

# El Mandato en previsión de su propia eventual incapacidad

POR LOUIS JAIQUES STEENACKERS

## INDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES
2. DEFINICION
3. FORMAS
4. FORMALIDADES
  - 4.1 Mandato en escritura pública
  - 4.2 Mandato delante testigos en documento privado
  - 4.3 Contenido del mandato
5. EL MANDANTE
  - 5.1 Actos previos a la homologación
  - 5.2 Actos posteriores a la homologación
  - 5.3 Obligaciones del mandante en relación con respecto al mandatario
  - 5.4 Obligaciones del mandante en relación con terceros
  - 5.5 Responsabilidad del mandante en caso de falta del mandatario
    - 5.5.1 Falta del mandatario dentro de los límites del mandato
    - 5.5.2 Falta del mandatario que se extralimita
6. EL MANDATARIO
  - 6.1 El mandatario para el cuidado de la persona o del patrimonio, o de la persona y el patrimonio
  - 6.2 Mandatario suplente o sustituto
  - 6.3 Buena práctica notarial
  - 6.4 Capacidad del mandatario

- 
- 6.4.1 Mandatario persona jurídica
  - 6.4.2 Mandatario persona física
  - 6.5 Aceptación del mandato por parte del mandatario
  - 6.6 Obligaciones del mandatario
    - 6.6.1 Con respecto del mandante
  - 6.7 Remuneración del mandatario
  - 6.8 Control sobre el mandatario
    - 6.8.1 Curador público
    - 6.8.2 Terceros
  - 6.9 Revocación y renuncia por parte del mandatario
    - 6.9.1 Anterior a la homologación
    - 6.9.2 Posterior a la homologación
  - 6.10 Poderes del mandatario sobre el patrimonio del mandante
    - 6.10.1 Poder de administración
    - 6.11 Poderes en cuanto a la protección de la persona
      - 6.11.1 Protección de la persona del mandante
      - 6.11.2 Alojamiento del mandante
      - 6.11.3 Acceso a los expedientes médicos del mandante
7. REGISTRO DE MANDATOS EN CASO DE INCAPACIDAD
- 7.1 Registro del Colegio de Notarios en Québec
  - 7.2 Registro del Colegio de Abogados
8. HOMOLOGACION
- 8.1 Petición
  - 8.2 Documentos
  - 8.3 Interrogatorio
  - 8.4 Testigos
  - 8.5 Plazos
  - 8.6 Juicio
  - 8.7 Futuro
9. CONCLUSION
10. ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL DE QUEBEC

---

## **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

El mandato en previsión de la propia y eventual incapacidad, fue introducido en el derecho de Quebec el 15 de abril de 1990, (L.Q. 1989, C. 54)

Desde esta fecha el colegio de notarios de la provincia de Quebec ha registrado mas de 450 000 mandatos en previsión de la propia y eventual incapacidad.

## **2. DEFINICION**

El código civil de Quebec define su artículo 2130 el mandato como sigue:

El mandato es un contrato por el cual, una persona, el mandante, da poder a otra persona, el mandatario, para que lo represente en el cumplimiento de los actos jurídicos frente a un tercero, su aceptación le obliga a ejecutar el mandato.

En cuanto al mandato en previsión de la propia eventual incapacidad, el artículo 2131 establece lo siguiente:

El mandato puede también tener como objeto los actos destinados a asegurar, en previsión de la ineptitud del mandante para cuidar de sí mismo o de la administración de sus bienes , la protección de su persona, la administración total o parcial de su patrimonio y en general su bienestar moral y material.

Según Claude Fabien, decano de la facultad de derecho de la Universidad de Montreal, dicho mandato tiene carácter jurídico híbrido. Es contrato y sistema de protección a la vez. Del contrato tiene las características de la concurrencia de voluntades de las partes y de los terceros.

Del sistema de protección tiene el formalismo, la posibilidad de recurrir al control judicial y de los mecanismos de intervención de terceros mientras dure, para asegurar su buen funcionamiento o su cese.

---

Según expertos hubiera sido mejor colocar dicho mandato en el Código civil bajo el capítulo de los sistemas de protección, lo que haría su interpretación más fácil.

Si la persona no ha otorgado este tipo de mandato de protección, en caso de incapacidad, deberá acudir a un sistema de protección según lo previsto en el capítulo tercero del Código civil De los sistemas de protección del mayor . En éste, la persona incapaz no tiene el derecho a escoger el mismo su mandatario.

### **3. FORMAS**

El artículo 2166 C.C.Q. establece que hay dos formas de establecer el sistema de protección, la escritura pública o el documentos privado, delante de dos testigos sin interés en el acto, que deben dar testimonio de la finalidad del mismo, aunque no de su contenido. Además los testigos tienen que constatar la capacidad del mandante.

### **4. FORMALIDADES**

El mandato es un contrato formal y tiene que respetar las reglas para poder ser homologado.

Las formalidades son de orden público y tiene que dejarse constancia de que en el momento de otorgar el mandato, el mandante es capaz. Hasta el momento en que se produzca la incapacidad, el mandato no producirá sus efectos y el mandante no podrá ratificar su voluntad. Al mandante no le deben quedar dudas de que el mandato ha sido conferido para ser ejercido a partir de un momento en el que él no podrá vigilar su ejecución.

#### **4.1 MANDATO EN ESCRITURA PUBLICA**

La única formalidad es que la escritura pública tiene que ser otorgada según el artículo 2166 C.C.Q.

#### **4.2 MANDATO DELANTE TESTIGOS EN DOCUMENTO PRIVADO**

Tiene que ser redacto en documento privado escrito por el mandante o por un tercero. La palabra tercero no está bien definida y puede

---

referirse a los formularios pre-impresos o a los elaborados por un jurista.

El mandante no tiene que divulgar el contenido del mandato a los testigos. Pero es obligatorio decirles que son testigos de un mandato para el caso de la propia incapacidad. Eso es importante puesto que aquéllos tiene que verificar si el mandante tiene la capacidad para firmar tal documento.

Los testigos no pueden tener interés en el acto. Si un testigo es mandatario o mandatario subrogado el acto es nulo.

Los testigos tienen que comprobar la capacidad del mandante. Si tienen dudas, será útil obtener la opinión del médico de cabecera.

Será buena práctica mencionar en el acto, que las formalidades han sido satisfechas afín de facilitar su homologación por el Juez.

#### ***4.3 CONTENIDO DEL MANDATO***

El artículo 2135 estipula que el mandato puede ser especial o general para todos los asuntos del mandante.

El mandato concebido en términos generales da poder realizar actos de simple administración.

El mandato tiene que ser específico si se otorgan otros poderes que los de simple administración, pero en el caso del mandato en previsión de la propia incapacidad, se puede otorgar poderes de plena administración o de simple administración.

Artículo 1301: Simple administración del bien ajeno.

El encargado de la simple administración debe realizar todos los actos necesarios para la conservación del bien o los que sean útiles para mantener el uso al cual el bien destina normalmente .

Artículo 1306: Plena administración del bien ajeno.

El encargado de la plena administración debe conservar y hacer fructificar el bien, aumentar el patrimonio o realizar su finalidad cuando el interés del beneficiario o la realización de la fiducia lo exige.

---

Artículo 1307: El administrador pleno puede, para ejecutar sus obligaciones, enajenar el bien a título oneroso, gravarlo, cambiar su destino y hacer todo acto necesario o útil incluyendo toda clase de mejoras.

El artículo 2131 C.C.Q. contiene los elementos de un mandato en caso de incapacidad.

- 1) administración de los bienes del mandante (simple administración o plena administración)
- 2) protección de la persona del mandante la custodia y el sostenimiento de la persona
- 3) consentimiento de los cuidados
- 4) bienestar moral y material del mandante

El contenido del mandato tiene que fijar el alcance de los poderes, el nombre del mandatario, la firma del mandante y de los testigos y la fecha de redacción.

El mandato puede ser parcial, únicamente para la protección de la persona o únicamente para los bienes.

El artículo 2169 C.C.Q. estipula que si el mandato es incompleto se tiene que iniciar un sistema de protección para completar el mandato.

## ***5. EL MANDANTE***

El mandante tiene que ser plenamente capaz de ejercer sus derechos civiles. Solo el mayor de edad puede ser mandante. Los mayores bajo el régimen de protección no pueden otorgar mandatos.

### ***5.1 ACTOS PREVIOS A LA HOMOLOGACION***

El acto anterior a la homologación se puede anular o las obligaciones se pueden reducir si hay prueba que la incapacidad era notoria en esta época.

---

## **5.2 ACTOS POSTERIORES A LA HOMOLOGACION**

El código no tiene nada previsto. Pero estos actos son nulos por falta de consentimiento del mandante.

## **5.3 OBLIGACIONES DEL MANDANTE CON RESPECTO AL MANDATARIO**

El mandante incapaz tiene las mismas obligaciones que el mandante capaz.

Pero el Artículo 2171 C.C.Q. prohíbe al mandatario ejecutar en su beneficio los compromisos del mandante previstos en los artículos 2152 a 2154 C.C.Q.

2152 - El mandante tiene que indemnizar el mandatario por las obligaciones que ha contratado con terceros dentro del límite del mandato.

El mandante no responde de los actos del mandatario que traspasen los límites del mandato; pero sus obligaciones son plenas si ratifica lo actuado o si el mandatario, en el momento de su actuación, ignoraba la terminación del mandato.

2153 - Se presume que el mandante ha ratificado el acto que traspasa los límites del mandato, cuando este acto ha sido realizado de una forma mas ventajosa de la que el mandante ha indicado.

2154 - El mandante tiene que indemnizar al mandatario, que no ha cometido ninguna falta, del perjuicio que haya sufrido por la ejecución del mandato.

## **5.4 OBLIGACIONES DEL MANDANTE EN RELACION CON TERCEROS**

El mandante responde frente a tercero de la actuación del mandatario.

## **5.5 RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE EN CASO DE FALTA DEL MANDATARIO**

### **5.5.1 Falta del mandatario dentro de los límites del mandato**

El mandante es responsable de la falta cometida por el mandatario dentro de los límites del mandato. Esto es injusto pero proviene del hecho que el mandato en caso de incapacidad está sujeto a los artículos del Código civil tratando del mandato y no a los sistemas de protección.

### **5.5.2 Falta del mandatario que se extralimita**

Cuando el mandatario se extralimita comete una falta, y es el único responsable.

Pero se tiene que distinguir la falta cometida de buena fe y la falta intencional o grave. Por las últimas el mandatario es el único responsable. En cuanto a la falta de buena fe, se tiene que estudiar las aptitudes del mandatario y las circunstancias de la comisión de la falta.

## **6. EL MANDATARIO**

### **6.1 EL MANDATO PARA EL CUIDADO DE LA PERSONA O DEL PATRIMONIO O DE LA PERSONA Y DEL PATRIMONIO**

El mandante puede separar los poderes y nombrar una persona distinta para el cuidado de la persona y otra para el cuidado de su patrimonio. Pero también puede nombrar una sola persona con todos los poderes.

Los poderes tienen que ser bien definidos, visto que en caso de un mandato dudoso se tendrá que abrir el sistema de protección.

El mandante puede nombrar dos o más mandatarios. En caso de patrimonio importante las decisiones tendrán que tomarse por todos los mandatarios. Se tiene que establecer con claridad la mayoría con la cual se tendrá que tomar decisiones, mayoría o unanimidad. Es importante prever si los mandatarios pueden delegar sus poderes entre ellos.

---

## **6.2 MANDATARIO SUPLENTE O SUSTITUTO**

Por el caso de muerte, dimisión o incapacidad de actuar por parte del mandatario es necesario prever en el mandato un mandatario suplente. Así se evita la obligación de abrir el sistema de protección.

El mandante puede nombrar uno o más mandatarios suplentes según previsto en el artículo 2174 C.C.Q.

El mandante puede facultar al mandatario para que nombre su sustituto tal y como se prevé en el artículo 2140 C.C.Q.. Se trata entonces de un mandatario sustituto elegido por el mandatario.

Este poder tiene que ser otorgado de forma específica. También se puede prever que esta sustitución descargue totalmente al mandatario cesante de su responsabilidad. Siempre tiene que haber cláusulas para evitar que el mandante no quede sin mandatario.

El nombramiento del mandatario suplente o sustituto no tiene que ser homologado por vía judicial. Desde la homologación, el mandato entra en vigor con todas sus cláusulas incluidas las que hacen referencia al nombramiento del mandatario suplente o sustituto.

## **6.3 BUENA PRACTICA NOTARIAL**

6.3.1 En caso de dimisión ésta deberá constar en escritura pública de dimisión y nombramiento del mandatario suplente o sustituto incluyendo presentación de cuentas con liberación de la responsabilidad del mandatario.

6.3.2 Otros casos: aceptación del cargo por parte del mandatario con indicación de las razones de su toma de posesión.

No olvidar tener en cuenta artículo 2161 C.C.Q.

## **6.4 CAPACIDAD DEL MANDATARIO**

### **6.4.1. Mandatario persona jurídica**

En caso de mandatario sobre los bienes, el Código Civil no prohíbe que una persona jurídica pueda ser mandatario.

---

En caso de mandatario para el cuidado de la persona, el artículo 304 C.C.Q. dice que la escritura constitutiva de tal persona jurídica, debe tener cláusulas para la autorización de tal nombramiento. Las compañías de fiducia y las compañías de ahorros tienen estas cláusulas. La Ley de sociedades de Quebec y la Ley Canadiense sobre las sociedades por acciones no las tienen y consecuentemente no pueden actuar como mandatario para la persona.

#### **6.4.2 Mandatario persona física**

La capacidad del mandatario será plena en el momento de la homologación. En teoría se puede nombrar a un hijo menor, pero no podrá actuar hasta su mayoría de edad. En tal caso se tendrá que abrir un sistema de protección, con pérdida de las ventajas de un mandato. El Juez no tiene capacidad para juzgar sobre si el mandatario cumplirá bien el mandato. Pero el mandatario debe tener la capacidad legal necesaria para ello. El tribunal puede comprobar la quiebra o la incapacidad del mandatario y por estas razones podría negar la homologación del mandato.

### **6.5 ACEPTACION DEL MANDATO POR PARTE DEL MANDATARIO**

El mandato es un contrato y no un acto unilateral y por esta razón se tiene que obtener el consentimiento del mandatario.

Será mejor obtener el consentimiento en la misma escritura pública. Si no se puede obtener tal consentimiento, podrá ser tácito, por ejemplo, el acto del mandatario que pide la homologación al tribunal.

### **6.6. OBLIGACIONES DEL MANDATARIO**

#### **6.6.1 Con respecto al mandante**

- aceptar el mandato
- hace homologar el mandato
- cumplir las obligaciones del mandato
- actuar como persona razonable
- asegurar los daños y perjuicios resultado de su negligencia
- rendir cuentas de su administración al terminar el mandato.

---

## **6.7 REMUNERACION DEL MANDATARIO**

El mandato puede ser a título gratuito u oneroso. Será gratuito si el mandato no tiene remuneración prevista.

El tribunal puede intervenir en dos situaciones; si la remuneración está prevista pero sin precisión de importe o cuando la ley presume que el mandato es oneroso y que el mandato no tiene cláusula al respecto.

La remuneración puede ser a tarifa horaria o de toda otra manera que pueda determinarse con certeza.

## **6.8 CONTROL SOBRE EL MANDATARIO**

### **6.8.1. Curador público**

El curador público puede intervenir si el mandatario no ejecuta fielmente el mandato. El mandatario no tiene que rendir cuentas al curador. Esto significa que el curador interviene solamente en caso de denuncia.

### **6.8.2. Personas nombradas por el mandante**

El mandatario tendrá que rendir cuentas a las personas indicadas por el mandante y con la frecuencia exigida por él.

## **6.9 REVOCACION Y RENUNCIA POR PARTE DEL MANDATARIO**

### **6.9.1 Anterior a la homologación del mandato**

El mandante capaz puede en todo momento revocar el mandato.

El mandatario no puede renunciar antes de la homologación visto que todavía no ha tomado posesión.

### **6.9.2 Después de la homologación**

El Artículo 2174 C.C.Q. estipula que el mandatario no puede re-

---

nunciar sin haber previsto su sustitución, si el mandato no lo tiene previsto o sin haber pedido apertura de un sistema de protección.

Quiebra del mandatario.

La quiebra del mandatario pone fin al mandato en caso de mandato oneroso.

## **6.10 PODERES DEL MANDATARIO SOBRE EL PATRIMONIO DEL MANDANTE**

### **6.10.1 Poder de administración**

El mandatario debe tener capacidad de gerencia y administración Poder de enajenación. Este poder tiene que ser otorgado de forma expresa. Poder de simple y de plena administración

En lugar de estipular poderes específicos el mandante puede otorgar poderes de simple o de plena administración.

Dado que el mandatario no es jurista es mejor especificar los poderes con el fin que el mandatario conozca los actos que puede realizar relación con terceros.

### **6.10.2 Poderes en cuanto a la protección de la personas**

#### **6.10.2.1. Protección de la persona del mandante**

Consentimiento a los cuidados y prohibición de tratamiento

#### **Artículo 11 C.C.Q.**

Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a cuidados de cualquier índole que sean exámenes, toma de muestras, tratamientos o toda otra intervención.

Si el interesado es incapaz de dar su consentimiento para que se le otorguen cuidados, una persona autorizada por la ley o por un mandato dado en previsión de su incapacidad puede sustituirle.

### **6.10.2.2 Alojamiento del mandante**

Artículo 260 C.C.Q. El curador o el tutor a la persona mayor protegida tiene la responsabilidad de su custodia y de su sostenimiento.

### **6.10.2.3 Acceso a los expedientes del mandante**

El mandatario puede tener acceso a los expedientes del mandante. La persona que pide la homologación puede tener acceso a los expedientes si la evaluación médica y psicosocial es concluyente en cuanto a la incapacidad.

## **7. REGISTRO DE MANDATOS EN CASO DE INCAPACIDAD**

### **7.1. REGISTRO DEL COLEGIO DE NOTARIOS DE QUEBEC**

Los mandatos para la propia incapacidad pueden ser registrados, indistintamente, en el Colegio de Notarios de Quebec o en el Colegio de Abogados.

-art. 93 al 1 (10) Ley sobre el notariado

-art. 135.1 al 135-2

-reglamento sobre los registros de los mandatos del Colegio de los Notarios

-Colegio de Abogados 4413 mandatos al 30.4.1996

## **8. HOMOLOGACION**

### **8.1 Petición**

La homologación del mandato se hace por vía judicial de acuerdo con los artículos 884.1 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de Quebec.

La petición de homologación tiene que presentarse delante del Juez o del secretario del Juzgado del distrito donde el mandante tiene su domicilio.

La petición debe notificarse al mandante, a una persona capaz de su familia y al curador público; la notificación debe ser personal.

El Juez o el Secretario del Juzgado puede exigir que la notificación se haga a las personas que serían habilitadas a intervenir en la apertura de un sistema de protección para el mandante.

---

## **8.2 Documentos**

La petición se tiene que hacer con una evaluación médica y psicosocial que hagan constar la incapacidad del mandante y con copia del mandato .

El Juez o el secretario del Juzgado verificará la incapacidad, la existencia del mandato y de su validez si fue hecho delante de testigos. El Juez o el Secretario del Juzgado puede en todo momento exigir pruebas adicionales o la comparecencia de toda persona de la cual estiman útil su testimonio.

## **8.3 Interrogatorio**

El Juez o el Secretario del Juzgado debe interrogar la persona supeuestamente incapaz, a menos que se irrazonable hacerlo por causa de su estado de salud.

El interrogatorio se hará constar por escrito y se comunicará a la asamblea de la familia, aliados o amigos.

## **8.4 Testigos**

La persona por la cual se pide la homologación puede presentar testigos para contradecir las pruebas del requeriente.

## **8.5 Plazos**

Los documentos que respalden la petición tiene que ser presentados en el juzgado al menos diez (10) días antes de la audiencia.

## **8.6 Juicio**

Toda resolución sobre la homologación debe notificarse al mandante. Todo juicio que revoque el mandato tiene que notificarse al mandatario y según el caso al mandante.

## **8.7 Futuro**

# **9. CONCLUSION**

El mandato en caso de la propia eventual incapacidad forma parte de nuestro entorno jurídico cotidiano. La mayoría de los clientes suscriben un testamento y un mandato.

Algunos piden un mandato con cláusula de ejecución inmediata de la propia eventual incapacidad. En cuanto a la homologación pueden haber cambios en un futuro no demasiado lejano.