

LA INCAPACIDAD Y LAS REFORMAS DEL DERECHO CONTRACTUAL

ESTHER MUÑIZ ESPADA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO: LAS RELACIONES ENTRE LAS REFORMAS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA INCAPACIDAD. II. PROPUESTA PREVIA DE UNA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y PROTECCIÓN: 1. Acerca del equilibrio y la especialización de la presencia de la autoridad judicial. 2. A propósito del reforzamiento de la autonomía de la voluntad. 3. La profesionalización de los cargos tutelares. 4. La mediación entre la incapacitación judicial y el concepto menos formalista. 5. Las alternativas a la institución del mandato y «el mandato de protección futura» del Derecho francés. III. LA PLASMACIÓN EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL DEL TRATAMIENTO DE LA INCAPACIDAD O DE LA PROTECCIÓN DE MAYORES VULNERABLES Y DE LAS DIVERSAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA. IV. BREVE RECAPITULACIÓN.

RESUMEN

En los debates hace tiempo suscitados sobre una imprescindible modificación del Derecho de obligaciones y contratos, así como respecto de algunos proyectos de reforma, se echa en falta una mayor presencia del tratamiento de la incapacidad, es decir, de las relaciones entre la incapacidad y el Derecho contractual. Decididos a revisar esta disciplina del Derecho de contratos correspondería comprender en ella una regulación mas integral y actual de las incapacidades o, dicho con otra terminología, de las medidas de protección de las personas desprovistas parcial o totalmente de autonomía, de las personas necesitadas de protección o personas mayores vulnerables. En este sentido, la actualización del Derecho de contratos requiere previamente de una reforma y desarrollo de los regímenes de guarda y protección, atendiendo especialmente a la protección de las situaciones intermedias; calibrando el tipo de invalidez que generarían sus actos, lo que exige una reforma del titulo relativo a la validez de los contratos.

PALABRAS CLAVES: Incapacidad; Incapacitación; Reformas del Derecho de obligaciones y contratos; Reforma de los regímenes de guarda y protección.

ABSTRACT

In the debates regarding an improvement of the law of obligations and in some reform projects there is a lack of definition and regulation of the mentally handicapped, that is, the relationship between the mentally handicapped people and the law of contracts. If this field of law is going to be revised, the mentally handicapped deserve a deeper and updated regulation, i.e. of those partially or completely deprived of autonomy, those needed of protection and the elderly. The regimes of assistance and protection need to be updated and intermediate situations should be studied, taking into account which kind of invalidity would generate their contractual acts and which would require a reform of the title in relation to the validity of the contracts they undertake. In conclusion, the paper analyzes a new point of view on handicapped persons in the contract law reform.

KEY WORDS: Mentally handicapped; Capacity; Reform of law of contracts and obligations; Reform of systems of assistance and protection.

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.
LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD EN EL CONTEXTO
DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO: LAS RELACIONES
ENTRE LAS REFORMAS DEL DERECHO CONTRACTUAL
Y LA INCAPACIDAD

Los diversos proyectos europeos de contratos y las propuestas de reforma abordadas por algunos ordenamientos nacionales en orden a la modificación del Derecho de obligaciones y contratos muestran una especial preocupación por el tratamiento que han de dar a la regulación de la incapacidad y a los actos celebrados por quienes se encuentran afectados por algún tipo de dependencia. Si bien, una reforma del Derecho contractual que toma esto en consideración, a su vez, depende de la filosofía reflejada por las instituciones de guarda y protección, y en nuestro ordenamiento ambos sistemas están por revisar. La presentación de un proyecto de reforma en nuestro ordenamiento en materia de obligaciones y contratos hace oportuno, al menos brevemente, ocuparse de ello. El método que tendría que plantearse debería partir de la decisión sobre la ubicación sistemática y de la influencia de los diversos parámetros que forman parte del concepto de la capacidad: ¿La capacidad debe abordarse en el título del Derecho de los contratos?, ¿en el Derecho de familia?, ¿en el Derecho de la persona?, ¿a propósito de las prohibiciones?, ¿hay que separar sistemáticamente capacidad de disfrute y capacidad de ejercicio?, ¿o regularse en el ámbito de la represen-

tación?, ¿hay que separar incapacidad de protección, incapacidad respecto de poder, incapacidad y alteraciones de las facultades personales?, ¿debe eliminarse el uso del término incapacidad?

Recientemente algunos ordenamientos¹ han procedido a modernizar el régimen de la protección de los mayores vulnerables con motivo de las complejidades generadas por los diversos tipos de dependencias² e incapacidades; también nuestro ordenamiento debería tomar como tarea prioritaria la necesidad de dar una ulterior renovación al tratamiento de la incapacidad y abordar una nueva disciplina, facilitando la ordenación de los cambios que deben tenerse en cuenta en orden a una reforma del Derecho de obligaciones y contratos. En las siguientes líneas se expresarán estas inquietudes, desde el análisis de la vigente legislación, intentando presentar algunos planteamientos útiles para reinterpretar y reprimir, en su caso, la normativa actual; es decir, que se encuadra en ese tipo de estudios jurídicos que podríamos llamar de política legislativa, limitándonos al reducido espacio que implica tan solo destacar la importancia de la contextualización del sistema.

La natural evolución del régimen de la protección de los incapacitados, así como el desbordamiento de la noción de incapacidad, junto a la enorme variedad de situaciones que proporciona la inadaptación, en buena parte vinculadas al envejecimiento, hace que el tradicional tratamiento del consentimiento o la capacidad en torno al tema de la validez e invalidez de los contratos no resulte adaptado a la realidad que ha ido asumiendo el Derecho sobre las incapacidades. Por tanto, cualquier reforma en el ámbito de las obligaciones y los contratos no puede prescindir de considerar de manera específica las repercusiones y el entramado

¹ Así, el Derecho francés a través de la *Loi* núm. 2007-308 *du 5 mars* 2007, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009, desde hacía tiempo reclamada: en el 80 congreso «*Le notariat et les personnes protégées*» (1984), y en el 102 congreso sobre «*Les personnes vulnérables*» (2006); después de sucesivas reformas como la del divorcio, la de la adopción, de bioética, la de la filiación, o la de las sucesiones y liberalidades; o el Derecho inglés a través del *Mental Capacity Act* de 2005; y en Italia a través de la Ley de 9 de enero de 2004, con la novedad de *l'amministrazione di sostegno*, que modifica el título correspondiente del Código civil con la rúbrica «sobre las medidas de protección de las personas desprovistas parcialmente o totalmente de autonomía». Observemos el nuevo tipo de terminología que evita el uso tradicional de la expresión «incapacidad». Sobre tales consideraciones lingüísticas vid. MALAURIE, Ph., «La réforme de la protection juridique des majeurs», *Petites affiches*, núm. 63, 2007, págs. 11 y ss.; vid. también del mismo autor *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 4ª ed, Defrénois, París, 2009, págs. 307 y ss.

² Sobre este concepto ver Recomendación núm. 98 relativa a la dependencia, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 18 de septiembre de 1998.

que conforma la complejidad de la incapacidad: su protección, su tratamiento y sus consecuencias en el ejercicio de los derechos, por tanto, especialmente, en orden a la determinación del tipo de invalidez³.

En nuestro Código civil, dentro de los requisitos esenciales para la validez de los contratos, en la sección del consentimiento, la consideración a la incapacidad está ausente; tan sólo de un modo raquítico se refieren a la incapacitación los arts. 1263 y 1264 C.c., y, en cuanto a sus consecuencias, los arts. 1300 y ss. deberían ser objeto de revisión; por tanto, hacen falta un desarrollo y una regulación detallados de esta materia, sin duda para tener en cuenta las nuevas consideraciones. Y la palabra clave que tendría que tener en cuenta un planteamiento reformista es la flexibilidad; por ello, para empezar, comparto con el Prof. Clavería la idea, dados los numerosos tipos de irregularidades, de eliminar cualquier tipo de rigidez en la regulación, así expresa que «la considerable diversidad de supuestos y situaciones nos aconseja no dividir la invalidez en figuras rígidas con notas rígidas, sino por el contrario, hablar de una sola invalidez o nulidad cuyo régimen de funcionamiento depende del interés protegido, prescindiendo de lo que antes hemos visto que se llama concepción organicista, en cuya virtud el régimen puede depender de que no concorra un elemento o de que éste sea viciado»⁴.

La reforma en el ámbito contractual, en este sentido, es doblemente compleja, porque lo primero que exige es una modificación del régimen de guarda y protección. Por el momento, este sistema, incluida la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, adolece de algunas disfuncionalidades, el recorrido que tiene la evolución de las instituciones de asistencia no ha finalizado; de manera especial, los aspectos patrimoniales, en lo que importa de cara a la modificación del Derecho de contratos, están insuficientemente regulados. Y por otro lado, algunos criterios definidores en materia de protección de incapacitación e incapacidad que, parece, orientarán un futuro desarrollo, son bastante cuestionables; no se puede más que estar de acuerdo con la diferenciación que exige la diversidad de supuestos, pues el criterio fundamental de la incapaci-

³ «Para quien conoce el carácter fulgurante de las leyes con las cuales nuestro mundo presiona nuestros hábitos de vida no se puede más que sorprender de la lentitud de la realización de las mejoras para la protección de las personas mayores vulnerables o con problemas de salud mental», FAVARD, J., «La protection des personnes âgées vulnérables», *Droit de vieillissement de la personne*, vol.col, dir. par J.R. Binet, París, 2008, pág. 7.

⁴ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. Delgado Echeverría, Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 81.

dad es atender a las concretas facultades intelectuales y a la respectiva consecuencia sobre el autogobierno, pero la posibilidad de proteger a través de específicas instituciones sin incapacitación habrá que ver a qué casos puede referirse y, así mismo, la evolución hacia la potenciación de los recursos privados, por tanto la privatización del tema, no tiene por qué necesariamente obligar a plantear el reparto de la materia con el régimen de la representación, como se ha propuesto.

Con ello no se busca un estatuto del enfermo mental, del discapacitado, del incapacitado, del incapaz o del dependiente, sino las medidas adecuadas de protección, entre las que se encuentran las consecuencias y las formas de resolución de las relaciones contractuales entre éste y los terceros, donde el centro de gravedad de la regulación sigue recayendo sobre él.

Todo ello viene justificado, así mismo, por los parámetros constitucionales. La protección de los mayores dependientes, de los incapacitados e incapaces, cualquiera que sea el ámbito sobre el que se plasme, se instaura en el respeto de las libertades individuales, en los derechos fundamentales y en la dignidad de la persona, porque es inseparable el vínculo entre capacidad y personalidad⁵. El tema lógicamente tiene, así, un importante calado constitucional, y su adecuación se justifica en el mandato del art. 10, en virtud del cual «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»; en el art. 17, por el cual «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley»; en el art. 49: «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»; y en art. 50: «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficien-

⁵ «Restringir la capacidad es siempre disminuir la personalidad, cuya plenitud es en sí una libertad civil», CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, Defrénois, París, 1979, pág. 61.

cia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»⁶.

Todos estos preceptos justifican la evolución legislativa en materia de incapacitación e incapacidad, marcada por la defensa del interés de la persona protegida y el desarrollo de su autonomía individual, que, en los parámetros jurídicos, se concreta en la idea de proporcionalidad y subsidiariedad, que paradójicamente no se aplican, en principio, a las formas convencionales de protección⁷.

II. PROPUESTA PREVIA DE UNA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y PROTECCIÓN

1. *Acerca del equilibrio y la especialización de la presencia de la autoridad judicial*

Podría comenzarse poniéndose de evidencia un exceso de judicialización en los regímenes de guarda y protección, que se hace palpable en la necesidad de autoridad judicial en diversos negocios referentes a la gestión patrimonial. En este sentido, la futura reforma no podrá demorar ya la revisión del art. 271 C.c, en lo que constituya una verdadera rémora y un obstáculo sin sentido en una administración ágil y eficaz. Respecto del patrimonio protegido, el art. 5.3 de la Ley 41/2003 prevé que los constituyentes o el administrador puedan instar al Ministerio fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, si concurren una serie de circunstancias. Por otro lado, la exigencia de subasta pública para los casos de enajenación, como se ha dicho tantas veces, no es una garantía ni medio para la obtención del mejor precio, el art. 5.2 de esta Ley la su-

⁶ Sobre los textos europeos vid. MONJAL, P.Y., «Le droit et le vieillissement de la personne dans l'Union européenne : le recours à la méthode ouverte de coordination (MOC) comme rajeunissement de la méthode communautaire ?», *Droit et vieillissement de la personne*, vol.col. dir. par J.R. Binet, París, 2008, págs. 131 y ss.

⁷ Vid. FOSSIER, Th., «La réforme de la protection des majeurs», *JCP, La semaine juridique*, ed. général, núm. 11, 2007, pág. 16, «las reglas de necesidad, de subsidiariedad y de proporcionalidad no se aplican al mandato de protección futura, es la carga para el servicio público lo que se trata de regular y no el libre juego de las convenciones».

prime, pero respecto de los bienes componentes de este patrimonio protegido⁸.

No parece que la excesiva presencia del juez deba resolverse volviendo a conceder a la familia parte de las atribuciones que en su día, bajo el sistema de tutela de familia, tenía asumidas. Su presencia debe justificar simplemente el límite del control a favor de las máximas garantías del protegido, de lo contrario una efectiva protección puede llegar demasiado tarde si entendemos su función sólo, *a posteriori*, ante la denuncia de actuaciones fraudulentas.

El control asegura que en cada momento se ha constituido el órgano de guarda adecuado a las necesidades del pupilo, pues es premisa, así mismo, que las medidas estén correctamente adaptadas a los intereses de éste; si esto es así, desde luego cualquier reforzamiento de la autonomía de la voluntad en este contexto no puede reducir el protagonismo de las funciones de fiscalización de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal. Dado el interés público del que está revestida esta materia su posible reduccionismo sería muy relativo y, en todo caso, el detrimento se compensaría con mayor presencia del Ministerio fiscal. Hasta el momento, después de las sucesivas modificaciones de nuestro ordenamiento, el único límite que se mantiene con claridad, a la vista de las actuales prescripciones, es que no hay posibilidad de restringirlas; mientras no se modifique la legislación no parece tan seguro que no tenga su intervención carácter imperativo, aunque haya autores que han defendido lo contrario⁹.

Así mismo, es trascendente, como se ha insistido desde diversos foros, el interés de la especialización de los órganos judiciales y el interés en la dotación de suficientes medios económicos y humanos, tanto a los juzgados como al Ministerio fiscal, para la adecuada defensa de las necesidades de las personas incapaces; como, así mismo, es imprescindible una buena coordinación entre la acción protectora de la Administración en relación a las previsiones del Código civil y el resto de la normativa, siempre buscando la unificación de criterios. La especialización garantiza mejor el cumplimiento de las funciones asignadas, por ejemplo, es esencial que la sentencia de incapacitación delimite exactamen-

⁸ «En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881».

⁹ Vid. GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen de la tutela», *AAMN*, t. 26, pág. 417.

te, con precisión y concreción, como se prescribe, el grado de incapacidad y delimite pormenorizadamente los actos que puede y no puede realizar el incapacitado, así como la correcta adaptación del órgano de guarda a las necesidades del pupilo. Sin esto no se harán efectivos los principios constitucionales de respeto a la libertad individual y al desarrollo de la personalidad, siendo muy habitual que las sentencias de incapacitación tiendan a la descripción general. La especialización no sólo es necesaria para emitir un informe fundado y correcto, sino también para pronunciarse con celeridad, la justicia que llega tarde no es justa¹⁰.

De igual modo, en relación con la cuestión procedimental, la futura reforma debe reordenar el tratamiento de la obligatoriedad en la promoción de la tutela, pues la obligatoriedad a la que se refiere el art. 229 del C.c. cuando dice que «estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados», no tiene ninguna trascendencia, en cuanto que por razones de economía procesal se decide en el mismo procedimiento la resolución de incapacitación y el nombramiento del órgano¹¹. Suficiente ya resulta lo preceptuado por el art. 228 del C.c., al decir que «si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el

¹⁰ Precisamente cabe citar el documento que ha presentado el Ministro de Justicia titulado «Plan de Modernización de la Administración de Justicia» (2012), que contempla, entre las diversas propuestas, aquella que se expresa como Actuación 4.2.4: Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación; así, el Ministerio de Justicia debe remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley para la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con discapacidad.

Vid. Disposición final primera de la Ley de 25 de marzo de 2009, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

¹¹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «STS de 22 de julio de 1993. Incapacitación y tutela, designación de persona jurídica, defensor judicial, designación de tutor en procedimientos de incapacitación», CCJC, 1993, núm. 33, págs. 973 y ss.; del mismo autor, «La protección de las personas con discapacidad», *Aranzadi civil*, núm. 2, 2003, págs. 2091 y ss.

primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela», si se ha procedido a la incapacitación es cierto el conocimiento que tienen de ella dichos órganos, (art. 760.2 LEC).

2. A propósito del reforzamiento de la autonomía de la voluntad

Como desarrollo de los preceptos constitucionales, a la vista de lo que se espera de esta evolución, no parece tan importante el debatido movimiento de péndulo en el que algunos autores se balancean cuando se plantean una vuelta al sistema de tutela de familia¹², entiendo que no es tan importante la cuestión de si tutela de familia o tutela de autoridad, simplemente el tema fundamental es el reforzamiento de la autonomía de la voluntad y, por tanto, el modo en el que se encauce. Ello viene marcado por la propia evolución social y económica, por eso no es tan exacto que la patria potestad proporcione el modelo de estructuración de la tutela, por ello tampoco cabe unificar la tutela de los menores y la tutela de los incapacitados.

El desarrollo de la autonomía de la voluntad en este contexto¹³ se ha orientado hacia la figura del mandato, ¿pero esto es lo más correcto desde el punto de vista de la naturaleza de las instituciones y del interés del protegido?

El Derecho francés, a través de la *Loi* núm. 2007-308 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*¹⁴, construye sobre la base del man-

¹² Otra cuestión es el tema de la solidaridad familiar, vid. al respecto recientemente PHILIPPE, C., «Le maintien des relations familiales», *Droit et vieillissement de la personne*, vol.col. dir. par J.R. Binet, París, 2008, págs. 25 y ss.

¹³ Y, al mismo tiempo, la solución para aquellos casos de defectos de cierto grado de discernimiento o deficiencia, debilidad mental, que no revistan la gravedad para una incapacitación o no tuvieran carácter persistente.

¹⁴ Los textos de aplicación de la Ley de 5 de marzo de 2007 son los siguientes: *Loi* núm. 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique; *Décret* n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil; *Décret* n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs; *Décret* n° 2008-1498 du 22 décembre 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du Code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé; *Décret* n° 2008-1506 du 30 décembre 2008 relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire; *Décret* n° 2008-1507 du 30 décembre 2008 relatif à l'information et au soutien des personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique des majeurs en application de l'article 449 du code civil; *Décret* n° 2008-1508 du

dato ordinario una especie de mandato especial, con determinadas modalidades y controles, pero que en el fondo no responde a la esencia del genuino mandato, pues cuando la persona haya perdido definitivamente cierto grado de capacidad e incluso cuando se procede a la incapacitación, donde es posible que el mandatario continúe con sus funciones, como señala el art. 1732 de nuestro C.c.¹⁵, no responde ya en estos supuestos a la esencia de la institución, puesto que ésta se basa en que lo que hace el representante o mandante lo podría hacer el representado, porque tiene que tener la misma capacidad, si no es así no hay diferencias entre la representación voluntaria y la representación legal¹⁶. El mandato exige como requisito, también durante su ejecución, la capacidad del mandante.

Ciertamente, desde el punto de vista teórico hay una representación voluntaria, porque el mayor protegido por la medida, dado que no hay incapacitación, no pierde sus derechos, pero en la práctica su situación puede ser la misma que la de una persona incapacitada. De otro lado, las funciones que se le atribuyen a este mandatario, si nos fijamos simple-

30 décembre 2008 relatif aux conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle devant être satisfaites par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et par les délégués aux prestations familiales ; Décret n° 2008-1511 du 30 décembre 2008 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux délégués aux prestations familiales; Décret n° 2008-1553 du 31 décembre 2008, JO du 1/01/09, relatif à l'exercice à titre individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de l'activité de délégué aux prestations familiales; Décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008, JO du 1/01/09, relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection.

¹⁵ De igual modo, en la regulación del «mandato de protección futura» del Derecho francés, el paso de la situación del mayor protegido hacia otra medida de protección pone fin al mandato de protección pero no de manera automática, el juez encargado de determinar esta nueva medida o régimen de guarda y de nombrar a la persona encargada de ejercer estas funciones puede mantenerlo haciéndolo compatible con el nuevo sistema de tutela adoptado. Así, en virtud del art. 436 C.c. «*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. En l'absence de mandat, les règles de la gestion d'affaires sont applicables. Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde*».

¹⁶ Cuando el poderdante llega a una situación de incapacitación se pierde el fundamento que sustenta la eficacia del poder, vid. sobre todas estas cuestiones, entre otros, CAMPO GÜERRI, M.A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacitación», *RJN*, 2000, págs. 21 y ss.; BADENAS CARPIO, J.M., *Apo-deramiento y representación voluntaria*, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 232 y ss.

mente en la regulación que de ello ha hecho el ordenamiento francés¹⁷, y que se seguiría previsiblemente aquí, de igual modo, si posteriormente se desarrollara el tema, no difieren de lo que hace un tutor o un curador; luego, cuando este llamado mandatario actúa respecto de una persona cuyo grado de capacidad está disminuido lo hace como una especie de cargo tutelar; por eso yo entiendo que en estos casos no hace falta hacer extrapolaciones del contrato de mandato, sino que debería contemplarse una nueva figura, de carácter tutelar, dentro de la sección de las instituciones tutelares, puesto que, por esencia, el modo en el que se contempla esta forma de representación está ínsito en ellas, al menos más cerca de ellas que del contrato de mandato.

Un nuevo cargo tutelar al que le correspondieran estas funciones a favor de las personas cuya situación no requiere técnicamente de un tutor o un curador, para aquellos casos descritos de debilidad mental, digamos supuestos de protección intermedia, debería adjudicársele una nueva denominación, con independencia de que fuera nombrado por el juez o validado u homologado por éste cuando hubiera estado de antemano previsto por el futuro protegido, con los mismos controles que existen para los demás cargos de asistencia en general; y la figura del mandatario reservarla para lo que ya está previsto por el ordenamiento, es decir, para los supuestos en lo que la persona puede controlar la gestión y actuación del mandatario. Correspondería, entonces, añadir en el sistema, la regulación de este nuevo cargo de protección, bajo una denominación específica, con las funciones asignadas por la autoridad judicial y las previstas convencionalmente, vinculando las respectivas consecuencias a las vicisitudes contractuales, que no serán las mismas que para el caso de un tutor o curador, puesto que la persona protegida por este cargo puede intervenir más activamente en sus decisiones¹⁸. A

¹⁷ Volveremos sobre ello más adelante.

¹⁸ Puede verse, así, en Italia, recientemente sobre la figura de *l'amministrazione di sostegno*, entre otros, FERRANDO, G., «Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure (Nota a T. Modena, 5 novembre 2008)», *Famiglia e dir.*, 2009, pág. 280; PATTI, S., «Senilità e autonomia negoziale della persona. Famiglia, persone e successioni», 2009, pág. 259; SALITO, G., «Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico - Nota a T. Modena 13 maggio/5 novembre 2008», *Iustitia*, 2009, pág. 207; PAGLIANI, G., «Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno», *Giur. merito*, 2009, pág. 1776; VALORE, P., «Amministrazione di sostegno e vincolo di destinazione (Nota a A. Roma, 4 febbraio 2009, G. N. c. Agenzia territ.)», *Corriere merito*, 2009, pág. 619; CARCAVALLO, L., «Le misure di protezione delle persone prive di autonomia e i problemi di coordinamento tra amministrazione di sostegno e interdizione (Nota a Cass., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, F. c. A.)», *Corti salernitane*, 2007, pág. 679; CILI-

estos efectos, también son importantes las amplias opciones que concede la posibilidad del desdoblamiento del cargo para la protección de la persona, por un lado y, por otro, el del patrimonio, (art. 236 C.c.)¹⁹.

Otra razón para prescindir de la alternativa de los poderes preventivos y, por lo tanto, proponer la sustitución del art. 1732 último párr., que a mi juicio debería haber permanecido con la redacción anterior, es que, hasta el momento al menos, el número de estos documentos, es escasísimo, buena prueba de la falta de realismo de esta propuesta²⁰; no es propio del mandato o del apoderamiento la irrevocabilidad; hay, ciertamente, una resistencia a la concesión de estos documentos, que pueden facilitar el fraude.

El nuevo texto introducido genera un riesgo innecesario, porque el periodo intermedio es incontrolable, pudiendo perfectamente el mandatario abusar de su posición, perjudicando gravemente al mandante, pudiéndose producir fraudes hasta que intervenga la autoridad judi-

BERTI, R., ZACHEO A., BANDINI, T., «Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione, continuità e convivenza degli istituti di tutela della persona non autonoma», *Riv. it. medicina legale*, 2008, pág. 685; GIARDINA, F., Incapacità naturale, in *Il Diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. VII, pág. 567; GORGONI, A., «I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia», *Obbligazioni e contratti*, 2008, pág. 630; MASONI, R., «Passaggio da interdizione ad amministrazione di sostegno: il giudice dell'interdizione non può obliterare di delibare la nuova misura protettiva (Nota a Cass., sez. I, 28 maggio 2007, n. 12466, I. c. D. e A. Bologna, 9 agosto 2007)», *Giur. it.*, 2008, pág. 1412; PRIORE, C., Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (procedimento di), in *Il Diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. VIII, 65; BUGETTI, M. N., *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Ipsos, Milano, 2008; TAFARO, L., «L'amministrazione di sostegno nel sistema italo-comunitario: applicazioni e prospettive», *Giusto processo civ.*, 2008, pág. 697; TESCARO, M., Amministrazione di sostegno, aggiornamento-2007, in *Digesto civ.*, Utet, Torino, tomo I, pág. 9; FORTINI F., *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹⁹ «La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo: 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente. 2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad. 3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela. 4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente».

²⁰ Por el contrario, la experiencia de Québec, desde 1990, con el mandato dado en previsión de ineptitud, revela unas cifras muy distintas, que muestran el éxito de la medida, vid. WONG, C., *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, París, 2009, pág. 164.

cial; en definitiva, genera problemas muy graves, que no son evitables por el simple hipotético hecho de que sea una persona de confianza del mandante.

Por tanto, una futura reforma en esta materia debe, pues, incorporar una buena respuesta técnica a los supuestos de pérdida gradual de incapacidad y a las diferentes formas de incapacidad, que yo propondría en el sentido expresado; y, por tanto, fuera del mandato.

3. *La profesionalización de los cargos tutelares*

En todo caso, la nueva reforma que sería necesaria en este ámbito tendría tintes privatistas, de lo que no hay duda es que la evolución hacia una mayor autonomía en la ordenación de los regímenes de protección es una inercia forzosa. La consideración de la familia nuclear y, por tanto, el estrechamiento de la familia, llevó a la defensa del sistema de autoridad, y la necesidad de la dinamicidad en la administración de los patrimonios llevó a desarrollar sistemas privados de gestión; la presión de los movimientos económicos no ha hecho sino impulsar esta línea, que es la que marcará el futuro, ya contemplada hace 30 años por Carbonnier, al referirse a la desviación hacia las prácticas angloamericanas del *trust*²¹. La misma idea está en la profesionalización de las personas dedicadas a la protección de las incapacidades, promovido en la reforma francesa de la citada Ley núm. 2007-308 de marzo de 2007.

Estos sistemas vienen precisamente favorecidos por la variedad y complejidad de situaciones que originan las dependencias; hacen que el legislador se tenga que decantar forzosamente de un modo general, no sólo en el aspecto patrimonial, por dar mayor protagonismo a la voluntad del propio interesado, lo que se ha ido reconociendo a través del papel otorgado al interés de los titulares de la patria potestad o de un tercero (arts. 223 y 234.3 C.c. de la reforma del 83, y art. 227 del C.c.), después a través de la figura de la autotutela, la petición de la propia incapacitación por el mismo interesado, así como en la reforma de la Ley 41/2003, que desarrolla el principio de autonomía con la configuración del llamado patrimonio especialmente protegido.

La aparición de formas muy diversas de discapacidad hace necesario crear estructuras adaptadas a estas nuevas formas resultantes; el peso de esta situación lleva a auspiciar la formación de recursos a fa-

²¹ CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, Defrénois, París, 1979, pág. 26.

vor de la persona con discapacidad con aportaciones privadas, y la forma más clara y verdaderamente protectora de este conjunto patrimonial es el *trust*²²; una razón más para incorporar este instrumento en nuestra legislación. Por su parte la Ley 41/2004 no siendo ni una gran novedad ni una solución acabada ha abierto nuevos cauces donde se destaca su destino finalista. Como expresó Leña Fernández, tal relevancia modaliza totalmente su esencia, «el patrimonio del discapacitado viene casi totalmente delimitado por esa nota finalista, con mucha mayor fuerza que el patrimonio de las personas que no sufren ningún tipo de discapacidad, ya que todo él tiene un destino particular: subvenir a la subsistencia, cuidados y atenciones que precisa su titular»²³.

Los arts. 1 a 8 de la Ley, bajo la rúbrica de «patrimonio protegido de las personas con discapacidad», no configuran propiamente una protección patrimonial, sino un objetivo un poco más modesto, favorecer la aportación de bienes a este patrimonio. Por otro lado, es curioso que la Ley insista en una exigencia que ya fue criticada desde la Ley de reforma del Código civil en materia de tutela del año 1983 y se venga a reproducir de nuevo en relación a este patrimonio, cuando ahora aún resulta menos comprensible, y es el hecho de excluir de la administración de tales bienes a entidades con finalidad de lucro: «en ningún caso –se expresa– podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueren de aplicación» (art. 5.5, en relación con el art. 242 del C.c.). Como ya he tenido la oportunidad de expresar, cuando la tutela recaiga sólo sobre la persona del pupilo no parece tan apropiado que una persona jurídica con ánimo de lucro, como una sociedad anónima, por ejemplo, lleve a cabo esta función, pero es un error rechazarlas cuando se diversifican las funciones de la tutela y se nombra distinto tutor para la persona y para los bienes, en este último caso no es acertada la exclusión de entidades lucrativas especializadas en la gestión de patrimonios, pues en muchos casos serán las más eficaces, como ha venido siendo señalado

²² El *trust* en el Derecho inglés justifica la ausencia de normas más específicas para la protección de los mayores con problemas de discernimiento, pues a través de este instrumento se organiza fácilmente su gestión patrimonial, FLAUSS-DIEM, J., «Discernement et capacité de la personne âgée en droit anglais», *Droit et vieillissement de la personne*, vol.col. dir. par J.R. Binet, París, 2008, págs. 149 y ss.

²³ LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en Martínez Die, *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 149 y ss.

por diversos autores; por tanto, ni este requisito es apropiado tratándose de la tutela sobre los bienes, ni tampoco ahora respecto de la administración de estos patrimonios. La existencia de un patrimonio particular en su contenido requerirá el nombramiento de personas con especiales conocimientos técnicos que justificaría el nombramiento a favor de tales entidades. Si no existe, además, este límite respecto del patrimonio que se puede formar con arreglo al art. 227 o 164.1 del C.c. no tiene mucho sentido su exigencia respecto de estos patrimonios protegidos. Ahora, las recientes reformas legislativas de nuestro entorno consagran definitivamente la necesidad de profesionalización de los órganos tutelares.

La evolución conduce a la privatización del sistema y a la profesionalización de los órganos encargados de estas funciones, desde este punto de vista el *trust* se muestra el instrumento más adecuado a estos fines²⁴. La profesionalización está especialmente justificada ante las situaciones de pérdida gradual de la capacidad natural.

4. La mediación entre la incapacitación judicial y el concepto menos formalista

La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, aportó otra línea en la que se profundizará de futuro, que precisamente es su incidencia en un concepto menos formalista, persona con discapacidad y no tanto incapacitación judicial.

Este cambio, en efecto, señala una nueva orientación en la legislación que permitirá en un futuro situar las principales reformas de las que está necesitada esta materia, a modo semejante de lo que ya se ha hecho en otros ordenamientos, como en el derecho francés, italiano o alemán; lo que conviene –se dice– es apreciar si una persona puede o no valerse por sus propios medios y encontrar los mecanismos apropiados para ayudarle, no es necesario en todo caso la incapacitación para la protección de una persona, tampoco una medida de protección patrimonial ha de pasar por un cambio formal de estado civil.

²⁴ MASSIP, J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, París, 2009, pág. 626, expresa, por su parte, refiriéndose a la Ley 308-2007, que este legislador ha estado especialmente timorato, descartando la posibilidad de gestionar el patrimonio de las personas en tutela por administradores privados, como habría podido permitir la posibilidad de recurrir, con algunas prevenciones, a la práctica de la fiducia.

Las tendencias más modernas en materia de asistencia consagran los principios de necesidad y subsidiariedad de las medidas de protección; como se ha apuntado por una parte de la doctrina, no ha lugar a recurrir a los regímenes de incapacitación si las reglas del Derecho común permiten regular los problemas de las personas cuyas facultades están afectadas. Lo cual no tiene por qué querer decir –habría que añadir– que la persona que venga ocupándose de quien se encuentra en una enfermedad degenerativa no tenga que acudir a la autoridad para poner en conocimiento el hecho de la agudización de la enfermedad, para que se proceda de la manera correspondiente.

Desde el punto de vista de los mencionados principios constitucionales, la protección de la persona sin incapacitación no necesariamente se corresponde con una situación más progresista; procede actuar, por tanto, según exijan las circunstancias en que se encuentre el incapaz; si por sus circunstancias la medida exacta, adecuada a sus necesidades, fuera la incapacitación su no declaración produciría una menor protección para el incapaz, y sería menos protectora de la posición de los terceros que pueden entrar en relación con la persona discapacitada; habrá supuestos en los que la deficiencia de la persona sea evidente, pero si no es así, la incapacitación, puesto que se inscribe en diversos registros, resulta más ventajosa en el tráfico jurídico. No se trata de prescindir por prescindir de la resolución judicial de incapacitación. El objetivo del sistema es ofrecer garantías de seguridad, permitiendo conocer *a priori* la condición de los sujetos antes del cumplimiento de los actos concretos a realizar. Pero sabiendo también que excluir al sujeto de la actividad jurídica relevante requiere de una delimitación muy precisa y de una tarea muy minuciosa por parte del juez.

Se han expresado numerosas reticencias a propósito del procedimiento de incapacitación²⁵, pero el verdadero problema es que por razones de saturación de las instancias judiciales no se proceda escrupulosamente con las debidas garantías, y esto una vez más se superaría con la especialización de los tribunales. El procedimiento en sí trata de ser lo más exhaustivo y garantista posible, por aplicación de los principios constitucionales y el propio interés del incapacitado: el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad y libertad²⁶. Es decir, más que

²⁵ Pueden verse alternativas al actual procedimiento en DURÁN CORSANEGO, E., *La autorregulación de la tutela*, Madrid, 2007, págs. 55 y ss. y 251.

²⁶ Vid. STS de 19 de mayo de 1998, RJ 1998/3378; vid., así mismo, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005, núm. 836/2005, rec. 1187/1999: «Como dice la sentencia de 28 de junio de 1990, «la capacidad mental se presume siempre mien-

originarse el problema, como se ha expresado, desde el reparo que sienten los familiares del incapaz de que pareciera que están actuando

tras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa –sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 20 de febrero de 1989, entre otras–, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» («presumptio hominis» o «presumptio facti»), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil, como aquí pretende la recurrente».

En la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005, núm. 610/2005, rec. 3116/2002, el TS declara la nulidad de actuaciones solicitada por el Ministerio Fiscal en el proceso de incapacitación en que declaró la incapacidad pretendida. El tribunal argumenta que al no haber cumplimentado el tribunal de apelación el trámite preceptivo previsto en el artículo 759.3 LEC 1/2000, esto es, el reconocimiento del incapaz, procede declarar la nulidad de actuaciones.

STS de 10 de mayo de 2005, núm. 351/2005, rec. 3893/1998, en voto particular se expresa «si toda persona se presume capaz mientras su incapacidad no sea declarada por sentencia judicial (art. 199 CC y SSTs 11-6-01, 27-1-98, 30-1-95 y 6-7-87), la cual tiene carácter constitutivo y además debe determinar la extensión y límites de la incapacidad así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC, hoy derogado pero aplicable al caso y con cuyo contenido coincide además el art. 760.1 LEC de 2000), y si el art. 7.1 LEC de 2000, no aplicable ciertamente al caso pero tampoco innovador a este respecto, reconoce capacidad para comparecer en juicio a los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no cabe duda de que el acogimiento de este motivo, que plantea una cuestión absolutamente nueva pero en relación con la cual debe recordarse el pasaje ya transcrito de la contestación a la demanda, acabaría legitimando un manifiesto abuso de derecho que, lejos de redundar en beneficio de la tutela judicial de la demandada-recurrente, perjudicaría muy gravemente el correlativo derecho de los demandantes a obtener la satisfacción de unos derechos que les vienen siendo reconocidos por los tribunales».

En STS de 19 de mayo de 2008, núm. 424/2008, rec. 2722/2001, «el TS desestima el recurso de casación en relación con la pretendida declaración de nulidad de las autorizaciones en las cuentas del fallecido por entender que faltaba el consentimiento del otorgante, dado su deterioro físico y mental. Confirma la Sala la sentencia recurrida que entendía que no habiéndose declarado la incapacidad judicial del fallecido, no podía aplicarse el art. 1263.2 CC, relativo a la nulidad del consentimiento prestado por incapacitados. Entiende que ninguna infracción del principio de carga de la prueba se ha producido y concluye que no constando que el fallecido hubiera sido declarado incapaz por sentencia judicial, su capacidad se presume, en aplicación de lo dispuesto en el art. 199 CC, sin que se pueda apreciar vulneración alguna del mismo, puesto que, partiendo de un supuesto de hecho –la ausencia de incapacitación judicial– se llega a la consecuencia jurídica prevista en la norma; ni tampoco vulneración de lo dispuesto en el art. 200 CC, en el que se prevén cuáles son los requisitos para poder instar una incapacitación y que sólo se podría entender vulnerado si nos hallásemos ante un procedimiento judicial de incapacitación».

STS de 14 de febrero de 2006, núm. 145/2006, rec. 2694/1999: «el artículo 1.263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapa-

contra él en un proceso, lo que se ha tratado de evitar con la posibilidad de que el interesado promueva su propia incapacitación, el problema surge de una cierta tendencia de algunas sentencias a la falta de concreción²⁷. Por tanto, que haya órganos de guarda *ad hoc* para cada situación de dependencia, tras una futura reforma, no impide que si el grado de discernimiento del pupilo lo aconseja se proceda a la incapacitación; resolución judicial que es modificable tantas veces como varíe la situación del protegido.

Todas las anticipaciones a la situación de incapacidad o previsiones, reglas de disposición, de procedimiento y gestión para tales fines, incluidos los aspectos a los que se refiere el documento de instrucciones previas de la Ley 41/2002²⁸, y cualquier desenvolvimiento y refor-

citados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las de 18 de mayo de 1998 y 29 de marzo de 2004, éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción «*iuris tantum*» de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada –presunción que queda reforzada además por la intervención notarial– pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad».

Vid. DREYER, E., «La dignité des personnes âgées», *Droit et vieillissement de la personne*, vol.col. dir. par J.R. Binet, París, 2008, págs. 31 y ss.

²⁷ Por su parte AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP*, 2006, págs. 14 y 15, señala que lo que hay que plantearse es «el por qué no se adapta la institución de la incapacitación a las verdaderas reivindicaciones sentidas de la realidad... En muchos casos el comportamiento del legislador consiste en evitar afrontar directamente los problemas que plantea una institución y, en lugar de acometer su adecuada reforma tras un profundo estudio de las causas o motivos de su fracaso intentando solventarlos, procede a introducir una nueva figura ... en la que deposita todas sus esperanzas como alternativa a la que no ha funcionado adecuadamente. Con este tipo de actitudes suele el legislador pasar por alto que lo que no ha sido eficaz en un caso tampoco va a serlo en el otro, y el resultado final se traduce en la creación de nuevos inconvenientes en lugar de remediar los ya existentes».

²⁸ Sobre las relaciones entre el testamento biológico y las instituciones de guarda y protección vid. PERNAZZA, F., «Les relations juridiques à l'épreuve du vieillissement dans le système juridique italien», *Droit de vieillissement de la personne*, vol.col. dir. par

zamiento de la autonomía de la voluntad, no pueden suplantar ni sustituir la incapacidad, que no se presenta como una alternativa ni como la última solución, sino como una figura que ha de utilizarse cuando en el incapaz concurren los presupuestos para ello, aunque ya hubiera previsto su forma de protección, que el juez atenderá y validará en cuanto responda a las necesidades del incapacitado; ni la incapacidad por sí misma implica la anulación de las disposiciones previstas por el pupilo o por un tercero, bien por la vía del art. 227 C.c., 223 C.c., o por la vía de la constitución de un patrimonio protegido de la Ley 41/2003 o por cualquier otro medio^{29 30}.

J.R. Binet, París, 2008, págs. 229 y ss.; así mismo, WONG, C., *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, París, 2009, págs. 197 y ss.

²⁹ Un control que no se debilita sino que se explicita en la evolución legislativa, así en la Ley de 25 de marzo de 2009, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, en la Disposición adicional única, en cuyo primer apartado se expresa que «el Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho».

³⁰ La STS de 29 de abril de 2009, núm. 282/2009 Rec. 1259/2006, que transcribimos en parte por su interés, es especialmente explícita en el sentido que venimos defendiendo, acuerda el TS «desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó la demanda en la que se pedía la incapacidad de la madre, alegando que era incapaz para gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones, alternando periodos de lucidez con otros de desorientación. Señala la Sala que con el concepto de discapacidad se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un proceso en permanente evolución. El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del MF consiste en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York 2006, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacidad como medida de protección de las personas incapaces. La jurisprudencia y la doctrina afirman que la incapacidad sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección, por lo que esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, y el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, esto es, las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del CC, no existe una lista cerrada, a tenor de lo dispuesto en el actual art. 200 de este texto legal».

5. *Las alternativas a la institución del mandato y «el mandato de protección futura» del Derecho francés*

La Ley 41/2003 inicia, así mismo, los prolegómenos para el desenvolvimiento de la institución del mandato; la modificación que realiza

Se dio traslado al Ministerio fiscal del recurso de casación y del de infracción procesal, quien impugnó el único motivo del extraordinario por infracción y solicitó la estimación de los cuatro motivos admitidos del de casación. «En dicho escrito de 2 febrero 2009 señala que el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 CC son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 y publicada en el BOE el 21 abril 2008, que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 CC. Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que «todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna», obligándoles a prohibir «toda discriminación por motivos de discapacidad» y a garantizar a «todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo» (artículo. 5. 1 y 2). La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones. El artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que «la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales». Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, «la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces». La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones.

La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a «adoptar» una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar». «A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos. (...)».

esta Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad en materia de mandato tiene una importante incidencia en este marco de

A partir de lo dispuesto en el art. 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «(...) La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente «el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado», pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes: a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros. c) La obligación de actuar.

Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que «(...) La Convención propugna la sustitución del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» por el nuevo modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno». Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: «a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor. b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. (...)». Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito que se está resumiendo que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, «la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (art. 12. 5), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a «nuevas formas» nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse», de modo que «(...) Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de

asistencia, pero no precisamente positiva, a mi entender; esto puede verse con más claridad si analizamos el modelo francés, que está más explicitado por el legislador.

decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos», aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna».

Concluye el escrito del Fiscal proponiendo «una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: «La aplicación del art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de «capacidad de las personas», fundamentalmente en la incorporación del «modelo de apoyos», que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre», para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, «(...) la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar.

De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación».

«El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1º La Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el art. 1, pretende «promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad» de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención y a partir de la reforma del Código civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la ley

La Ley de 5 de marzo de 2007, núm. 2007-308 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, hace extensible el mandato de protec-

51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el art. 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley «reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención (...)».

2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacidad y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacidad a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) La incapacidad. b) La curatela. c) Las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003.

3º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

ción futura a todos y para todos lo actos³¹, favoreciendo la autonomía de la persona protegida: cualquier persona mayor o menor emancipa-

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse:

a) Una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica. b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el art. 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado art. 210 CC después de la reforma de 1983; también el art. 209 del Código de Familia de Cataluña (ley 9/1998, de 15 julio) excluye de la representación los actos «relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo» y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial», (asimismo STS de 14 julio 2004). b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes a aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas.

do, que no está bajo tutela, puede encargar a una o varias personas, mediante un mismo mandato, la representación para aquellos actos que no pueda realizar ella sola^{32 33}. De manera que no se recurre a una

La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección».

«De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5º de esta sentencia».

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

«La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento».

³¹ De hecho, se presenta como el mayor avance, exportado del sistema canadiense y en cierta medida del belga, vid. *entretien avec F. Fresnel*, en *Petites affiches*, núm. 32, 2007, pág. 3, bajo el título «l'avocat est le défenseur naturel de la personne vulnérable».

³² El mandato de protección futura puede confiarse desde la publicación de esta Ley, pero no es efectivo hasta la entrada en vigor, que lo hizo a fecha de 1 de enero de 2009.

³³ La persona bajo curatela no puede proceder a este mandato de protección futura más que con la asistencia de su curador.

medida de protección judicial si se celebra un mandato, general o especial, que otorga a un tercero la gestión de los intereses del mandante³⁴. Este tipo de mandato produce sus efectos cuando se establece que el mandante no puede ocuparse ya de sus intereses, como también durante el funcionamiento de la medida puede decidirse por parte de la misma autoridad judicial hacerlo complementario con otro medio de guarda y protección. El mandato no hace perder ni los derechos ni la capacidad del mandante, es una alternativa a la incapacitación.

Se prevé para aquellas personas en la imposibilidad de poder por sí mismas atender sus intereses, como establece el art. 425 C.c.: por alteración, médicamente constatada, sea de sus facultades mentales, de sus facultades corporales, que impidan la expresión de su voluntad, pues cualquiera de ellas puede beneficiarse de cualquiera de las medidas previstas en el sistema jurídico³⁵. Puede preverse por el mismo interesado o por los padres, no siendo objeto de una medida de curatela o tutela, en tal caso pueden designar uno o varios mandatarios encargados de representar a su hijo, lo que tendrá efecto cuando fallezcan o no puedan hacerse cargo de él (art. 477.3 C.c.)³⁶. Esta previsión no se concluye más que por acto notarial, en otro caso puede adoptar la forma notarial o hacerse por acto privado bajo firma privada. Y salvo que haya incompatibilidad, se aplicarán los artículos destinados a la regulación del mandato ordinario³⁷. Y por supuesto, cualquier persona interesada puede denunciar hechos que sean oportunos a los fines de contes-

³⁴ «El objetivo del legislador es también descargar a los tribunales de una parte de las protecciones», vid. FOSSIER, TH, en vol col. *Droit de famille*, Dalloz, París, 2007, pág. 1014.

³⁵ Por ello, se ha suprimido la curatela sobre el pródigo; sólo una alteración de las facultades mentales o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí misma justifican una medida de protección.

³⁶ Art. 477 C.c.: «*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 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.

³⁷ Las disposiciones especiales están contenidas en los arts. 477 a 494 del *Code civil*.

tar la apertura del mandato o sobre las condiciones y modalidades de su ejecución.

Para que comience a producir efecto el mandato el mandatario debe presentarse ante el *greffe* del tribunal de instancia del lugar de residencia del mandante, certificándose, para la entrada en vigor del mandato, la situación de alteración de las facultades mentales del mandante, certificado médico que emana de una lista de médicos establecida por el procurador de la república. El mandante no puede a partir de este momento modificar o revocar el mandato. Siendo así, sería aconsejable nombrar a otra persona que se encargue de vigilar las gestiones del mandatario.

El mandato se pone en funcionamiento sin control judicial, control que sí será posible posteriormente. El juez, en principio, no puede modificar el contenido del mandato o restringir las facultades del mandatario, en cuanto ha sido un acto dispuesto por el propio interesado³⁸, salvo actuaciones incorrectas o perjudiciales para el protegido. Por tanto, el juez no interviene, salvo que haya que dirimir algún conflicto o haya que autorizar algún acto que por sí solo no puede realizar el mandatario.

El mandato recae sobre la administración de los bienes, pero también se puede extender al cuidado de la persona, que se regula por la misma normativa de los efectos de la curatela y tutela³⁹. En los actos que impliquen un consentimiento personal no cabe asistencia o representación de la persona, entendiéndose por tales: el reconocimiento de un hijo, los actos de patria potestad relativos a la persona del hijo, la

³⁸ Art. 484 C.c.: «*Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en oeuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution*».

Art. 485 C.c. : «*Le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique dans les conditions et selon les modalités prévues aux sections 1 à 4 du présent chapitre. Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.*

Le mandataire de protection future et les personnes désignées par le juge sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre; ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent».

Art. 479.3 C.c. «*Le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution*».

³⁹ «*Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance*».

declaración de elección o de cambio de nombre del hijo y el consentimiento dado a su propia adopción o a la de su hijo (art. 458)⁴⁰. Teniendo en cuenta que existen otras cuestiones de naturaleza también personal, reconocidas en el art. 459.2 C.c., que son de decisión de la persona protegida: como la elección del lugar de su residencia o sus relaciones personales con las personas de su elección; mientras que el resto de cuestiones personales se resolverán en función del estado en el que se encuentre el incapaz, es decir, tomará sus propias decisiones en la medida que sus condiciones se lo permitan. Se regulan, así mismo, las condiciones para prestar consentimiento en el caso de contraer matrimonio, también es posible para él la conclusión de un pacto civil de solidaridad. Por lo que se refiere al derecho de voto, tampoco la constitución de la tutela implica por sí misma la pérdida del derecho de voto. Con ello se refuerzan los derechos del mayor protegido en el ámbito de su vida personal; la Ley reconoce y destaca la importancia de situar al mayor protegido en el centro de esta regulación⁴¹. Si éste no puede tomar una decisión clara el juez, o el consejo de familia, si se ha constituido, puede prever que se beneficie de la asistencia de la persona encargada de su protección; si esto no es suficiente puede, llegado el caso después de la apertura de una medida de tutela, autorizar al tutor a representar este interés. El mandatario, como cualquier otro órgano tutelar, puede actuar en casos de urgencia, pudiendo adoptar las medidas estrictamente necesarias para poner fin al riesgo existente, de lo que tendrá que informar al juez o al consejo de familia si se ha constituido. Así mismo, el legislador deja constancia, aunque no parecería muy necesario, de que la persona encargada de la protección del mayor, salvo urgencia, no puede tomar una decisión que tenga por efecto producir un grave atentado a la integridad corporal de la persona o a la intimidad de su vida privada.

En este contexto, debe preverse con detalle la forma en la que se inician los documentos de voluntad para el caso de muerte o los tratamientos terapéuticos. Se debería entender que quedan fuera de este mandato, para que puedan revocarse tanta veces como convenga al interesado.

⁴⁰ Una próxima reforma del derecho de guarda y protección en nuestro ordenamiento debe aclarar y delimitar con precisión las facultades de naturaleza estrictamente personal que sólo puede realizar el pupilo, sin perjuicio de que la sentencia de incapacidad pueda referirse a ello.

⁴¹ Que el art. 415 del C.c. justifica, como no podría ser de otro modo, instaurado en el respeto de las libertades individuales, de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona.

El mandato otorgado bajo forma notarial, en términos generales, incluye todos los actos patrimoniales que el tutor tiene el poder de cumplir solo o con una autorización; no puede realizar actos de disposición a título gratuito más que con la autorización del juez de tutelas. En el caso del mandato bajo firma privada, que ha sido fechado y firmado de mano del mandante, y es firmado también por un abogado o es establecido mediante un modelo definido oficialmente, se limita, en cuanto a la gestión patrimonial, a los actos que un tutor puede hacer sin autorización⁴².

Para actuar el mandatario frente a terceros hace saber que actúa en nombre y por cuenta del mandante.

Como cualquier gestor encargado de la administración o cualquier tutor, debe hacer un inventario de los bienes de los que asume la gestión; inventario que tendrá que irse actualizando, rindiendo anualmente cuentas de su administración⁴³, que podrá verificar la autoridad judicial. Por tanto, como el tutor, el mandatario debe comenzar en el ejercicio de su cargo haciendo un inventario de los bienes de la persona

⁴² Los actos de disposición que realice el mandatario respecto de los bienes de la persona protegida siguen un diferente régimen según el mandato se haya realizado bajo forma notarial o en documento privado, acto de disposición que en todo caso sólo podría realizar si no se hubiera prohibido su celebración en el mandato. Cuando el mandato se hubiera realizado en el segundo tipo de forma el mandatario sólo podría actuar con autorización del juez de tutelas, como para el caso de contratación de una garantía real, teniendo en cuenta, además, que el art. 426 del C.c. fija también una serie de limitaciones: «*Le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible. Le pouvoir d'administrer les biens mentionnés au premier alinéa ne permet que des conventions de jouissance précaire qui cessent, malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée dans son logement. S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens. L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 est requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement. Dans tous les cas, les souvenirs, les objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades sont gardés à la disposition de l'intéressé, le cas échéant par les soins de l'établissement dans lequel celui-ci est hébergé*». Lo que se completa con el art. 431 del C.c.: «*La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Le coût de ce certificat est fixé par décret en Conseil d'Etat*». Y el art. 431-1 C.c.: «*Pour l'application du dernier alinéa de l'article 426 et de l'article 431, le médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger*».

⁴³ La decidida voluntad de la reforma de 2007 para la protección personal del mayor protegido ha llevado a consagrar expresamente el deber que tiene cualquier cargo de naturaleza tutelar de informar al pupilo.

protegida, que será sucesivamente actualizado, (art. 486.1 C.c.), en principio de carácter notarial, si bien por excepción, cuando el patrimonio sea de escasa cuantía o representatividad puede hacerse con carácter privado. Así mismo, cada año el mandatario rinde cuentas de su actividad patrimonial, si bien el juez puede verificarlas en cualquier momento, según las modalidades previstas por el art. 511 del C.c. sobre el control de cuentas para la tutela (art. 486.2 C.c.), lo que se completa por el art. 494 *Code civil* sobre la conservación de los documentos contables⁴⁴.

Dado que la Ley de 2007 promueve la profesionalización en el ejercicio de estas funciones, el mandatario puede ser una persona física a elección del mandante o una persona jurídica de la lista de mandatarios judiciales para la protección de los mayores⁴⁵. Este mandatario durante su cargo debe tener capacidad y cumplir las condiciones previstas para los cargos tutelares, según el art. 395 y 445 últ. párr del C.c., y no puede durante su ejercicio descargarse de sus funciones más que con la autorización del juez de tutelas (art. 480 C.c.).

El mandatario tiene que tener las mismas cualidades previstas para los cargos tutelares, con el límite, como para el tutor o curador, del último párr. del art. 445 C.c., es decir, los miembros de profesiones médicas y de farmacia, así como los auxiliares médicos, no pueden ejercer un cargo tutelar o ejercer la curatela respecto de sus pacientes. Como el tutor, puede ayudarse de un auxiliar en sus funciones o hacerse sustituir por un tercero para las cuestiones patrimoniales. Así mismo, las causas

⁴⁴ «Pour l'application du dernier alinéa de l'article 486, le mandataire conserve l'inventaire des biens et ses actualisations, les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives ainsi que celles nécessaires à la continuation de celle-ci. Il est tenu de les présenter au juge des tutelles ou au procureur de la République dans les conditions prévues à l'article 416».

«Pour l'application du second alinéa de l'article 486, le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations. Le notaire saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandant» (art. 491 C.c.).

⁴⁵ Código de acción social y de las familias que precisa el contenido de las medidas de acompañamiento social personalizado (MASP), que consiste en ayudas a la gestión de las prestaciones sociales del mayor cuya salud o seguridad se arriesga por las dificultades que tiene para gestionar sus recursos. Se ha comprobado que estas medidas evitan en una cierta proporción la apertura de medidas judiciales. Como rige en este caso los mismos principios de subsidiariedad, tampoco se adoptarán este tipo de medidas si las reglas de los regímenes matrimoniales permiten una gestión satisfactoria de las prestaciones sociales del interesado.

de su finalización (art. 483 C.c.), ponen de relieve su compatibilidad con otros cargos tutelares⁴⁶.

Pero, como vemos, esto no responde al genuino mandato, sino a una figura más flexible que la de la tutela o curatela, y en la misma línea que éstas; que desempeña las funciones asignadas por el mandante, como también, de manera natural, aquellas que sean necesarias a sus intereses, a las que se pueden añadir aquellas que el juez determine, y por supuesto, las que sean necesarias para la correcta protección de la persona acogida a esta modalidad, como se puede autorizar a otra persona la realización concreta de actos específicos no asumidos por este mandatario. Por tanto, cuando se dice que sus reglas de funcionamiento son las del Derecho común del mandato con especialidades, éstas son tantas que exceden el marco peculiarmente constitutivo de la figura del mandato.

La diferencia entre el mandato y la tutela o curatela es que en este caso del mandato el mandante puede conservar su capacidad, pero opera en los mismos supuestos que el resto de cargos tutelares.

En la legislación francesa, como expresa el art. 477.1 C.c., se pueden nombrar varios mandatarios, pero sólo cabe un único mandato de protección futura, para evitar problemas de incompatibilidad, salvo que por referirse a modalidades diversas puedan aunarse, complementarse y armonizarse y entenderse formando una única voluntad, se entiende; o salvo que esté dispuesto de tal modo que cada una de las previsiones puedan hacerse valer sucesivamente, excepto que haya de entenderse que prevalece la última⁴⁷.

⁴⁶ Art. 483 C.c.: «*Le mandat mis à exécution prend fin par: 1° Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, dans les formes prévues à l'article 481; 2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure; 3° Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture; 4° Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice*».

⁴⁷ Refiriéndose a la autotutela VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *La Ley*, núm. 5961, 2004, pág. 2, se cuestiona «si cabe que la persona incapacitada parcialmente y a quien la sentencia de incapacitación no haya modificado la capacidad de obrar sobre su persona puede designarse tutor para el supuesto de una incapacitación total. Entiendo que si la sentencia de incapacitación no a privado de es ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle la legitimación para disponer».

En el caso de que se hubieran designado varios mandatarios habrá que precisar y determinar las funciones de cada uno de ellos, a semejanza de lo previsto por el art. 236 y 237 del C.c. español; delimitando, así mismo sobre qué tipo de bienes recae.

Sería importante, a efectos de una información general y protección de terceros, un sistema de publicidad de mandatos de protección futura que la ley francesa no ha previsto. Fomentar la información y mejorar la coordinación en relación a las figuras de guarda y protección ha sido el objetivo de nuestra Ley de 25 de marzo de 2009⁴⁸.

La defensa de este sistema de publicidad no puede considerarse carente de fundamento por el hecho de que la persona no es incapacitada o porque el propio mandatario declara, en el momento de contratar con terceros, que lo hace en nombre y por cuenta de su mandante persona protegida por este mandato, porque no se trata de un mandato ordinario.

El mandatario ejecuta personalmente el mandato, como expresa el art. 482 C.c., pero cabe delegación de sus facultades en un tercero, si bien sólo respecto de las cuestiones patrimoniales, y solamente a título especial, refiriéndose a actos muy determinados, no para las personales en todo caso. El mandatario responde de la persona por la que se ha hecho sustituir en las condiciones del art. 1994.

Como el resto de órganos de guarda y cualquier cargo tutelar es responsable del daño causado por negligencia en el ejercicio de sus funciones (arts. 421 y 422 C.c.). El mandatario judicial está obligado a contratar un seguro profesional. El mandatario de protección futura está comprometido en las condiciones previstas en art. 1992 C.c., pero son determinables en función de si su cargo lo ejerce a título gratuito o no⁴⁹.

Vid. en el Derecho francés más ampliamente MASSIP, J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, París, 2009, págs. 456 y 457.

⁴⁸ Se añade un nuevo artículo 46 ter a la Ley del Registro civil con la siguiente redacción: «en todo caso el notario autorizante notificará al Registro civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

⁴⁹ Art. 421 C.c.: «*Tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Toutefois, sauf cas de curatelle renforcée, le curateur et le subrogé curateur n'engagent leur responsabilité, du fait des actes accomplis avec leur assistance, qu'en cas de dol ou de faute lourde*».

Art. 422 C.c.: «*Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal d'instance ou le greffier, l'action en responsabilité diligentée par la personne protégée ou ayant été protégée ou par ses héritiers est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire*».

Cuando la persona protegida recobra sus facultades y el mandatario no responde ya a sus intereses el mandato de protección pierde su razón de ser y se extingue automáticamente, con las formalidades prescritas por el art. 481 C.c.; a parte de extinguirse por las causas mencionadas en el art. 483 C.c. El juez puede también decretar la finalización del mandato cuando las reglas generales del contrato del mandato sean suficientes para responder a las necesidades de la persona o sea adecuado con la aplicación de las reglas del Derecho matrimonial o se pueda proveer a sus intereses por su cónyuge, en virtud de los deberes y derechos entre los esposos, como también el juez puede igualmente suspender los efectos del mandato⁵⁰.

Art. 423 C.c.: *L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la fin de la mesure de protection alors même que la gestion aurait continué au-delà. Toutefois, lorsque la curatelle a cessé par l'ouverture d'une mesure de tutelle, le délai ne court qu'à compter de l'expiration de cette dernière*».

Art. 424 C.c.: *«Le mandataire de protection future engage sa responsabilité pour l'exercice de son mandat dans les conditions prévues à l'article 1992».*

⁵⁰ Puede verse todo ello con detalle en COUZIGOU-SUHAS, N./LE LEVIER, Y., «Interrogations au sujet du mandat de protection future», JCP, 2006, núm. 15-16 ; MALAURIE, PH., «Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs», *Repertoire du Notariat*, Defrénois 2007, art. 38510, spéc. pág. 20 et «La réforme de la protection juridique des majeurs», Defrénois 2007, art. 38569; DELFOSSE, A./BAILLON-WIRTZ, N., «Le mandat de protection future», JCP éd. N 2007, 1140; FOSSIER, T., «La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007», JCP éd. N. 2007, 1128; «Le mandat de protection future sous seing privé deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs», *Dr. Famille*, núm. 1, janvier 2008, étude 2; HÉBERT, S., «Le mandat de prévention: un nouvelle forme juridique?», *Dalloz*, 2008, 307; JAMIN, C., «Mandat de protection future et contreseing de l'avocat, une préfiguration de l'acte sous signature juridique?», *D.2007*, pág.104; KLEIN, J., «Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle», *Dr. Famille*, núm. 5, mai 2007, étude 21; MALLET, E., «Mandat notarié de protection future «pour soi même», formule», JCP éd. N 2007, 1218; PELLIER, J.D., «Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs», *Petites affiches*, núm. 83, 2007; NOGUÉRO, D., «Interrogations au sujet du mandat de protection future», *D. 2006*, Chron., pág. 1133; PELLIER, J.D., «Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007», *LPA* du 25 avril 2007, núm. 83, pág. 4; PLAZY, J.M., «Le mandat de protection future», JCP éd. N 2004, 1275; PERREAU-BILLARD, F., «Le majeur á protéger et le mandat de protection future (loi du 5 mars 2007)», *AJ famille*, 2007, pág. 213; POTENTIER, P.H., «Le domaine du mandat de protection future», JCP éd. N 2007, 1262; MASSIP, J., «Le mandat de protection future», *LPA*, 2008, núm. 129; RENAULT-BRAHINSKY, C., *Droit des personnes et de la famille*, Gualino, París, 2008, págs. 183 y ss. ; SAUVAGE, F., «Brèves observations sur la promotion du mandat de protection future et la lutte contre les mariages de complaisance», *Revue Lamy Droit civil*, núm. 46, 2008, págs. 23 y ss.; Vol. col. sous la dir. de Th. Fossier, *Curatelle, tutelle, accompagnements*, Litec, París, 2009.

A la vista de todo ello, queda claro que la figura del «mandato de protección futura» está incluida dentro de la misma filosofía que el resto de cargos tutelados y fuera de la institución del mandato propiamente dicho, lo que corrobora el mismo hecho de que se le aplican las disposiciones generales de la tutela y de la curatela; de que está sometida a unas formas especiales a diferencia del mandato ordinario⁵¹; así mismo, una vez que ha comenzado a aplicarse, el mandante no puede revocarlo; además, el hecho de que la apertura de cualquier régimen de protección requiere que la persona no pueda desenvolverse o autogobernarse por sí misma y, en consecuencia, es una causa de extinción de este mandato la recuperación de las facultades mentales y personales del mandante, con lo cual, y a diferencia de la propia esencia del mandato, como cualquier otro cargo tutelar, cesa cuando han desaparecido las causas de su existencia⁵².

En el Derecho francés si la persona protegida necesita una guarda o ayuda temporal o que se la represente en actos jurídicos muy determinados le está reservada la figura de la salvaguarda de justicia^{53 54}, pre-

⁵¹ La sentencia de 26 de junio de 2007, CA Montpellier, 2º Ch. A., 26 de junio de 2007, Jurisdata núm. 2007-342052, ilustra sobre las dificultades que tiene la jurisprudencia para conciliar las reglas del Derecho común del mandato con las que aseguran la protección jurídica de los mayores. Vid. ARBELLOT, F., en comentario en *SJ*, ed. Notariale et immobilier, núm. 13, 28 de marzo de 2008, págs. 31 y ss.

⁵² WONG, C., *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, París, 2009, pág. 161, expresa que «se trata en consecuencia de una tutela (y no de una curatela) organizada por adelantado por el mismo mayor, que no pasa por la justicia».

⁵³ Art. 436 C.c.: «*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. En l'absence de mandat, les règles de la gestion d'affaires sont applicables. Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde.*».

Art. 433 C.c.: «*Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés. Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance. Par dérogation à l'article 432, le juge peut, en cas d'urgence, statuer sans avoir procédé à l'audition de la personne. En ce cas, il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté.*».

⁵⁴ Se prevé un plazo de un año para esta media de guarda, prorrogado sólo por una sola vez, (art. 439 C.c.) y en virtud del art. 441 C.c. para la tutela y la curatela no puede fijarse un plazo mayor de cinco años, prorrogable por otros cinco, que puede extenderse

vista para aquellas personas afectadas por una alteración temporal de sus facultades mentales, o cuando un enfermo es ingresado en un establecimiento psiquiátrico; constitución que puede tener lugar por declaración simplemente médica, o declarado por la autoridad judicial, como paso previo hasta la constitución de una tutela o curatela. Si no puede actuar por sí misma y necesita ser representada de manera continua se constituye el régimen de tutela⁵⁵ y de curatela⁵⁶ cuando, necesitando igualmente estar asistida de manera continua, lo está sin la im-

a un plazo mayor si se comprueba que la alteración de sus capacidades mentales no mejorarían en el plazo contemplado por la ley (art. 442 C.c.); con lo cual, siguiendo las normas internacionales, las medidas tienen una duración determinada, obligando a adoptar revisiones periódicas. Lo que no quita que el juez puede modificar la medida en cualquier momento o sustituirla por otra. Estas revisiones cada cinco años respecto de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de esta ley se aplicarán a partir del año 2014.

⁵⁵ Tutela bastante reformada por esta Ley de 2007 a la que nos venimos refiriendo, puesto que se han suprimido la tutela de *gérance* y la tutela por el Estado, cuyos supuestos se confían ahora a los nuevos mandatarios judiciales: mandatario judicial para la protección de los mayores (MJPM); toda tutela podrá funcionar con un consejo de familia y con un protutor o con un protutor (*subrogé tuteur*). Así, la tutela puede estar formada sólo por el tutor, o puede haberse nombrado tutor, protutor y consejo de familia, o tutor y protutor. Incluso se habla de un *subrogé mandatarario*, que se encargaría igualmente de controlar o fiscalizar la labor gestora del mandatario.

Puede nombrarse un tutor *ad hoc* o un curador *ad hoc* en ausencia del *subrogé tuteur* o *subrogé curateur*. Art. 455 C.c.: «*En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur ad hoc. Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office*».

Art. 440.3 C.c.: «*La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante. La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle. La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante*».

Art. 473 C.c.: «*Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur*».

Art. 474 C.c.: «*La personne en tutelle est représentée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine dans les conditions et selon les modalités prévues au titre XII*».

⁵⁶ Que no se constituye más que si la salvaguarda de justicia no asegura la protección de los intereses de la persona a proteger.

sibilidad absoluta de actuar por sí misma^{57 58}. Lo que resulta un tanto incoherente es la forma de estar concebido el denominado mandato de protección futura⁵⁹; su especialidad se halla en el hecho de haberse previsto por el propio interesado o por sus padres, como ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la guarda y protección; aplicación, por tanto, de la contractualización en el ámbito del Derecho de familia⁶⁰; es decir, no representa una graduación dentro de los diferentes grados de capacidad que toman en cuenta la tutela, la curatela y la salvaguardia de justicia⁶¹, sino que evita constituir una medida judicial para la incapacidad, organizando anticipadamente su protección⁶². Permite la organización convencional de un régimen de protección, dando un poder de representación a un futuro mandatario; el mandante delimita, por ello, los actos para los cuales él da un poder de actuación. Puede también nombrarse un mandatario especial, para la realización de un acto determinado, ampliando las posibilidades del juez para adaptar mejor la situación del protegido, otra prueba de la finalidad de la ley por promover la individualización de las medidas de protección^{63 64}. En ausencia de mandato pueden aplicarse las normas de la gestión de negocios (art. 436.2 del *Code civil*).

⁵⁷ El nuevo art. 472 C.c. regula la curatela reforzada. Prueba del propósito de individualización de las medidas de guarda y protección. «*Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains. Sans préjudice des dispositions de l'article 459-2, le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée. La curatelle renforcée est soumise aux dispositions des articles 503 et 510 à 515*».

⁵⁸ El juez también podrá nombrar un *subrogé* curador para fiscalizar los actos del curador o actuar para el caso de conflicto de intereses con el mayor protegido. E igualmente se suprime, como para la tutela, la curatela de *gérance* y la curatela de Estado, funciones confiadas ahora a los nuevos mandatarios judiciales.

⁵⁹ Vid. los aspectos críticos que comenta MALAURIE, PH., «La réforme de la protection juridique des majeurs», *Petites affiches*, núm. 63, 2007, págs. 5 y ss.

⁶⁰ Si bien el propio interesado, como sus padres, pueden designar la persona del tutor o curador.

⁶¹ No obstante, la institución de salvaguarda de justicia es compatible con el nombramiento por el protegido por esta medida de un mandatario (art. 436.1 C.c.).

⁶² La aplicación del principio de subsidiariedad se expresa en el art.428 C.c.y en el art. 440 C.c.

⁶³ Art. 438 C.c. : «*Le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463*».

⁶⁴ La Ley francesa de 2007 completa la protección de las personas vulnerables distinguiendo entre medidas de protección judicial y convencional y medidas de acompañamiento social, que no implican, estas últimas, la incapacidad de la persona que se beneficia de ellas.

Por tanto, para no desnaturalizar la institución del mandato en parte habría bastado con ampliar las causas para la constitución de la salvaguarda de justicia e incluir algunos de los supuestos bajo los que se encuadra el mandato de protección futura dentro de ella. No en balde el art. 488 del *Code civil* aproxima el régimen de la salvaguarda de justicia al del mandato, donde el legislador ofrece al mandante la misma protección que al mayor bajo aquella institución; lo que le facilita a la jurisprudencia su tarea, siguiendo en esta materia el mismo sistema⁶⁵. Por su parte, expresa Fossier, «el modelo evoca los actos que un tutor puede hacer sin autorización». Así mismo, «su denominación es extraña, porque el mandato toma esta denominación durante el tiempo en el que la protección se ejecuta»^{66 67}.

En cualquier caso, en este sistema, el juez, en definitiva, tiene una potestad de adaptabilidad de todas las figuras a las necesidades del protegido, hasta el punto de que en el régimen de la tutela puede determinar, en alguna ocasión, que se proceda a una mera asistencia (art. 473.2 del *Code civil*) y en el régimen de la curatela puede declarar que se utilice el régimen de la representación (art. 469.2 *Code civil*), o que el curador realice él sólo actos que en principio debería realizar el propio pupilo con asistencia, para aquellos supuestos en que la actuación del pupilo pone en riesgo su propio patrimonio. Es decir, que si lo que se trata con esta figura del mandato es de alejar o presentarla como una

⁶⁵ Recordemos que para el mayor bajo mandato de protección futura la protección convencional no produce la incapacidad, que se tiene concebida como una representación contractual, conservando el mandante sus derechos una vez haya comenzado a producir sus efectos el mandato, estando previsto que sus actos puedan rescindirse a petición del mandante o de sus herederos por lesión o reducción por exceso, como si hubiera estado bajo una salvaguarda de justicia (vid. arts. 488 y 414-1 del C.c.).

⁶⁶ FOSSIER, T., «Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs», *Droit de la famille*, enero, 2008, pág. 10.

⁶⁷ Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS, E., «Del mandato ordinario al mandato de protección», *RJN*, 2004, núm. 49, expresa «me mostraría partidaria de considerar el mandato de protección como un contrato en todo caso, y no como una institución tutelar, aunque participe de la misma finalidad que ésta le sean aplicables sus propios principios. Lo cual implica moverse siempre en el ámbito de la representación voluntaria y no legal... eso tampoco convertiría en legal una representación que tiene origen voluntario y cuyo contenido viene fijado por la partes» (pág. 42). «El mandato, que puede ser medida de tránsito hacia la incapacidad, debería sobre todo poder evitarla» (pág. 53). «La incapacidad responde a una lógica de tipo patrimonial que prevalece sobre el elemento personal cuando, en realidad, debería atenderse más a proteger la persona y su dignidad. En suma, agrava la situación de marginación social en la que se encuentra el sujeto no plenamente capaz para valerse por sí mismo» (pág. 53).

alternativa a la formalidad de la incapacitación o de las decisiones judiciales, o como un régimen de protección privado, antes o después esta misma institución se puede acabar judicializando; pero esta judicialización debería estar presente desde el principio; para empezar hay que determinar que el mandante se encuentra en situación de incapacidad, y las previsiones médicas a este respecto, sin ningún tipo de desconfianza en esta fase, en mi opinión, no resultan suficientes. Y si hay una homologación del contrato por el juez el sistema no es muy diverso de lo ya previsto o de la llamada incapacitación, porque para llegar a esta certeza deberá llevar a cabo las mismas comprobaciones que se realizan para la determinación judicial de la incapacidad. Y esto implica de alguna manera que el juez modalice las instrucciones dadas por el mandante si a la vista de las circunstancias concretas ello es lo más adecuado para el interés del protegido. La finalidad siempre es la misma: mantener la máxima autonomía de la persona afectada, reduciendo lo menos posible su capacidad de obrar, y esta garantía se consigue con la asistencia judicial.

En definitiva, esta figura del mandato se aleja de los códigos civiles. El mandato no está pensado para esto; el mandato no es una media de protección en este sentido. El planteamiento del legislador español, como el del Derecho francés, genera un grave riesgo; utilizan incorrectamente el contrato de mandato para solucionar tales problemas, que encontrarían un fácil acomodo con una reforma en sede Derecho de la persona o en el Derecho de la familia a través de una nueva figura tutelar y de un nuevo régimen que cubra especialmente las situaciones intermedias. Hay en aquellos planteamientos una obsesión por privatizarlo todo, pero no se puede dejar en manos privadas algo que tiene que estar controlado por organismos públicos, y para cumplir esto no serviría con un control *a posteriori*, sino con una fiscalización en las diversas fases de su proceso. Se necesita una reforma que, pudiendo prever la posibilidad de nombrar a un representante o a la persona encargada del organismo nuevo que se diseñe, sea controlado inmediatamente. Un mandato que no se puede revocar por el mismo que lo ha previsto una vez haya comenzado a producir sus efectos se manifiesta como un exceso.

Hay que alejar el mandato de estas figuras de protección. Si el problema al que tenemos que atender o revisar, con arreglo a los principios constitucionales, son las situaciones intermedias, son los diversos estados de incapacidad natural que producen una alteración estable o inestable de la percepción de la realidad (alzheimer, demencia senil, drogas, alcohol, crisis) hay que acudir a nuevas figuras, a la creación de

una institución *ad hoc* o dando nuevas funciones al mismo defensor judicial; pero fuera del mandato.

III. LA PLASMACIÓN EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL DEL TRATAMIENTO DE LA INCAPACIDAD O DE LA PROTECCIÓN DE MAYORES VULNERABLES Y DE LAS DIVERSAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

La normativa contractual debe integrar, dentro del consentimiento, el régimen específico de la capacidad; dicha regulación debe plasmar la concepción del sistema de guarda y protección de menores e incapaces. Centrándonos en este último, la variabilidad de condiciones integrantes de las dependencias e incapacidades obliga a contemplar un cierto casuismo en función de los diversos grados de idoneidad para prestar consentimiento en orden a la determinación de la validez o invalidez de los contratos y sus consecuencias. En definitiva, haciendo un instrumento de racionalización del tráfico jurídico y de seguridad de los intercambios, de manera que para ser eficiente el sistema tiene que ser completo.

El Derecho francés ha realizado recientemente este ejercicio, en sus diversos proyectos se ha ocupado de esta labor de conjunto o coherencia del sistema y, como se podría decir de nuestro mismo ordenamiento, el proyecto Catalá comienza advirtiendo que las disposiciones relativas al consentimiento en vigor en el Código civil «sólo dan cuenta de una manera imperfecta e incompleta». Se silencia –añade en su ámbito– «el proceso de expresión y de encuentro de las voluntades, ocultando así la dificultad específica de la ausencia total de consentimiento». Por otro lado, continúa, la teoría clásica de los vicios del consentimiento debe adaptarse a la influencia de los debates doctrinales surgidos desde finales del s. XIX y las construcciones jurisprudenciales han tenido la oportunidad de testimoniar un mayor perfeccionamiento técnico, por estas razones la redacción de una nueva sección del Código civil que tenga que tratar sobre el consentimiento necesita colmar estas lagunas, redactando nuevas disposiciones relativas a la existencia y a la integridad del consentimiento. Así, ante «la situación de una persona jurídicamente capaz que sufre una alteración de sus facultades mentales y no se encuentra en estado para emitir un verdadero consentimiento el contrato no puede entonces formarse válidamente a falta de una voluntad real en el origen de la declaración de voluntad», por ello «se pretende generalizar a todos los actos jurídicos una solución enun-

ciada en el art. 901 del C.c. para las liberalidades que figura ya en el art.489 del C.c. en las disposiciones relativas a los mayores»⁶⁸. Así, se propone como redacción que «para hacer una convención válida es necesario estar sano de espíritu. Quien solicita la nulidad es al que corresponde probar la existencia de una perturbación mental en el momento del acto» (art. 1109), «la ausencia de consentimiento tacha la convención de nulidad relativa» (art. 1109.2), precisando el art. 1117.1 que son incapaces para contratar, en la medida definida por la Ley: los menores no emancipados y los mayores protegidos en el sentido del art. 490 del Cc.. «La persona protegida por una incapacidad de ejercicio puede, sin embargo, actuando sola, cumplir los actos necesarios para la conservación de sus derechos, los actos especificados por la ley así como los actos corrientes autorizados por el uso. Puede también, si goza de un discernimiento suficiente, celebrar las convenciones relativas a su persona y a la de sus hijos... Sin embargo, las consecuencias patrimoniales de estas convenciones relevan del régimen de protección aplicable a la parte protegida» (art. 1117.2).

Si bien, tales disposiciones no resuelven la falta de integridad del problema. Esta generalidad es más previsora, en todo caso, que el tenor de nuestro art. 1263 C.c. Lógicamente hace falta una previsión para las incapacidades y para las situaciones degenerativas de capacidad, contemplando las respectivas consecuencias de la celebración de los contratos y de los actos realizados.

El Derecho francés tiene en cuenta estas consideraciones también dentro de la regulación del mandato de protección futura. Un médico certifica qué actos puede o no realizar el mandante, pero como esto no le incapacita podría realizarlos, así el mandato de protección futura organiza un régimen de representación para el protegido sin afectar a su capacidad de obrar, conservando todos sus derechos; un régimen no exento de ciertas contradicciones. Estableciéndose que pueden ser rescindidos por simple lesión o reducidos en caso de exceso, lo mismo que podrían ser anulados en virtud del art. 414-1 C.c. Los tribunales tomarán particularmente en consideración la utilidad o inutilidad de la operación, la importancia o la consistencia del patrimonio de la persona protegida y la buena o mala fe de la persona con la que se ha contratado. La acción no corresponde más que a la persona protegida y después de su muerte a sus herederos. Prescribe en el plazo de 5 años, pre-

⁶⁸ LEQUETTE, Y., LOISEAU, G., SERINET, Y.M., «Validez del contrato-consentimiento», en El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de prescripción, (Estudio preliminar y traducción), *ADC*, 2007.

visto por el art. 1304 (art. 488 C.c.). Por tanto, está previsto, con carácter general, que el acto que realizara la persona incapaz, *majeurs protégés par la loi*, sea anulado sobre la base del art. 414-1 del C.c., siempre que el interesado o sus herederos prueben la existencia de la falta de lucidez en el momento de realizarlo⁶⁹, y en caso de mandato de protección, en virtud del art. 488 C.c., esto se puede sustituir por la rescisión por simple lesión o reducidos por exceso en función de las circunstancias. Así, se cree reconocer una disponibilidad contractual o de actuación mayor a favor del incapaz, en cuanto que los actos realizados por él después de haberse constituido el régimen de protección no son declarados automáticamente nulos⁷⁰. «Los actos realizados por el mayor que se beneficia del mandato no pueden anularse en la medida que él conserva su plena capacidad y puede en principio celebrar los actos que entran en el ámbito del mandato, salvo hipótesis de insanidad de espíritu», art. 414-1 C.c.

El proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y contratos del Grupo del Prof. Terré⁷¹ también se hace consciente de la necesidad de ocuparse de la cuestión, tratando, en los contratos, la capacidad como condición de validez del contrato, declarándose que toda persona puede contratar si no es incapaz por ley, y son incapaces de contratar los menores no emancipados y los mayores protegidos. Si se habla de mayores protegidos algunos autores entienden poderse prescindir de la noción de incapacidad⁷². Como destaca Batteur, a propósito de la nueva Ley 2007, «los textos no consideran ya a los incapaces mayores, sino los mayores que son objeto de una protección jurídica»⁷³.

⁶⁹ Art. 414-2 C.c. : «*De son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé. Après sa mort, les actes faits par lui, autres que la donation entre vifs et le testament, ne peuvent être attaqués par ses héritiers, pour insanité d'esprit, que dans les cas suivants: 1° Si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental; 2° S'il a été fait alors que l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice; 3° Si une action a été introduite avant son décès aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle ou si effet a été donné au mandat de protection future. L'action en nullité s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304.*».

⁷⁰ Vid. sobre ello FORGEARD, M.C. y LEVILLAIN, N., «Mandat de protection future et pratique notariale», *Deffrénois*, núm. 5, 2008, pág. 549.

⁷¹ Vid. en *Un réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Paris, Dalloz, 2009.

⁷² Circunstancia a la que también se refiere LEROYER, A.M., en *Une réforme du droit des contrats*, sous la dir. de F. Terré, Paris, Dalloz, 2009, págs. 177 y ss.

⁷³ «Continuando con la Ley de 1968, las nuevas disposiciones suprimen las palabras de connotación peyorativa, tales como enajenados o incapaces, en beneficio de otras expresiones juzgadas más respetuosas como las de personas mayores o personas protegidas», BATTEUR, A., *Droit de personnes des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 2009, pág. 451.

En la propuesta de modernización de nuestro Código civil en materia de obligaciones y contratos, hecha por la Comisión General de Codificación, en los artículos referentes a la nulidad y anulabilidad, se contempla que «los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad de obrar necesaria podrán ser anulados por sus representantes legales, por aquéllos a quienes les corresponda prestar su asistencia o por ellas mismas cuando adquieran dicha capacidad o por sus herederos. Asimismo, podrán ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carezcan de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias (art. 1297). Si bien, el art. 1304 de dicho texto sigue contemplando para el cómputo de la acción de anulabilidad a los menores y a los incapacitados, «sin perjuicio de la legitimación que se concede en el art. 1297 ... a sus representantes legales y a quienes corresponda prestar su asistencia», un cómputo que se hará «desde que adquieran o recuperen la capacidad necesaria, y en su defecto desde su muerte».

En mi opinión, las reformas deberían pasar por una ampliación del contexto del art. 1263 C.c., de los que no pueden prestar consentimiento válido, teniendo en cuenta además de los menores no emancipados y los incapacitados a los incapaces o, si se quiere suprimir esta expresión, las personas mayores vulnerables o con dependencia, la de quienes en el momento de emitir el consentimiento no se halle en plenas facultades mentales. Por lo que se refiere a nuestro tema, las consecuencias deberían ser diversas en función del grado de consciencia con el que se emita la voluntad. Si la característica general es una voluntad viciada no parece que puedan ser las mismas las implicaciones en cada caso, habrá que valorar según el concreto grado de discapacidad; por tanto, la consecuencia no tiene por qué ser siempre la anulabilidad, porque a veces la situación puede ser más grave que un simple vicio de consentimiento. Cuya prueba correspondería a la persona que invoque la invalidez⁷⁴. La

⁷⁴ Vid. en Francia las diversas corrientes doctrinales en torno a si este tipo de actos deberían ser tratados como una nulidad absoluta o relativa, en MASSIP, J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, París, 2009, pág. 175.

En la ed. de 1977, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, t.I, Bosch, Barcelona, pág. 277, expresaba que nuestra terminología sobre nulidad de los contratos era «desconsoladamente imprecisa». Aclaraba, así mismo, que «el mecanismo de la impugnación voluntaria por el interesado es el adecuado cuando la norma infringida tendía a su protección, es decir, a la protección de un interés privado individualizado; mientras que la nulidad de pleno derecho es más propia de las infracciones de normas de orden público o de interés colectivo. Aunque este criterio del interés protegido (público o privado), de difícil manejo, sólo sirve como mera aproximación».

regulación actual del código contempla una previsión monolítica, rígida, además de deslavazada, reconduciendo cualquier supuesto, es decir, cualquier negocio contractual que celebrara un incapaz a la categoría de la invalidez, en concreto bajo la figura de la anulabilidad⁷⁵ ⁷⁶. Ló-

⁷⁵ El inconveniente de la anulabilidad es, por otro lado, que limita el ejercicio de la acción y la legitimación, y limita el tiempo para su impugnación.

⁷⁶ Este es también el régimen previsto en el Derecho italiano, vid. GIARDINA, F., en *Diritto civile, Le fonti e i soggetti*, dir. da N. Lipari e P. Rescigno, Giuffrè ed., Milano, 2009, págs. 285, 286, 309 a 313; TORRENTE, A.-SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè, ed., Milano, 2009, págs. 112 y ss.

En la jurisprudencia italiana puede verse así: *Cass. Civ. sez., II, 16 de enero de 2007, n. 856, «Ai fini della sussistenza della incapacità di intendere e di volere, costituente causa di annullamento del negozio, non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente. Lo stato di incapacità di intendere e di volere del soggetto che abbia stipulato un contratto, del quale si chiede l'annullamento ai sensi dell'art. 428 c.c. –inoltre– è una condizione personale dell'individuo, che solo quando assume connotazioni eclatanti può essere provata in modo diretto, mentre il più delle volte va accertata in base a indizi e presunzioni che, anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità. (Nella specie, in applicazione del riferito principio la Suprema Corte ha cassato, per difetto di motivazione, la pronuncia del giudice del merito che aveva escluso l'incapacità della parte ancorché la stessa, anziana e ricoverata in un ospedale, da un lato, si approvvigionava di farmaci all'esterno, facendone abuso senza il controllo dei medici e, dall'altro, aveva fatto insistente richiesta perché il prezzo della vendita, pari a lire 160 milioni di lire le fosse versato in contanti con banconote da 100 mila lire cadauna)».*

Cass. Civ. 24 de junio de 2009, sez II, n. 14781, Red. Giust. Civ. Mass. 2009, 6, «L'azione di annullamento delle dimissioni, in quanto rese in stato di transitoria incapacità di intendere e di volere, è subordinata alla sussistenza del requisito del grave pregiudizio per il lavoratore, così como previsto dall'art. 428, comma 1, c.c. applicabile agli atti unilaterali, e non anche alla sussistenza dell'ulteriore requisito della malafede del datore di lavoro, richiesto dall'art. 428, comma 2, c.c., per l'annullamento dei contratti».

Cass. Civ. 9 de agosto de 2007, n. 17583, Giust. Civ., Mass. 2007, 9, «Ai fini dell'annullamento del contratto concluso da un soggetto in stato d'incapacità naturale, è sufficiente la mala fede dell'altro contraente, senza che sia richiesto un grave pregiudizio per l'incapace; laddove, in concreto, tale pregiudizio si sia verificato, esso tuttavia ben può costituire un sintomo rivelatore di detta mala fede (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che ha ritenuto a maggior ragione provata la mala fede dell'acquirente, dal momento que era stato accertato, mediante consulenza tecnica psiquiátrica, espletata nel giudizio relativo all'interdizione dell'alienante, il suo estado de grave enfermedad psíquica irreversible da etilismo crónico)».

De igual modo, en cuanto a los requisitos, *Cass. Civ. 2 de julio de 2005, n. 1261, giuris. locale, Modena, 2008, trib. Modena, sez. II, «In tema de contratos, ai fini dell'annullamento del negozio per incapacità natural e norma dell'art. 428 c.c. non è necessaria l'incapacità total e assoluta del sujeto, ma è suficiente que le sue facultades intelectivas o volitivas resultino disminuidas de modo da impedir e od ostacolar una seria valoración del acto e la formación de una voluntad cosciente. Tuttavia la prova dell'incapacità natural e deve essere particularmente rigorosa, comportando la stessa un giudizio sullo estado de la persona, non essendo suficiente una generica constatación de una anomalía psíquica».*

Cass. Civ. Sez. II, 28 de marzo de 2002, n. 4539, giur. civi. Mass. 2002, 542, Riv. Notariato, 2002, 1005, «Al fine dell'invalidità del negozio per incapacità natural e non è necessaria la

gicamente, el carácter anulable del acto tiene consecuencias muy distintas en lo referente a la legitimación para invocarlo, la confirmación del acto o la duración de la acción. Si el acto lo realizara un incapaz cuyo grado de discernimiento fuera nulo o muy escaso, la consecuencia debería ser, en principio, la de la nulidad, teniendo en cuenta el peso del elemento viciado, que llega a ser como si no se hubiera prestado tal consentimiento, equivalente a su inexistencia, por falta de consciencia o conocimiento (art. 1261 del C.c.); y así, aunque el acto no perjudicara sus intereses patrimoniales, se produce un perjuicio claro a la otra parte contratante, que no podrá ver satisfechas determinadas expectativas contractuales que dependan de la actuación de la persona incapaz. En efecto, las diferencias entre la nulidad y la anulabilidad no se encuentran sólo en el modo de funcionamiento, sino también en sus causas⁷⁷. Cuando dice el Código civil, en el art. 1302, que los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, no podrán fundar su acción en estos vicios del contrato está respondiendo a razones de pura justicia, como, así mismo, a no ir en contra de los actos propios; pero cuando dice que las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron no en todo en caso se responde a la misma razón; dada la diversidad de casos con los que nos podemos encontrar es posible que, pese a no te-

prova che il soggetto, nel momento del compimento dell'atto, versava in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le facoltà psichiche, essendo sufficiente accertare che tali facoltà erano perturbate al punto da impedire al soggetto una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, e quindi il formarsi di una volontà cosciente. La prova dell'incapacità naturale può essere data con ogni mezzo o in base a indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità, e il giudice è libero di utilizzare, ai fini del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un giudizio intercorso tra le stesse parti o tra altre. L'apprezzamento di tale prova costituisce giudizio riservato al giudice di merito che sfugge al sindacato di legittimità se sorretto da congrue argomentazioni, esenti da vizi logici e da errori di diritto».

⁷⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. Delgado Echeverría, Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 77, «se nos antoja incoherente que las clases de invalidez (nulidad y anulabilidad) se diferencien por su *modus operandi* y no por sus causas, aunque éstas no sean ajenas a aquél». «Las diversas causas deben determinar diversos regímenes. Ahora bien, ¿es rechazable que, dentro de lo que hemos llamado invalidez, el legislador construya dos (o más) mecanismos para suprimir la eficacia, con cierta independencia de sus causas? Desde luego, eso parece ser lo que ha sucedido, pero creo que lo deseable, como luego veremos, es clasificar con arreglo a las causas y que éstas determinen los (posibles) diversos mecanismos, pero no con arreglo a criterios esencialistas u organicistas, sino a criterios verdaderamente jurídicos, como podría ser el del interés protegido por la norma, cuando, ante una determinada causa... la ley establezca la invalidez del negocio».

ner uno de los contratos una capacidad de razonamiento idóneo, debido a una enfermedad psíquica, no sea apreciable externamente en el sujeto su falta casi total de entendimiento, con lo que no se podrá exigir al otro contratante que no utilice o que no alegue la incapacidad de aquél con quien contrató, por esta razón el art. 1302 C.c. no está contemplando aquellos supuestos de falta de uno de los requisitos esenciales prescritos por el art. 1261 del C.c. Por tanto, no deben tratarse necesariamente como casos de anulabilidad, aunque exista proximidad con otros que están tratados como tal, o que no pueda el otro contratante ejercer la acción⁷⁸. Sin embargo, en el supuesto de persona apreciable claramente con deficiente capacidad o incapacitado, en cuyo caso la resolución judicial es publicada en diversos registros, no puede alegarse ser desconocida la situación. Pero la respuesta en estos casos de incapacitación de una persona cuya enfermedad no es apreciable y reconocible su enfermedad, a pesar de la dicción del art. 1302 C.c., tendría que tener un diverso tratamiento si en función de la trascendencia del negocio jurídico fuera exigible prudencialmente conocer el contenido del Registro.

Por otro lado, si a efectos de prueba, cada uno de los supuestos pueden ser, en principio, distintos según que medie sentencia de incapacitación o no, porque en caso de declaración judicial de incapacidad, con constitución de una tutela, la falta de suficiente consciencia se deriva ya de la propia resolución, la eficacia, sin embargo, puede ser la misma respecto de supuestos diversos por su origen y características, porque los actos efectuados con total falta de voluntad tienen que tener las mismas consecuencias, la carencia de aptitud necesaria para que haya un verdadero acto determinará la nulidad, porque falta un requisito esencial, el del consentimiento, y esto haya sentencia de incapacitación o se trate de un incapaz sin declaración judicial de incapacitación. En la incapacitación la falta de capacidad está calificada en su extensión y en intensidad, con lo que en principio las consecuencias en relación con los actos o contratos realizados por el incapaz están determinados en coherencia con el tipo de guarda que se ha dispuesto, aunque en cada caso podrían demostrarse otras consecuencias que hubiera de calificarlas bajo otra categoría jurídica, dada la concreta capacidad con la que se actuó, por ejemplo en virtud de un intervalo lúcido, a lo que una futura reforma debe prestar atención, es decir, prestar atención a la diversidad

⁷⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. Delgado Echeverría, Aranzadi, Madrid, 2007, pág. 73.

de situaciones intermedias que pueden surgir. Con lo cual, entiendo, que el alcance de un acto no viene derivado necesariamente de la sentencia de incapacitación, y que no hay diferencia entre la concreta calificación de invalidez de los actos en función de que haya mediado o no sentencia de incapacitación, por lo que debería procederse a una reforma del art. 1302 del C.c., pero sí hay diferencias en función del grado de consciencia o del tipo de consentimiento que se puede prestar y de las circunstancias en las que se efectúe⁷⁹.

Descendiendo en el tipo de eficacia, si la persona bajo protección realizara ella sola, por sí misma, un acto para el cual necesita de asistencia, no hay una falta total de consciencia, hay una cierta restricción de capacidad, por lo que podría considerarse anulable, o la prestación posterior de la autorización de la persona que debía asistirle podría constituir el supuesto de un contrato o de un negocio incompleto y, por tanto, en formación.

El Derecho francés prevé que si el mayor efectúa solo un acto para el que debe ser representado por su tutor el acto será nulo de pleno derecho, sin que sea necesario justificar el perjuicio. Si necesitaba la asistencia del órgano de guarda la nulidad no podrá ser solicitada más que si el mayor protegido ha sufrido un perjuicio⁸⁰.

⁷⁹ Con lo que la eficacia del Registro Civil sería una eficacia meramente negativa.

⁸⁰ Art. 465 C.c.: «A compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes: 1° Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué; 2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice; 3° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice; 4° Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice. Le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes prévus aux 1°, 2° et 3°. Dans tous les cas, l'action s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304. Pendant ce délai et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte prévu au 4° peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué». Art. 466 C.c. «Les articles 464 et 465 ne font pas obstacle à l'application des articles 414-1 et 414-2».

Art. 464.4 C.c.: «Les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de

El art. 464 C.c. francés regula, así mismo, un periodo sospechoso: los actos celebrados dos años antes de la apertura de una medida de guarda y protección, con normas comunes en este sentido para la tutela y la curatela, podrán ser reducidos, incluso anulados, si le producen un perjuicio al mayor protegido; se entiende que el perjuicio debe interpretarse en sentido amplio. La articulación de esas dos acciones de reducción y de nulidad deja un poco perpleja a la doctrina, porque si se solicita la reducción es porque el acto ha causado un perjuicio sobre la persona protegida, «qué significa, entonces, la exigencia de un daño para poder ejercer la acción de nulidad»⁸¹. Por otro lado, la existencia de un mandato de protección futura no se beneficia de este periodo que fija el art. 464 C.c., cuando la causa de incapacidad del mandante puede ser la misma que la de una persona protegida por la institución de la tutela; y así mismo, tampoco del art. 465 C.c., prevista la nulidad, sin necesidad de justificar un perjuicio, respecto de una persona que, actuando sola, debería ser representada, es decir, pudiéndose entender que ha sido incapacitada y no conserva sus derechos.

También está previsto que si el curador no quiere asistir al mayor protegido, porque considera el acto perjudicial para los intereses del curatelado, éste puede pedir la intervención de la autoridad judicial, art. 469.3 C.c.; y si el curador aprecia que el pupilo compromete gravemente sus intereses lo debe poner en conocimiento del juez, pudiéndole éste permitirle que ese acto concreto lo realice el curador por sí solo, e igualmente pueda, dadas las condiciones del incapaz, modificar el régimen de guarda y protección y constituir una tutela.

En la medida de salvaguarda de justicia, como no se trata de una medida de incapacidad, el sujeto continua conservando sus derechos, pudiendo gestionar su patrimonio, estando protegido si los contratos que él concluye le resultan perjudiciales. Según el art. 435 del *Code civil* el mayor bajo salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos, pero los actos concluidos son susceptibles de anulación por «insanidad de espíritu» en el momento de realizar el acto, conforme al derecho común; la prueba está facilitado por el hecho de estar bajo esta fi-

l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés. Ces actes peuvent, dans les mêmes conditions, être annulés s'il est justifié d'un préjudice subi par la personne protégée. Par dérogation à l'article 2252, l'action doit être introduite dans les cinq ans de la date du jugement d'ouverture de la mesure».

⁸¹ Se pregunta VINCENT, H., *Majeurs protégés*, Dossier pratique F. Lefevre, París, 2008, pág. 29, núm. 175.

gura. La lesión revela, dice Massip, un vicio del consentimiento⁸². También puede rescindirse por lesión o reducirse en caso de exceso, ésta se define como «una acción de nulidad parcial, cuyo objeto es dejar el compromiso a una media razonable disminuyéndolo». Pero si el bien es indivisible no debe operar la reducción sino la anulación⁸³. Para ello, el juez toma en consideración el patrimonio del mayor protegido, la buena o mala fe de la persona que ha celebrado el negocio con el mayor protegido, la utilidad o no de la operación celebrada, con especial atención a este último elemento citado. En cuanto a la lesión, «todo acto, ya sea de administración o de disposición, puede ser sancionado en consecuencia sin que la exigencia de un *quantum* particular limite la acción. Conviene destacar, sin embargo, que en la práctica la lesión debe tener una cierta importancia para ser tenida en cuenta. Un débil diferencia de valor entre las prestaciones recíprocas de las partes no sería, en efecto, suficiente»⁸⁴. La acción por exceso se distingue «por el hecho de que, habiéndose pagado el precio justo, no existe ningún desequilibrio entre las prestaciones, y sanciona, en efecto, un gasto inútil o desproporcionado a las necesidades y a los recursos de la persona protegida... Si el bien es indivisible en este caso la acción de reducción equivale a pronunciar la nulidad total del acto excesivo»⁸⁵.

En definitiva, si el problema al que tenemos que atender o revisar, con arreglo a los principios constitucionales, son los diversos estados de incapacidad natural que producen una alteración estable o inestable de la percepción de la realidad hay que atribuirles también el tipo de invalidez que generarían sus actos. Es imprescindible, por tanto, la regulación de los diversos tipos de enfermedades estables sin incapacitación y en caso de debilidad mental estable pero no grave, atribuyendo a los actos realizados un tipo determinado de invalidez, no solamente de ineficacia, sino de invalidez, lo que exige una reforma del título correspondiente a la validez de los negocios. Y las consecuencias podrían especificarse contemplándolas en función de las circunstancias concretas del grado de consciencia con el que se ha podido prestar el consentimiento en la forma que hemos expresado.

⁸² MASSIP, J., *Les incapacités, Étude théorique et pratique*, préx. págs. 401 y ss.; vid. también del mismo autor *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, París, 2009, págs. 172 y ss. sobre el concepto de «insanidad de espíritu».

⁸³ VINCENT, H., *Majeurs protégés*, Dossier pratique F. Lefevre, París, 2008, pág. 29, núm. 175.

⁸⁴ DELEFOSSE, A., BAILLON-WIRTZ, N., *La réforme du droit des majeurs protégés*, Litec, París, 2009, pág. 48.

⁸⁵ *Ib.* pág. 49.

IV. RECAPITULANDO

En los debates hace tiempo suscitados sobre una imprescindible modificación del Derecho de obligaciones y contratos, así como respecto de algunos proyectos de reforma, se echa en falta una mayor presencia del tratamiento de la incapacidad, es decir, de las relaciones entre la incapacidad y el Derecho contractual. Decididos a revisar esta disciplina del Derecho de contratos correspondería comprender en ella una regulación más integral y actual de las incapacidades o, dicho con otra terminología, de las medidas de protección de las personas desprovistas parcial o totalmente de autonomía, de las personas necesitadas de protección o personas mayores vulnerables. En todo caso, la regulación requiere de una adecuada coherencia sistemática. Esta coherencia parte de una decisión sobre la respectiva ubicación sistemática de la incapacidad y de las consideraciones sobre el modo de contextualizar cada una de sus situaciones jurídicas, así como de los fundamentos de la más moderna evolución sobre las formas de los órganos de guarda y protección.

En este último sentido, ni la última reforma representada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ni la reciente Ley de 25 de marzo de 2009, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, abarcan los diversos aspectos a considerar en el régimen de la incapacidad. Se hace preciso volver sobre el análisis de la teoría de la incapacitación, dejando claro el papel y la función de protección que significa la resolución judicial de incapacidad, frente a las nuevas tendencias de inactuación de la norma; es necesario concienciar mejor sobre el papel de la autoridad judicial en estos procesos; es esencial modernizar todo el aspecto patrimonial de las instituciones tutelares, donde se constata la necesidad de privatización y la importancia de la profesionalización de los órganos de gestión, la Ley 41/2003 es muy poco decidida en este aspecto; pasando a la regulación de los diversos órganos de guarda y protección, habría que cubrir las importantes lagunas que el régimen aun continua arrastrando, en aspectos incluso muy básicos; teniendo en cuenta que el principal problema al que tenemos que atender, con arreglo a los principios constitucionales, son las situaciones intermedias de protección; por tanto, una futura reforma en

esta materia debe, pues, incorporar una buena respuesta técnica a los supuestos de pérdida gradual de incapacidad y a las diferentes formas de incapacidad. Para estos supuestos hay que acudir a nuevas figuras de guarda y asistencia y en este punto la normativa, en mi opinión, debe alejarse de la figura del mandato, es decir, habría que dar un giro respecto de lo que ha pretendido la Ley 41/2003.

Estas situaciones intermedias, estos diversos estados de incapacidad natural que producen una alteración estable o inestable de la realidad, deben tener su tratamiento correlativo en el Derecho contractual. Es imprescindible, por tanto, en toda su extensión ocuparse de la regulación de los diversos tipos de enfermedades estables sin incapacitación y en caso de deficiencia psíquica estable pero no grave, atribuyendo a los actos realizados un tipo determinado de invalidez, o calibrando el tipo de invalidez que generarían sus actos, lo que exige una reforma del título relativo a la validez de los contratos. En consecuencia, una reforma del Derecho de obligaciones y contratos debe atribuir el correspondiente y específico régimen a los actos o negocios realizados en función de la idoneidad del consentimiento que se pueda prestar. De manera, que una futura reforma del Derecho de obligaciones y contratos debería comenzar por plantearse una alteración de su contenido desde el art. 1263 del C.c., que debe ser ampliado, junto a la necesidad de revisión de los correlativos arts. 1290 a 1314 del C.c.