

Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE
Profesora Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. EL CONGRESO DE NOTARIOS DE FRANCIA Y EL PROYECTO DE 2006.
- II. PERSONAS VULNERABLES, MAYORES PROTEGIDOS E INCAPACITADOS.
- III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA REFORMA DE 2007:
 - 1.^a SALVAGUARDA DE JUSTICIA.
 - 2.^a CURATELA.
 - 3.^a CURATELA REFORZADA.
 - 4.^a TUTELA.
 - 5.^a SUBROGADO DE TUTOR O DE CURADOR.
 - 6.^a TUTOR O CURADOR *AD HOC*.
 - 7.^a MANDATARIO JUDICIAL.
- IV. AUTOTUTELA Y AUTOCURATELA:
 1. ¿QUIÉN PUEDE DESIGNAR TUTOR O CURADOR?:
 - 1.º *Titular del derecho.*
 - 2.º *Supuestos en los que procede.*
 - 3.º *Capacidad del que hace la designación.*
 - 4.º *Forma de hacer la designación.*
 2. CAPACIDAD DE LA PERSONA QUE DESIGNA TUTOR O CURADOR PARA SÍ MISMO.
 3. CONTENIDO DE LA FACULTAD.

V. EL MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA:

1. ¿QUIÉN PUEDE CONCLUIR UN MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA?
 - A) *Cualquier persona para sí mismo.*
 - B) *Los padres para los hijos.*
2. EFICACIA DEL MANDATO.
3. FORMA DEL CONTRATO Y FACULTADES DEL MANDATARIO.
4. RÉGIMEN APLICABLE.

En el Discurso Preliminar al Proyecto del Código Civil francés, PORTALIS (1) recomendó prudencia en los cambios legislativos, prefiriendo, en lugar de cambiar las leyes, «presentar a los ciudadanos nuevos motivos para amarlas». Y es que no hay leyes perfectas, ni instituciones infalibles y «si es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no es posible conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir».

Una de las instituciones que más recelos despierta en la sociedad, entre los juristas y en el legislador, es la incapacitación. Así lo demuestran las últimas tendencias legislativas que, en Francia y en España, acometen su reforma con la disculpa de conceder mayor margen al principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, en ellas se pone de manifiesto que se pretende, además, y puede ser que principalmente, evitar el recurso a la incapacitación judicial, por considerarla una medida restrictiva de derechos, y por las dificultades y complicaciones que presenta el procedimiento de incapacitación. Por ello, en vez de poner remedio a las deficiencias del sistema, se buscan alternativas extrajudiciales.

I. EL CONGRESO DE NOTARIOS DE FRANCIA Y EL PROYECTO DE 2006

El Congreso de Notarios de Francia, celebrado en Estrasburgo en mayo de 2006, se consagró a las personas vulnerables, al estudio de su protección jurídica. Las conclusiones del Congreso ponían de manifiesto que los cambios demográficos y sociológicos de la sociedad francesa en las últimas décadas generaban problemas en la aplicación del régimen jurídico vigente, a la vez que su antigüedad dejaba al *Code* rezagado respecto a los países de su entorno que, en los últimos tiempos, habían incorporado a sus normas de protección de incapaces, grandes dosis del principio de autonomía de la voluntad.

(1) PORTALIS, J. E. M., «Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil», Traducido por T. P. SILVA DE LA CANAL, *La Ley*, 2004, pág. 4.

En esta línea, las conclusiones del Congreso llevaron a cabo importantes y elaboradas propuestas para poner al día el marco normativo de protección de las personas vulnerables. Tales propuestas fueron, en parte, asumidas por el Proyecto de Ley de reforma de la protección jurídica de mayores, presentado en la Asamblea Nacional en noviembre de 2006 y que ha sido finalmente aprobado el 5 de marzo de 2007.

La Ley se inspira en los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, y establece una clara distinción entre las medidas de protección jurídica y los sistemas de acción social.

Entre estos últimos, consagra los mecanismos de actuación, especialmente destinados, como indica la Exposición de Motivos del Proyecto, a dar respuesta a las situaciones sociales de precariedad y exclusión social (2). Y es que, como veremos a continuación, el concepto de persona vulnerable es de mayor amplitud que el de incapacidad.

Vamos a centrarnos en las medidas de protección jurídica. La Ley, además de reformar y mejorar el marco general, incorpora el principio de autonomía de la voluntad a través de instituciones como la autotutela o el mandato de protección futura.

Sin embargo, no incorpora las alternativas patrimoniales que las conclusiones del Congreso de Notarios recogía. En la línea del patrimonio protegido que la Ley de 2003 incorpora al ordenamiento jurídico español (3), el Congreso de Estrasburgo había realizado propuestas en las que se aportaban soluciones privadas para la gestión del patrimonio de las personas vulnerables.

(2) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, pág. 5: «Parallèlement, a fin de répondre avec d'avantage de justesse et d'efficacité à certains situations sociales de précarité et d'exclusion, est crée une mesure d'assistance judiciaire (MAJ): il s'agit d'un dispositif de gestion budgétaire et d'accompagnement social de la personne, prenant sa place au sein du dispositif civil de protection des majeurs. Cette mesure d'aide, qui se substitue à l'actuelle tutelle aux prestations sociales versées aux adultes, est limitée à la gestion des prestations sociales et n'entraîne aucune incapacité juridique. Elle ne peut être mise en œuvre de manière impérative par le juge que lorsque toutes les actions personnalisées menées par le département au titre de l'aide et de l'action sociale n'ont pas permis de remédier aux difficultés rencontrées.

En effet, toute personne majeure dont la santé ou la sécurité risque d'être compromise du fait de ses difficultés à assurer seule la gestion de ses ressources se verra proposer par les services du département une mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) qui comportera une aide à la gestion de ses revenus et un accompagnement social individualisé. Cette proposition interviendra avant la saisine du juge des tutelles, pour éviter l'ouverture de mesures de protection, ou en aval du dispositif judiciaire, pour faciliter la sortie des mesures de ce dispositif. La MASP sera mise en œuvre sous la forme d'un contrat conclu entre le président du conseil général et la personne majeure qui pourra l'autoriser à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir, en les affectant en priorité au paiement du loyer».

(3) Sobre el patrimonio protegido, ver estudio de CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, en el Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Madrid, 2004, Tomo I, págs. 1133-1150.

Especial atención merece el recurso a la fiducia (4). Después de numerosas propuestas, el legislador francés aprueba la fiducia mediante Ley de 7 de febrero de 2007. En la tramitación parlamentaria de la Ley de protección jurídica de los mayores, la Comisión de leyes propone, cuando la importancia del patrimonio protegido lo justifique, permitir la aportación de los bienes de la persona protegida, con autorización del juez, a una fiducia-gestión. Así, el Senado lo incorporó al Proyecto, en el artículo 6 (5), proponiéndose, además, un tratamiento fiscal neutro. Sin embargo, el informe de la Comisión mixta paritaria (6) aconseja suprimir dicha posibilidad, entre otros motivos porque la Ley de fiducia excluye a las personas físicas de su constitución, por lo que sería un contrasentido permitir que una persona protegida pueda hacer uso de la misma. Finalmente, se suprime del texto definitivo la referencia a la fiducia.

En el ámbito de la gestión patrimonial, lo que hace la Ley es perfeccionar los mecanismos existentes y corregir las desviaciones y abusos (7) que se producían en la práctica, como las llamadas «cuentas pívot», para lo cual se establece la prohibición de que la persona encargada de la medida de protección pueda proceder a la modificación de las cuentas bancarias abiertas a nombre de la persona protegida o abrir otras nuevas, excepto autorización del juez o del consejo de familia.

(4) 102.º Congres des Notaires de France, *Les personnes vulnérables*, ACNF, 2006, pág. 871: «Pour la souplesse qu'elle présente, la fiducie représente une technique adaptée à la gestion des biens des incapables ou des personnes inaptes à gérer. Actuellement, ces actifs sont gérés par le tuteur sous le contrôle du conseil de famille au par l'administrateur légal sous contrôle du juge. La multiplicités des organes de la tutelle représente une indiscutable lourdeur dans le mécanisme de prise de décisions, en outre ils n'ont pas forcément la volonté ou la compétence requise pour assurer cette fonction dans des conditions optimales».

(5) Se incorporó al *Code* un artículo 500-1 que, en su párrafo primero, establecía: «Le juge peut, à la demande de tuteur, autoriser ce dernier à conclure un contrat de fiducie pour la gestion de tout ou partie du patrimoine de la personne protégée».

(6) Informe de la Comisión Mixta Paritaria, pág. 9: «M. Emilie Blessig, rapporteur pour l'Assemblée nationale, reconnaissant que le recours à la fiducie pouvait présenter un intérêt, notamment pour la gestion de patrimoines importants, et que les dispositions adoptées par le Sénat présentaient certaines garanties, a néanmoins proposé de se supprimer en soulignant : -que le transfert de propriété résultant d'un tel contrat, dans la mesure où il intervient à l'insu de la personne protégée, posait des difficultés au regard du droit de propriété, constitutionnellement garanti; -qu'il était prévu que le fiduciaire rend compte de sa mission dans les conditions prévues par le contrat, ce qui paraissait offrir une moindre protection que les dispositions du projet de loi relatives au contrôle des comptes du tuteur ou mandataire de protection future».

(7) Así lo puso de manifiesto el informe de la Comisión de leyes, pág. 32: «Or, la position même de ces mandataires leur donne la possibilité, pour les moins scrupuleux, d'assurer leur enrichissement personnel grâce à la gestion des biens du majeur qui leur est confié: Les médias se font ainsi parfois l'écho de patrimoines détournés. La pratique des "comptes pivots", qui consiste à verser dans un compte commun ouvert au nom d mandataire l'ensemble des revenus des différentes personnes protégées dont il a la charge, a ainsi pu faire le bonheur de certaines personnes physiques ou morales».

Las dificultades que el control judicial de la gestión patrimonial presenta en la práctica, entre otros motivos por la sobrecarga de asuntos, se intenta solventar implicando a los notarios que, como veremos posteriormente, en el ámbito del mandato de protección futura serán los que ejercerán un primer control de las cuentas que el mandatario debe rendir.

Nuevos roles, compartidos con el juez, quien ya no podrá actuar de oficio para que se inicie el procedimiento en el que se adopta una medida de protección, sino que actuará en virtud de demanda de persona legitimada o del procurador de la República.

Pero no es en el aspecto patrimonial en el que pone mayor empeño la Ley, sino en el personal, en la protección de la persona misma y no sólo de su patrimonio, y esta preocupación se pone de manifiesto en muchas ocasiones en la Exposición de Motivos del Proyecto, que establece, como uno de sus objetivos, conseguir, siempre que sea posible, la individualización o personalización de las medidas de protección (8).

II. PERSONAS VULNERABLES, MAYORES PROTEGIDOS E INCAPACITADOS

¿Quiénes son los destinatarios de la Ley de 5 de marzo de 2007? La cuestión terminológica presenta, en cada legislación, sus particularidades. En otra ocasión ya nos hemos referido a la ligereza con la que el legislador español utiliza, en la Ley de 18 de noviembre de 2003, los términos incapacidad y discapacidad (9), así como a la necesidad de que exista una terminología lo más uniforme y extendida posible en la que, como aconseja la OMS, se evite el recurso a términos que puedan atentar a la dignidad de la persona.

El legislador francés incorporó a su legislación las orientaciones de la 54.^a Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra en mayo de 2001, a través de la Ley número 2005-102 de 11 de febrero, por la igualdad de derechos y oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad, cuyo artículo 2 define la discapacidad como «toda limitación de la actividad o restricción de la participación en la vida en sociedad sufrida en su ambiente por una persona en razón de una alteración sustancial, durable o definitiva, de una o más funciones físicas, sensoriales, mentales,

(8) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, pág. 7: «Ainsi de nouvelles dispositions sont élaborées pour une meilleure prise en compte des droits et de la volonté de la personne vulnérable, notamment à travers le recueil de son consentement, la prise en compte de sa famille et de ses proches et la personnalisation du contenu même des mesures».

(9) «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actuación Civil*, primera quincena de septiembre de 2004, págs. 1758-1772.

cognitivas o físicas, de una polidiscapacidad o de un problema de salud invalidante». Sin embargo, en el ámbito del *Code*, el término «discapacidad» está ausente.

Tanto el Congreso de Notarios, como la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se refieren a «la persona vulnerable», como concepto amplio en el que se incluye a las personas dependientes, con discapacidad, de edad avanzada, incapaces e, incluso, personas en situación de riesgo o exclusión social.

Sin embargo, la distinción ya aludida, entre sistemas de acción social y medidas de protección jurídica, hace que, en este último ámbito —que es en el que nos vamos a centrar—, la terminología empleada se restrinja y se recurre a la expresión «mayores protegidos».

¿Qué relación guarda con los judicialmente incapacitados del Derecho español? ¿Son términos equivalentes? En una primera aproximación, parece que la expresión «mayores protegidos» es más amplia que la española. Sin embargo, si analizamos las causas que en uno y otro código dan lugar a la incapacitación o a la medida de protección, vemos que, en realidad, son expresiones de una misma realidad, aunque el *Code* establece una mayor gradación de las medidas.

En el Código Civil español, el artículo 200 consagra como causas de incapacitación las «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma». En el *Code*, de acuerdo con el nuevo artículo 425, puede beneficiarse de una medida de protección jurídica, la persona que se encuentre imposibilitada para cuidar sola de sus intereses, por causa de una alteración médicamente constatada de sus facultades mentales o de sus facultades físicas, cuando éstas sean de tal naturaleza que le impidan la expresión de su voluntad.

Con diferentes redacciones, las causas son las mismas, lo que ocurre es que en el Derecho francés el elenco de medidas de protección es mayor, no se limita, como veremos a continuación, a la tutela y la curatela, y la redacción (10) del 425 permite establecer nítidamente una línea divisoria con la discapacidad, ya que las enfermedades que dan lugar a una medida de protección son las de naturaleza psíquica que impiden a la persona cuidar de sus intereses, o las de naturaleza física que le impidan la expresión de su voluntad.

Pero, además, otro factor influye en la terminología empleada por el *Code*. A iniciativa del Presidente de la Comisión de Leyes, Nicolas About, el texto definitivo de la Ley suprime cualquier referencia a la capacidad o

(10) Párrafo primero del artículo 425 del *Code*: «Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre».

incapacidad, por considerar tales expresiones discriminatorias y un atentado contra la dignidad de la persona. Así, las referencias que en el articulado se hacían al incapaz, se sustituyen por «mayor protegido». Es cierto que esta orientación responde a una tendencia general, a la que ya hemos hecho referencia, que pretende suprimir todas las expresiones que puedan resultar ofensivas. Sin embargo, los términos capacidad/incapacidad tienen una carga de técnica jurídica, cuya supresión puede provocar, como luego analizaremos, algunos problemas.

III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA REFORMA DE 2007

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis sistemático y completo de todas las medidas de protección consagradas por el *Code*, en parte modificadas por la Ley de 2007, aunque respetando el esquema anterior, vamos a hacer una breve referencia a las mismas, poniendo de manifiesto algunas de las reformas introducidas para, posteriormente, estudiar con más detalle dos de sus novedades: la autotutela y el mandato de protección futura.

En virtud de la aplicación de los principios de necesidad y subsidiariedad, las medidas de protección judicial sólo pueden ser acordadas por el juez si no existe otro modo de proteger suficientemente los intereses de la persona.

Uno de esos modos es el mandato de protección futura, pero no es el único. El nuevo artículo 428 se refiere expresamente a las reglas de Derecho común de la representación y a las relativas a los derechos y deberes respectivos de los esposos y las reglas de los regímenes matrimoniales (11).

En cuanto a las medidas judiciales, éstas deben estar individualizadas y ser proporcionales al grado de alteración de las facultades personales del interesado. Veamos cuáles son estas medidas.

1.^a SALVAGUARDA DE JUSTICIA

Se trata de una medida limitada en el tiempo o bien referida a actos determinados, en la que el juez nombra un mandatario especial que llevará

(11) Párrafo primero del artículo 428 del *Code*: «La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne pour l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1.426 et 1.429, par un autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé».

a cabo los actos que la persona protegida no pueda realizar. Su duración es de un año, renovable únicamente por otro año más.

2.^a CURATELA

Tendrá lugar, de acuerdo con el artículo 440, cuando la persona, sin estar «fuera de sí» necesite ser asistida o controlada de manera permanente en los actos importantes de la vida civil. Al igual que ocurre en el Derecho español, el curador no representa sino que asiste, no sustituye a la persona protegida. Sin embargo, como excepción, el párrafo segundo del artículo 469 permite, si la persona sometida a curatela compromete gravemente sus intereses, solicitar al juez la representación del protegido para llevar a cabo un acto determinado.

3.^a CURATELA REFORZADA

Se trata de una curatela a medio camino entre ésta y la tutela, como lo prueba el hecho de que, de acuerdo con el artículo 472, se somete a las reglas de la tutela. En este caso, el curador percibe las rentas de la persona protegida y realiza el pago de los gastos de éste frente a terceros.

4.^a TUTELA

El juez la establece cuando no sea posible proteger suficientemente a la persona mediante la salvaguarda de justicia o la curatela y tendrá lugar cuando la persona deba ser representada de una manera continuada en los actos de la vida civil por una de las causas del artículo 425. Pero esto no significa que la representación o sustitución de la persona protegida sea total, ya que el artículo 473 prevé que el juez puede enumerar los actos que la persona protegida puede hacer por sí misma o con asistencia de su tutor, luego éste puede representar o asistir como si fuese curador.

Por otra parte, uno de los aspectos en los que más énfasis ha puesto el legislador es el que se refiere a los actos estrictamente personales, para los que no admite representación ni asistencia, y a los que dedica los artículos 457-1 a 463 del *Code*. Con términos muy tajantes, establece el 458 (12)

(12) Párrafo primero del artículo 458 del *Code*: «Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée».

que la realización de actos cuya naturaleza implique un consentimiento estrictamente personal, «jamás pueden dar lugar a asistencia o representación de la persona protegida». Y a continuación enumera como estrictamente personales la declaración de nacimiento de un hijo o su reconocimiento, los actos relativos a la autoridad parental, la elección o cambio del nombre de un hijo, así como el consentimiento para su propia adopción o la de un hijo.

El juez puede, como antes de la reforma, organizar la tutela con consejo de familia. La novedad de la Ley consiste en que ahora puede autorizar que éste se reúna sin su presencia.

5.^a SUBROGADO DE TUTOR O DE CURADOR

Uno y otro tienen dos funciones: una de vigilancia y control de los actos que lleva a cabo el tutor o curador; otra de sustituto de uno u otro, si entre éstos y la persona protegida existe conflicto de intereses.

6.^a TUTOR O CURADOR *AD HOC*

En aquellos casos en los que no exista un subrogado de tutor o curador y los intereses de éstos sean opuestos a los de la persona protegida en un acto concreto, el juez, o el consejo de familia, nombrará un tutor o curador *ad hoc*.

7.^a MANDATARIO JUDICIAL

En aquellos casos en los que ningún miembro de la familia o persona próxima al protegido pueda asumir la tutela o la curatela, el juez designa un mandatario judicial, el cual no puede negarse a realizar los actos urgentes que demande el interés de la persona protegida, especialmente los actos de conservación de su patrimonio (art. 450).

La reforma ha mantenido el esquema general de las medidas judiciales de protección, pero ha introducido, en la tutela y en la curatela, el principio de autonomía de la voluntad permitiendo al interesado la designación de tutor o curador.

IV. AUTOTUTELA Y AUTOCURATELA

La redacción dada al párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil español se refiere únicamente a la designación de tutor hecha por uno mismo,

lo que, a nuestro modo de ver, no es obstáculo para admitir que se pueda proceder igualmente a la designación de curador, porque, quien puede lo más, puede lo menos.

El legislador francés, en el nuevo (13) artículo 448, igual que el catalán, consagra expresamente la posibilidad que tiene una persona de designar tutor o curador para el supuesto de que llegue a constituirse tal régimen de protección.

1. ¿QUIÉN PUEDE DESIGNAR TUTOR O CURADOR?

Como en el Derecho español, cualquier persona para sí mismo o los padres respecto de su hijo menor o incapacitado. La diferencia es que, para este último supuesto, la previsión no se contiene en un mismo precepto, como hace el párrafo primero del artículo 223 del Código Civil español, sino en dos: el 403 y el 448. El primero, que no es una novedad, aunque está modificado (14) por la Ley de 2007, corresponde al antiguo artículo 397, que ya preveía la posibilidad de que el último de los padres que quede vivo pueda designar tutor a su hijo menor para el caso de que aquél fallezca antes de que éste haya alcanzado la mayoría de edad. Precisamente por referirse a menores, se entiende que, en este caso, se refiera únicamente a la designación de tutor y no de curador.

Sin embargo, el artículo 448 regula, ahora como novedad, la posibilidad de que los padres nombren tutor o curador para su hijo incapacitado. Las diferencias entre ambos preceptos no deben pasar desapercibidas.

1.º Titular del derecho

Para el supuesto de los hijos menores, se concede únicamente, como hemos indicado, al último que sobreviva. Sin embargo, para los hijos inca-

(13) Artículo 448 del *Code*: «La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue.

Il est de même lorsque les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur désignent une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur à compter du jour où eux-mêmes décéderont ou ne pourront plus continuer à prendre soin de l'intéressé».

(14) Párrafo primero del artículo 403 del *Code*: «Le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il sois ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale».

pacitados se concede a ambos o al último que sobreviva. ¿Significa esto que en el primer caso ambos progenitores no pueden hacer uso conjunto de este derecho para el supuesto de que, por ejemplo, ambos fallezcan en un mismo accidente?

Tampoco queda claro si la literalidad del artículo 448, para el caso de los hijos incapacitados, exige, si viven ambos progenitores, que actúen conjuntamente o si puede hacerlo sólo uno de ellos.

Ser padre o madre no es suficiente para poder hacer uso de este derecho. Para la designación de tutor al hijo menor se exige conservar hasta el día de la muerte el ejercicio de la autoridad parental. En el supuesto del hijo incapacitado, el 448 exige el mismo requisito, si se trata de un hijo menor; si es mayor, asumir la carga material y afectiva del mismo. En este caso, la designación respecto del hijo menor no tiene lugar por la minoría de éste, sino en previsión de su incapacidad después de alcanzar la mayoría de edad, haciéndose la designación cuando todavía es menor.

2.º Supuestos en los que procede

Tratándose de hijos menores, sólo se prevé para el caso de muerte de los padres, mientras que para los hijos incapaces se prevé también para el supuesto en que ellos no puedan seguir cuidando del hijo, lo que puede incluir tanto la incapacidad de hecho como la judicialmente establecida.

3.º Capacidad del que hace la designación

Nada establece el artículo 403 para el supuesto de los hijos menores, mientras que el 448 sí exige que los padres, o el que de ellos ejercite el derecho, no esté sometido a tutela o curatela. ¿Significa esto que no se exige el mismo grado de capacidad a los padres en el supuesto de los hijos menores que en el de los hijos incapacitados?

4.º Forma de hacer la designación

Para el supuesto de los hijos menores se exige testamento o «declaración especial ante notario». Nada exige la Ley para el supuesto de los hijos incapacitados. ¿Existe, en este caso, libertad de forma? No creemos que esta solución sea aconsejable, aunque la ausencia de referencia expresa a la cuestión complica defender una solución contraria al principio de libertad de forma.

2. CAPACIDAD DE LA PERSONA QUE DESIGNA TUTOR O CURADOR PARA SÍ MISMO

Para el supuesto de los padres, ya hemos visto cuál es la solución del legislador francés. En el Derecho español, el artículo 223 exige «capacidad de obrar suficiente». No es este el momento de analizar las consecuencias de tan imprecisa expresión, cuestión a la que ya hemos dedicado nuestra atención en otra sede, entendiendo que dicha exigencia no impide a los menores, cuya capacidad aprecie el notario, y a los sometidos a curatela, nombrar tutor.

¿Qué establece sobre esta cuestión el Derecho francés? Nada. Sin embargo, no es así como se presentó el Proyecto de Ley. Veamos. La Exposición de Motivos del Proyecto reconocía este derecho a las personas capaces y así lo exigía expresamente el artículo 448 del Proyecto (15). Sin embargo, la propuesta del Presidente de la Comisión de Leyes, Nicolas ABOUT, a la que ya hemos hecho referencia, sugirió suprimir los términos capaz e incapaz de la redacción definitiva de la Ley, por entender que son discriminatorios y que atentan contra la dignidad de la persona. Comprometido el Ministro de Justicia, Pascal CLÉMENT, con esta iniciativa, se suprime del texto definitivo de la Ley la exigencia de capacidad.

Ya hemos dicho que referirse a una persona capaz o incapaz tiene una connotación de técnica jurídica importante, por lo que la supresión sin más genera problemas de interpretación. El legislador no ha sustituido la referencia a la capacidad por otra expresión como «que no esté sometido a tutela o curatela», como sí hace en el párrafo que dedica a la facultad que tienen los padres de designar tutor al hijo (16). Esto podría inducir a interpretar tal omisión como indicativa de que no se exige plena capacidad, sino que, como se defiende para el Derecho español, el notario apreciará en cada caso la capacidad. Sin embargo, al no exigirse expresamente en el Derecho francés forma notarial, se complica la defensa de esta interpretación.

3. CONTENIDO DE LA FACULTAD

En el Derecho español el que designa tutor lo puede hacer de forma positiva o negativa, es decir, designando al elegido o a los que excluye. Se contempla, además, que se establezca «cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes».

(15) El artículo 448 establecía en el Proyecto de Ley: «La désignation par une personne capable d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur...»

(16) Para este segundo párrafo del artículo 448 la evolución ha sido, precisamente, la contraria. El Proyecto no exigía requisito alguno de capacidad. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria se incluyó la exigencia de que los padres no estuviesen sometidos a tutela o curatela, y así quedó en el texto definitivo de la Ley.

Sin embargo, el legislador francés, más contenido, limita la facultad a la designación de tutor o curador. No creemos que pueda extenderse a otras cuestiones, porque el legislador ha pretendido separar nítidamente el ámbito de la representación legal y de la voluntaria, lo que, desde luego, contribuye a una mayor seguridad jurídica. Es decir, en el *Code* la autonomía de la voluntad permite la designación de tutor o curador, pero no permite que se altere su régimen jurídico, que es de carácter imperativo. Cuando el interesado quiera hacer uso de un mayor margen de la autonomía de la voluntad y establecer reglas de funcionamiento y control, tendrá que recurrir al mandato de protección futura.

V. EL MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA

Es la novedad más importante de la Ley de 2007 y viene a ser el equivalente de los poderes preventivos incorporados al Código Civil español mediante una reforma de mínimos que genera numerosas lagunas y problemas en su aplicación. El legislador francés, consciente de la trascendencia del nuevo instrumento de protección, le dedica una sección entera, que comprende los artículos 477 a 494.

La primera diferencia que encontramos con el Derecho español es de carácter sistemático, pues en éste se introduce mediante una modificación en sede de mandato, mientras que en el *Code* se ubica en el Libro primero, como segundo capítulo del título XI, titulado «De las medidas de protección jurídica de los mayores».

1. ¿QUIÉN PUEDE CONCLUIR UN MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA?

A) *Cualquier persona para sí mismo*

De acuerdo con el artículo 477 (17), podrá cualquier persona mayor o menor emancipado que no esté sujeto a tutela. También podrá la persona sujeta

(17) Artículo 477 del *Code*: «Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à

a curatela, con asistencia de su curador. Nada se establece respecto a las que estén sometidas a una medida de salvaguarda de justicia. Antes de la reforma, el artículo 491.3 permitía a una persona sometida a esta medida, nombrar un mandatario, incluso contemplando expresamente la posibilidad de que se otorgase en consideración al periodo de salvaguarda. Suprimido este precepto, se ha sustituido por el nuevo 436, que ya no se refiere expresamente a la posibilidad de que se otorgue en consideración a este periodo, sino que se limita a establecer que el poder produce efectos durante la salvaguarda. De esta redacción (18) se deduce que el mandato era anterior a la medida judicial.

¿Significa esto que durante este periodo no podrá concluir un mandato de protección futura? Por una parte parecería contradictorio permitir que pueda hacerlo el sometido a curatela y no el que se encuentra en salvaguarda de justicia ya que, teniendo en cuenta la gradación establecida por el legislador, esta última es una medida más ligera que la curatela. Sin embargo, debemos analizar un poco más en qué consistirá esta medida para poder dar una respuesta a este interrogante.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Proyecto, se trata de una medida de protección temporal que puede ser pronunciada en los siguientes supuestos: 1.º) cuando la persona presenta una alteración temporal de las facultades personales; 2.º) cuando la necesidad de protección se limite a la conclusión de un acto jurídico; 3.º) mientras dure el procedimiento de tutela o curatela.

Es complicado, teniendo en cuenta los supuestos en los que esta medida procede, admitir que se pueda concluir el mandato de protección futura ya que, si bien se trata de una medida más ligera que la curatela, el nombramiento de un mandatario especial para realizar ciertos actos supone que, respecto de éstos, la persona carece de capacidad, así es que difícilmente podrá otorgar poder para que sean realizados por otro. La primera frase del artículo 435 podría parecer un obstáculo para esta interpretación, pues establece que «la persona sometida a salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos». Sin embargo, ese mismo artículo sirve de argumento para defender que no tendrá capacidad, ya que en él se establece la nulidad de los actos que lleve a cabo la persona sometida a esta medida si el juez ha designado un mandatario especial para realizarlos.

l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié».

(18) Párrafo primero del artículo 436 del *Code*: «Le mandat par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice à moins qu'il ne soit révoqué ou suspendu par le juge des tutelles, le mandataire étant entendu ou appelé».

Además, si el sometido a curatela puede, es con consentimiento de su curador, con lo que su capacidad queda completada. Por otra parte, la salvaguarda de justicia puede ser una medida provisional que se aplica mientras se sustancia el procedimiento que va a dar lugar a un régimen de tutela, y, como ya hemos visto, en este caso no es posible concluir un mandato de protección futura.

B) Los padres para los hijos

De modo análogo a lo que se permite para la designación de tutor, el artículo 477 permite que los padres puedan designar uno o varios mandatarios de protección futura para su hijo, para el caso en que éste no pueda cuidar sólo de sus intereses por estar incurso en una de las causas del artículo 425.

En este caso, los padres, o el que de ellos haga uso de la facultad que se le concede, no podrán estar sometidos a tutela, pero tampoco, a diferencia del supuesto anterior, podrán estar sometidos a curatela. Por otra parte, a diferencia de lo que se prevé para la designación de tutor o curador, los padres no pueden concluir un mandato de protección futura para sus hijos menores, por causa de su minoría de edad. Sólo podrán si concurre en ellos causa de incapacidad.

2. EFICACIA DEL MANDATO

Una de las cuestiones que de forma más imprecisa ha regulado el legislador español en el apoderamiento preventivo, es la de la eficacia del mandato, en el supuesto de los poderes *ad cautelam*, es decir, aquellos que se dan «para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Numerosos son los interrogantes que se plantean sobre cómo puede establecer el mandante que se lleve a cabo esta apreciación, pero, todavía surgen más si nada ha establecido. ¿Quién aprecia la incapacidad? ¿Cuál es el grado que se exige? ¿De qué modo se inicia la eficacia del mandato? ¿Cómo pueden saber los terceros que el mandato es eficaz?

A algunos de estos interrogantes ha dado respuesta el legislador francés, suprimiendo en este punto la libre apreciación de la incapacidad conforme a lo dispuesto por el mandante, lo que contribuye a una mayor seguridad jurídica, pero también impide que se pueda utilizar este instrumento en las fases iniciales de ciertas enfermedades como el Alzheimer, que afectan a las personas de edad avanzada.

El artículo 481 prevé que el mandato sólo produzca efecto cuando se establezca que el mandante no puede cuidar de sus intereses por una de las

causas del artículo 425. A tal fin, el mandatario debe entregar al secretario judicial el mandato y un certificado médico en el que se acredite tal extremo. El secretario judicial visa el mandato, data que éste comienza a producir efectos y lo restituye al mandatario. De este modo, para los terceros que se relacionan con el mandatario no hay duda de que el mandato ya produce efecto, porque, para que esto suceda, ha de estar visado.

3. FORMA DEL CONTRATO Y FACULTADES DEL MANDATARIO

Las conclusiones del Congreso de Notarios de 2006 aconsejaban como una garantía más para el mandante, que se exigiese la forma notarial (19). A cambio, indicaba FOSSIER (20), se crearía un Registro de poderes. Sin embargo, el texto definitivo de la Ley no prevé una medida especial de publicidad, ni tampoco exige siempre la forma notarial. Veamos.

Dos son las formas previstas: el mandato notarial o bajo firma privada. Este último queda reservado para los actos de gestión patrimonial, para los actos que el tutor puede hacer sin autorización. En este caso, no se exige forma notarial, pero tampoco existe libertad de forma porque el artículo 492 exige que esté fechado y firmado de mano del mandante y que esté contrafirmado por un abogado o que se realice según el modelo que establecerá el Consejo de Estado. El mandato que otorgan los padres para su hijo sólo podrá hacerse bajo forma notarial.

El mandato notarial, que exige la misma forma para la aceptación, confiere al mandatario amplias facultades. Establece el artículo 490 que, incluso el mandato concebido en términos generales, incluye todos los actos patrimoniales que el tutor puede hacer solo o con autorización. Este precepto no impide, evidentemente, que el mandante pueda limitar los actos que el mandatario pueda realizar, pero, si no lo hace, el mandatario que tenga un poder concebido en términos generales tendrá unas facultades más amplias que las del tutor.

La inspiración del principio de subsidiariedad se pone de manifiesto en la posibilidad que tiene el juez, si el mandato no comprende todos los actos, de autorizar al mandatario a realizar actos determinados para los que el mandato no le autoriza, y con ello se evita recurrir a la tutela. Pero sobre todo

(19) «Les personnes vulnérables...», *op. cit.*, pág. 522: «Compte tenu de ces éléments, il avait été retenu à l'origine que le mandat de protection future devait être consenti en la forme authentique. Cette précaution semblait surtout animée par le souci de protéger le mandant, en lui permettant de recevoir toutes les informations utiles et d'être conseillé, et de conférer au mandat tous les avantages de l'acte authentique».

(20) FOSSIER, T., «Le rapport du Conseil économique et social sur la réforme des tutelles», en *Revue Droit de la Famille*, nov. 2006, pág. 2.

se pone de manifiesto en lo que resulta del artículo 428 ya citado: si existe un mandato de protección futura, el juez no puede abrir un procedimiento de tutela o curatela.

4. RÉGIMEN APLICABLE

Como ponían de manifiesto las conclusiones del Congreso de Notarios de Francia, la incorporación de esta figura al ordenamiento jurídico francés supone una verdadera evolución, porque significa que la voluntad de la persona se convierte en fuente de un instrumento de protección, en un sistema en el que la única fuente posible, hasta el momento, había sido el poder judicial.

Una figura bien conocida en el ámbito de la autonomía de la voluntad, el mandato, se utiliza para la protección de las personas vulnerables, pero, para ello, el legislador no aplica sin más el régimen del contrato de mandato, sino que combina la aplicación de ciertas reglas de éste con otras de la tutela. Veamos.

En primer lugar, la voluntad de aproximarle al mandato más que a la tutela se pone de manifiesto en el artículo 478, que establece la aplicación supletoria de las reglas del mandato cuando no sean incompatibles con las nuevas disposiciones específicas del mandato de protección futura, y el Senado suprime de la redacción definitiva de la Ley la remisión a las normas de la tutela como criterio para interpretar las ambigüedades del mandato.

La verdadera revolución consiste en permitir que el mandato comprenda no sólo los actos de gestión patrimonial, sino también la protección de la persona, aunque en este ámbito, el artículo 479 prevé que las obligaciones del mandatario serán las establecidas para los tutores y curadores y no las recogidas en sede de mandato.

Una primera modalización de este mandato en el que el principio de autonomía de la voluntad no juega un papel tan pleno como en el mandato clásico, sino que está sometido a límites. Uno de estos límites se pone de manifiesto en la elección de la persona del mandatario. No existe libertad total. Por una parte, el artículo 480 exige, si se trata de persona jurídica, que esté inscrita en la lista de mandatarios judiciales prevista por el artículo 471-2 del Código de la acción social y de las familias. Pero, además, se exige que, en todo caso, el mandatario reúna las condiciones que el *Code* exige para ser tutor.

La ausencia de un régimen específico para los poderes o mandatos preventivos en el Derecho español hace que en cuestiones como la rendición de cuentas, el mandatario esté sometido a la genérica obligación que impone el artículo 1.720 a todo mandatario. Rendición de cuentas que se hace al mandante. Si partimos de la premisa de que éste es incapaz, esta obligación se

diluye, por lo que las posibilidades que tiene el mandatario de abusar del poder son mayores.

El *Code* establece importantes mecanismos de control. En primer lugar, el mandatario debe proceder a realizar un inventario de los bienes del mandante y establecer anualmente la cuenta de su gestión, que el juez puede, en todo momento, hacer verificar. Esta obligación no cesa con el cargo, sino que, de acuerdo con el artículo 487, está obligado, durante los cinco años siguientes a la expiración del mandato, a conservar el inventario y sus actualizaciones, así como las cuentas de gestión de los cinco últimos años.

Pero, además, la Ley implica a los notarios en el control de las cuentas ya que, cuando el mandato es notarial, el artículo 491 establece que el mandatario rinde cuenta al notario autorizante del mandato, el cual, además de controlar las cuentas, conserva éstas, así como el inventario.

Este control notarial no suprime el judicial, sino que es un primer filtro, porque si el notario descubre un movimiento de fondos o un acto no justificado, debe ponerlo en conocimiento del juez.

En el caso de los poderes en forma privada, las cuentas se rinden como en la tutela, ante el juez o el procurador de la República.

De lo expuesto podemos concluir que el legislador francés, consciente de la utilidad que instituciones clásicas como el mandato pueden desempeñar en la protección de las personas incapaces, crea el mandato de protección futura como una nueva institución, que hunde sus raíces en el mandato pero que se configura a medio camino entre éste y la tutela, aunque, desde luego, permite un amplio margen al principio de autonomía de la voluntad. Veremos lo que la práctica revela porque, como se puso de manifiesto en las conclusiones del Congreso de Notarios, «el mandato de protección futura no es una panacea, es simplemente, una alternativa de protección».

RESUMEN

AUTOTUTELA. DERECHO FRANCÉS

El papel del principio de autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy reducido en el ámbito de las instituciones de protección de los incapacitados. Sin embargo, las últimas reformas operadas en la materia, tanto en el Código Civil español como en el francés, amplían considerablemente su presencia. La Ley de 5 de marzo de 2007 modifica el Código Civil francés e introduce la autotutela, la autocuratela y el mandato

ABSTRACT

SELF-GUARDIANSHIP. FRENCH LAW

The role that the principle of autonomy of will plays in institutions for the protection of the disabled has traditionally been very small. Nevertheless, the latest reforms instituted in the matter, in both the Spanish Civil Code and the French Civil Code, give autonomy of will a considerably larger footprint. The Act of 5 March 2007 amends the French Civil Code and introduces self-guardianship, self-curatorship and the future

de protección futura. Con una regulación más detallada y más respetuosa con la seguridad jurídica que la incorporada a nuestro Código por la Ley de 18 de noviembre de 2003, el nuevo régimen del Code, especialmente en lo que se refiere al mandato de protección futura, está llamado a convertirse en una referencia para futuras reformas. Mediante este mandato, se consigue un equilibrio entre el respeto a la voluntad individual, como fuente de la que se nutren los instrumentos de protección de los incapacitados, y el control judicial, porque, en último término, el juez es el único que puede garantizar el respeto a la voluntad de aquel que ha perdido la capacidad.

protection mandate. Regulated in greater detail and with more respect for legal safety than our own Code's regulation through the Act of 18 November 2003, the new scheme under the French Code is fated to become a yardstick by which future reforms will be measured, especially in regard to the future protection mandate. By means of the future protection mandate, a balance is struck between respect for individual will, as the source on which instruments for the protection of the disabled draw for sustenance, and judicial control, because ultimately the judge is the only authority that can guarantee respect for the wishes of a person who has lost his or her capacity.

(Trabajo recibido el 11-5-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)