

DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

José Antonio Escartín Ipiéns

Notario

Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

TITLE: *Transitory provisions of the Draft Law for the reform of the Spanish Civil Code and other complementary rules in the field of Persons with disabilities*

RESUMEN: El autor reflexiona sobre las cinco disposiciones transitorias incluidas en el Anteproyecto de ley sobre reforma del Código civil y otras leyes en materia de discapacidad. Se plantea el valor jurídico de las Disposiciones Transitorias del Código Civil redactadas en la versión original. Hace también una referencia sucinta pendiente de conocer las medidas de derecho transitorio que se propone sobre el internamiento no voluntario.

ABSTRACT: *The author deals with the five transitory provisions included in the Draft Law on the reform of the Civil Code and other laws about the rights of the persons with disabilities. The legal value of the transitory provisions drafted in the original version is considered. It also makes a succinct reference pending knowing the measures of transitory law that is proposed on forced institutionalisation.*

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad (PD), Convención de Nueva York (Convención), medidas de salvaguarda, medidas de apoyo.

KEY WORDS: *People with disabilities, New York Convention, safeguard measures, support measures.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TEXTO DEL ANTEPROYECTO SIGUE EL CRITERIO DE INCLUIR LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DENTRO DE LA LEY SANCIONADORA DE LA REFORMA Y NO DENTRO DE CADA UNO DE LOS CUERPOS LEGALES REFORMADOS. 3. DE CUÁL ES EL VALOR JURÍDICO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CÓDIGO CIVIL PARA DAR SOLUCIÓN A CUESTIONES DE DERECHO INTERTEMPORAL QUE SURJAN COMO CONSECUENCIAS DE SUCESIVAS REFORMAS. 4. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. 5. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. 6. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. 7. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA. 8. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA. 9. OBSERVACIÓN FINAL EN MATERIA DE DERECHO TRANSITORIO. EN PARTICULAR SOBRE INTERNAMIENTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. INTRODUCCIÓN

El Texto propuesto por las Secciones 1ª y 5ª de la Comisión General de Codificación (CGC), y remitido al Excmo. Sr. Ministro/a de Justicia sobre el «Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la de Enjuiciamiento Civil, la del Registro Civil y la de Jurisdicción Voluntaria en materia de discapacidad», recoge en

cada uno de sus cinco artículos, respectivamente, la reforma de dichos cinco cuerpos legales.

Siguen a estos cinco artículos, otras cinco disposiciones transitorias sobre: abolición de las meras prohibiciones de derechos a las personas con discapacidad (DT Primera); que los tutores, curadores y defensores judiciales y guardadores de hecho nombrados al amparo de la legislación anterior, ejercerán sus cargos con arreglo a lo dispuesto en la nueva ley (DT Segunda); las previsiones de la autotutela se entenderán referidas a la autocuratela, así como la situación de los poderes o mandatos preventivos (DT Tercera); situación de las personas a las que la Ley de Jurisdicción Voluntaria llama, impropia, de capacidad judicialmente modificada (DT Cuarta); procesos relativos a la capacidad que estén en tramitación (DT Quinta).

Termina la Ley reformadora, una percha de la que penden los Textos Legales a reformar, con una disposición derogatoria y tres disposiciones finales: la primera, sobre reforma del Código Penal (que siendo Ley Orgánica no parece adecuado que lo reforme una Ley Ordinaria); la segunda, sobre título competencial en materia de Registros Públicos ex. 148.1.8ª CE y en materia procesal, ex 148.1.6ª CE. Finalmente, la Disposición Final sobre la entrada en vigor.

2. EL TEXTO DEL ANTEPROYECTO, SIGUE EL CRITERIO DE INCLUIR LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DENTRO DE LA LEY SANCIONADORA DE LA REFORMA Y NO EL DE INCLUIRLAS EN CADA UNO DE LOS CUERPOS LEGALES REFORMADOS

Al principio del debate, en la CGC, se sugirió incluir un breve texto, dentro del ámbito del Código Civil, por entender que ya este Código contiene trece disposiciones transitorias que proporcionan soluciones expresas a cada uno de los problemas de derecho transitorio, o fundamentan los criterios para la solución. En una palabra, sugirió la ponencia, que como ya las DD.TT. novena y décima del Código Civil contienen su criterio en cuanto a las tutelas y curatelas constituidas al amparo de la legislación anterior, bastaba introducir en ellas un ligero retoque y, por tanto, no era preciso otra regulación.

Frente a ello, el texto finalmente enviado ha seguido el sistema adoptado en las últimas reformas del Código Civil y, muy en particular, las de las Leyes de 13 de mayo de 1981, 7 de julio del mismo año y 24 de octubre de 1983, porque afectando a materias civiles, procesales y registrales, entre otras, se produce una interrelación de normas que no pueden separarse con espíritu reduccionista. Pero sí dejaba la ponencia planteado el tema.

3. DE CUÁL ES VALOR JURÍDICO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CÓDIGO CIVIL PARA DAR SOLUCIÓN A CUESTIONES DE DERECHO INTERTEMPORAL QUE SURJAN COMO CONSECUENCIA DE LAS SUCESIVAS REFORMAS

La vigencia formal de las aludidas Disposiciones transitorias del Código Civil no se cuestiona, pero sí hay que hacer notar que surgieron con carácter coyuntural en 1889, para dar solución a los conflictos de normas que provocaba la publicación del Código en relación al Derecho histórico que se derogaba. Se atuvieron a la siguiente metodología:

- a) En las cuatro primeras, se establecen unos criterios generales; respeto a los derechos adquiridos (Primera), validez y eficacia de los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior (Segunda), irretroactividad de las disposiciones del Código civil que sancionen con penalidad civil o privación de derechos a acciones u omisiones que con arreglo a la legislación anterior carecían de sanción (Tercera) y la situación de las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código (Cuarta).
- b) En las Disposiciones de la Quinta a la Decimosegunda, correlativas e inclusive, se trata de resolver de modo explícito conflictos en materias concretas, entre la legislación derogada y la nueva. En particular las disposiciones Octava y Novena, se refieren al régimen de tutores, curadores y administradores de bienes, en los siguientes términos: que los nombrados bajo la legislación anterior y con sujeción a ella conservarán sus cargos, pero sometidos en cuanto a su ejercicio a las disposiciones de este Código (Octava) y que las tutelas y curatelas cuya constitución definitiva esté pendiente de resolución de los Tribunales al empezar a regir el Código, se constituirán con arreglo a la legislación anterior, pero les será aplicable en cuanto a su ejercicio las normas del Código Civil (Novena).
- c) Por último, la DT Decimotercera, dispone que: «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento».

Las cuatro primeras DDTT responden al alcance y fundamento del principio de irretroactividad de las Leyes, que únicamente está sancionado constitucionalmente en el artículo 9.3 de la Constitución Española para las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por lo tanto, la irretroactividad de las leyes civiles, que no tengan alguno de los caracteres señalados en el citado artículo de la Constitución Española, solo tiene fundamento en el

artículo 2.3 del Código Civil donde se establece que «Las Leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario».

Este principio de irretroactividad de la ley civil está muy ligado en las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, a la naturaleza y fundamento de la nueva Ley y, por lo tanto, junto a una irretroactividad radical expresamente dicha en la propia norma, se abre camino la retroactividad de distintos alcances, máximo, medio o mínimo, que exigen en el intérprete o aplicador del Derecho delicados equilibrios que en muchos casos un legislador previsor y diligente debió darle, si no resueltos, al menos con la introducción de criterios interpretativos de resolución. En otro caso la inseguridad jurídica estará servida.

Por lo que se refiere a la DT Decimotercera, nos aboca al argumento de la analogía, que tiene dos manifestaciones: la positiva, o *a simile* y la negativa o *a contrario sensu*, es decir *inclusio unius exclusio alterius*¹.

De toda esta reflexión solo resulta una conclusión, que es la sancionada en el artículo 4.3 del Código Civil según el cual «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes». Se trata de una norma a través de la cual podremos invocar las disposiciones transitorias del Código Civil, con todas las reservas que lleva consigo su interpretación. Por tanto, el legislador deberá ser muy diligente cuando se enfrente a una materia como el Derecho intertemporal, sin ceder a la tentación de la fatiga; dado que, aunque estas normas son las últimas que redactan, están destinadas a ser las primeras que lean la comunidad de los afectados y la comunidad de los curiales que deberán dar a aquéllos, adecuada respuesta.

La relevancia de esta aplicación de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, radica en que la reforma que propone la CGC se extiende a la totalidad del articulado del mismo, desde el Título Preliminar al Título XVIII del Libro IV; ello provocará la aparición de numerosas cuestiones de conflicto, entre la legislación derogada y la nueva, que exigirá acudir a los principios que sirven de fundamento a las referidas Disposiciones Transitorias del Código Civil que, pensadas para otra circunstancia, van a experimentar un nuevo rejuvenecer.

4. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

¹ De donde se deduce que en Derecho la lógica no siempre ayuda, porque está dicho que «el absurdo jurídico no es el absurdo lógico sino lo injusto».

Dice literalmente esta disposición del Anteproyecto: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto».

Parece razonable pensar que el fundamento de esta norma es dar cumplimiento a las exigencias de la Convención de 2006, bien enunciadas en su artículo 1.1 cuando establece: «El propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente.»

Al llevar este principio básico a las Disposiciones Transitorias, no supone una reiteración con lo ya proclamado por el Anteproyecto en el artículo 248 del Código Civil; sino afirmar, paladinamente, que en adelante no puede haber discriminación entre las personas que con arreglo al Derecho que se reforma tuvieron ya declarada su incapacidad o estuvieran en proceso para declararla. Hasta aquí es claro que la transitoria primera es irrefutable.

Pero lo que es criticable es la excesiva concisión y ambigüedad de la norma, porque si lo que se plantea es cual será en adelante la situación de los ya declarados incapacitados (o con la capacidad judicialmente modificada, con expresión impropia de la LJV) por una sentencia firme con arreglo al Derecho anterior, habría que decirlo de una forma clara e inequívoca, respondiendo a esta pregunta con un expreso planteamiento y una clara respuesta. Resulta bastante paradójico que después de haber depurado con minuciosidad el término «incapaz», «incapacidad» «Incapacitación» o «incapacitado», en más de un centenar de artículos del Código Civil, no se haga una referencia expresa a esta situación en las reglas transitorias. Cabía la posibilidad de adoptar distintas soluciones:

a) Disponer por ley una retroactividad de grado máximo, que obligara a revisar todas las sentencias firmes de incapacidad, fijando unos plazos máximos para ello y organizando por ministerio de la Ley la situación transitoria;

b) O, alternativamente, establecer una transformación, por ministerio de la ley, del carácter de la sentencia, que según el grado de discapacidad quedaría convertido en «medida de apoyo».

Yo me incliné por la solución b) en enmienda formulada en su día con el siguiente tenor²: «Disposición Transitoria Primera. Las personas con discapacidad, que hubieren sido incapacitadas por sentencia firme en procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, así como las medidas cautelares adoptadas en dichos procedimientos, convertirán su situación en estricta equiparación a la de personas en igualdad jurídica a todos sus efectos, y sus complementos se entenderán como medidas de apoyo»; y continuaba «Respecto a las personas con discapacidad que estuvieran sometidas a procedimientos de incapacitación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y que estuvieran pendientes de resolución firme, habrá ésta de acomodarse, en todo caso, a las previsiones de la nueva Ley». Este último párrafo ya está recogido en la DT Quinta del Anteproyecto. Por supuesto, hoy añadiría un párrafo en el que se recogiera el texto de la Transitoria propuesta por CGC: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto».

Las razones que me llevaron a proponer esta enmienda siguen vigentes, y tratan de hacer compatible la situación de las personas afectadas con los Principios de la Convención, y están en línea con lo propuesto por la sentencia del TS de 29 de abril del 2009³; tienen además sentido de oportunidad, evitando un colapso del sistema judicial, sin desconocer el derecho, que el propio Código Civil sanciona, de las personas legitimadas para solicitar la adopción de nuevas medidas de apoyo o su revisión.

5. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

Dice, literalmente, «Los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta ley».

² Entre otras, con fecha 25 de septiembre del 2017.

³ A esta emblemática sentencia ya he hecho referencia en el trabajo sobre la autocuratela en este mismo número de la Revista de Derecho Civil, y referiré de nuevo en el comentario a la DT 2ª. Recomiendo su lectura íntegra por haber sido clave, en su momento, para hacer compatible la Legislación española con la Convención del 2006 y haber abierto el camino a la jurisprudencia para dar solución a los problemas que ha planteado a la doctrina y a la práctica, el ya largo tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de dicho Tratado Internacional y la nueva redacción de nuestros Textos Legislativos, pendiente de que la propuesta de la CGC llegue a buen término.

Esta DT 2ª, adolece de una grave omisión, a saber, la situación de las personas con discapacidad que estuvieran sometidas a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. El actual artículo 171 del Código Civil, todavía vigente, en su párrafo primero, redactado por la Ley Orgánica del Menor, 1/1996 de 15 de enero dice que «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada, por ministerio de las Ley, al llegar aquéllos a la mayoría de edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título». Este artículo 171 CC y la referencia que al mismo hace el todavía vigente 222 CC, al definir las causas de extinción de la patria potestad, han sido eliminados por la nueva redacción del artículo 199 del Código Civil, según el Anteproyecto de la CGC.

La omisión en las disposiciones transitorias a la situación de los hijos sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, exige una corrección. Y, para ello, propongo la redacción de un párrafo a tal disposición transitoria del siguiente tenor: «Los progenitores que conforme al Derecho anterior, vinieran ejerciendo las funciones de la patria potestad prorrogada, o rehabilitada, la continuarán ejerciendo, en calidad de curadores conforme a lo dispuesto en este Código, de acuerdo con las funciones asistenciales o representativas que resulten de lo decretado en la sentencia de incapacitación que se entenderá, en lo posible, como medidas de apoyo, entre tanto no sean revisadas por la Autoridad Judicial. Sin perjuicio de lo anterior, dichos progenitores deberán instar de dicha Autoridad que proceda a la revisión o confirmación de dichas medidas».

Esta adición parece necesaria para llenar el evidente vacío que deja el Texto a los numerosos casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada; y la solución propuesta es congruente con la posición que mantengo en relación a la situación de los incapacitados por sentencia firme, para la redacción de la Disposición Transitoria Primera.

Esta Disposición Transitoria Segunda, en la forma redactada en el Texto, generó una reserva expresada en la ponencia (que no pasaría al definitivo). Decía el ponente: «Respecto a las tutelas constituidas con arreglo al régimen de la legislación anterior, se entenderá que la sentencia de incapacitación del tutelado estableció su representación para todos los actos de la vida civil no personalísimos (quizás pudiera reducirse a los actos de administración y disposición del patrimonio)». Y añadía el ponente como motivación: «De no establecer previsión de este tipo, el tenor literal del artículo 225

CC, según el Anteproyecto, puede llevar a concluir que es preciso revisar el alcance de la sentencia de incapacitación que estableció la tutela, por entenderse que es necesario también aquí la especificación de los actos que presuponen representación, cuando en el régimen actual parece limitarse la tutela a los supuestos de incapacidad absoluta del incapacitado para gobernarse por sí mismo y, por tanto, las sentencias respectivas no contendrían pormenorización de actos que el incapacitado no puede realizar por sí mismo» (cfr. artículos 222,227 CC y 760 LEC).

La razón de esta observación del ponente se explica por los términos insuficientes con que ha quedado redactada la DT Primera, según he manifestado. Pero es que además, el ponente, entendía que la tutela de incapacitados solo afectaba a los supuestos de incapacidad absoluta y, por lo tanto, presuponían una tutela simplemente representativa general.

Con todos los respetos, discrepo de esa opinión, porque la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria y vigente al tiempo presente, es que la tutela de incapacitados es un régimen gradual acomodado al grado de incapacidad, (diríamos ahora de discapacidad). Así lo expresaría el Código Civil en los artículos 202 al 214, correlativos e inclusive, redactados por la Ley 13/1983 de 24 de octubre y que tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, solo fueron derogados formalmente porque en realidad fueron trasladados a la LEC por su contenido procesal, y hoy se integran en el Capítulo II del Libro IV de dicho Cuerpo Legal, en los artículos 760 al 763.

De ellos destaco el 760.1 que dice: «La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento»; sin embargo, tan claro y necesario precepto está en trance de ser sustituido por otro según el Anteproyecto elaborado en la CGC que diría lo siguiente: Art. 760.1. «Las medidas que adopte el Juez en la sentencia, que serán periódicamente revisadas, deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código civil». Me parece correcto esta remisión al Derecho sustantivo en una norma procesal, pero nunca debería prescindirse, tal vez añadido como segundo párrafo, del claro y luminoso artículo 760.1, todavía vigente, que conforma un título jurídico inequívoco para regular la situación de la persona con discapacidad. De dicho artículo solo hay que eliminar las referencias a la incapacitación, pero habría que mantener sus previsiones razonables en cuanto al contenido del título jurídico relativas a actos que precisan asistencia, actos necesariamente ejercidos por representación y actos que puede realizar por sí solo.

Este concepto de incapacitación graduable ha tenido respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y cito, por todas, la STC 174/2002 de 9 de octubre⁴. Esta sentencia resuelve sobre un recurso de amparo interpuesto por el padre del presunto discapacitado que no fue citado judicialmente al proceso de incapacitación en el que se restableció la patria potestad exclusivamente a la madre. El Tribunal Constitucional concedió el amparo y declaró la nulidad de la Sentencia en que se había declarado la incapacitación. En los considerandos, el Tribunal Constitucional manifiesta el carácter imperativo de las normas procesales que regulan el proceso de incapacitación, se refiere al derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Y tales normas procesales (entre las que cita la intervención del Ministerio Fiscal, el examen personal del presunto incapaz, la citación a los parientes más próximos, el dictamen facultativo), «lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (210 CC y 760 LEC)»⁵.

Por todo lo expuesto me reitero en mi propuesta o enmienda a la Disposición Transitoria Primera. La STS 29 de abril del 2009 y otras posteriores dictadas por el Alto Tribunal, con reflejo en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, tales como la de 9 de julio de 1918⁶. Simplemente, me limitaré a transcribir, del fundamento séptimo de la citada sentencia de 2009, las siguientes palabras: «De este modo, solo esta interpretación (la ya relacionada de la STC) 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 en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y el artículo 760.1 LEC. 2º. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de 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 lo tanto, no se trata de un sistema de protección a la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Ya he expresado que esta sentencia resolvió un caso negando a los recurrentes la casación de la decisión recurrida que había mantenido la tutela nombrada conforme al Código Civil, rechazando el motivo de

⁴ BOE 24 de octubre.

⁵ Vid. BOE 255/2002, nº20.593.

⁶ Vid. BOE 24 julio 2018.

casación alegado por los recurrentes, es decir, la derogación de éste por la Convención del 2006. Pero abrió el camino de su reforma.

Por las razones expuestas, tampoco considero acertada la expresión de la DT Segunda cuando dice que «a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos». Tal texto servirá para quienes la sentencia, que declaró su incapacitación, lo hubiera hecho en términos absolutos que no admitieran otra solución que la del tutor representativo; pero en aquellas otras sentencias en las que conforme al artículo 760.1 LEC, en su versión todavía vigente, al declarar la incapacitación hubieren determinado la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, éste no podrá quedar en peor condición, después de la entrada en vigor del nuevo sistema, de la que ya tuviera antes. Ello supone que debe darse nueva redacción a la DT Segunda, sustituyendo la frase «A los tutores con las personas con discapacidad se les aplicarán las normas de los curadores representativos»; bastaría o suprimir la palabra «representativos». Ello es, además, congruente con la nueva redacción que se propone para el 760 de la LEC.

6. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Dice, literalmente, que «Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela. Tanto las mencionadas previsiones como los poderes y mandatos preventivos se regirán por la presente ley».

Este texto me lleva a considerar dos cuestiones:

a) alcance de las previsiones sobre autotutela, que hubieran sido otorgadas con arreglo a la legislación previa a la reforma, y;

b) el régimen jurídico de los poderes y mandatos preventivos después de la entrada en vigor de la presente Ley.

No plantea grandes dudas la cuestión a) el párrafo segundo del todavía vigente artículo 223 del Código Civil al disponer que «Asimismo, cualquier persona con 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, incluso la designación de tutor». Desde el punto de vista del Derecho transitorio, puede entenderse que la previsión de autotutela del art. 223 CC se corresponde con la propuesta de autocuratela regulada por los artículos 269 y ss. del

Anteproyecto. A ello ya me he referido en la primera parte de este trabajo, relativa a la autotutela.

Sin embargo, el apartado b), relativo a los poderes y mandatos preventivos, si que requiere de una mayor reflexión. El someter a tales poderes y mandatos, otorgados con anterioridad, a las normas de la nueva ley, nos lleva a las siguientes consideraciones:

1ª. La novedosa norma que distingue entre los poderes y mandatos con cláusula de supervivencia a la discapacidad (artículo 254 CC según el Anteproyecto) y los poderes preventivos exclusivamente otorgados para casos de discapacidad sobrevenida (artículo 255 CC).

2ª. La aplicabilidad del sistema de acreditación del hecho de la discapacidad para poner en eficacia lo otorgado en el poder o mandato.

3ª. La cuestión que suscita el artículo 257 CC, según el Anteproyecto elaborado en la CGC, sobre la conversión de dichos poderes en curatela.

4ª. La solución que se propone para garantizar la supervivencia del poder, no obstante, la discapacidad sobrevenida del mandante o poderdante.

Todas estas cuestiones tienen su tratamiento en un trabajo específico para ello, dentro del plan previsto por el Consejo de Redacción de este número de la Revista de Derecho Civil; pero, por su especial incidencia en las cuestiones de Derecho transitorio, me voy a referir al tortuoso camino legislativo y prelegislativo que ha sufrido el artículo 1732 CC y que es digno de ser recordado como reflexión crítica de lo que ha sido, y sigue siendo, el proceso prelegislativo y legislativo de la elaboración de nuestras Leyes básicas.

La redacción del artículo 1732 CC, en su versión de 1.889 decía que «El mandato se acaba: 1º Por su revocación. 2º. Por la renuncia del mandatario. 3º. Por muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario». El antecedente era el artículo 2003 del Código civil francés, que utilizó la palabra interdicción como equivalente a incapacitación, según desarrolló posteriormente la interpretación indiscutida de doctrina y jurisprudencia francesa. Pero los redactores del artículo 1622 del Proyecto de 1851 entendieron por interdicción la pena de interdicción civil que iba aneja a determinados delitos como luego establecería el Código Penal de 1870. Y, GARCÍA GOYENA, comentando el citado artículo, lo justificaba diciendo que «la interdicción del mandante, porque es imposible obrar en nombre de aquel a quien la ley no permite estipular por si mismo. Si la interdicción recae en el mandatario queda

igual sin efecto el mandato, porque la confianza que tenía el mandante en el mandatario es un sentimiento que no inspira necesariamente un curador»⁷. Y así mismo el Proyecto de Código Civil de 1851 en su artículo 1595, estableció ya con todas sus palabras «la interdicción civil», como causa de extinción del contrato de sociedad. Y, con esta expresión de «interdicción civil», lo reprodujo el artículo 1700 CC en su versión original para el contrato de sociedad⁸.

La nefasta traducción (*traduttore, traditore*), produjo efectos colaterales al dejar en vacío la situación de la incapacidad natural o la incapacitación como causas de extinción del mandato. Si bien, la doctrina común, la jurisprudencia y la práctica, acabaron concluyendo que la incapacidad natural sobrevenida del mandante no extinguía, por sí sola, el mandato ni anulaba el negocio representativo; y que la palabra francesa *interdiction* había que entenderla como «incapacitación» y no como «interdicción civil».

Pero el desliz tuvo otras consecuencias. La Ley Orgánica 6/1984 de 31 de marzo que tenía por objeto eliminar del Código penal la pena de interdicción civil por su manifiesta inconstitucionalidad, eliminó del Código civil las dos referencias a la «interdicción» del artículo 1732 y a «la interdicción civil», en el 1700 para la extinción del contrato de sociedad. Respecto del contrato de mandato, quedó el 1732. 3º: «por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario». El Profesor GARCÍA AMIGO, la sazón Senador, advirtió en el debate del Pleno que, con tal supresión, se dejaba sin cobertura legal a la extinción del mandato o de la sociedad por razón de la incapacitación. Semejante vacío se cubrió con la Ley Orgánica del menor que redactó el 1732.3º: «Por muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario». Este texto sería manteniendo, no obstante, la reforma parcial que de dicho artículo realizó la Ley 41/2003 a la que seguidamente me referiré.

No quedaban con ello resueltos los problemas de cara a la cuestión de cómo dar solución sencilla y extrajudicial a los supuestos de incapacidad natural, y cómo prevenir a tiempo por el propio sujeto, en plenas facultades, los remedios a tales eventualidades. Y fue la práctica notarial la que hizo frente a este problema, articulando un poder y/o mandato, con cláusula de subsistencia, no obstante, la discapacidad natural sobrevenida del mandante. Esta práctica tuvo consolidación legal

⁷ *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid 1852. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. T.IV, pag. 51.

⁸ Mas fino estuvo el legislador italiano PISANELLI cuando en el Código de 1865, tradujo la «interdiction» francesa como «interdizione» (para la incapacitación total) o «Inhabilitazione» (para determinados actos).

en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, en la que se dio redacción a un párrafo final del artículo 1732 que decía: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad 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». La Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, se hizo eco de tales mandatos o apoderamientos, y los consideró actos inscribibles en el artículo 4.13.

Esta turbulenta historia legislativa del artículo 1732 del Código Civil ha tenido su eco en los Textos remitidos al Ministerio de Justicia por esta Sección Primera de la CGC. Al menos ha ocurrido en tres ocasiones en lo que llevamos de siglo.

La primera, en la «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en el Título Segundo del Libro IV, figura un capítulo VI, titulado «La representación en los contratos», donde se incluye un artículo 1293.1 que dice: «El poder de representación se extingue: a) Por su revocación. b) Por renuncia del representante. c) Por muerte, incapacidad o declaración de prodigalidad del representante. d) Por muerte del representado, salvo que el poder hubiese sido otorgado en el ámbito de la actividad empresarial del poderdante. También se extinguirá el poder por incapacidad o declaración de prodigalidad del representado, salvo que el poder se refiera a actos que conforme a la sentencia de incapacidad o que declare la prodigalidad pueda realizar por sí solo y a salvo las excepciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 1732 de este Código. e) Por la declaración de concurso del representante, o por la del representado, cuando éste sea suspendido en el ejercicio de las facultades de administración o de disposición de su patrimonio».

La segunda, fue la propuesta de regulación del contrato de mandato, remitida por esta Sección al Ministerio en 2011. En dicho texto que fue aprobado por la Sección⁹ se dice: «El mandato se extingue: [...] 5º. Por incapacidad del mandante cuando la sentencia le prive de capacidad para realizar actos jurídicos que son objeto del mandato. Se exceptúa el caso en que el mandato se hubiese previsto su continuación o hubiese sido dado para caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato puede terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor. Se exceptúa igualmente el mandato conferido en el ámbito de la actividad empresarial del incapacitado mientras ésta subsista y sin perjuicio del derecho de revocación que

⁹ En sesión de 2 de noviembre del 2011 (Acta 257).

corresponderá al representante legal del mandante. Si la sentencia únicamente limitase la capacidad del mandante para realizar los actos jurídicos objeto de un mandato preexistente, el mandato subsistirá, pero el mandatario no podrá ejecutarlo sin consentimiento de quienes hayan de completar la capacidad del mandante».

A la vista de la Convención de Nueva York del 2006, estas propuestas de la Sección Primera de la CGC decaen y, por lo tanto, la tercera propuesta que dicha Sección ha aportado al Ministerio en marzo del 2018, es la que resulta del Capítulo II del título XI, referente aquél a «los poderes y mandatos preventivos», artículos 254 al 260 CC; de la reforma del artículo 1732 CC sobre las causas de extinción del mandato y de la Disposición Transitoria Tercera que venimos comentando.

De todo este conjunto, resulta que ni la discapacidad natural, ni la incapacitación del mandante y mandatario por haber ésta sido eliminada, son causas de extinción del mandato. Nada que objetar respecto de los mandatos y poderes preventivos de una futura discapacidad. Pero, ¿qué sucede con los mandatos ordinarios o a los otorgados dentro de la actividad empresarial del mandante? Habrá que dar una solución porque las previsiones que para tales supuestos establecían las Propuestas citadas de 2009 y 2011 de la CGC siguen siendo razonables.

Estimo que deben separarse, enérgicamente, las normas generales del contrato de mandato y la comisión mercantil, de las especiales de los poderes y mandatos preventivos de la discapacidad. No es lo mismo un poder o un mandato que está otorgado para que produzca efectos desde ya, sin más trámites ni averiguaciones que el juicio de capacidad que ya el notario hace en la escritura de poder o mandato, que un poder o mandato preventivo que defiere la producción de efectos a la acreditación del hecho de la discapacidad. Pero el artículo 257 del Código Civil, que ahora se propone, dice literalmente: «Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya dispuesto otra cosa».

Es decir, se establece una doble conversión del negocio por obra de la ley para los poderes o mandatos con cláusula de subsistencia; de una parte, se los convierte en poderes o mandatos preventivos; y, a su vez, tales mandatos preventivos, si se refieren a la totalidad de los negocios del mandante, se someten al régimen de la curatela. Entiendo que aplicar a los poderes, mandatos o comisiones mercantiles tal mecanismo de doble conversión del negocio por obra de la ley, pone en riesgo el funcionamiento de los poderes o mandatos en el tráfico ordinario. No es razonable que quien otorga un

poder, mandato o comisión mercantil para todos los negocios del mandante con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad sobrevenida del mandante, poderdante o comitente, se vea abocado al régimen jurídico de la curatela, por la vía de esta doble conversión.

7. DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA

Dice la mencionada disposición: «Las personas con capacidad judicialmente modificada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley para adaptarlas a esta. En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites previstos a tal efecto por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta disposición será aplicable a los progenitores con patria potestad prorrogada o rehabilitada, según lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda».

Ya he expuesto en el otro trabajo de mi autoría incluido en este monográfico y referido a la autocuratela, que la exigencia de revisión de las medidas de salvaguardia o apoyo, proviene del artículo 12.4 de la Convención de Nueva York cuando dice que «las medidas [...] se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad un órgano judicial competente, independiente e imparcial». También allí aludí a cómo, en términos generales, ha tratado de adaptar nuestra legislación, introduciendo un artículo 51 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria titulado «Revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente».

De lo que trata la Transitoria Cuarta es de la revisión de las medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de Ley de Reforma que ahora se propone. Y ello no plantea más cuestiones que la puramente terminológica de «personas con capacidad judicialmente modificada» que fue la denominación adoptada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Y que solo es asumida por la DT Cuarta, para significar que tal régimen, incluida su terminología, debe ser adaptada a las exigencias de la nueva legislación.

8. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA

No planteó problemas por la total congruencia con la DT Novena del Código Civil y con el Derecho inmediatamente anterior, procedente de la Ley 13/1983 de 24 Octubre. Dice así: «Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta el momento».

Quizás la única observación es reiterarme en que el 760.1 LEC debe ser mantenido en sus términos actuales, si bien adaptando su terminología a las exigencias de la Convención de Nueva York de 2006, ya acogidas en el Anteproyecto. Situado en el Capítulo II del Libro IV de dicho cuerpo legal, en los artículos 760 al 763, correlativos e inclusive. De ellos destaco el 760.1 que dice: «La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763». Sin embargo, tan claro y necesario precepto está en trance de ser sustituido por otro según el Anteproyecto de la CGC que diría lo siguiente: Art. 760.1: «Las medidas que adopte el Juez en la sentencia, que serán periódicamente revisadas, deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código».

Hoy nadie pone en cuestión la eliminación de la incapacitación postulada por la Convención de 2006. Pero debe quedar clara la situación jurídica de las personas con discapacidad mediante un título público que precise con claridad las medidas de apoyo que necesite, así como su autonomía e igualdad derivada de sus derechos fundamentales.

9. OBSERVACIÓN FINAL EN MATERIA DE DERECHO TRANSITORIO. EN PARTICULAR SOBRE INTERNAMIENTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES

La propuesta de la Reforma de la legislación relativa a las personas con discapacidad, ha exigido de la CGC una minuciosa revisión de los cinco cuerpos legales. Solo en el Código Civil más de cien artículos han quedado modificados. En la mayoría de los casos se han referido a la supresión de la incapacitación y al régimen orgánico y funcional de los órganos y medidas de apoyo. Pero, también ha afectado la revisión a numerosas instituciones del Derecho Civil. Ello va a provocar cuestiones de Derecho transitorio en cada una de las instituciones reformadas.

Pero hay un caso de especial transcendencia, por afectar a los derechos fundamentales de la persona, que hubiera exigido de la Comisión Mixta de Trabajo de las dos Secciones Primera y Quinta de la CGC, una regulación especial en un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales.

No es posible terminar este trabajo sin hacer una referencia, siquiera breve y esquemática, a tan trascendental situación, sin duda la más delicada y grave que afecta a las personas con discapacidad, y al entorno social, profesional, administrativo y jurisdiccional que se siente preocupado por tan grave reto; mi referencia de sitúa, desde la perspectiva del Derecho Transitorio.

Del internamiento en un Centro de Salud, se ocupa el artículo 761 de la LEC en los siguientes términos: «El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento». «La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de tal medida». En este caso, el responsable del centro en el que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la ratificación preceptiva de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal» (763 LEC en su redacción actual).

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de diciembre de 2010¹⁰, declaró inconstitucionales tales preceptos por no haber sido adoptados en Ley Orgánica, como así requiere la materia de privación de libertad en su condición de derecho fundamental. Tal inconstitucionalidad afectó a los párrafos que he marcado en letra cursiva. Si bien no decretó su nulidad, por lo que siguen vigentes, entre tanto no hayan sido sustituidos por otros.

Esta situación anómala de un precepto declarado inconstitucional, pero sin decretar su nulidad, ha generado una gran incertidumbre, agravada por la necesaria aplicabilidad del artículo 17 de la Constitución Española que sanciona el derecho a la Libertad Personal y la seguridad. Y en particular a su párrafo 2 al establecer que «La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el

¹⁰ BOE 5 enero 2011.

plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

La cuestión de hecho es que se producen numerosos casos de internamiento sobre los que tienen que intervenir el propio interesado, el Ministerio Fiscal, los establecimientos en los que se aloja a la persona física privada de libertad, los peritos y testigos, y la propia autoridad judicial que, en los casos de las grandes y medianas ciudades, debe ser asignada por un turno de reparto.

Para más agravante hay que añadir que el Tribunal Constitucional ha intervenido en varias ocasiones, y cito, por todas, la STC 182/2015 de 7 de septiembre del 2015¹¹. A instancia del Ministerio Fiscal, se declararon nulos dos Autos, el del Juzgado y el de la Audiencia Provincial de las Palmas, en los que se entendía que el plazo de las setenta y dos horas comenzaba desde la fecha en la que el Juzgado había tenido conocimiento del asunto por el Turno de reparto, y proclamó que el plazo se abre desde que se produjo el internamiento, sin que el plazo de veinticuatro horas fijado por el artículo 763 LEC para la obligación del Centro de comunicar a la autoridad judicial, significara la acumulación de un nuevo plazo al taxativo de las setenta y dos horas señalado en la norma constitucional.

Si añadimos a esta interpretación las consecuencias penales que lleva consigo la tipificación de la detención ilegal como delito (artículos 163-168 Código Penal), se comprenderá la preocupación que produce tal conjunto normativo.

Por ello, la CGC (Sección 5ª) ha elaborado un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales. Introduce un nuevo capítulo II bis, en el título I del Libro IV de LEC (arts. 763 a 763 *quater*), bajo la rúbrica «De los internamientos no voluntarios y otras medidas que afectan a derechos fundamentales».

En tales artículos trata del: Internamiento terapéutico no voluntario (763); del internamiento asistencial no voluntario (763 bis); del tratamiento ambulatorio no voluntario (763 ter); otras medidas (notificaciones, medidas urgentes, presencia de técnicos, conducción del afectado, reconocimiento judicial, examen médico, entrada en el lugar donde esté el afectado, 763 *quater*).

En el Anteproyecto de Ley nada se dice sobre el Derecho transitorio, y se trata de una cuestión sensible, porque con la legalidad vigente existe una gran inseguridad, no solo

¹¹ BOE 245 de 13 de octubre 2015 p. 95212.

para las personas afectadas, sino también en relación a su entorno familiar, social y profesional. En el texto que me ha sido facilitado hay una referencia a una posible propuesta a realizar por la propia Sección Quinta. Dejo pendiente mi reflexión a la espera de conocer dicha propuesta¹².

En Madrid, a 31 de agosto del 2018

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018

¹² Con ello doy fin a estas notas, para que al menos sirvan como información y reflexión, agradeciendo una vez más a la *Revista de Derecho Civil* el haberme dado la oportunidad de publicarlas.