los notarios tiene mayor alcance y no tendrá que respetar este límite?

Estamos en presencia de conceptos complejos cuya utilización por el legislador quizás no ha respondido a una depurada técnica jurídica, ya que la adaptación y la sustitución responden a problemas diferentes y a técnicas variadas aunque, como señala FERNÁNDEZ ROZAS<sup>17</sup> poseen un elemento común, «que aparecen por la aplicación parcial de leyes materiales diferentes a un mismo supuesto del tráfico externo». La falta de claridad provoca dudas importantes sobre el alcance de una y otra figura y sobre el ámbito y la eficacia de la calificación que hace el notario al adecuar, sobre si es revisable o no por el registrador o respecto a si han de comparecer de nuevo los otorgantes para realizar la adecuación ante el notario español. La práctica y las resoluciones de la Dirección General irán concretando el ámbito de estas figuras.

### 3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR LA NORMA DE CONFLICTO

Volviendo al supuesto planteado, si aceptamos la calificación realizada, concluiríramos que la ley aplicable es la ley francesa. Aceptada esta calificación, si un ciudadano francés se presenta ante el notario español con el documento notarial francés en el que se otorgó el mandato de protección futura y en el que se le conceden amplias facultades, incluyendo expresamente la aceptación de herencias y la enajenación de inmuebles ¿puede el notario español autorizar que en ambos actos intervenga el mandatario?

La primera cuestión que debemos resolver es la de si el mandato está en vigor o no y, para ello, en coherencia con la calificación realizada, aplicaremos la ley francesa. Según el Código Civil francés<sup>18</sup>, la eficacia del mandato no es automática, sino que el mandatario, una vez que el mandante está afectado por una causa de las que dan lugar a un procedimiento de protección (tutela o curatela), debe entregar al secretario judicial el mandato y un certificado médico en el que se acredite este extremo. En ese momento, el secretario judicial pone fecha al mandato, lo visa y se lo restituye al mandatario y es con el cumplimiento de esta formalidad cuando el mandato empieza a producir efectos, y, por tanto, legitima al mandatario para actuar. Es decir, que únicamente si este trámite se ha producido, se puede admitir la ejecución del mismo en España y, por tanto, la vigencia del poder que, de otro modo, existirá pero sin ser aún eficaz según el Derecho francés (art. 481 del *Code*).

Una vez aceptado, en nuestro caso concreto, que el mandato de protección futura va a quedar sometido a la ley francesa, en cuanto a su existencia, alcance y eficacia, hemos de resolver la cuestión concreta relativa a la enajenación del inmueble, para lo cual debemos dar un paso más: ¿deberá el notario exigir autorización judicial para la enajenación? Si la ley aplicable fuese la española

la respuesta sería negativa, ya que no se exige en la actuación del representante en el ámbito de los poderes preventivos.

Pero si aceptamos la interpretación anteriormente desarrollada de modo que la ley aplicable es la francesa, la respuesta no es tan sencilla porque hay que tener en cuenta la regulación del mandato de protección futura en el Código Civil francés, que, como decimos, es la ley aplicable. La ubicación sistemática del mandato de protección futura en sede de medidas de protección hace que se le apliquen los artículos 425 a 427 (sección 1º) del *Code* que contienen disposiciones generales aplicables a toda medida de protección. Entre ellas, el artículo 426 que prevé la necesidad de autorización judicial cuando se trata de la enajenación de la vivienda principal o secundaria de la persona protegida. Es decir, que a pesar de que el mandato esté en vigor y comprenda la facultad de disposición, el mandatario no podrá disponer del inmueble, si este constituye la vivienda habitual o secundaria de la familia, sin autorización judicial.

Una vez determinada la necesidad de autorización judicial, aún surge otra pregunta: ¿de qué juez ha de ser la autorización? ¿de un juez español o francés? Nada se aclara en las normas de conflicto aplicables<sup>19</sup>. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013 (núm. C-386/12) que ha resuelto, en una cuestión prejudicial, que no es de aplicación el Reglamento Bruselas I (ahora sustituido por el Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis) a la venta de un inmueble de una persona en tutela, ya que las cuestiones relativas a la capacidad están expresamente excluidas de dicho Reglamento y en el caso no se trataba de resolver sobre el derecho real sino sobre si era o no el interés superior de la persona proceder a la enajenación del inmueble. Es decir, que de acuerdo con esta sentencia, si la aplicamos al caso planteado, asimilando el mandato de protección futura a una tutela, ambas como medidas de protección, la autorización judicial deberá otorgarla el juez de la residencia habitual ya que es el mejor situado para saber si la enajenación del inmueble se hace en «interés» de la persona o no<sup>20</sup>. En el supuesto planteado, coincide y será el juez español, pero si tuviese su residencia habitual en Francia tendría que autorizar el juez francés aunque el bien se sitúe en España.

#### 4. EL REENVÍO DE PRIMER GRADO

La solución a la que hemos llegado en el apartado anterior podría verse alterada si admitimos la posible existencia de un reenvío. Y ello porque, si tras la calificación efectuada, la norma de conflicto designa como ley aplicable el Derecho francés, debemos plantearnos si es su ley sustantiva o el conjunto de su ordenamiento jurídico, incluyendo sus propias normas de conflicto. De acuerdo con el artículo 12.2 del Código Civil «la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas

de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española», luego es posible el reenvío de retorno, lo que nos obliga a analizar las normas de conflicto del país de destino para determinar si su aplicación favorece o no la ley española como ley aplicable.

Así, tanto si calificamos el mandato de protección futura como una medida de protección, como si lo calificamos como un poder de representación, en la terminología del Convenio de La Haya, nos encontramos que se puede producir un reenvío. Dicho reenvío se puede producir, no por vincular la ley aplicable al criterio de conexión de la residencia habitual, sino porque el artículo 14 del Convenio, vigente en Francia, determina que «cuando una medida adoptada en un Estado contratante produzca efectos en otro Estado contratante, las condiciones de su aplicación se regirán por la ley de este otro Estado». Y, para el supuesto de los poderes de representación, el artículo 15.3 del Convenio establece que «las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten».

En el primer supuesto, el reenvío se produce solo si la medida produce efectos en otro Estado contratante, luego, como España no lo es, no habría reenvío.

En el segundo supuesto, para los poderes de representación, el reenvío se produce a la ley española que es el Estado en el que se ejercitan los poderes. Si interpretamos que la cuestión de si es necesaria o no autorización judicial para realizar un determinado acto en representación de la persona protegida se incluye en el ámbito de lo que son «las modalidades de ejercicio», concluiremos que, en el supuesto que hemos planteado, se produce un reenvío al Derecho español y, por tanto, aplicaríamos este y no sería necesaria la autorización judicial.

Sin embargo, no creemos que esta sea la solución adecuada. No solo por todo lo expuesto anteriormente, sino porque, como pone de manifiesto ESPLUGUES MOTA, esta solución es incoherente desde un punto de vista teórico y, además, el Tribunal Supremo ha flexibilizado la aplicación automática del reenvío entendiendo que debe estarse a cada caso y entendiendo que su aplicación ha de ser muy restrictiva y solo se aceptará cuando «entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego», tal y como ha establecido la sentencia del TS de 21 de mayo de 1999<sup>21</sup>, lo que no ocurre en el caso planteado.

Además, debemos tener en cuenta que el Informe oficial explicativo del Convenio de La Haya, redactado por PAUL LAGARDE<sup>22</sup>, establece que el artículo 14 no se aplica a los poderes de representación que se rigen por el artículo 15.3 que se refiere únicamente a las «modalidades de ejercicio» y, subraya, esto tiene un contenido mucho más limitado que «las condiciones de aplicación» del artículo 14, por lo que se limita mucho la aplicación de la ley del Estado en que se ejercitan los poderes<sup>23</sup>, pero, a modo de ejemplo cita como posible contenido el procedimiento de autorización cuando la misma venga impuesta por el mandato. Es decir, en nuestro caso esto nos llevaría a aplicar el procedimiento de autorización previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria

en todo caso. Como vemos, un puzzle de mil piezas que hay que hacer encajar, aunque no siempre es fácil.

## V. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE CAPACIDAD

La plácida existencia de la que disfrutaba el jurista español hasta épocas recientes, en las que en el Título Preliminar del Código Civil se concentraban casi todas las normas de conflicto se ha visto alterada por la diversificación de las fuentes, produciéndose, en ocasiones, la convivencia de normas que utilizan criterios de conexión dispares como pueden ser la nacionalidad y la residencia habitual.

La cuestión se complica un poco más si tenemos en cuenta, además, que las normas de conflicto de DIP se aplican para resolver también los conflictos de ley aplicable en el ámbito interregional, aunque, por suerte para nosotros, el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución consagró la competencia para elaborar normas de conflicto como exclusiva del Estado, por lo que no existen normas a nivel autonómico ni siquiera en las regiones forales y los Reglamentos de la Unión Europea contienen, hasta el momento, una disposición por la que disponen su no aplicación para resolver los conflictos de normas internos en los países plurilegislativos.

### 1. DERECHO COMUNITARIO

#### A) *Los Reglamentos europeos en materia de Derecho civil*

No existe un Reglamento de la Unión Europea relativo a la protección de adultos vulnerables. Sin embargo, existen, como sabemos, diferentes reglamentos europeos referidos a diversas cuestiones de Derecho privado que pueden tener una incidencia en materia de capacidad. Así, destacamos:

1º. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, no alude a cuestiones de capacidad.

2º. Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que en su artículo 1 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la capacidad y el estado civil pero en el artículo 13 consagra una excepción de interés nacional que limita las consecuencias de la aplicación de la ley de un país diferente a aquel en el que se celebre un contrato, como sería la ley de la nacionalidad del contratante extranjero, a la capacidad de uno de los contratantes.

3º. Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, que no se refiere expresamente a cuestiones de capacidad.

4º. Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado europeo, al que nos referiremos con posterioridad.

5º. Reglamento (UE) núm. 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (UE) 542/2014, que en su artículo 1 excluye expresamente las cuestiones relativas al estado y capacidad de las personas físicas.

6º. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, que en su artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «la capacidad jurídica de los cónyuges». Sin embargo, el artículo 24 que regula el consentimiento y validez material del acuerdo de elección de la ley aplicable de los cónyuges contiene en su párrafo 2 una regla que puede abrir la puerta a la aplicación de una ley diferente a la que rige la capacidad cuando establece que «un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1».

7º. Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, al igual que el anterior, excluye de su ámbito de aplicación la capacidad jurídica de los miembros de las uniones registradas y contiene una regla equivalente a la del artículo 24.

8º. Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012. En dicho Reglamento, que establece un sistema de exención de legalización o simplificación de trámites respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro, no se incluyen los documentos relativos a la capacidad o a la modificación de la capacidad de las personas, pero el artículo 2 sí incluye dos referencias indirectas a la capacidad

al admitir los documentos públicos cuyo principal objetivo sea el matrimonio, incluida la capacidad para contraer matrimonio (e) y la unión registrada, incluida la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho (g).

*B) ¿Hacia un Reglamento específico de protección de adultos vulnerables en la Unión Europea?*

No existe hasta el momento ni reglamento ni propuesta del mismo cuya cuestión central sea la capacidad o las medidas de protección de los adultos vulnerables, ya que la resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos y sus implicaciones transfronterizas<sup>24</sup>, no se ha concretado en una norma posterior. Sin embargo, las instancias políticas de la Unión Europea, conscientes de las dificultades que su ausencia provoca para la libre circulación de las personas, se han mostrado activas en los últimos años.

Sin retrotraernos más que al año 2015, el Parlamento Europeo aprobó un «Documento de Trabajo» el 24 de noviembre de 2015 sobre la protección de adultos vulnerables en el que los define como «las personas físicas mayores de edad que temporal o definitivamente son incapaces de gestionarse a sí mismas y/o su patrimonio».

Este documento de trabajo consideraba «conveniente y urgente aplicar un verdadero instrumento legislativo a nivel europeo basándose en, y mejorando al mismo tiempo, el Convenio de La Haya», considerando preferente un reglamento a una directiva en el que se promueva el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales o administrativas relativas a las personas que son objeto de medidas de protección y la cuestión de los poderes de representación.

Previamente, el 23 de abril de 2015, la Conferencia de Presidentes del Parlamento Europeo autorizó al Comité de Asuntos Legales (JURI) a diseñar un informe sobre una iniciativa legislativa para la protección de los adultos vulnerables. Este informe se presentó en septiembre de 2016 (European Added Value Assessment «Protection of Vulnerable Adults»). En el mismo se ponen de manifiesto las dificultades que surgen por la coexistencia de diferentes normas de conflicto y urge a tomar medidas<sup>25</sup>. En concreto propone cinco medidas:

- Reforzar la cooperación y la comunicación entre las autoridades de los estados miembros
- Abolir el requisito del exequatur para las medidas de protección adoptadas en Estados miembros de la UE
- Crear un certificado europeo de poderes concedidos
- Permitir al adulto elegir el Estado cuyos tribunales serán competentes para adoptar las medidas de protección

- Asegurar la continuidad de la jurisdicción de los tribunales del Estado miembro de la anterior o precedente residencia habitual

El 3 de abril de 2017 se presentó en el Parlamento Europeo el «Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085[INL]) en el que se pide a la Comisión que presente al Parlamento Europeo y al Consejo, antes del 31 de marzo de 2018, una propuesta de Reglamento destinada a reforzar la cooperación entre los Estados miembro y a mejorar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre la protección de adultos vulnerables y de los mandatos por incapacidad. Más allá de la unificación de las normas de conflicto, el informe propone la creación de formularios unificados sobre las medidas de protección y los poderes, para permitir su libre circulación<sup>26</sup>.

## 2. EL CONVENIO DE LA HAYA

El Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos es la norma de referencia en la materia, convirtiéndose en el texto de Derecho internacional privado uniforme. Sin embargo, este Convenio no ha sido ratificado por España. Solo está en vigor para los estados que, hasta el momento pocos, lo han hecho: Suiza, Alemania, Reino Unido (respecto a Escocia), Francia, Estonia, Finlandia, República Checa, Austria y Mónaco.

A pesar de no haber sido ratificado por España, vamos a analizar someramente su contenido, no solo por su interés teórico, como ejemplo de técnica jurídica, sino por varios motivos más. Primero porque, tal y como señalan los documentos de la Unión Europea, servirá de modelo para elaborar el reglamento europeo. Segundo, porque si en aplicación de nuestra norma de conflicto debemos aplicar la ley de uno de los países que lo han ratificado, esto puede conducirnos a aplicar sus normas de conflicto, aunque únicamente cuando estas nos reenvíen al Derecho español ya que, como hemos visto, el artículo 12.2 del Código Civil establece que «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Tercero, porque, como vamos a ver, el Convenio consagra la posible aplicación de diferentes leyes a la protección de la persona de forma concurrente, respetando, por ejemplo, la ley del lugar donde se encuentran los bienes de la persona protegida, lo que permite la aplicación cumulativa de diferentes leyes a un supuesto.

### A) *Ámbito de aplicación personal*

De acuerdo con los artículos 1 y 2 del Convenio será de aplicación en las situaciones internacionales a la protección del adulto que «por una disminución

o insuficiencia de sus facultades personales, no está en condiciones de velar por sus intereses», considerándose adulto al mayor de 18 años.

#### *B) Ámbito de aplicación material*

De acuerdo con el artículo 2, son objeto del Convenio:

1. Determinar la autoridad competente para adoptar las medidas de protección de la persona o de su patrimonio
2. Determinar la ley aplicable por las autoridades competentes
3. Determinar la ley aplicable a la representación del adulto
4. Asegurar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección
5. Establecer la cooperación necesaria entre los estados contratantes

El artículo 4 enumera las materias excluidas (obligaciones alimentarias, celebración del matrimonio, disolución...) y el artículo 3 enumera, a modo de ejemplo, algunas de las medidas que sí entran en su ámbito de aplicación: La determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección, la colocación del adulto bajo protección, la tutela, la curatela y otras instituciones análogas, la designación y funciones de la persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o bienes del adulto, de representarlo o asistirlo, el ingreso del adulto en un centro en el que se le preste protección, la administración, conservación y disposición de los bienes del adulto y la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o sus bienes.

#### *C) Competencia*

No se establece un criterio de competencia único, sino que, designando uno como principal, consagra otros como subsidiarios y algunos más como alternativos, con el objetivo de designar siempre a la autoridad que se encuentre más próxima o en mejores condiciones de velar por el interés de adulto, que se basan en diferentes criterios como son la nacionalidad, la residencia habitual o «el país donde se encuentren la persona o sus bienes». Esto deja entrever la preocupación por no dejar un resquicio en el que pueda dar entrada a la desprotección de la persona o de sus bienes.

Para lograr este objetivo, el Convenio consagra el mecanismo de «transferencia de competencia» que permite trasladar el asunto a un foro más adecuado, incluso de manera parcial. La importancia de conocer el foro viene dada porque, como luego veremos, este juega una *vis* atractiva respecto de la ley aplicable. Veamos.

El criterio principal es que la competencia es atribuida a las autoridades judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del adulto.

Subsidiariamente, serán competentes las del Estado en el que se halle el adulto si no puede determinarse su residencia habitual (arts. 5 y 6). Además, el artículo 7 mantiene la competencia de las autoridades del Estado de su nacionalidad cuando estén «en mejores condiciones para valorar el interés del adulto».

Alternativamente, se contempla la transferencia de competencia por parte de la autoridad que sea competente según las reglas anteriores al Estado del que el adulto posea la nacionalidad, el de la anterior residencia habitual, aquel en el que se encuentren los bienes del adulto, el que el adulto haya elegido por escrito, el de residencia habitual de una persona allegada que se vaya a hacer cargo de su protección o a aquel en el que se encuentre el adulto en lo que se refiere a la protección de su persona (art. 8).

Por último, se consagra una regla de competencia concurrente, al establecer el artículo 9 que respecto a las medidas de protección de los bienes del adulto, serán competentes las autoridades del Estado donde se encuentren los bienes, pero solo si son compatibles con las adoptadas por las autoridades competentes según las reglas anteriores.

#### D) Ley aplicable

El artículo 13 del Convenio consagra la ley del foro como la aplicable, si bien con algunas excepciones. La primera, que es excepcional, se consagra en el número 2 del mismo artículo y permite «en la medida que lo requiera la protección de la persona o de los bienes del adulto, podrá aplicarse o tenerse en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho».

La segunda es que, respecto de las condiciones de aplicación de la medida, que hayan de producir efectos en otro Estado contratante, se regirán por la ley de ese otro Estado.

Ambas excepciones permiten por tanto la aplicación de un ordenamiento jurídico diferente al del foro y admiten implícitamente, que se pueda aplicar más de una ley.

Cuando se trata poderes de representación conferidos por el adulto, la ley aplicable, según el artículo 15, será la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, salvo *professio iuris* a favor de una de las leyes que enumera (la de la nacionalidad, la de la anterior residencia habitual o la del Estado en el que se encuentren situados los bienes del adulto, respecto de dichos bienes). Y aún multiplica las posibilidades de concurrencia de ley aplicable al admitir en el número 3 del artículo 15 que «las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejerzan».

E) *Circulación de decisiones*

El artículo 22 establece que «las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes», salvo los supuestos en los que pueda denegarse por alguno de los motivos recogidos en el mismo precepto, fundamentalmente ser contrario al orden público, haber sido adoptada la medida sin audiencia de la persona, por una autoridad no competente o cuando sea incompatible con una medida posterior adoptada en un Estado no contratante si se dan determinadas circunstancias.

Pues bien, como ya hemos indicado, España no ha ratificado el Convenio de La Haya y, pese a haberse alineado en parte con sus criterios para señalar como ley aplicable la de la residencia habitual, muchas son las cuestiones que surgen tras el somero estudio del Convenio. Una de esas cuestiones es si un español puede o no realizar una *professio iuris* en materia de poderes de representación para el caso de incapacidad. Preguntas que se refieren a la capacidad como cuestión central pero, como ya hemos visto, en el tema de la ley aplicable debemos distinguir la capacidad como cuestión previa y como cuestión esencial o central y a ambos aspectos nos referimos a continuación para determinar la norma de conflicto aplicable según el ordenamiento jurídico español.

## VI. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA A TRAVÉS DE UN EJEMPLO: LA CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO Y PARA ACEPTAR LA HERENCIA

Como nos ilustra el profesor GARCIMARTÍN<sup>27</sup>, la cuestión previa puede quedar sometida a la ley que rige la cuestión principal o bien a la ley designada por las normas de conflicto, tratando esa cuestión previa como si fuese la principal. Esta última es la solución por la que opta nuestro ordenamiento jurídico. Así, en todos los casos en los que la capacidad se presenta como una cuestión previa, celebración del matrimonio, divorcio, capitulaciones matrimoniales, otorgamiento de testamento... no es la ley que rige la cuestión principal la que vamos a aplicar a la capacidad de los intervinientes, sino su propia ley, determinada por la norma de conflicto aplicable. Sin embargo, los contornos entre cuestión previa y principal no son siempre nítidos, como se observa en temas como la capacidad para hacer testamento y para aceptar la sucesión.

¿Cuál es la ley de conflicto que debemos aplicar a la capacidad para aceptar una herencia? ¿Y a la capacidad para otorgar testamento? ¿Cuál es el alcance de esta «capacidad»?

Si la clara redacción del número 1 del artículo 9 del Código Civil, que consagra la ley de la nacionalidad como aquella que rige la capacidad nos puede

hacer pensar que el asunto es sencillo, en un análisis más detenido, la realidad se revela más compleja.

En materia sucesoria, además de las normas de conflicto del Código Civil, ya hemos visto que debemos tener en cuenta el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

¿Cuál es la incidencia de este Reglamento en las cuestiones de capacidad en el marco de una sucesión? En una primera aproximación, podemos concluir que las mismas quedan excluidas de su ámbito de aplicación ya que es una de las materias enumeradas entre las excluidas por el artículo 1.2: «Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: b) la capacidad jurídica de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2 letra c), y en el artículo 26». Y es precisamente en las remisiones que consagra este artículo donde la cuestión se complica y nos obliga a distinguir, a realizar el *depeçage*<sup>28</sup> para buscar la ley aplicable a cada una de las cuestiones en que se divide el asunto.

Y es que, como destaca FERNÁNDEZ-TRESGUERRES<sup>29</sup> «la capacidad para ser llamado y la capacidad para adquirir o suceder, son distintas de la incapacidad natural del que sucede y adquiere que debe ser suplido por los instrumentos necesarios para ello. La primera presenta dos vertientes, una subsumida en la ley sucesoria que afecta a las prohibiciones legales y al momento de apreciación de la capacidad, en cuanto ligadas al fenómeno hereditario. Otras, las llamadas incapacidades relativas, realmente prohibiciones legales a suceder a determinadas personas. La capacidad natural para aceptar y adquirir es autónoma y conduce a la ley personal del sucesor que rige en todo caso su concreta capacidad y ya sea sucesor a título universal o particular».

Teniendo en cuenta esta doble perspectiva, el artículo 23 del Reglamento determina que la ley que rige la sucesión, determinada según los criterios del Reglamento y que por tanto será la ley de la residencia habitual si no ha habido *professio iuris*, será la que rija la capacidad para suceder y la desheredación y la incapacidad para suceder por causa de indignidad.

Por su parte el artículo 26 del Reglamento, incluye igualmente en su ámbito de aplicación la capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*, es decir, la cuestión de si el causante puede o no realizar por ejemplo un determinado pacto sucesorio o testamento.

Ambas cuestiones no se refieren a la cuestión previa de la capacidad, por lo que la *testamenti factio* activa y pasiva se regirán por la norma de conflicto contenida en el artículo 9.1 del Código Civil, es decir, la capacidad para aceptar se rige por la ley nacional del aceptante y, si la persona tiene o no capacidad natural para hacer testamento, también se rige por la ley nacional del testador,

con independencia de que sea otra ley, la de su última residencia habitual, la que regirá la sucesión.

## VII. LA EXCEPCIÓN DE «INTERÉS NACIONAL»

Además de la excepción de orden público a la aplicación del Derecho extranjero que prevé el artículo 12.3 del Código Civil, la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros de buena fe impone que, en ocasiones, la aplicación de la ley de la nacionalidad se vea también excepcionada en cuestiones de capacidad. Así ocurre en el caso del artículo 13 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en el que se dispone:

*«En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la Ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiere ignorado en virtud de negligencia por su parte».*

En materia de obligaciones contractuales, también nuestro Código Civil contiene una norma de excepción, sobre la misma cuestión, pero con una solución diferente. Establece el artículo 10.8 del Código:

*«Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero».*

## VIII. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN CENTRAL: LOS DOS ASPECTOS QUE PRESENTA

### 1. LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD

El punto de vista de la capacidad como cuestión central, nos obliga nuevamente a desdobljar su estudio en dos aspectos. Cuando es necesario poner en marcha una medida de protección como la tutela o la curatela, es necesario hacer una valoración de la capacidad de la persona, es decir, de si cumple o no el presupuesto de la norma que determina la puesta en marcha de esa medida. En nuestro ordenamiento jurídico este aspecto se contiene en el artículo 200 que se refiere a «las enfermedades o deficiencias persistentes que impiden a la

persona gobernarse por sí misma». Si se cumple lo dispuesto en este artículo el juez deberá adoptar la medida que estime más adaptada a las circunstancias, en nuestro ordenamiento jurídico, tutela o curatela.

Pues bien, como hemos visto, las medidas de protección, de acuerdo con el artículo 9.6 del Código Civil, se rigen por la ley de la residencia habitual de la persona a proteger. ¿Significa esto que será también esa ley la que debemos aplicar para valorar si ha perdido o no la capacidad? La respuesta no es evidente ya que, como hemos visto, el artículo 9.1 se refiere a la capacidad en general y aplica la ley de la nacionalidad. Autores como ESPUGLES MOTA<sup>30</sup> consideran que «a falta de una norma de Derecho internacional privado específicamente referida a ella» la incapacidad debe estar gobernada por la regla del artículo 9.1 y debemos, por tanto, aplicar la ley de la nacionalidad, mientras que para la adopción de las medidas aplicaremos la de la residencia habitual. En la misma línea, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>31</sup>. Para otros autores como MUÑOZ FERNÁNDEZ<sup>32</sup>, esto no es lo deseable ya que la concurrencia de esta doble legislación provoca incoherencias y des coordinaciones. Debemos tener en cuenta que cada ordenamiento jurídico define de una manera diferente las causas de incapacidad y las medidas que se adoptan están en función de esa definición.

Pero, además, el artículo 9.1 se aplica tanto a la capacidad jurídica como a la de obrar, con el problema añadido de que la distinción entre ambas, desde algunos sectores, se intenta desdibujar. Este problema se agudiza tras la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas de 2006, ratificada por España, que ha generado un intenso debate sobre la materia, llegando a afirmarse por parte de algunos autores que la capacidad jurídica y su ejercicio (nuestra tradicional capacidad de obrar), son lo mismo y que no puede privarse de ninguna de ellas en ninguna circunstancia. Contribuye a reforzar esta visión la Observación General núm. 1 de Naciones Unidas de 19 de mayo de 2014 que, con una interpretación torticera de la propia Convención, genera una gran inseguridad jurídica. No es este el momento adecuado de referirnos a la cuestión, pero por su trascendencia reproduczo a pie de página un fragmento de un trabajo<sup>33</sup> en el que abordé la cuestión de la interpretación de esta Observación cuya influencia ya comienza a sentirse en algunas reformas legislativas de países de nuestro entorno.

El segundo aspecto es la cuestión de la ley aplicable a las medidas de protección, aunque, con carácter previo, vamos a hacer una breve referencia a la jurisdicción competente.

## 2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

De acuerdo con el artículo 22 *quáter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales españoles serán competentes en materia de capacidad de las

personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España.

Además, debemos tener en cuenta que, respecto a las medidas provisionales el artículo 22 *sexies* también atribuye la competencia a los tribunales españoles cuando las personas o los bienes «se hallen en territorio español y deban cumplirse en España».

### 3. LA LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Ya hemos adelantado cómo la ley aplicable a las medidas de protección es la ley de la residencia habitual, por lo que, si se insta la modificación judicial de la capacidad de un extranjero con residencia habitual en España, los tribunales españoles serán competentes y aplicarán el Derecho español, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados, de acuerdo con el artículo 9.6 *in fine* del Código Civil, cuestión a la que ya nos hemos referido. Esto significa que las autoridades judiciales deberán poner en marcha una tutela o curatela, en función de las circunstancias, lo que no impide que para la designación de tutor o curador puedan tener en cuenta la designación de la persona que ha hecho el propio interesado con arreglo a su ley nacional si el juez lo considera de interés para la persona protegida, ya que, como pone de manifiesto VAQUERO LÓPEZ<sup>34</sup>, aunque la ley no lo explice, en los procesos en los que está implicado un adulto (protegido) deberá tenerse en cuenta su «mejor interés».

El debate entre interés y voluntad, recurrente en los últimos tiempos en materia de protección de adultos, se replantea en esta materia interrogando sobre la relevancia que se concede a la voluntad de la persona en el diseño de su sistema de protección. Esta toma en consideración se pone de manifiesto en la existencia de instrumentos como la autotutela o los poderes preventivos, de los que hay que facilitar su circulación tal y como han nacido, es decir, regidos por la ley conforme a la que han sido creados, ya que solo así se asegura el respeto de la voluntad de la persona.

Sin embargo, debemos plantearnos si este respeto de la voluntad de la persona exige dar un paso más. ¿Ha de garantizarse también la libertad para elegir la ley aplicable a las medidas de protección y a los poderes preventivos? ¿Es posible hacer una *professio iuris* en materia de mandato de protección? Veamos esta cuestión con más detalle.

## IX. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

La autonomía de la voluntad conflictual, antes proscrita del ámbito del estatuto personal, está sin embargo ganando espacios antes vetados como en

materia de sucesiones, en la que el Reglamento de 2012 permite elegir como ley aplicable la de la nacionalidad, o en los recientes Reglamentos de 2016 sobre régimen económico matrimonial o de parejas registradas<sup>35</sup>. Diferente es el panorama en materia de personas protegidas.

El ordenamiento jurídico español no contempla ni regula explícitamente la posibilidad de llevar a cabo una *professio iuris* en materia de medidas de protección o de poderes preventivos. Sí es posible en el ámbito del Convenio de La Haya, pero únicamente con referencia a los poderes de representación, para los que el artículo 15 permite designar la ley del Estado del que el adulto posee la nacionalidad, la del Estado de la anterior residencia habitual del adulto o la del Estado en el que se encuentren situados los bienes, respecto a dichos bienes.

¿Qué margen existe en el Derecho español para una *professio iuris* en materia de medidas de protección? ¿Y en materia de poderes preventivos? No lo admite y tampoco lo incorpora ni explicita ni implícitamente, el artículo 10.11 para la representación legal ni el artículo 9.6 para las medidas de protección, por lo que en principio, la respuesta parece que tendrá que ser negativa. Ahora bien, el artículo 223 cuando permite «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor» ¿puede amparar la sumisión a un determinado ordenamiento jurídico?

Tratándose de representación voluntaria, el artículo 10.11 del Código Civil parece admitir implícitamente la posibilidad de elegir la ley aplicable ya que establece que a la representación voluntaria se le aplicará la ley del país en el que se ejercen las facultades conferidas «de no mediar sometimiento expreso». ¿Significa esto que se podrá realizar una *professio iuris* a favor de cualquier ley? No nos parece la solución adecuada, pero, en principio, nada parece impedirlo. Ya hemos visto como el Convenio de La Haya permite la elección de la ley aplicable, limitando las posibles leyes por las que se puede optar. Este artículo parece admitir la posibilidad de realizar una elección de la ley aplicable, al igual que si tomamos en consideración el aspecto del mandato como un contrato, la admite el artículo 10.5 del Código Civil y el artículo 3 del Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales que reconoce la posibilidad de realizar una *professio iuris* explícita o implícitamente ¿Podríamos fundamentar una *professio iuris* en estas normas? Ya hemos puesto de manifiesto anteriormente cómo no nos parece lo más apropiado considerar los poderes o mandatos en previsión de la propia incapacidad como mandatos ordinarios y, por tanto, sujetos a las reglas de la representación voluntaria ordinaria. Pero esto no significa que haya de vetarse la posibilidad de elegir la ley aplicable a los mismos, de modo análogo a lo que permite el Convenio de La Haya.

En cualquier caso, respecto a los poderes o mandatos de protección, entendemos que nada impedirá que, a día de hoy, se pueda realizar una *professio*

*iuris* a favor de una ley con la que exista un vínculo ya que, para cuando estos sean eficaces, España puede haber ratificado el Convenio de La Haya o puede haber cambiado nuestra norma de conflicto interna consagrando expresamente la posibilidad de hacerla. Si nada de eso ocurre, la cuestión será la de determinar la eficacia de dicha *professio iuris*, si puede quedar amparada o no por el artículo 10.11. Hay que tener en cuenta que, respecto a las realizadas en materia sucesoria con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de sucesiones, la DGRN, en resolución<sup>36</sup> de 15 de junio de 2016 admite la validez de la *professio iuris* «siempre que pueda inferirse del acto que la persona comprendió lo que estaba haciendo y consintió a ello».

Si la *professio* la realiza ante notario español un extranjero nacional de uno de los países que han ratificado el Convenio de La Haya, ninguna duda surge respecto a su validez y eficacia ya que, como hemos visto, la permite su artículo 15.

## X. LOS PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA: LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LAS RECENTES REFORMAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

### 1. LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO: PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Como hemos visto, la aplicación de la norma de conflicto puede llevar al operador jurídico a aplicar un Derecho extranjero, con las dificultades que ello plantea. La primera y fundamental la de su prueba. Se ocupa de la materia la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015, en su artículo 33<sup>37</sup>, que se refiere únicamente a la prueba en sede judicial. En relación con el ámbito extrajudicial, debemos tener en cuenta, además el artículo 168.4 del Reglamento Notarial<sup>38</sup>.

Los artículos 34 y 35<sup>39</sup> se refieren a la información del Derecho extranjero incluyendo expresamente a los notarios y registradores como solicitantes de la misma, detallando el artículo 34 su contenido:

*La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.*

La cuestión presenta numerosos problemas en la práctica, sobre todo si se tiene en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hace pesar sobre los notarios y registradores una obligación de

conocer los ordenamientos jurídicos extranjeros. Así lo ha hecho, entre otras, en la resolución de 9 de mayo de 2016:

*«Esta Dirección General considera preciso recordar nuevamente (cfr. resolución de 15 de febrero de 2016) tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia».*

Es cierto que existen instrumentos para facilitar el acceso al Derecho de los diferentes países de la Unión Europea. Así, el portal E-Justicia y, con referencia al Derecho de las personas vulnerables es el que ha puesto en marcha la red notarial europea pero resultan insuficientes en muchos casos. Hay que avanzar hacia ese conocimiento pero esto no es labor de un día.

## 2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN ¿OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN?

La libre circulación de las personas protegidas, y de las medidas de protección que las acompañan no exige unificación del Derecho sustantivo. Como apunta el Informe del Parlamento Europeo de 3 de abril de 2017, «no se trata en absoluto de armonizar las medidas de protección existentes en cada Estado miembro, cuyo establecimiento depende de la responsabilidad única de los Estados, sino de establecer un conjunto de reglas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas en un Estado miembro por las autoridades del resto de Estados miembro» y de los mandatos por incapacidad conforme a la legislación de un Estado miembro. Sin embargo, para cumplir ese objetivo e incrementar la seguridad jurídica, el Informe propone «el establecimiento de formularios únicos y la creación de un certificado» que legitime en cualquier Estado miembro para actuar en el tráfico a la persona encargada de la protección de otra.

Ahora bien, será más fácil dicha circulación si las medidas pueden ser reconocidas en un ordenamiento jurídico diferente al que nacieron con una cierta agilidad, lo que vendrá facilitado por el hecho de que las instituciones sean semejantes y encuentren su equivalente en otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, las recientes reformas de las instituciones de protección que se han producido en los Derechos sustantivos de los países europeos caminan en

dirección opuesta a esta premisa. Si hace unas décadas casi todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno consagraban la tutela y la curatela como instituciones de protección, a graduar por el juez o autoridad en función de las circunstancias del caso, el panorama actual se ha diversificado.

Muchos de estos cambios se han producido por influencia directa de la Convención de Naciones Unidas y de una interpretación rígida de la misma que entiende que la Convención proscribe la tutela. Por ello, algunos ordenamientos jurídicos la han hecho desaparecer.

Sin ánimo de ser exhaustivos sino únicamente para mostrar la diversidad a la que nos referimos, en Bélgica, la Ley de 17 de marzo de 2013 ha reformado la materia por lo que ahora existe una única institución de protección, ni tutela ni curatela, el administrador<sup>40</sup>. En Francia, la Ley de 5 de marzo de 2007 reformó en profundidad la materia, pero se mantienen las figuras clásicas de protección, tutela y curatela, aunque con una funcionalidad muy diferente a la que tienen en España ya que se admite la curatela reforzada, que implica representación y existe la salvaguardia de justicia que no tiene equivalente en el Derecho español aunque guarda algunas similitudes con el defensor judicial. Además, la Ordenanza de 15 de octubre de 2015 ha creado una nueva institución, la habilitación familiar, que es una medida de protección judicial pero en la que no existen los controles judiciales como en la tutela, cuya naturaleza es híbrida, a caballo entre la tutela y el mandato de protección futura<sup>41</sup>.

Y, aunque no forma parte de la Unión Europea, sigue la misma tendencia Suiza, donde, tras la entrada en vigor de la nueva regulación el 1 de enero de 2013, la tutela ha desaparecido y subsiste únicamente la curatela aunque, eso sí, con diferentes niveles de intensidad, implicando en algunos de ellos representación y en otros no<sup>42</sup>.

En realidad, para tener claro el panorama y facilitar la labor de búsqueda de la institución equivalente, habría que hacer abstracción de las diferentes denominaciones y tratar de clarificar estas medidas en función de que sean medidas acordadas por una autoridad judicial o administrativa o que procedan de la voluntad anticipada de la persona, con independencia de que tenga que intervenir o no una autoridad para su otorgamiento o su puesta en marcha.

A su vez, dentro de las primeras, habría que distinguir aquellas que conllevan representación, las que solo complementan la capacidad y las que pueden combinar ambas funciones. Con ello tendríamos un cuadro básico de equivalencias funcionales que nos puede facilitar la labor de calificación y la búsqueda de la ley aplicable o de la institución equivalente en otro ordenamiento jurídico.

El legislador español quizás acometa la reforma de nuestro sistema de protección y, es posible, que opte también por un cambio profundo en las instituciones de protección, haciendo desaparecer la figura de la tutela e, incluso, la de la curatela. Pero, sea cual sea la denominación elegida, toda institución responderá a una de las categorías de este esquema y a sus funciones. Es con arreglo a su

funcionalidad como ha de hacerse la calificación de cada institución para buscar la ley aplicable o la institución equivalente en otro ordenamiento jurídico.

Quizás, en esa reforma el legislador se plantea también reformar los poderes preventivos para eliminar los riesgos que genera tal y como están diseñados en nuestro ordenamiento jurídico. Y, quizás, también se plantea dotarlo de una norma de conflicto específica, adaptada a su especial naturaleza y que incorpore la posibilidad de elegir la ley aplicable al mismo, como máxima expresión de respeto de la voluntad de la persona protegida, y que no obligue a hacer malabares para aplicar una norma de conflicto que permita la libre circulación y la aplicación de la ley conforme a la que el poder, por voluntad de la persona protegida, ha nacido.

## CONCLUSIONES

I. La noción de estatuto personal ha evolucionado en dos sentidos: disgregación y autonomía. Las materias que tradicionalmente integraban el estatuto personal y que estaban sujetas a una misma ley, en nuestro ordenamiento jurídico la de la nacionalidad, se encuentran ahora sometidas a diferentes normas de conflicto y, a menudo, se ha sustituido el criterio de conexión de la ley nacional por el de la residencia habitual y, en algunos supuestos, se ha dado entrada a la posibilidad de hacer *professio iuris*.

II. En materia de capacidad, la búsqueda de la ley aplicable presenta diferentes aspectos dependiendo de si se aborda como cuestión previa o como cuestión central, no siendo homogéneos los criterios de conexión y no contemplando las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español la posibilidad de elegir la ley aplicable en esta materia.

III. La ausencia de un reglamento europeo en materia de capacidad y medidas de protección dificulta la libre circulación de las mismas y el respeto de la voluntad de la persona que se ha manifestado en el diseño de esas medidas con arreglo a un ordenamiento jurídico. Las dificultades que se ponen de manifiesto en la calificación de las instituciones y la falta de conocimiento del Derecho extranjero, suponen también un obstáculo para la identificación de las instituciones equivalentes y, por tanto, para su libre circulación.

IV. Tratándose de mandatos de protección o poderes preventivos, solo si se permite su libre circulación, sometidos a la ley conforme a la que han nacido, se respeta la voluntad de la persona que ha anticipado su propio modelo de protección. Las normas de conflicto españolas no están adaptadas para ello ya que no consagran una norma similar a la del Convenio de La Haya que permite el sometimiento expreso, es decir, el ejercicio de una *professio iuris* en la materia y, en su ausencia, determina como ley aplicable la del estado de la residencia habitual del adulto en el momento de la conclusión del mandato.

V. Ante la ausencia de Reglamento europeo y de ratificación por España del Convenio de La Haya, se hace necesario reformar nuestras normas de conflicto con el fin de permitir la elección de la ley aplicable en materia de capacidad y de medidas de protección. Es necesario, además, consagrar criterios de conexión específicos para los poderes preventivos, cuya calificación no encaja totalmente en una representación voluntaria ya que ello provoca la aplicación del criterio de conexión del artículo 10.11 que aplica la ley del lugar de ejecución del mandato lo que no consideramos adecuado para este tipo de poderes que no puede ser asimilado a un poder ordinario e impide aplicar la ley conforme a la que la persona diseñó su protección y, por tanto, la que mejor corresponde a su voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANCET B. (2009). Problème de qualification, *Répertoire de Droit International*, 6. La loi de la qualification, *Répertoire de Droit International*, 78.
- BERGERON, J. (2016). *Protection of Vulnerable Adults*, (Parlamento Europeo).
- (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085[INL])*, de 3 de abril de 2017.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016). *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares.
- CORNELOUP, S. (2014). Inaplicabilité du règlement (CE) nûm. 44/2001 à l'état et à la capacité des personnes, *Revue critique de droit international privé*, 182.
- DEVERS, A. (2017). Le règlement Rome III et la notion de «résidence habituelle des époux», *Revue Droit de la Famille*.
- ESPIÑEIRA SOTO, I., *Pinceladas: personas físicas y capacidad*, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)
- ESPLUGUES MOTA, C. (2017). Derecho Internacional Privado, *Tirant lo Blanch*.
- FADLALLAH, I. (2011). Généralités, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 13.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado Comparado* nûm. 25, 9-44.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nûm. 650/2012*, Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2017). *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch.
- FRANZINA, P. (2016). La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 127-145.
- GALLUS, N., (2014). La nouvelle loi sur les personnes majeurs vulnérables, *Bulletin Juridique et Social*, Anthemis.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2017). *Derecho Internacional Privado*, Civitas.
- HIJAS, E. (2017). La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El Notario del siglo XXI*, nûm. 71.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2017). en Méndez González, F. P., y Palao Moreno, G. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch.
- LAGARDE, P. (2017). *Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, (Texte adopté par la Commission spéciale à caractère diplomatique).
- LARDEUX, G. (2014). La loi applicable à la représentation conventionnelle, *Revue critique de droit international privé*, 513.
- MEIER, P. (2011). *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Schulthess.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. (2009). *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Thomson Aranzadi.
- PANET, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté? *Revue Critique de Droit International Privé*, 837.
- PEREÑA VICENTE, M. (2007). Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, 2235-2253.
- (2015). Les difficultés liées à la traduction et à l'interprétation dans les pays pluri-législatifs, *Droit de la Famille* núm. 9, dos. 42.
- (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) (2011). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley.
- RAISER, E. (2016). La loi applicable au consentement à mariage, *Revue critique de droit international privé*, 668.
- RAOUL-CORMEIL, G. (2013). Compétence judiciaire du juge qui autorise un majeur incapable à vendre son immeuble situé l'étranger, *AJ Famille*, 720.
- (2015). L'habilitation familiale: une tutelle adoucie, en la forme et au fond, *Recueil Dalloz*, 2335.
- REVILLARD, M. (2008). Le mandat de protection future en droit international privé, *Defrénois*, 1533.
- (2009). Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés, *Defrénois*, 35.
- VAQUERO LÓPEZ, C. (2016). Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 395-410.
- VICENTE BLANCO, D.-J. (2011). La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones, *Oñati Socio-Legal Series*, v-1 núm. 8.

## NOTAS

<sup>1</sup> FRANZINA, P. (2016). La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 127-145, 130: «Las normas de Derecho internacional privado relativas a la protección

de adultos vulnerables varían de forma significativa de un Estado a otro. En lo que se refiere a los Estados miembro de la UE, se puede realizar inmediatamente una distinción entre aquellos Estados que son parte del Convenio de La Haya de 13 de enero 2000 sobre protección internacional de los adultos, el instrumento legal unitario que establece un cuerpo de normas uniformes relativo específicamente a la protección de personas vulnerables mayores de 18 años de edad, y aquellos Estados que (aún) no son parte de dicho instrumento y que, por lo tanto, aplican en este campo sus propias normas de Derecho internacional privado autónomo».

<sup>2</sup> BERGERON, J. (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085 [INL])*, de 3 de abril de 2017.

<sup>3</sup> PANET, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté? *Revue Critique de Droit International Privé*, 837: «Si la liberté des conventions est un principe qui guide la philosophie entière du droit des contrats, dont les règles sont supplétives, le domaine du statut personnel est traditionnellement empreint de souveraineté. Terre d'élection de l'indisponibilité des droits, le statut personnel était historiquement régi par des règles de nature impérative. Au plan international, cela se traduisait par un rejet de l'autonomie de la volonté: le statut personnel a été soumis +a des rattachements objectifs impératifs, reflétant la souveraineté de l'État sur ses sujets».

<sup>4</sup> FADLALLAH, I. (2011). Généralités, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 13: «Le mouvement conventionnel a fait voler en éclat l'unité du statut personnel. Les Conventions sur la protection des mineurs, es obligations alimentaires, le mariage, le divorce, les régimes matrimoniaux, les successions, même si elles ne sont pas toutes en vigueur ou concerne des matières exclues du statut personnel stricto sensu, ont introduit un véritable kaléidoscope dans le droit de la famille. On ne raisonne plus que par sous-catégories, elles-mêmes démultipliées pour prévenir ou résoudre toute difficulté de qualification».

<sup>5</sup> FADLALLAH, I., *Généralités...* op. cit., 14: «La cohérence du statut personnel est encore gravement affectée par la subordination de la question préalable d'état à la question principale, difficulté qui pose à la fois une question de catégorie et une question de rattachement. Mais c'est le raisonnement sur les qualifications qui l'emporte, pour justifier un traitement autonome ou non de la question principale».

<sup>6</sup> La labor de calificación exige otra previa y útil de subsunción que nos permita identificar los elementos pertinentes a través de los que se establece la correspondencia con una categoría. A esta labor se refiere ANCET, B. (2009). Problème de qualification, *Répertoire de droit International*, 6: «La première phase de l'opération de qualification est celle de la subsumption (parfois ramenée à un syllogisme). Pour s'accomplir et, le cas échéant, déboucher sur la mise en œuvre d'une règle de droit, la subsumption requiert la disponibilité et, par conséquent, l'existence d'un système de catégories. Ces catégories, qui stabilisent les conditions d'application de la règle qui s'y réfère, assemblent selon des figures différenciées (les définitions) une certain nombre d'éléments discriminants (constitués de concepts évoquant, sur le mode synthétique et à des niveaux variables de généralité, des faits de l'homme ou de la nature et des rapports institués au sujet u à l'occasion de ces faits —ainsi définit— on la vente par un enchaînement type de concepts, dont certains peuvent, pour ainsi dire, en emboîter d'autres exprimant de manière plus précise des faits ou des rapports...); l'ensemble des facteurs discriminants utilisés par les catégories alimente la «grille de lecture» qui permet d'identifier sur la matière à traiter les éléments pertinents, établissant ou déniant, selon la configuration qu'ils donnent à celle-ci, la correspondance avec la catégorie et donc, au bout du compte, avec l'applicabilité de la règle».

<sup>7</sup> El Código Civil español parece acoger en sus normas de conflicto una distinción entre la ley aplicable a la representación voluntaria y otra diferente a la fuente de esa representación, en el caso, el mandato, lo que no hace para la representación legal y, en cierto modo, parece contradictorio con la ausencia de distinción en nuestro Derecho material entre la figura del mandato y la representación en el articulado del Código Civil. Pone de manifiesto este matiz LARDEUX al hacer una comparación entre el Derecho alemán y el Derecho francés,

que en esta cuestión responde a la misma lógica, en cuanto a su Derecho material, que el español: ver LARDEUX, G. (2014). La loi applicable à la représentation conventionnelle, *Revue Critique de Droit International Privé*, 513: «L’alternative est connue. Elle a été au cœur des discussions ayant abouti à la Convention. Soit la représentation —qui peut être légale, judiciaire ou conventionnelle— est considérée comme indépendante de sa source, soit, à l’inverse, elle y est rattachée comme son corollaire. La première approche est celle du droit allemand que l’on sait marqué par les principes de séparation et d’abstraction, illustrés en notre matière par la structure et le vocabulaire du BGB. Dans celui-ci en effet, la distinction est très nette entre la représentation, réglementée dans la partie générale et qui ne concerne que les rapports noués avec le tiers, et le mandat lui-même qui relève du droit des contrats très clairement affirmé que l’institution de la représentation est indépendante de sa source. Elle est d’ailleurs un acte abstrait, i.e. indépendant de sa cause, et demeure donc valable même si cette dernière disparaît ou n’a jamais existé.

À l’inverse, en droit français, le Code civil est, en ce domaine comme en bien d’autres, nettement moins rigoureux. On chercherait vainement une définition de la représentation —seul l’article 751, en droit des successions, précise que “la représentation est une fiction juridique qui a pour effet d’appeler à la succession les représentants aux droits du représenté”… Il n’apparaît pas dans les dispositions consacrées au contrat de mandat lors même qu’il est évidemment admis que celui-ci est la source contractuelle de la représentation. C’est qu’en droit français la représentation forme un tout avec le mandat…

Ces conceptions inverses de droit interne aboutissent logiquement à des solutions opposées en conflit de lois. L’alternative présente les mêmes contours: dans la première acception de la représentation, indépendante de sa source, la loi applicable à la première peut être différente de celle gouvernant la seconde; dans l’approche opposée, on ne saurait soumettre le sort du contrat principal à une autre loi que celle qui régit également le mandat puisque c’est de l’étendue des pouvoirs déterminés par celui-ci que dépend l’efficacité du contrat conclu avec le tiers. La question du sort de ce contrat est alors soumise à la loi de la source de la représentation».

<sup>8</sup> La traducción literal de la institución es «mandato de protección futura», pero la equivalente sería «poder preventivo», si consideramos que son instituciones equivalentes. Sobre la cuestión de la traducción, numerosas son las dificultades y desafíos. La traducción conlleva ya una previa calificación. Una primera dificultad consiste en que hay denominaciones, palabras y expresiones sin equivalente y otras que producen muy fácilmente un «falso amigo». Por ejemplo la *réservé hérititaire* del Derecho francés no equivale a nuestra reserva sino a la legítima. En estos casos, hay que utilizar diferentes técnicas de traducción como la interpretación de la noción jurídica o la creación discursiva. Sobre la problemática de la traducción, ver PEREÑA VICENTE, M., (2015). Les difficultés liées à la traduction et à l’interprétation dans les pays pluri-législatifs, *Droit de la Famille* núm. 9, dos. 42.

<sup>9</sup> ESPLUGUES MOTA, C. (2017). *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 237.

<sup>10</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2012). *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 286.

<sup>11</sup> Sin embargo, el propio autor constata que aceptar la calificación *lege causae* tiene como consecuencia no deseada la inestabilidad en la calificación: ver ANCET, B. (2009) La loi de la qualification, *Répertoire de Droit International*, 78: «Il faut remarquer ensuite que si la qualification *lege causae* préserve les liaisons systématiques dans le droit désigné, elle brise, dans la règle de conflit, la liaison qui unit le rattachement à la catégorie (ou la sanction au présupposé), puisque, si la règle de conflit française choisit le critère de la nationalité, c'est la loi grecque qui, en fixant le contenu de la catégorie, définit la portée de celui-ci. Il n'est pas acquis que cette portée corresponde aux raisons qui ont déterminé le choix du rattachement. Avec cet unilatéralisme limité à la qualification, la règle de conflit devient hétérogène en même temps qu'instable, car sa signification variera au gré des circonstances désignant des lois différentes cultivant des conceptions différentes. En revanche, assurant à l'ordre juridique du for le monopole tant de la définition de la catégorie que de la détermination du rattachement (*ejus est interpretrai cuius est condere*), la qualification *lege fori*, interprétation appliquée et concrète de la règle de conflit, maintient ferme et inaltéré le lien rationnel unissant les deux

éléments de celle-ci. Au fond, il apparaît que l'économie même de la règle bilatérale est réfractaire à la qualification *lege causae*.

<sup>12</sup> LARDEUX, G. *La loi applicable à la représentation conventionnelle...* op. cit., 513: «La représentation est une modalité d'expression de la volonté juridique du représenté; une simple modalité. Il y a alors quelque paradoxe juridique, si ce n'est pratique, à adopter l'intermédiaire comme référence principale de la localisation d'une question qui intéresse au premier chef le représenté puisque c'est lui qui est susceptible d'être lié par le contrat principal. Si le choix de la loi de l'intermédiaire peut se recommander d'une certaine neutralité —ainsi des deux parties potentielles au contrat, aucune n'est privilégiée— elle heurte la logique juridique en applicant la loi de la seule personne dont la volonté contractuelle n'est pas en cause. Aussi, peut-on partir du principe inverse que les règles de conflit de lois applicables à la représentation conventionnelle doivent avant tout assurer le respect de la volonté juridique du représenté car c'est elle qui est susceptible d'être bafouée par les dépassements de pouvoirs du représentant. Néanmoins, l'impératif de sécurité juridique du tiers qui devait être assuré, selon la Convention, par l'autonomie conflictuelle des deux relations, internes et externes, ne doit pas être négligé. Il pourra en être tenu compte par le biais d'une obligation d'information à la charge de l'intermédiaire dont la portée doit être précisée».

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado Comparado* núm. 25, 9-44, 35.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* op. cit., 35.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* op. cit., 17.

<sup>16</sup> La doctrina no es unánime respecto a esta consideración. Así, FERNÁNDEZ-TRES-GUERRES, A. (2017) en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch, 493, considera que “la adecuación de instituciones jurídicas desconocidas es, con alguna singularidad, la adaptación realizada por notario o funcionario público español”. Sin embargo, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017) en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 801, entiende que «la adecuación está pensada para el título formal, mientras que la adaptación está dirigida a la relación jurídica, derecho o garantía contenida en el título formal y cuya inscripción o anotación preventiva se pretende».

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ RÓZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* op. cit., 14: «Bajo la rúbrica general de “técnicas de ajuste o adaptación” se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos, cuya delimitación ha desatado un debate conceptual bastante estéril y del que preferimos prescindir. Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la “sustitución” o “transposición”, de instituciones, asentados estos últimos en la “teoría de la equivalencia”, que en DIPr es aplicable también al problema de la “cuestión preliminar”; esto es, cuando en la solución de la relación jurídica existe una cuestión preliminar regulada por una ley material diversa a la aplicable a la cuestión principal».

<sup>18</sup> Artículo 481 del Código Civil francés: «Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile.

A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin chisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire».

<sup>19</sup> La norma contenida en el artículo 62 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio, o en su defecto de la residencia de la persona no es una norma de atribución de competencia internacional sino nacional.

<sup>20</sup> Sobre esta sentencia, ver el comentario de RAOUL-CORMEIL, G., (2013). Compétence judiciaire du juge que autorise un majeur incapable à vendre son immeuble situé l'étranger, *AJ Famille*, 720: «Un ressortissant hongrois placé en curatelle a hérité, à la mort de sa mère, de la moitié de son appartement, l'autre moitié étant transmise à son frère. Ce bien immobilier se situe en Bulgarie, dans la ville de Lovech. Convaincu que la vente de ce bien lui permettrait d'améliorer son train de vie et de faire face à des dépenses de santé, le ressortissant hongrois a, avec l'autorisation de son représentant légal, un curateur professionnel hongrois, saisi un juge bulgare pour avoir l'autorisation de le vendre. Débouté en première instance au motif que la vente était contraire à son intérêt, le ressortissant hongrois a interjeté appel devant une autre juridiction de Sofia qui, doutant de sa compétence, a saisi la CJUE d'une question pré-judiciaire. Si le règlement Bruxelles I est relatif à la compétence judiciaire en matière civile et commerciale, son domaine d'application matériel exclut expressément l'état et la capacité des personnes physiques. Sur ce fondement, le tribunal dans le ressort duquel était situé l'immeuble n'était donc pas compétent pour statuer sur une procédure qui ne mettait pas en cause le droit réel en tant que tel, mais avait pour objet de déterminer s'il est dans l'intérêt de la personne déclarée partiellement incapable d'aliéner son bien immeuble. La portée de l'arrêt de la CJUE intéresse les juges des tutelles français dont la compétence territoriale est également liée à la résidence habituelle du majeur protégé (Código Civil, art. 443, al. 2nd et C. pr. civ., art. 1211). Le juge français est ainsi compétent pour autoriser un majeur protégé, dont il suit et contrôle la mesure, à disposer de tous ses immeubles, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger».

<sup>21</sup> ESPLUGUES MOTA, C. (2017) *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 242.

<sup>22</sup> LAGARDE, P. (2017) *Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, (Texte adopté par la Commission spéciale à caractère diplomatique), par. 94: «Le texte de l'article 14 retenu par la Commission diplomatique a pour objet la mise en œuvre des mesures de protection dans un Etat autre que celui dans lequel elles ont été prises, que cette situation résulte ou non d'un conflit mobile. Il ne s'applique pas à la mise en œuvre des pouvoirs de représentation conférés par l'adulte lui-même, régie par l'article 15, paragraphe 3».

<sup>23</sup> LAGARDE, P., *Rapport explicatif... op. cit.*, par. 106 y 107: «Ce paragraphe [15.3] soumet les modalités d'exercice des pouvoirs conférés par le mandat d'inaptitude à la loi de l'Etat où ils sont exercés. Il est à rapprocher de l'article 14 soumettant les conditions d'application des mesures de protection prises para une autorité compétente d'un Etat contractant à la loi de l'Etat dans lequel elle est mise en œuvre (v. supra, num. 94). Le champ d'application de la loi du lieu d'exercice des pouvoirs est donc plus restreint lorsqu'il s'agit de pouvoirs conférés para l'adulte lui-même que lorsqu'ils dérivent d'une mesure de protection. Certaines délégations ont exprimé la crainte de voir des mandataires étrangers plus ou moins scrupuleux invoquer leurs pouvoirs, à l'encontre de la loi locale, pour autoriser des transfusions sanguines ou des transplantations d'organes sur l'adulte. Passant outre à cette crainte, qui trouvera sa solution para un recours à l'ordre public du lieu d'exercice des pouvoirs, la Commission a en effet décidé par un vote formel de limiter l'application de la loi du lieu d'exercice des pouvoirs conférés par l'adulte aux «modalités d'exercice» et a refusé para le même vote de l'étendre à l'«exercice» de ces pouvoirs. En revanche, elle a décidé que cette loi devait être «appliquée», et pas seulement prise en considération, comme le prévoyait l'avant-projet.

La notion de modalités d'exercice est, comme indiqué supra, num. 99, plus restreinte que celle de «étendue» des pouvoirs. Elle ne devrait comprendre que des points de détail (*Art und Weise*, en allemand). Ceux-ci n'ont guère été explicités au cours des discussions, mais on pourrait y faire entrer, para exemple, la vérification par une procédure locale de l'existence et de l'étendue des pouvoirs, le dépôt de l'acte les conférant ou encore la procédure de l'autorisation lorsque le mandat d'inaptitude prescrit une autorisation».

<sup>24</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas (2008/2123 (INI)), en su num. 2 expresamente dispuso que «Pide a la Comisión que,

en cuanto se haya adquirido suficiente experiencia con el funcionamiento del Convenio de La Haya, le presente, basándose en el artículo 65 del Tratado CE, una propuesta legislativa para reforzar la cooperación entre los Estados miembros y mejorar el nivel de reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a la protección de las personas mayores de edad, de las sentencias de incapacidad y de poderes de representación estables, con arreglo a las recomendaciones detalladas que se exponen más abajo».

<sup>25</sup> BERGERON, J. (Ponente) (2016). (European Parliament), *Protection of Vulnerable Adults*, 4: «Vulnerable adults, who are persons lacking the personal capacity to protect their interest, are in particular need of a reliable legal framework. There is, however, no uniform legal framework allowing for a proper protection of vulnerable adults in cross-border situations across the European Union (UE). In fact, all EU Member States have their own legal framework, with differing tools for the protection of vulnerable adults. This undoubtedly creates legal uncertainties when it comes to cross-border situations. Given a rapidly increasing life expectancy, and consequently a growing number of vulnerable adults as a result of often age-related illnesses such as Alzheimer's and other forms of dementia, it is a matter of urgency that this legal uncertainty be tackled at the EU level. Filling the legal gap would enable affected adults to benefit from the EU's principle of free movement and residence instead of facing potential difficulties in protecting their interests abroad».

<sup>26</sup> BERGERON, J. (ponente) (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones...*, *op. cit.*, 9: «Crear formularios únicos de la Unión destinados a favorecer la información sobre las decisiones administrativas y judiciales relativas a los adultos vulnerables, así como la circulación, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones que les afecten. La Comisión podría inspirarse en los modelos de formularios recomendados por la Comisión especial de carácter diplomático de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en las actas de la sesión plenaria de septiembre-octubre de 1999 sobre la protección de adultos».

<sup>27</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado...* *op. cit.*, 288.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* *op. cit.*, 36: «En primer término, debe tenerse en cuenta que cualquier supuesto de hecho con elemento extranjero —o, si se quiere, cualquier relación privada internacional— aún cuando constituya una unidad jurídica, puede ser fraccionada por el legislador, a los fines de su regulación por el DIPr. Esta técnica de regulación (que los autores franceses denominan *dépeçage*) consiste en la escisión o separación de los distintos aspectos o elementos constitutivos de una situación o relación jurídica, cada uno de los cuales queda regido por una norma distinta de DIPr. Así, respecto de un contrato internacional, cabe que un sistema de DIPr establezca una norma de conflicto distinta para determinar la capacidad de las partes (ley nacional), para la forma del acto (ley del lugar de la celebración), para el contenido del negocio jurídico (ley de autonomía), para sus efectos (ley del lugar del cumplimiento de la obligación), etc. Este método analítico de regulación, al fraccionar el supuesto y someter cada uno de sus aspectos a distintas normas de conflicto, puede acarrear la consecuencia de que el juez deba aplicar estas diferentes normas de DIPr, que remiten a dos o más ordenamientos extranjeros; sistemas que deben ser aplicados, de forma simultánea, para obtener una solución global del supuesto de hecho considerado».

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012*, Thomson Aranzadi, 145.

<sup>30</sup> ESPLUGUES MOTA, C., *Derecho Internacional Privado...* *op. cit.*, 398.

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2016). *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, 72.

<sup>32</sup> MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. (2009). *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Thomson Aranzadi, 233: «Consideramos que sería preferible que la ley aplicable a la incapacidad coincida con la de las medidas de protección para evitar así una posible descoordinación entre los efectos de la incapacidad (extensión de la incapacidad y determinación de del régimen de protección) y las medidas exigidas por el grado de incapacidad».

<sup>33</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40, 16: «La capacidad jurídica, entendida como la titularidad de derechos y obligaciones, solo es realmente igual a la de las demás personas si se puede ejercer y, cuando concurren circunstancias que dificultan o impiden ese ejercicio, el Estado debe, según establece el artículo 12 de la Convención, «adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Hay derechos que no admiten la representación en su ejercicio, pero hay otros en los que solo si se permite la representación el derecho se puede ejercer. Como ya hemos avanzado en páginas anteriores, cuando las circunstancias que concurren en la persona hagan que la representación sea el único modo posible de ejercicio, solo si se admite esa representación se puede situar a la persona en igualdad de condiciones con las demás, ejerciendo el derecho por representación. Es en cómo se ejerce esa representación en lo que se juega el respeto a la Convención».

<sup>34</sup> VAQUERO LÓPEZ, C. (2016). Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 395-410, 402: «No obstante, del mismo modo que en las resoluciones que afecten a menores la compatibilidad de una decisión extranjera con nuestro orden público deberá «valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor», en los procesos en los que esté implicado un adulto deberá tenerse en cuenta su «mejor interés» para aplicar la excepción de orden público y deberá denegarse en reconocimiento de una decisión extranjera sobre esta materia si la medida de protección hubiera sido adoptada en el marco de un proceso en el que no se hubiera dado al adulto la posibilidad de ser oído».

<sup>35</sup> HIJAS, E. (2017). La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 71.

<sup>36</sup> Resolución de 15 de junio de 2016, fundamento de Derecho 6: «La *professio iuris*, como se ha indicado, era desconocida en España antes de la entrada en vigor del Reglamento al igual que se desconoce hoy en día en la legislación británica, pero este hecho que pudiera ser relevante para su ejecución según la ley local en Reino Unido, no afecta la aplicación de la norma europea en España, en cuanto Estado miembro participante en el mismo».

<sup>37</sup> Artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015: «1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles». Lo dispuesto en este artículo se completa con el 281 de la LEC: «1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. 3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. 4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general».

<sup>38</sup> Artículo 168.4 del Reglamento Notarial: «Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas las siguientes: Cuarta. La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español, si este no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la

capacidad de los extranjeros se calificará por el Notario con arreglo a la Ley española. Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad».

<sup>39</sup> Artículo 36 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil: «1. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales, y los notarios y registradores, podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio a la autoridad central española para ser utilizadas en un proceso judicial español o por una autoridad española en el marco de sus competencias. 2. La solicitud de información podrá contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante. 3. La autoridad central hará llegar las solicitudes a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática, bien a través de su autoridad central si existiere y estuviere previsto en su ordenamiento. La autoridad central española facilitará, en su caso, las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales españoles y extranjeros. 4. Las solicitudes de información deberán especificar la autoridad requirente con mención de su dirección postal o electrónica, la naturaleza del asunto, una exposición detallada de los hechos que motivan la solicitud y los concretos elementos probatorios que se solicitan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida. Podrán unirse a la solicitud de información copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance. 5. Cuando se solicite un elemento probatorio que suponga un coste, el mismo será a cargo de la parte solicitante. En este caso podrá ser solicitada provisión de fondos».

<sup>40</sup> GALLUS, N. (2014). La nouvelle loi sur les personnes majeurs vulnérables, *Bulletin Juridique et Social, Anthemis*, núm. noviembre, 1: «La protection judiciaire issue de la réforme s'organise par la désignation d'un administrateur, membre de la famille, proche ou professionnel, chargé d'assister ou de représenter la personne vulnérable, et ce, pour les actes personnels et/ou les actes patrimoniaux, selon les nécessités spécifiques au cas particulier».

<sup>41</sup> RAOUL-CORMEIL, G. (2015). L'habilitation familiale: une tutelle adoucie, en la forme et au fond, *Recueil Dalloz*, 2335: «Ainsi déguisée sous l'élégante appellation d'habilitation familiale et simplifiée pour ne pas décourager les bonnes intentions familiales, la nouvelle mesure de protection n'en est pas moins bâtie sur le modèle de la tutelle et sur son contre-modèle: le mandat de protection future. Cette double inspiration lui confère un caractère hybride et une originalité sans pareille, incomparable avec les dispositifs du droit des régimes matrimoniaux dont on pouvait attendre une transposition du mécanisme de la représentation judiciaire (art. 219 del Código Civil). En effet, l'habilitation familiale a tiré de la tutelle sa nature juridique et sa procédure judiciaire. Pour le reste, les emprunts réalisés dans le droit du mandat de protection future conclu sous la forme notariée, traduisent la volonté de déroger au régime de la tutelle lorsqu'il s'agit de définir les pouvoirs de la personne habilitée et de sauvegarder une plus grande liberté au majeur protégé».

<sup>42</sup> Meier, P. (2011). *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Schulthess, 30: «S'il s'agit d'une curatelle d'accompagnement, le curateur doit aider et accompagner la personne concernée pour accomplir certains actes (art. 393). Dans le cadre d'une curatelle de représentation (art. 394), il doit représenter la personne concernée et accomplir en son nom certains actes. En cas de curatelle de gestion (art. 395, variante de la curatelle de représentation), le curateur s'occupe de la gestion, en partie ou en totalité, du patrimoine de la personne concernée. Si la personne fait l'objet d'une curatelle de coopération (art. 396), le curateur est tenu de donner son consentement pour certains actes. Le curateur de portée générale assume de manière globale des tâches d'assistance personnelle, de gestion et de représentation (art. 398) à l'instar de ce que faisait un tuteur sous l'ancien droit».

*(Trabajo recibido el 16-11-2017 y aceptado para su publicación el 16-1-2018)*