

¿UN MANDATO TUTELAR?

José LEÓN-CASTRO ALONSO*

La Ley 41/2003, del 18 noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, aunque sin género de dudas bienintencionadamente, ha venido a ensombrecer el panorama, ya insuficiente y oscuro, que sobre la protección de las personas con discapacidad, o incapacitadas, existía en el ordenamiento jurídico español. Dicta el nuevo artículo 223, 2o. CC, que “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Coherente y acorde con ello, el párrafo primero del artículo 234, CC ha pasado a tener la siguiente redacción: “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1o. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”.

Por su parte, el artículo 1732 establece:

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

Con tal dualidad de normas, parece permitirse a una persona no sólo designar a quien se ha de encargar de su guarda y cuidado para el momento en que su incapacitación sea declarada y ordenar las formas de ejercicio y control de esa guarda (autotutela), sino también encargar de forma plenamente libre y autónoma que sus decisiones sean tomadas por un ter-

* Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla, España.

cero ampliamente facultado en previsión de que a la vista de una incapacidad más o menos acusada, la misma no haya sido aún judicialmente declarada.

Determinación y funcionamiento de su situación tutelar, por tanto, como previsiones de futuro y siempre y cuando sus disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables, así como con el contenido de la sentencia de incapacitación en su caso. Pero, advertimos, estos nombramientos, o exclusiones, podrían ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse ésta se ha producido una modificación sobrevenida de las causas que motivaron la designación.

Tratando de cohesionar las dos aludidas normas, es claro que la ley ha introducido una doble vía para un mismo fin: autorregular la propia incapacidad. El todavía capaz puede nombrar tutor para cuando deje de serlo, designación que habrá de respetar el juez como la persona prioritaria en el orden de nombramientos; pero también podrá otorgar un mandato, a igual efecto, con lo que se estará creando un híbrido con normativa de contrato y espíritu de institución tutelar. Ello es lo que explica el título del presente trabajo, tal vez de forma más descriptiva que rigurosa: el mandato tutelar.

Sin embargo, aunque la filosofía de las dos figuras pudiera asimilarse, ambas desarrollan funciones completamente distintas, o mejor dicho, despliegan sus efectos en ámbitos diversos. En este sentido, con el otorgamiento del documento de autotutela el sujeto pretende organizar su incapacitación incidiendo en la ordenación de la institución de guarda que vaya a ser constituida judicialmente; mientras que con la celebración de un mandato con vigencia para después de la incapacitación, el mandante lo que pretende es confiar a su representante la gestión de todos o algunos de sus asuntos para el supuesto de producirse aquélla.

Por otra parte, asimismo, podría apreciarse una diferencia sustancial entre ambas figuras en cuanto al instante en que el control se realiza, toda vez que en el caso del tutor éste tiene lugar desde la misma constitución de la tutela, mientras que en el caso del mandatario habrá de ser posterior, con lo que evidentemente la actuación gestora se agiliza notablemente. Y ello es lógico si se piensa que el apoderado comienza su función representativa el mandante se advierte limitado o incapaz, de donde que ¿cómo puede entenderse esa voluntad de menor entidad que la incapacitación misma cuando, al fin y al cabo, ésta no es más que una cons-

tatación, casi el efecto se diría, y por tanto de menor incidencia que el hecho causal? Cuando el juez se pronuncie, el mandatario ha podido hacer ya mucho a favor del futuro incapaz.

No obstante, en principio, nada debería obstaculizar la coexistencia de ambos instrumentos, si bien no será fácil que la situación se produzca en la práctica, si pensamos que en el fondo no estamos sino ante una opción personal. El problema se planteará, por tanto, cuando se haya designado mandatario, pero no tutor, supuesto que propiciará la intervención judicial y el eventual decaimiento del primero. Con ello, se adivina fácilmente que el verdadero debate se está produciendo en el ámbito del permanente conflicto que parece existir entre el principio de la autonomía de la voluntad y la tendencia hiperjudicializante que se ha instalado en nuestro orden social y jurídico, tributaria del orden público. La reconciliación de tales ideas sólo será posible sobre la base de la revisión de esta última.

Si no es sobre ese prisma, con el consiguiente deterioro de la sustancia individual afirmada en una voluntad libre, no se me antoja clara la línea seguida por el legislador, y ello porque: si se eligió un representante convencional se estará obviando la autodelación de la tutela, toda vez que habrá sido la confianza en el apoderado para que actúe en nuestra esfera personal y patrimonial cuando ya nosotros no podemos hacerlo, el único motor del mandante, y siendo clara e inequívoca su voluntad e intención, ¿por qué podrá el juez nombrar tutor y resolver la relación creada?; es decir, ¿por qué el juez debe respetar una decisión personal constitutiva de la tutela y no ha de hacerlo cuando la opción ha sido la del mandato, pero la voluntad inequívocamente la misma?

Y es que la incidencia en el campo de la autonomía de la voluntad de la antes aludida idea del orden público, para instituciones tutelares, aconseja hoy quizá más que nunca des-sacralizar la intervención estatal en aquellos aspectos que afectan directamente a la esfera e intereses más íntimos y próximos de las personas. Aún conviniendo en una cierta presencia pública como mecanismo de control, creo que un individuo en pleno uso de sus facultades y como ser humano libre debe tener derecho a organizar las diferentes etapas de su vida, y disponer acerca de su persona y bienes para cuando no pueda autodeterminarse por razones de discapacidad o de incapacidad. Seguramente por ello cada vez se matiza más sobre los márgenes y los límites de la autonomía de la voluntad no faltando quiénes incluso aboguen por el retorno a un sistema de tutela

familiar relegando la intervención judicial a una mera fiscalización a través de la rendición de cuentas periódica.

El derecho alemán, y a su imagen el suizo, regula la figura del *Ber-treuer* como curador asistente del mayor de edad que le designó antes de no poder valerse, designación que vinculará al juez a menos que lo estime perjudicial para su interés. También la Ley 11/1996, del 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, del 30 de diciembre, de la tutela e Instituciones tutelares, del Parlamento de Cataluña, se pronuncia de forma precisa y contundente relegando la función del juez al control y supervisión de dichas disposiciones y dando prioridad absoluta a la voluntad del sujeto. El legislador nacional de manera bastante más tímida dispone que no queda alterada “la facultad genérica reconocida al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado, pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación”.

En efecto, parece incuestionable que en el plano de una incapacidad natural no declarada, la solución más lógica nos incline por la validez de lo actuado por el apoderado, con entera independencia de que la misma le haya sido o no conocida (recurso analógico ex artículo 1738, CC) y a salvo siempre la tradicional idea de la *utiliter gestio* siempre presente en toda gestión representativa. Sin entrar aquí, por la obvia limitación de espacio y tiempo de este trabajo, en la diferencia entre representación, mandato y poder, va de suyo que si el objeto contemplado en la relación subyacente de la que el poder trae causa fue precisamente la eventualidad de una pérdida de capacidad del poderdante, la solución deberá ser la contraria.

Es cierto que el poder es independiente de la relación que lo origina, pero no lo es menos que no es absolutamente abstracto en el sentido de que no será inusual que el poderdante considere oportuno reflejar como nexo o conexión causal y base fundamental para su otorgamiento la especial relación confianza que le une a la persona facultada para decidir por él en el caso de que su capacidad comience a verse deteriorada, o limitada, o falte. Ciertamente, se estaría asistiendo a la creación de una especie de *tertium genus*, en cuanto participativo tanto del origen voluntario de la representación como de la función tuitiva que a la misma se está dotando por parte del representado mismo como medida cautelar y al menos durante la fase previa a la incapacitación judicial, supliéndose de esta forma la previsión contenida en el artículo 299 bis, CC.

Centrándonos ya en la reforma del mandato, el artículo 1732, CC, recoge dos supuestos distintos, ambos de ultravalidez aún en el supuesto de incapacitación del mandante. El primero de ellos se refiere al supuesto de celebración del contrato con la cláusula *ab initio* de que el mismo continúe y el mandatario siga en sus funciones, aunque se produjera aquella. Se estaría aquí ante lo que llamaríamos vertiente preventiva del mandato, en la que la previsión del propio mandante habrá operado la perpetuación de la gestión representativa del mandatario; la validez de aquel y, por tanto, de las actuaciones que realice éste será indiscutible hasta el momento en que se produzca la sentencia firme de incapacitación, momento a partir del cual, y pese al espíritu último de la norma, su continuidad quedará a expensas de que en su resolución el juez aprecie la utilidad e interés para el incapaz y su compatibilidad con la institución de guarda que se determine en la sentencia de incapacitación, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al respecto.

Por su parte, en la segunda hipótesis se otorga el mandato precisamente como el instrumento querido por el aún capaz para suplir su limitación o su falta de capacidad dando, pues, a su encargo un alcance verdaderamente ofensivo en orden a la actuación de sus intereses. De capital importancia habrán de resultar en ésta ocasión los términos previstos en el encargo, pudiendo ocurrir que el propio mandante haya dispuesto el momento en que los efectos deben comenzar a desplegarse, bien el modo en que su limitación o incapacidad debe ser apreciada, a constatar por el propio apoderado, o a través de un dictamen médico, o bien cuando resulte judicialmente declarado incapaz. Y aún podría ocurrir que habiéndose previsto la eficacia del mandato para cuando el mandante fuera declarado incapaz, podría suceder que si tal circunstancia no llega a producirse la gestión del mandatario no tenga lugar (al modo de una condición suspensiva), debiendo entonces el juez, atendiendo al interés del incapacitado, y ahora sí con toda lógica, acordar la extinción de dicho contrato. Sea cual sea la previsión del mandante, en ambos casos deberá constar expresa y claramente en el documento en que se otorgue, conforme dispone la propia norma.

Problema distinto y naturalmente no previsto en la norma es que el mandato se otorgue con el más amplio espectro representativo y, quizás a fin de evitar la incapacitación de una persona que debiera estarlo, permitiéndose al mandatario así apoderado gestionar no ya sólo sus asuntos económicos, sino también todo lo relativo a la persona, con la única res-

ponsabilidad del 229, CC, pero sin quedar sometido a ninguno de los controles propios de las instituciones de guarda. El mandatario se convertiría así en guardador de hecho del presunto incapaz con la consiguiente aplicación de la normativa reguladora de esta figura (artículos 303 y 304, CC). Y es claro que si lo actuado por el guardador, que igual que el gestor de negocios no ostenta una representación directa del incapaz, es válido, no se ve por qué no habrían de serlo los actos del apoderado investido de concretas facultades de representación.

Incluso en última instancia, creo que siempre podría acordarse que el mandatario continuara con las gestiones iniciadas y a su término rindiera las debidas cuentas, incluso al tutor en su caso, máxime si por la naturaleza del asunto éste desaconsejara su demora; e igualmente, podrá admitirse la vigencia del mandato cuando lo encargado sea la realización de alguna gestión concreta que deba ser ultimada, tal vez en interés de tercero, concluyendo el contrato de mandato sólo al término de la misma (ambas manifestaciones no son sino consecuencia de una interpretación amplia y sistemática de los artículos 1718, 2o., y 1720, CC). Asimismo, lo realizado por el mandatario sin conocer la incapacitación del mandante será válido y surtirá todos sus efectos respecto a terceros que hubieran actuado de buena fe (artículo 1738, CC).

Recapitulando acerca de lo que desde el principio se viene sosteniendo, habida cuenta del fundamento de libertad y confianza que habitualmente preside la voluntad de quien ordena su propia discapacidad ya sea a través de instrumentos tutelares ya cuasi tutelares, resultaría más que lógico pensar que puedan coincidir la persona apoderada y la designada por el aún capaz como futuro tutor. Ahí radicaría la opción y el verdadero *quid* de la cuestión. Porque por otra parte, del mismo modo que el juez podrá, —y hago hincapié en el carácter meramente facultativo de la decisión—, dictar la extinción del mandato al constituirse la tutela o a instancias del tutor, si éste no ha sido personalmente designado por el interesado y el cargo ha correspondido a alguna de las personas que enumera el artículo 234, CC, el mandato no debiera decaer pues la función tutelar vendría legítimamente modulada por la voluntad del interesado. Piénsese que, además, de este modo estaríamos evitando posibles captaciones de la voluntad del incapaz merced a la revocación instada por terceras personas, aún legalmente facultadas, de un instrumento personal en aras de otro extraño y judicializado.

En resumidas cuentas, creo sinceramente que el espíritu y hasta la letra de la ley posibilitan una amplia presencia de la autonomía de voluntad en supuestos genéricamente entendibles como cuasitutelares, pues, a diferencia de la regulación y constitución del patrimonio especialmente protegido, que contempla una situación de discapacidad actual, la autodelación de la tutela o autotutela es una previsión de futuro en la que, hoy, una persona con plena capacidad dispone sobre una posible etapa de su existencia, precisamente aquella en la que ha perdido su “libertad”. Y sin duda que una de las más grandes manifestaciones de la libertad de una persona es prever y controlar la pérdida de la misma.

Se ha denunciado, y muy acertadamente, que el proceso de incapacitación debe dejar de ser inquisitivo, puesto que a menudo ello hace que se trate de eludir la incapacitación para evitar una aún mayor “judicialización” de la vida familiar que, habremos de comprender, se manifieste moralmente poco entusiasta de iniciar un procedimiento de incapacitación contra uno de sus miembros. Menos rotundo, sin descartarlo no obstante, debo mostrarme acerca de la urgente necesidad de volver a una tutela familiar. En todo caso, convendría significar, salvo matices, la vinculación del juez respecto de las disposiciones adoptadas por el propio incapaz, a no ser que exista una apreciable alteración de las circunstancias que las haga de todo punto improcedentes o desaconsejables.

Estos mandatos, o poderes, sólo podrán ser otorgados mediante escritura pública como forma “ad solemnitatem” a fin de asegurar la fehaciencia, certeza de la fecha, perdurabilidad del instrumento y la seguridad jurídica. Asimismo, clave será la creación de un sistema bien operativo de registros públicos para el control de los documentos otorgados.

Con relación a la duración de estos apoderamientos, parece conveniente que se establezca sin perjuicio de que el interesado pueda fijar un plazo más corto, un periodo máximo de vigencia. La necesidad de la renovación del poder transcurrido un lapso de tiempo permitiría ir comprobando, a través del control notarial en sus otorgamientos, si el interesado sigue siendo capaz, y, por tanto, la medida cautelar puede continuar vigente, o si, por el contrario, es ya incapaz y se precisa recurrir a la vía judicial.

En último extremo, interesa reiterar y hacer hincapié, aún conscientes de la distancia que todavía resta para abandonar el plano conjetural o de *lege ferenda*, en que el otorgamiento y la finalidad de esta clase de apoderamientos debería ser siempre viable aun sin existir una regulación legal expresa que los contemple.