

LA AUTOCURATELA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

José Antonio Escartín Ipiéns

Notario

Vocal Permanente de la Sección Primera de Comisión General de Codificación

TITLE: *Self Guardian-Ship in the Draft of the Amendment of the Civil Code and the Law of Civil Procedure related to the rights of persons with disabilities*

RESUMEN: El autor reflexiona sobre el régimen de la autoguardianía en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Jurisdicción Voluntaria y Ley del Registro Civil, formulada por la Comisión General de Codificación. Para adecuar tales Cuerpos Legales a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, suscrito en Nueva York el 13 de diciembre del 2006. Como declaración de voluntad del propio afectado, por la que, en previsión de una eventual discapacidad, propone la curatela como medida de apoyo. Y como situación jurídica, constituida por la resolución judicial, si bien organizada por el proponente (futuro beneficiario), por la Ley y por la propia resolución judicial. Con especial referencia al carácter imperativo o dispositivo de las disposiciones legales de la curatela y su incidencia en tal medida de apoyo cuando es autorregulada por el declarante-beneficiario.

ABSTRACT: *The author reflects on the regime of self-guardianship regulated in the Draft of the Amendment of the Civil Code and the Law of Civil Procedure, the Mortgage Law, the Law of Voluntary Jurisdiction and the Civil Registry Law, formulated by the General Codification Commission, in order too adapt such legal bodies to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, signed in New York on December 13, 2006.*

PALABRAS CLAVE: Personas con discapacidad (PD). Convención de Nueva York (Convención). Medidas de Salvaguardia. Medidas de Apoyo. Incapacitación. Tutela. Curatela. Autoguardianía.

KEY WORDS: *People with disabilities (PD). New York Convention (Convention). Safeguard Measures. Support measures. Self-Guardianship.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE AUTOCURATELA Y DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES. 2.1. *Definición.* 2.2. *Naturaleza jurídica.* 2.3. *Presupuestos: a) Subjetivos. b) Objetivos.* 3. ANTECEDENTES, CONCORDANCIAS Y TRAYECTORIA QUE SIGUIÓ LA SECCIÓN PARA RECIBIR LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO Y, POR ENDE, RECONOCER LA AUTOCURATELA. 4. LA AUTOCURATELA COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DEL FUTURO BENEFICIARIO. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS PERSONALES, CONTENIDO, FORMA, PUBLICIDAD Y EFECTOS. 4.1. *Elementos personales.* 4.2. *Forma de la declaración: La escritura pública.* 4.3. *Contenido de la declaración: lo imperativo y lo dispositivo.* 4.3.1. En general para la curatela. Su aplicación o no a la autoguardianía. 4.3.2. Carácter imperativo o dispositivo del artículo 285 para la autoguardianía. 4.3.3. En relación a las personas. Prioridad de la declaración. La persona jurídica como curador. 5. EL VÍNCULO INSTITUCIONAL DE LA AUTOCURATELA. NOMBRAMIENTO DE CURADOR 6. PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD DE LA AUTOCURATELA. 6.1. *Consideración general.* 6.2. *Referencia al debate.* 6.3. *Publicidad y Registro Civil.* 6.4. *Publicidad y Registro de la Propiedad.* 6.5. *¿Publicidad en otros registros de bienes?* 7. AUTOCURATELA Y CONTIENDA JURISDICCIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio trata de exponer y analizar la figura jurídica de la autotutela en el Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de Discapacidad, (en adelante Anteproyecto), elaborado por las Secciones primera y quinta de la Comisión General de Codificación¹.

Se dedica a esta figura de modo directo una subsección 1ª con la rúbrica «de la autotutela», dentro de una sección 2ª rubricada «de la autotutela y nombramiento del curador»; situada en el Capítulo IV «De la tutela»; en el Título XI del Libro I del Código Civil que se titula «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Comprende los artículos 269 al 272 correlativos e inclusive.

Cuento con los trabajos preparatorios y con el Texto de la Propuesta de Anteproyecto; el contenido de las deliberaciones del Pleno de la Sección 1ª está recogido en las Actas de los Plenos.

2. CONCEPTO DE LA AUTOTUTELA Y DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

La rúbrica que precedía al borrador de la ponencia decía «Designación y organización voluntaria de la tutela» que incluía, además de la autotutela, las designaciones propuestas por los padres para sus hijos menores o para los mayores sometidos a su guarda. Suprimida en el texto definitivo, la patria potestad prorrogada y trasladado a otros puntos de su articulado la propuesta de tutela formulada por los padres, queda esta subsección concretada a la «autotutela» a propuesta del eventual beneficiario de tal medida de apoyo.

2.1. Definición

¹ Agradezco a la Revista de Derecho Civil la invitación a participar en este trabajo colectivo que nos permite contribuir a dar a conocer el estado del proceso prelegislativo, que debe ser transparente y participativo, a fin de que la Ley tenga el máximo consenso social que la dote de equilibrio, y garantice su permanencia.

Aun sabiendo que toda definición es peligrosa, vale la pena intentarlo, al menos, a efectos dialécticos. Podemos adoptar una definición comprensiva de dos manifestaciones de la institución: a) como declaración de voluntad; b) como situación jurídica «salvaguardia» (art. 12 de la Convención) o «medida institucional de apoyo» en la terminología del Anteproyecto.

a) Como declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (artículo 269 CC) o habilitado de edad (artículo 244 CC), que en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 CC) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 CC), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 CC).

b) Tal declaración de voluntad vincula a la autoridad judicial y genera una situación jurídica, de conformidad con la extensión y límites de la resolución judicial que constituya la curatela, regulada por las disposiciones del declarante, por lo declarado en la resolución judicial y lo establecido por la ley con carácter imperativo o dispositivo.

2.2. *Naturaleza jurídica*

Esta compleja naturaleza, declaración de voluntad-resolución judicial-ley, caracteriza a la autocuratela como una medida de apoyo institucional, dentro de la curatela, pero dotada de su propia regulación (artículo 249 CC).

Uno de los ejes de la reforma es la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad, quedando su función limitada a «los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad» (artículo 199). La institución tutelar que tiene funciones preferentemente asistenciales y representativas, es difícilmente aplicable a las personas con discapacidad, para las cuales, la Convención de Nueva York, suscrita por España y que ya forma parte del Derecho interno de nuestro país, otorga todos los derechos y deberes derivados de su personalidad y capacidad jurídica como titular de sus derechos fundamentales. De ahí que la reforma haya optado por eliminar el instituto jurídico de la incapacitación, y adopte un sistema de medidas de apoyo.

Las figuras institucionales citadas en el artículo 249, conviven con otras medidas de apoyo como los poderes y mandatos preventivos regulados en el Capítulo II, artículos 254 a 260, que se mantienen en un ámbito privado. Me llama la atención que el

artículo 249 valore la guarda de hecho como institucional, y quizá debiera ser objeto de revisión; fue sin duda un reconocimiento legal a un hecho real.

El carácter institucional de la curatela como salvaguardia o medida de apoyo, no es una mera declaración retórica sin contenido real, sino que tiene un desarrollo coherente en el texto del Anteproyecto. Es clarificador reflexionar sobre la diferencia de naturaleza con una figura afín como es la de «los poderes y mandatos preventivos» regulados en el Capítulo II del título XI. Tales poderes o mandatos preventivos son declaraciones de voluntad que despliegan todos sus efectos como un negocio jurídico, sin más que acreditar el hecho que los motiva.

A diferencia de tales poderes o mandatos, la declaración de voluntad de la autocratela es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que constituya la curatela, nombre o excluya a determinada persona como curador, determine su régimen orgánico y funcional, conforme a la propuesta vinculante del declarante (proyectados artículos 269.1 y 3, y 270 CC).

Si bien tiene carácter vinculante para la autoridad judicial, sin embargo, corresponde a la misma: nombrar al curador, calificar la aptitud del propuesto e incluso «podrá prescindir total o parcialmente de las mismas (propuestas) de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela, o por el Ministerio Fiscal, y siempre por resolución motivada, si existen circunstancias graves, desconocidas por quien las estableció o la alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones» (artículo 270 CC).

Por alambicada que parezca la posición del Anteproyecto, la suscribo íntegramente por las siguientes razones: 1ª. El carácter institucional de la curatela exige el control de la autoridad judicial, lo que la diferencia de las medidas privadas como los poderes o mandatos preventivos. 2ª. Porque el juez español está, como el europeo continental, sujeto a la ley; y si la ley le impone el respeto a la voluntad del que va a ser eventualmente el propio beneficiario, tal voluntad debe ser respetada. 3ª. Porque concuerda con los principios que la Convención de Nueva York expone en su Preámbulo y desarrolla en su texto articulado, números 1 y 12 especialmente, a los que más adelante me referiré.

2.3. Presupuestos

a) Subjetivos de la declaración de voluntad; han quedado expuestos en el punto 2.1 a). Lo peculiar es que el propio beneficiario eventual es quien prevé en plena lucidez un futuro preocupante. Tal previsión cobra actualidad en los casos de enfermedades degenerativas de carácter mental o supuestos de demencia senil.

b) Objetivos. La declaración se realiza «en previsión de que se produzcan algunas de las circunstancias del artículo 248». Es decir, «para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad». Y, añadido, el artículo 249 dice: «La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad».

Tanto la Convención de Nueva York como el texto del Anteproyecto, son imprecisos a la hora de determinar quiénes son las personas con discapacidad que necesitan de tales medidas. El artículo 49 de la Constitución española (CE) dice que «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». Este título es, ni más ni menos, que el Título I de la CE y que bajo la rúbrica «De los Derechos y Deberes fundamentales», comprende los artículos 10 a 55 de nuestra Ley Fundamental. Y a la vista queda la mayor extensión y precisión técnica de la Constitución si la comparamos con la Convención de Nueva York. Fue el texto constitucional el que propició en España, a nivel estatal y autonómico, un desarrollo muy amplio, reflejándose en las reformas de los grandes cuerpos legislativos².

La Convención de Nueva York, nacida en el ámbito universal de las Naciones Unidas, exige una lectura conjunta con la Constitución, porque según el artículo 95.1 de esta, la celebración de un Tratado Internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la revisión constitucional. Antes de acudir a tan extrema medida, precisará una lectura de la Convención desde la Constitución y su congruencia con las disposiciones del Título I. Esta interpretación es la que realizó el TS 282/2009 de 29 de abril de 2009 de la que fue ponente la Excm. Sra. D^a Encarna Roca y que abrió un camino, todavía inacabado, al legislador ordinario.

² Ello puede apreciarse en el Código de la Discapacidad editado por el BOE en dos voluminosos tomos en 2015 y que requerirán una constante reactualización.

Algunos autores han entendido en el tema que nos ocupa, que el artículo 49 CE hace una mención obsoleta entre los que llama disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; sin embargo, tal terminología coincide con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Convención al decir que: «las personas con discapacidad incluyen 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 los demás».

La coincidencia sustancial entre el art. 49 CE con el art 1.2 de la Convención legitima plenamente la solución del Anteproyecto, que no entra en los detalles científicos de tal distinción, sino que desde los tres ámbitos pueden darse los presupuestos de los artículos 248 y 249. Un parapléjico de escasa movilidad, un enfermo mental o una persona de mínima aptitud para comunicarse pueden acceder a tales medidas de apoyo³.

3. ANTECEDENTES, CONCORDANCIAS Y TRAYECTORIA QUE SIGUIÓ LA SECCIÓN PARA RECIBIR LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO Y, POR ENDE, RECONOCER LA AUTOCURATELA

La Convención de Nueva York de 13 de diciembre del 2006, publicada en el ámbito universal de las Naciones Unidas, tanto en su Preámbulo como en su articulado, establece unos principios de obligado cumplimiento por los Estados signatarios, pero tales principios muy generalistas dejan amplio margen a éstos, para desarrollarlos en su Ordenamiento Jurídico Interno de maneras muy diferentes. Así por ejemplo Francia, en Ley 308/2007 de 5 de marzo, optó por la curatela como medida provisional hasta un plazo máximo de cinco años, transcurrido el cual se pasa a la tutela (asistencial y/o representativa); por el contrario, Alemania, por Ley de 1 de octubre de 2013, reformó el BGB, y optó por la figura de la curatela como la más adecuada a los principios del Convenio de 2006. Italia, reformó el Código Civil, Título XII del Libro I, por Ley de 9 de enero del 2004, en clara anticipación a los principios de dicha Convención, sustituyendo su antiguo título que decía: *Dell infirmitá di mente, dell interdizione e dell inhabilitazione*, por una nueva rúbrica, *Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*. Con un capítulo I dedicado a *La Amministrazione di sostegno*; y un capítulo II, rubricado como *Della interdizione, della inhabilitazione e della incapacitá naturale*.

³ Todavía el Código civil italiano sigue hablando del sordomudo que no sabe escribir, como una de las situaciones de incomunicación, que estuvo en nuestro Código hasta su reforma de 1983.

Ha sido la opción alemana por la curatela la que se abrió paso en nuestra doctrina y jurisprudencia, y así, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, declaró que el sistema de incapacitación graduable que adoptó en la práctica el Derecho español desde la emblemática sentencia del Alto Tribunal de 4 de marzo de 1.947, y que fue acogida en la reforma del Código Civil por Ley 13/1983 de 24 de octubre, no era incompatible con las disposiciones de la Convención. Sin embargo, expuso la necesidad de adaptar nuestro Código a la Convención, y sugirió la institución de la curatela como la más conveniente.

Estas ideas se fueron recibiendo en las ponencias que sucesivamente sirvieron de base a las deliberaciones de la Sección 1ª de la Comisión; y si en una primera de dichas ponencias de fecha 30 de junio del 2015, se hacían convivir, como medidas alternativas en el ámbito de las personas con discapacidad, la tutela y la curatela, a lo largo del debate quedó claro el sistema que ha prevalecido en las discusiones de la Comisión.

Por otra parte, los redactores del texto del Anteproyecto tuvieron en cuenta los antecedentes propios del Código Civil en sus reformas de 1981, 1983 y siguientes; y muy en particular, para el tema que analizamos, el antecedente de la autotutela regulado en el artículo 223 CC todavía formalmente vigente, redactado por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre. Ello dio lugar a una copiosa doctrina referida a la autotutela, de la que hago referencia en la nota bibliográfica que precede a este trabajo.

4. LA AUTOCURATELA COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DEL EVENTUAL BENEFICIARIO. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS PERSONALES, CONTENIDO, FORMA, PUBLICIDAD Y EFECTOS

4.1. *Elementos personales*

He anticipado en el apartado 2.1.a), que es el propio beneficiario, el emitente de la declaración de voluntad, una persona física, mayor de edad (empieza a los dieciocho años cumplidos, artículos 238 y 239 CC según el Anteproyecto), o emancipado por concesión de quienes tengan la patria potestad, que requiere la edad, al menos de dieciséis años cumplidos, y que la consienta (artículo 240 CC), o que teniendo dieciséis años viviera independiente de sus progenitores con el consentimiento de éstos (artículo 242 CC), o por concesión de la autoridad judicial en los supuestos del artículo 243 del texto propuesto. A tales supuestos mencionados expresamente en el proyectado artículo 269, habría que añadir también el menor habilitado de mayoría de edad, por concesión judicial (previsto artículo 244).

Una cuestión a tratar es el carácter personalísimo de esta declaración; es decir, que no puede ejercerse por delegación. Cuando se otorga por testamento (como es un supuesto frecuente) el carácter personalísimo resulta de la normativa testamentaria, en especial el vigente artículo 670 del CC al decir que «el testamento es un acto personalísimo; no podrá su formación, en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por comisario o mandatario». Pero, al permitir el Anteproyecto la forma «escritura pública» (sea o no testamento), surge el problema de si tal escritura podría otorgarse por representación.

El artículo 272 sale al paso de esta cuestión diciendo que, «Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada». Esta norma es literalmente la propuesta por la ponencia en el art. 7 de su texto. Con arreglo a estos antecedentes es correcto entender que, a *contrario sensu*, se manifiesta en la norma el carácter personalísimo de tal declaración de voluntad. Pero, a mi entender, no estaría de más que el artículo 272 comenzara con la frase «Las declaraciones a que se refieren los artículos anteriores deberán ser emitidas con carácter personalísimo por los propios legitimados. No obstante (...)». Dado que el carácter personalísimo de una declaración tiene naturaleza excepcional, es prudente que el legislador evite posibles litigios.

4.2. *Forma de la declaración de voluntad o propuesta del emitente y eventual beneficiario*

4.2.1. El artículo 269 exige la forma de escritura pública

No es cosa de extenderme en definir una forma tan consolidada por la Historia, las fuentes legales desde la Ley del Notariado 28 de mayo de 1862, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como su desarrollo reglamentario y su arraigo jurisprudencial. Baste decir, en el tema que nos ocupa, que es adecuada para la seguridad jurídica preventiva, en lo referente a los títulos jurídicos de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; cumple además con los principios constitucionales de seguridad jurídica y con los principios que en la misma línea mantiene la Convención de Nueva York en su artículo 12, cuando al anunciar las medidas de salvaguardia, previene los sistemas de control jurisdiccionales y públicos para hacerlos efectivos.

Si bien en la práctica tales declaraciones de voluntad adoptaron la forma testamentaria, la extensión a toda forma de escritura pública no testamentaria, permite mantener al testamento, en vida del testador, en el ámbito de la confidencialidad; mientras que una escritura pública de propuesta de medidas de apoyo, puede desplegar sus efectos en vida del proponente, sin revelar la intimidad de sus demás disposiciones testamentarias y acceder por sí sola a los Registros Públicos.

4.2.2. Tiempo

El artículo 269 CC párrafo final del texto del Anteproyecto dice que: «Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada del apoyo». Esta norma concuerda con la propuesta de la ponencia, y sin duda está fundada en evitar la concurrencia de dos procedimientos contradictorios, resolviendo la cuestión por un puro principio de prioridad.

En la ponencia se proponía que «antes de establecer las medidas de apoyo o guarda pertinentes, el Juez recabará certificación del Registro Civil a efectos de comprobar si existen las disposiciones (de los artículos 266,267 y 268)». Es decir, se trataba de evitar un conflicto de iniciativas contradictorias y se optaba en la ponencia por dar prioridad al factor tiempo, que se antepone al criterio, a mi juicio, más razonable de priorizar la «autocuratela» sobre cualquier otra iniciativa.

4.3. *Contenido de la declaración de voluntad: lo imperativo y lo dispositivo*

4.3.1. En general para la curatela. Su aplicación o no a la autocuratela

Conforme al proyectado artículo 269 CC, su contenido legalmente posible es «...proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (...) podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo».

Pero antes de seguir adelante debemos abordar una cuestión previa, a saber:

4.3.2. Lo imperativo y lo dispositivo de las normas que el Anteproyecto propone para la curatela en general, ¿en qué medida afectan a la autocuratela?

La ponencia añadía el siguiente texto: «No serán eficaces las disposiciones que contravengan las normas imperativas establecidas en este título». Y explicaba en su texto la razón de esta norma: «Este apartado deberá revisarse cuando tengamos el texto de la curatela. Lo hemos incluido por considerar conveniente recoger expresamente los límites de la autonomía de la voluntad».

Lo cierto es que tanto la subcomisión encargada de redactar la ponencia de la curatela, como en las deliberaciones del Pleno, no se planteó directamente la cuestión del carácter imperativo o dispositivo de sus normas. Sino que el debate se centró en torno a los poderes de la autoridad judicial, mostrando dos opiniones: una, la de dejar al criterio del juez lo más conveniente; es decir, «el traje a medida» que acuñó la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril del 2009. Y otra, más acorde con los principios del Derecho europeo continental, que parte de la base de un juez sometido a la ley y que, por tanto, exige al legislador establecer con toda claridad la norma a seguir; la ponencia de la subcomisión resolvió con un acuerdo transaccional que sería mantenido en sus líneas básicas por el Pleno. Así que se soslayó el debate sobre el carácter imperativo o dispositivo de tales normas.

Por ello, a efectos dialécticos y limitándome a los puros términos de la «autocuratela», lo que corresponde tratar es si conforme al artículo 269 propuesto, debe prevalecer, en todo o en parte, la voluntad del declarante, sobre las normas que, con carácter general, establece la ley para el curador, quedando la normativa general como supletoria y por tanto de carácter dispositivo.

Mi propuesta es la defender la prevalencia de la voluntad del declarante en la autocuratela, sobre el régimen general, como principio. Con excepciones precisas y concretas que deberán constar en la resolución de la autoridad judicial. Las razones en las que me fundo son las siguientes: 1ª. El texto del artículo 12.4 de la Convención cuando dice: «Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...» 2ª. Que el artículo 269 propuesto es puro desarrollo de tal criterio. 3ª. Que concuerda tal artículo con la regulación de la curatela; así existe concordancia del 269 en la designación de la persona o personas física o jurídicas (artículo 274) y en la prioridad al excluir a personas determinadas (artículo 273.1º); también hay concordancia del artículo 269 con el 280 en materia de cuidado de la persona, contacto personal, desarrollo del proceso de toma de decisiones; finalmente se produce

concordancia con el artículo 279 en materia de retribución y con el artículo 283 relativo a la formación de inventario.

Por el contrario, las excepciones al principio dispositivo estarían fundadas en los siguientes criterios: «conflicto de Intereses», «influencia indebida», «falta de proporcionalidad», «falta de adaptación a las necesidades de la persona», «que se apliquen más allá del plazo más corto posible», «que están sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial». «Que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» (artículo 12.4 de la Convención).

Estas exigencias del artículo 12.4 de la Convención, sí suponen que cuando se propone por el declarante un sistema alternativo al legal, debe cumplir con las exigencias que con carácter imperativo impone la Convención que es ya parte del ordenamiento jurídico interno de España.

Sobre el carácter imperativo o dispositivo del proyectado artículo 285, relativo a la necesidad de autorización Judicial y otras formalidades para determinados actos, cabe decir que el artículo 269 autoriza al declarante para establecer las reglas de administración y disposición de sus bienes ¿Queda o no vinculado en su propuesta para prescindir de la autorización judicial y demás formalidades del artículo 285 según el Anteproyecto? Nótese que este artículo 285 exige también la autorización judicial para actos referentes al cuidado de la persona que sean de especial transcendencia, como el internamiento.

La exigencia de autorización judicial en los términos previstos por dicho artículo no procede de las medidas de salvaguardia de la Convención de Nueva York, aunque sí es compatible con sus principios, sino que es fruto de la evolución (tortuosa) de nuestro Derecho interno, que brevemente expongo.

El Código Civil, en su versión de 1889, exigió la autorización judicial previa al padre, y en defecto a la madre, para enajenar o gravar los inmuebles del hijo, solo por causas justificadas de utilidad o necesidad (164). Sin embargo, el artículo 1060, en tal versión de 1889, dispuso que cuando el menor sometido a la patria potestad estuviera representado por el padre o por la madre, no precisaría para los actos de partición de la herencia (y, por ende, a los de división de la cosa común) ni la intervención ni la aprobación judicial. La jurisprudencia para los actos dispositivos y particionales realizados por el defensor judicial exigió la aprobación judicial (no la autorización previa), basándose en el artículo 1049 de la LEC de 1881; para los incapacitados representados por el tutor, el artículo 269 CC exigió autorización del Consejo de Familia

para tales actos y otros que enumera, incluso para proceder a la división de la herencia o de otra cosa que el menor o incapacitado poseyere en común.

El Código Civil en su versión de Ley 13 de mayo de 1981, en su artículo 166, exigió la previa autorización judicial a los padres, para enajenar o gravar bienes inmuebles de los hijos sujetos a la patria potestad, pero la amplió a establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (salvo el derecho de suscripción preferente), o renunciar derechos. Y en el 1060 mantuvo la no necesidad de la intervención ni aprobación judicial para los actos particionales en los que los hijos estuvieren representados por sus padres; porque si lo estuvieren por el defensor judicial, seguía siendo de aplicación el 1049 de la LEC de 1881 que exigía la aprobación judicial (posterior al otorgamiento, porque la previa autorización judicial está subsumida en la decisión de nombrar al defensor); norma que seguía vigente hasta la publicación y entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Fue la Ley 41/1983, que modificó el sistema de tutela de familia, por tutela de autoridad, la que eliminó el protutor y el consejo de familia y sustituyó las autorizaciones de dicho órgano por la autorización judicial en el artículo 271 CC (todavía vigente, con algunos cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero, Ley del menor). Por lo que se refiere al 1060, siguió experimentando modificaciones, la última de ellas (que va a ser la penúltima) por la Ley 15/ 2015 de jurisdicción voluntaria que da la siguiente redacción: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

En otro trabajo dije que ésta no iba a ser la última modificación del artículo 1060 CC⁴. Y, en efecto, todos estos artículos son de nuevo reformados en el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación. Se respeta el artículo 166 CC, en su versión de la Ley 13 de mayo de 1981, relativo a la enajenación de bienes de los menores sujetos a la patria potestad. Pero en materia de tutela de menores o curatela de personas con discapacidad se propone un artículo, el artículo 285 CC, según este Anteproyecto, que dispone para «el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que

⁴ «Los artículos 1057 y 1060 del Código civil vistos desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria» *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, nº 2, abril-junio 2016, págs. 127/145

determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: (...)». Este artículo se inspira en el todavía vigente 271 CC, pero incluye otros requisitos, como la de exigir la pública subasta para la enajenación de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y otros bienes que cita en el párrafo 2º de dicho artículo propuesto por el 285 del Anteproyecto.

La sanción al incumplimiento de estos requisitos conlleva la nulidad, si bien en su versión mitigada de la nulidad relativa o anulabilidad del Capítulo VI, del Título II (en sede de los contratos) del Libro IV del Código Civil, al que el Anteproyecto da nueva redacción

Toda esta reflexión se hace para confirmar lo que es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia en base a los antecedentes citados, es decir, que los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo incumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad.

Y aquí renuevo mi pregunta inicial, sobre si, puesto que el artículo 269 autoriza al declarante para establecer las reglas de administración y disposición de sus bienes; ¿queda o no facultado en su propuesta de autotutela para prescindir de la autorización judicial y demás formalidades del 285 de la Propuesta?

Si la propuesta de la CGC fuera ya texto Legal promulgado, podríamos encontrar buenos argumentos para las dos tesis opuestas, lo cual ya es preocupante en términos de seguridad jurídica. Pero como estamos en fase prelegislativa, todavía tenemos tiempo para dejar claros los términos en que deba estar redactada la ley. Así que, con todo respeto, y a efectos dialécticos, me atrevo a proponer las siguientes conclusiones:

1ª.- Que, en el régimen común de la tutela, rige el artículo 285 como norma de carácter imperativo.

2ª.- Que en el régimen especial de la autotutela el artículo 285 rige con carácter supletorio.

3ª.- Que al amparo del artículo 269 el proponente (que no olvidemos que es la persona que en plena lucidez trata de prevenir un futuro preocupante en materia de discapacidad), «podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela y, en especial, sobre el cuidado de la persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo».

4ª.- Que el artículo 269 debería contener al final de su párrafo con un texto similar a éste: «Las disposiciones otorgadas según lo dispuesto en los párrafos anteriores tendrán preferencia sobre las normas que establece este Código con carácter general, en las Secciones segunda y tercera de este Capítulo».

5ª.- Que corresponde a la jurisprudencia preventiva y a la autoridad judicial organizar el régimen alternativo, en el que deberán tenerse en cuenta los principios y disposiciones del artículo 12.4 de la Convención. Es decir, que las «salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (lo que justifica la posición que propongo); también y según la misma norma establecer los criterios que tal solución alternativa debe respetar. Es decir, «que no haya conflicto de intereses», «ni influencia indebida», «que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona», «que se apliquen en el menor plazo posible» y que están sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial».

4.3.3. En relación a las personas. Prioridad de la declaración. La persona jurídica como curador.

La regla general en este punto ha de ser la prioridad de la declaración del propio afectado en la autotutela en lo relativo a la designación o exclusión de la persona del curador. Ello resulta de los términos generales del artículo 269: «proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador». Esta norma viene confirmada por el encabezamiento del artículo 274: «La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien éste hubiere delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 270». Tales son «circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

Ello me lleva a pensar que el artículo 273 es una norma de carácter dispositivo, al menos en lo que se refiere a su párrafo segundo: «La autoridad judicial no podrá nombrar curador, por incurrir en causa de inhabilidad, a las siguientes personas: 1º. A quien haya sido excluido por la persona necesitada de apoyo. 2º. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 3º. A quien tenga conflicto de intereses con la persona necesitada de apoyo. 4º. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona».

Lo que sucede es que la autoridad judicial solo podría evitar el nombramiento como curador en los términos que le circunscribe el artículo 270, es decir: «No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por la Ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y siempre por resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

¿Quiere decir que si el declarante y destinatario de la autocuratela conocía al tiempo de su declaración tales circunstancias, la autoridad judicial queda vinculada por tal declaración y debe nombrar curador a las personas designadas? Parece que sí, pero la propia norma 273 en su inicio dice lo siguiente: «Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función».

Es evidente que este conjunto normativo es fruto de una transacción entre dos posturas opuestas. La de conceder plenos poderes al juez, y la contraria de sujetarle a la ley. La ambigüedad del legislador solo puede conducir a la inseguridad jurídica. Y con respeto al fundamento de estas opiniones, el legislador deberá optar, y en el caso de la propuesta de la autocuratela definiendo la postura del artículo 270. Por tanto, propongo que el artículo 273 contenga una referencia explícita al procedimiento y causas de la denegación total o parcial de la propuesta de declarante y eventual beneficiario, tal como se expresa en el artículo 270, ambos comprendidos en el texto del Anteproyecto.

Quizá el único elemento imperativo del proyectado artículo 273 CC es el requisito de la mayoría de edad que debe ostentar la persona designada como curador.

Sobre la posibilidad de nombrar a más de un curador y sobre los requisitos que debe reunir la persona jurídica para ser curador, son pacíficos y no suscitan controversia los temas referentes a la posibilidad de nombrar más de un curador (artículo 269 CC) y la posibilidad de nombrar sustitutos. «Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el nombrado en primer lugar» (artículo 271). Y, conforme con la regulación general de la curatela, cabe que «la autoridad judicial podrá nombrar a más de un curador si la voluntad y las necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando en lo posible la voluntad del necesitado de apoyo» (artículo 275).

Sin duda suscitará controversia la aptitud de la persona física llamada a la curatela. A este respecto el artículo 272 dice que podrán ser curadores «las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de la función». Aquí se produce una corrección del antecedente del 241 CC, todavía vigente que dice: «Podrán ser tutores las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes».

¿Cuál es el ámbito de la discrecionalidad del juez en tal juicio de aptitud? ¿en qué medida está vinculado el juez por las causas de inhabilidad que menciona el artículo 273? Esta es una cuestión a tratar con carácter general en el comentario a la curatela. Pero en el supuesto de la autocratela que estamos analizando, está claro que la autoridad Judicial está limitada en su apreciación por la propuesta vinculante del futuro beneficiario, y solo podrá separarse de ella en los términos y por el procedimiento previstos en el artículo 270.

Una cuestión fundamental es la de solventar qué requisitos debe tener la persona jurídica para ser curador. Al respecto, el proyectado artículo 273 CC dice: «Podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad». Este artículo concuerda con otro de contenido similar para el cargo de tutor, que es el 212 que dice: «Podrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores»⁵.

A lo largo del tiempo, casi tres años, que ha estado este texto en deliberación dentro de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, he tratado de convencer a mis ilustres colegas, que suprimieran los dos requisitos citados «sin ánimo de lucro» y «finalidad específica de protección y asistencia, sea de menores para el tutor o de personas con discapacidad para el curador». Podría decir que obligar a una persona con discapacidad a que su patrimonio lo gestione imperativamente una ONG no me parece una decisión prudente del legislador; y no daré como un argumento la calificación o descalificación de estas instituciones del Tercer Sector, que merecen todos mis respetos. Se trata simplemente de una cuestión de confianza de la persona discapacitada en la persona que ha de gestionar o asistir tanto a sus asuntos personales

⁵ El origen de esta norma está en el artículo 242 del todavía vigente CC, redactado por la Ley 13/1983 de 28 de octubre que dice: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados».

como patrimoniales. Por ello llegué a realizar propuestas escritas, a la manera de enmienda y voto particular, en dos sesiones plenarios⁶.

En febrero del 2017, y dentro de la subcomisión que se designó al efecto para redactar la ponencia sobre la curatela de las personas con discapacidad, propuse la supresión en términos generales de esos dos requisitos, «que no tengan finalidad lucrativa» y que incluyan entre sus fines «la promoción y asistencia de las personas con discapacidad». Entonces dejé dicho por escrito: «Tal restricción (sin finalidad lucrativa y mención expresa en el objeto social), supone un error y, a veces, una hipocresía. Pienso en el caso de personas jurídicas que ejerzan profesionalmente funciones de guarda y custodia, gestionen patrimonios financieros, inmobiliarios e incluso sociedades personalistas en las que los recursos patrimoniales de sus propietarios sean atendidos especialmente; y pienso, también, que la restricción propuesta en los dos citados artículos del Anteproyecto, excluiría a aquellas entidades que ejercen la responsabilidad social corporativa, directamente, o a través de otras participadas por ellas. Lo importante es que, si llegan a ser nombradas curadores, porque simplemente gozan de la confianza del propio beneficiario de su gestión, estén sujetas a un estatuto de control, sea administrativo o jurisdiccional independiente, tal como prevé el 12.4 de la Convención para tales salvaguardias o medidas de apoyo.

Las razones que invoqué de modo sumario siguen vigentes y aprovecho esta nota para respetar el criterio mayoritario, pero reiterar mi disenso, y que tiene estos fundamentos, que, si bien los defiendo en términos generales, resultan mas decisivos en los casos de autocuratela: 1ª. Si ante la petición de un ciudadano de proponer como curador a una persona jurídica, sea para la guarda de su persona, o sea para la administración o disposición de sus bienes; si el Notario o jurista le responde con la literalidad de los términos del Anteproyecto de referencia que le impone sea una entidad del Tercer Sector, es decir una ONG, lo más probable es que decline en su propósito, por su falta de confianza. Y si el profesional le sugiere que acuda a la vía alternativa privada (los poderes o mandatos preventivos) lo hará como sucedáneo de una institución como la curatela, de nombramiento judicial y control público. 2ª. Resulta sorprendente que esa ONG, supuestamente sin ánimo de lucro, nombrada curador, tenga derecho conforme al artículo 279 del Anteproyecto a una retribución. 3ª. Tales exigencias no proceden del texto del artículo 12.4 de la Convención; que

⁶ Lleva dicho voto fecha 28 de septiembre del 2017. «Artículo 212. Podrán ser tutores las personas jurídicas que habrán de cumplir con el sistema de registro y control previsto por el instituyente y, en su defecto, por la Ley». «Artículo 262. Podrán ser curadores las personas jurídicas, que habrán de cumplir con el sistema de registro y control previsto por el instituyente y, en su defecto, por la Ley». Motivé el Voto Particular en el hecho de haberlo defendido en la Subcomisión designada al efecto para proponer la ponencia, y también en el Pleno de la Sección.

prima como principio el que «Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona». Ello autoriza al legislador del Estado Español, al regular la autocratela, a establecer la norma, ya estudiada del artículo 269 del Anteproyecto al decir que «podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador» y que «Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de la persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como promover a las personas que hayan de llevarlas a cabo». 4ª. Lo que sí exige el 12.4 de la Convención es que tal régimen jurídico propuesto por el propio beneficiario en el caso de la autocratela, respete las líneas rojas que pone como principios imperativos, según ha quedado ya expresado. Es decir: a) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; b) que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; c) que se apliquen en el plazo más corto posible; d) que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. 5ª. De prosperar una solución como la del texto de la Propuesta que impide ser curador a las personas jurídicas que no cumplan los dos expresados requisitos, no tendrá más remedio el otorgante que ir a la solución alternativa más afín, para dar satisfacción a las necesidades de la persona que solicita el auxilio de la jurisprudencia preventiva; concretamente acudirá a «Los poderes y mandatos preventivos», previstos en el Capítulo II del Título XI del Libro I del CC, todo ello regulado en los artículos 254/260.

El análisis de este capítulo corresponde a otros autores de este trabajo colectivo, por tanto, solo me referiré a aquellos puntos que tienen relación con la autocratela. Con cuya institución guardan las siguientes semejanzas y diferencias: a) ambas figuras se asemejan en ser una declaración de voluntad de una persona en previsión de una futura discapacidad (artículos 255, poderes; 289.1, autocratela); b) la declaración de voluntad en la autocratela es solamente una propuesta que deberá ser refrendada por la autoridad judicial; si bien una propuesta vinculante que solo podrá ser rechazada en los casos y por el procedimiento establecidos en el artículo 289.2; c) el poder o mandato no requiere un refrendo o nombramiento por la autoridad judicial; si bien «para acreditar que se ha producido la necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de las previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido» (artículo 255); d) en ambos casos el control jurisdiccional por la vía contenciosa basado en causa legal, tiene como fundamento el artículo 24 CE.

Pero la precariedad de la figura de los poderes o mandatos preventivos, se pone de manifiesto en el artículo 256 al establecer que «cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador, si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas de remoción del curador». Y más todavía el proyectado 257 CC «Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen jurídico de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

En la subcomisión sobre los poderes o mandatos preventivos que hizo la propuesta me manifesté en contra de esta norma. No es momento de tratar este tema que dejo apuntado. Solo quiero resaltar que el poder preventivo, como sucedáneo para introducir a la persona jurídica para eludir las dos limitaciones que la inhabilitan como curador, es de una gran precariedad en el texto del Anteproyecto.

En mi opinión, algunos ejemplos del Derecho comparado nos ponen en el camino a seguir. En los países de tradición jurídica anglosajona, las iniciativas de autogestión de la discapacidad se han instrumentado a través de la versátil institución del *trust*. En su virtud, el propio beneficiario en plenas facultades, o quien ejerza su asistencia o representación, contrata con otra persona física o jurídica la prestación de los servicios de acogida, asistencia, administración, disposición de sus bienes. Y el fiduciario o *trustee*, puede ser una persona física o una persona jurídica, sea Institución filantrópica o profesional. La figura del *trust* puede en los distintos sistemas o dejarse al puro juego liberal del *Laissez faire, Laissez passair*; someterse a distintos controles administrativos o jurisdiccionales en su constitución, publicidad o ejercicio de sus funciones. Hoy los países signatarios de la Convención de Nueva York deberán asumir los principios y controles que dicho Tratado les exige.

En los países europeos continentales el *trust* se ha abierto camino progresivamente a través del contrato de mandato. Pero también cabe su instrumentación, con diferencias, por medio de las Instituciones de tutela, curatela, administrador, guardador de hecho, etc.

Francia, ha adaptado su Código civil a las exigencias de la Convención de Nueva York por Ley 2007/308 de 5 de marzo del 2007. Reformando los Títulos X (Minoría de edad, emancipación y tutela de menores), el título XI (De la mayoría y de los mayores protegidos por la Ley); el título XII (De la gestión del patrimonio de los menores y mayores en tutela) y el título XIII (de los contratos civiles de solidaridad y concubinatio).

En una Sección V del Título X regula «El mandato de protección futura», equivalente al sistema propuesto por el Anteproyecto en el apartado de «los poderes y mandatos preventivos». El artículo 480 admite como mandatario la persona física o jurídica propuesta por el mandante (futuro beneficiario), y para la persona jurídica, establece como único requisito que figure en la lista de los mandatarios judiciales (480 CC en relación al 471.2 del Código de Acción Social de las Familias). Para los cargos de tutor y curador el *Code* habla simplemente de personas, sin distinguir entre la física y la jurídica. Si bien es preciso reconocer que se ha mantenido el sistema tradicional de «Tutela de Familia», basado en el Consejo de Familia, Tutor y el equivalente a nuestro antiguo Protutor. Ello no impide que ante la nueva situación de la familia (en Francia como en el resto de Europa) los sistemas de designación de estos cargos, pasen por las personas jurídicas, sean estas filantrópicas o profesionales. Tarea que en el futuro ha de discernir la doctrina, la jurisprudencia y la práctica jurídica. Mantener un sistema de tutela de familia, cuando la situación sociológica de la familia es variopinta y muy distinta a la que lo fundamentó, es muy discutible.

En Alemania, el BGB, en su versión actualizada a fecha de 1 de octubre 2013, se configuran tres figuras de protección que en lengua inglesa se denominan *Guardianship*, *Legalcuratorship* y *Custodianship*. Están reguladas por los títulos 2 y 3 del Libro 4. Son de nombramiento por la autoridad judicial, si bien se admite la propuesta del futuro beneficiario y la posibilidad de que sea una persona jurídica. Así resulta de los párrafos, 1897, 1900 y 1915 BGB, entre otros. Sometidos a medidas de control privadas e institucionales de tipo administrativo o jurisdiccional.

Suiza modificó su Código Civil por Ley de 19 de diciembre del 2008. Concretamente el Libro Segundo, Parte Tercera, artículos 360 al 456, correlativos e inclusive. Además de nueva redacción a numerosos artículos del resto del Texto, para adaptarlos (con puntualidad suiza) a la Convención del 2006.

Comienza tal reforma, regulando en el artículo 360 y ss. el «Mandato por causa de inaptitud»,⁷ (que puede ser encomendado a una persona física o moral, en forma ológrafa o auténtica (361)), y sometido al control de la Autoridad de Control del Adulto (361/364) y que se rige por las normas generales del contrato de mandato (363) y por las especiales de los artículos 363/369 del Código Civil. Es en este capítulo, donde incluye la regulación del mandato con directrices anticipadas sobre cuestiones médicas (370/373). Incluye en un capítulo segundo, el ejercicio por el cónyuge o pareja, de las medidas urgentes (374/376) y las urgentes en materia sanitaria (377/381) y las

⁷ Traduzco literalmente y no digo ineptitud que sería peyorativo.

correspondiente a la persona con discapacidad residente en un establecimiento médico-social (382/387). Entre las medidas a tomar por la autoridad de protección al adulto, está la curatela. En sus dos modalidades de asistencia y de representación; la primera requiere consentimiento de la persona protegida. El artículo 400 requiere que sea persona física. Pero el 401 establece: «Cuando una persona *concernée* (concernida, es decir, eventual beneficiaria de la medida de protección) propone una persona como curador, la autoridad de protección del adulto accederá a su deseo en tanto que la persona propuesta reúna las condiciones requeridas para la aceptación de la curatela».

Es decir, el sistema suizo admite se tengan en cuenta la propuesta del beneficiario; delega en la autoridad judicial su nombramiento y, en principio, limita a la persona física la función de curador. La persona jurídica solo puede entrar como curador, a propuesta de persona legitimada y por decisión judicial.

Italia, en su Código reformado, no distingue entre persona física o jurídica como ejecutor de las medidas reguladas en los capítulos I y II del citado título XII del mismo. Por lo que queda abierta en la práctica su extensión y alcance, si bien sujeta a los controles previstos por el Decreto del Presidente de la República de 4 de octubre 2013.

Este panorama, tan sucintamente expuesto, pone de relieve algunos datos: que una persona puede prevenir su futuro de discapacidad, bien a través del *trust* o mandato; bien a través de proponer a la autoridad la organización y funcionamiento de la curatela o de la tutela; y que por medio del mandato puede nombrar a personas físicas o jurídicas, sean éstas entidades filantrópicas o profesionales. Que, en el ámbito institucional de la tutela o curatela, si bien la tradición es de personas físicas, solo en el Código suizo se precisa este carácter, y con reserva de que el beneficiario pueda proponer a una persona física o jurídica; mientras que en la mayor parte de los ordenamientos, se limitan a decir «personas», lo cual abre el camino a una *praxis* que extienda a los cargos institucionales lo que ya de hecho funciona para los mandatos o poderes preventivos. Lo que no he visto en ningún Código, es que, en el caso de las personas jurídicas, se limite la facultad de ser tutor o curador a las entidades filantrópicas. Es muy oportuno que éstas puedan ocupar tales cargos, pero no lo es el que se cierre el paso a entidades profesionales que lo pueden ejercer con ética y eficacia. Eso sí, quien se dedique a estos menesteres, estará sujeto a los controles públicos o privados instituidos por las Leyes o por la voluntad del proponente.

Como conclusión a este apartado del contenido de la propuesta vinculante del futuro beneficiario, he de decir que la llamada jurisprudencia cautelar tiene que afrontar un gran reto para organizar esta figura con precisión, tomando como base el título primero de la Constitución Española, la Convención de Nueva York, y adaptando nuestra

tradición jurídica a las exigencias de los nuevos tiempos. Ello supondrá en muchos casos asumir como supletorio el régimen legal; pero queda un amplio campo para prevenir un régimen jurídico a la medida de las necesidades del propio beneficiario que la propone. Esto no significa el retornar a un sistema de tutela o curatela de familia, dado que los poderes públicos no pueden abdicar del control institucional de situaciones que por el interés de los beneficiarios y de la sociedad trasciende de la simple autonomía privada. Autonomía privada es hoy mucho más que autonomía de la voluntad privada, está ligado a un vínculo institucional.

5. EL VÍNCULO INSTITUCIONAL DE LA AUTOCURATELA. NOMBRAMIENTO DE CURADOR

Esta cuestión aparece regulada por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en su título II «de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas», en su Capítulo IV «de la tutela curatela y guarda de hecho» (artículos 43 y ss.).

En esta ley tan reciente, el texto de la Comisión General de Codificación, introduce una serie de modificaciones que dan el siguiente resultado conjunto:

a) Competencia territorial: al artículo 43 LJV que dice al Juzgado de 1ª Instancia del domicilio, la Propuesta añade «y, en su defecto, de la residencia» (de la persona con discapacidad); y posibilita que el expediente se adhiera al Juzgado que haya conocido del contencioso, siempre que dicha persona con discapacidad tuviera su residencia en dicho territorio. En otro caso (es decir si la persona con discapacidad no residiera en el territorio que conoció del contencioso), se mantiene la competencia del Juzgado de residencia, pero se establece que se remita a éste «testimonio completo del expediente que anteriormente conoció del mismo, que deberá remitirse en los diez días siguientes a la solicitud». «En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, salvo en los casos de remoción del tutor o curador y la extinción de poderes preventivos, en los que será necesaria la intervención de Abogado» (43.5 LJV).

b) Competencia funcional: el Anteproyecto mantiene el artículo 43 de la LJV, con una alteración que parece solo terminológica, pero que tiene gran calado puesto que implica que la capacidad no se puede modificar, alteración que afecta al resto de la Ley, al sustituir la expresión «proceso judicial para modificar la capacidad de una persona», por «se aplicará lo dispuesto en esta sección para la constitución de la tutela y para el nombramiento de curador cuando, por cualquier causa, haya decaído el nombrado en un proceso de provisión de apoyos».

c) Tramitación y recursos: el Anteproyecto mantiene el texto del artículo 45 de la LJV, sin mas cambio que el terminológico que supone el sustituir los términos de «capacidad modificada judicialmente», por simplemente discapacidad o persona con discapacidad.

Centrando mis observaciones en lo que es objeto de este trabajo, es decir, la constitución de la curatela en el supuesto de autocuratela, a propuesta del propio beneficiario, quiero resaltar dos puntos en los que insiste la LJV y que vienen a confirmar el carácter vinculante de la propuesta del afectado: 1ª. El artículo 45.3 LJV tras el Anteproyecto quedaría así: «El Juez designará tutor o curador a persona o personas determinadas de conformidad con lo prevenido en el Código Civil». Es decir, me remito a lo expresado en el punto 2 de este escrito. 2ª. Y el artículo 45.4 LJV, tras el cambio propuesto en el mismo Anteproyecto diría: «En la resolución acordando el nombramiento del tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto, salvo que sea otro el interés de la persona afectada».

«En defecto de previsiones o cuando las mismas no fueran establecidas en interés del afectado o no respeten su voluntad, deseos y preferencias, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o del solicitante, en la resolución por la que se constituya la tutela o curatela u otra posterior, el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir del tutor o curador informe sobre la situación del menor o persona con discapacidad y el estado de administración de sus bienes...»

Si bien el legislador en el caso de LJV ha tratado de adaptarse a las normas civiles, el hecho de que éstas vayan a ser modificadas en el supuesto de que el Anteproyecto que venimos comentando llegue a ser ley, puede implicar alguna desviación de la norma procesal en relación a la civil, en un tema delicado como es el de los poderes del juez, y en el caso de la autocuratela, el carácter vinculante de la propuesta. No es la primera vez que la norma civil es corregida por la norma procesal, y que el intérprete desvirtúa su contenido sustantivo. Me preocupa el tema de que el párrafo del artículo 45.4 transcrito pueda ser interpretado en el sentido de que solo es dispositivo para el proponente de las medidas lo relativo a las medidas de fiscalización, y no al resto de las facultades que le atribuyen los artículos 269 y 270 CC, según el Anteproyecto. Creo que es cuestión importante a dilucidar en los futuros trámites de este Anteproyecto.

La redacción de los párrafos 4 y 5 del artículo 45 de la LJV, tienen justificación en el hecho de que en la fecha de su publicación, julio del 2015, no existía todavía el Anteproyecto de reforma del Código Civil en la materia que nos ocupa. Pero a fecha de

hoy y, sobre todo, a fecha de que la reforma del Código Civil entre en vigor, si se precisan de mayores aclaraciones.

Entre la declaración de voluntad del proponente, para el supuesto de una futura discapacidad y la fecha en que tal *conditio iuris*, se produzca, pueden mediar días, meses o años. Y en el procedimiento de constitución de la curatela, deberá atenerse a lo que con carácter general dispone el 249 del Anteproyecto: «La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad».

Por tanto, corresponde al Juez valorar cual es la situación y circunstancias al tiempo de constituir la curatela. Y ello supone, entre otras decisiones, que deberá adoptar: la de si estamos ante una situación de curatela asistencial, curatela representativa, o situaciones mixtas de asistencia y/o representación. A mi modo de ver es conveniente que el artículo 45 LJV establezca como obligatorio que la resolución declare, de modo paladino, qué actos o decisiones puede tomar por si solo el afectado, cuáles precisan de asistencia del curador, y en qué casos será necesario acudir a la curatela representativa. Sin olvidar que debería adoptarse en la resolución judicial o en la ley, cual es el criterio a seguir en los casos residuales no mencionados explícitamente.

Confirma esta opinión el artículo 72 de la Ley del Registro Civil, según el Anteproyecto al decir que «La sentencia dictada en procedimiento de prestación de apoyos, así como la resolución que la deje sin efecto, se inscribirán en el Registro individual del afectado; la inscripción expresará la extensión y límites de la prestación de apoyo, así como la persona o personas encargadas de prestarlo, según la resolución judicial».

No es objeto de esta reflexión las relaciones de la LJV con el régimen legal orgánico y funcional de la curatela, que será objeto de análisis por otros autores en este trabajo colectivo, pues me limito a las peculiaridades de la autocuratela. Pero si es necesario dedicar un apartado al Artículo 51 bis de la LJV, cuya introducción realiza el Anteproyecto, relativo a la «Revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente». Se trata de una exigencia del artículo 12.4 de la Convención del 2006. Para dar cumplimiento a esta exigencia de la Convención, el Anteproyecto de la CGC propone un artículo 51 bis, cuyos principios básicos son:

1. Que la revisión periódica deberá hacerse en el plazo y forma que disponga «la sentencia» que las haya acordado; en todo caso en el plazo máximo de tres años.

2. Que requieren informe pericial elaborado por facultativo designado por el Tribunal; dando traslado de las actuaciones al Curador y al Ministerio Fiscal.

3. Cuando se constatare la existencia de circunstancias sobrevenidas que pudieran dar lugar a la desaparición o modificación de las medidas de apoyo adoptadas, se pondrá fin al expediente o se incoará el incidente de modificación de tales medidas.

Al referirme a las disposiciones transitorias en otro trabajo de esta misma revista y número, me planteo la incidencia que sobre el sistema público de control de las personas con discapacidad pueda tener la doble revisión que impone el nuevo sistema: porque, de una parte, se exige una adaptación a la nueva normativa de situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación anterior; y, de otra, se sanciona la provisionalidad de las nuevas medidas constituidas al amparo de la nueva Ley, exigiendo una revisión periódica en plazo tan breve, mínimo de tres años. A mi juicio, que este doble revisionismo puede provocar un colapso de los sistemas de control, es una crisis anunciada. Y en esta crisis pagarán justos por pecadores ¿es razonable someter a un enfermo mental irrecuperable a un sistema jurídico de revisión de su situación en sede administrativa o jurisdiccional? Nunca será mejor aplicable el dicho de que «lo mejor es enemigo de lo bueno». Auguro para esta norma un futuro típicamente español, o el incumplimiento puro y simple o un cumplimiento rutinario e inoperante.

6. PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD DE LA AUTOCURATELA

6.1. *Consideración general*

Antes de entrar en la materia de la publicidad o privacidad de las medidas de apoyo relativas a las personas con discapacidad, vale la pena hacer una consideración de carácter general. A saber, si el Anteproyecto propuesto por la CGC se fundamenta en la necesidad de adaptar nuestro Derecho interno a la totalidad de los principios y normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, o si solamente se limita a dar cumplimiento al artículo 12 de dicho Texto que gira bajo la rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la Ley». Parece lógica la respuesta: rige en España la totalidad de dicha Convención, que forma parte de nuestro Derecho interno, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96.1 de la CE⁸.

⁸ «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solamente podrán ser derogadas,

He leído con el máximo cuidado el texto de la citada Convención y, ni en sus fundamentos ni en el articulado, he visto ni una sola referencia a la publicidad, salvo el artículo 22 que, bajo el epígrafe «Respeto a la privacidad», dice lo siguiente: «1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cual sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a tales injerencias o agresiones. 2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás».

A lo largo del debate de la Sección escuché alguna voz, ciertamente minoritaria, que hizo referencia a este principio de respeto a la privacidad de la persona con discapacidad, e invocó el ejemplo del Derecho suizo que, en la reforma del Código Civil, que fue fiel seguidor del contenido de la Convención en lo que respecta a la privacidad.

Así en su artículo 361 dice el texto suizo: «1. El mandato por causa de inaptitud se constituye en forma ológrafa o auténtica. [...] 3. El mandante puede pedir al oficial del estado civil el inscribir la constitución y el lugar de depósito del mandato en el banco de datos central. El Consejo federal publicará las disposiciones necesarias en especial las de acceso a los datos». Y, en materia de disposiciones anticipadas del paciente, adopta similar criterio en los artículos 371, 372 y 373 de dicho Código. Lo mismo cabe decir para los poderes de representación, en el artículo 375. Y esta normativa es de aplicación en dos materias esenciales, a saber, en la situación de la persona con discapacidad en materia sanitaria, o en los internados en un centro de salud. Artículos 377 al 387 del Código Civil Suizo. Respecto de la curatela, se instituye como un sistema de organización y control desde la Institución de «La Autoridad de Protección al Adulto». Y el artículo 449 c) establece que dicha autoridad deberá comunicar al Encargado del Registro Civil tanto la constitución de la curatela de alcance general, como de los poderes siempre que se trate de personas «de una incapacidad durable de discernimiento».

6.2. *Referencia al debate*

En el debate de la Sección, prevaleció en tema de publicidad, la posición tradicional del Derecho español, recogida principalmente en las Leyes del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio y en la Ley Hipotecaria, Decreto de 8 de febrero de 1946. Las propuestas sobre

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional».

dichos cuerpos legales son de simple adaptación o actualización. Salvo alguna alusión a la privacidad, prevaleció una solución continuista con el sistema tradicional español de publicidad, si bien se rechazaron enmiendas que iban en línea con una mayor incidencia del principio de protección del tráfico jurídico. Puesto que estoy tratando de la autotutela, centraré mi reflexión en este tema exclusivamente.

6.3. *Publicidad y Registro Civil*

El Texto de la CGC, propone algunas modificaciones. Son inscribibles, según el artículo 4:

- En su número 10º. La modificación judicial de la capacidad de las personas...; el Anteproyecto lo sustituye por ««os poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador u otro prestador de apoyo, y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»».

- En su número 11º. La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones. El Anteproyecto lo sustituye por «Las sentencias dictadas en procedimientos de prestación de apoyos a personas con discapacidad».

- En su número 12º. Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, texto que se mantiene.

- En su número 13º. La autotutela y los apoderamientos preventivos. El Anteproyecto lo sustituye por «La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado».

Como se ve se traslada la autotutela y los poderes y mandatos preventivos al nº 10 del precepto citado. En relación a la autotutela queda claro que tres son los hechos o actos inscribibles:

a) La declaración de voluntad emitida por el propio afectado proponiendo a la autoridad judicial esta medida de apoyo, así como las personas incluidas o excluidas de la curatela y el régimen jurídico contenido en dicha propuesta. El título inscribible será la escritura pública. Todo de acuerdo con lo previsto en los proyectados artículos 269 al 272 CC.

b) La resolución judicial que proceda a la constitución de la curatela, de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 43 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El título será el testimonio de dicha resolución judicial.

c) Si se hubiera llegado a un procedimiento contencioso, para la constitución de la curatela, será título el testimonio de la Sentencia, de acuerdo con lo previsto en el Título I del Libro IV de la LEC.

Estos actos inscribibles e inscritos gozarán de las características y principios del sistema registral, a saber: Legalidad (artículo 13 LRC), oficialidad y deber de inscribir (artículo 14 LRC), publicidad formal (artículo 15 LRC), presunción de exactitud (artículo 16 LRC), eficacia probatoria (artículo 17 LRC), carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción (artículo 18 LRC) y principio de integridad e inoponibilidad de lo no inscrito (artículo 19 LRC). De todos estos principios quiero referirme especialmente al de publicidad formal, y analizar si su regulación actual, no alterada en este punto por el texto del Anteproyecto que analizamos, es o no conforme con las normas de privacidad que exige la Convención de Nueva York.

Dedica la LRC a la publicidad formal en términos generales los artículos 15 y 80 y siguientes y, en particular, los artículos 83 y 84 a supuestos especialmente protegidos con publicidad formal restringida. El artículo 15 se expresa en términos generales muy a favor de un sistema de publicidad universal, al establecer: «1. Los ciudadanos tendrán libre acceso a los datos que figuren en su registro individual. 2. El Registro Civil es público. Las Administraciones y funcionarios públicos, para el desempeño de sus funciones y bajo su responsabilidad, podrán acceder a los datos contenidos en el Registro Civil. 3. También podrá obtenerse información registral, por los medios establecidos en los artículos 80 y siguientes de la presente Ley, cuando se refieran a persona distinta del solicitante, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo. 4. Quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido al que se refieren los artículos 83 y 84 de la presente Ley».

En el Capítulo primero del Título VII de la LRC se recogen los instrumentos de publicidad registral (acceso de las administraciones y funcionarios y mediante certificaciones). En el Capítulo segundo se establece el régimen especial para «datos con publicidad restringida», por estar especialmente protegidos. En la enumeración que hace el artículo 83.1, no aparece recogida ninguna referencia a las situaciones de personas con discapacidad ni a sus medidas de apoyo.

Para las situaciones de publicidad restringida, el artículo 84 LRC establece el «acceso a los asientos que contengan datos especialmente protegidos», que solo está al alcance del «inscrito, sus representantes legales, la persona autorizada por uno u otros; y en caso de fallecimiento del inscrito, solo por mandato del Juez de primera instancia del domicilio del solicitante que acredite interés legítimo y razón fundada para pedirlo».

De lo que hasta aquí he expuesto queda claro que al no recoger la LRC como datos de publicidad restringida los relativos a las medidas de protección de las personas con discapacidad, y en particular a las relativas a la autotutela, queda el acceso a los mismos a las normas generales de publicidad y, por lo tanto, hay una clara infracción del artículo 22 de la Convención de Nueva York. Ello ha exigido una rectificación en el Anteproyecto, en el sentido de que se recojan en el 83.1 de la LRC a tales situaciones de discapacidad. De otro modo, las personas perjudicadas por dicha difusión de sus datos podrán invocar la vigencia del artículo 22 de la Convención para depurar responsabilidades tanto a los funcionarios, como la subsidiaria del Estado.

No se detiene aquí mi reflexión en tema de publicidad registral. En particular merece un estudio el efecto preclusivo de la no-inscripción. El artículo 19 LRC, bajo la rúbrica «Presunción de integridad. Principio de inoponibilidad», dice: «1. El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos y actos inscritos. 2. En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil». Es decir, tal principio de inoponibilidad a terceros de lo inscribible y no-inscrito es de tal transcendencia que el propio legislador se ha contenido a establecerlo en términos generales y solo será aplicable «en los casos legalmente previstos», con lo que cabe preguntarse cuáles son esos casos legalmente previstos.

La propia LRC recoge un caso en el artículo 73 que gira bajo la rúbrica «Inscripción de la tutela, curatela y sus modificaciones». Pero el Anteproyecto de la CGC, sustituye este artículo por el de «Oponibilidad de las resoluciones». Y tal oponibilidad frente a terceros, solo será cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones. Pero solo está referida a los supuestos del artículo 72 que se propone, es decir: «1. La sentencia dictada en procedimiento de prestación de apoyo, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado. La inscripción expresará la extensión y límites de la prestación de apoyo, así como la persona o personas encargadas de prestarlo, según la resolución judicial». Es decir, conforme a estos dos artículos 72 y 73 de la LRC según el Anteproyecto, la oponibilidad a terceros solo es para los supuestos (contenciosos), que se resuelvan por sentencia, de acuerdo con el procedimiento establecido en la LEC, pero no entraría tal efecto de inoponibilidad, ni para los mandatos y poderes preventivos, ni para los casos de autotutela. Es preciso reflexionar sobre este punto.

Pero a mi juicio la gran debilidad del sistema de publicidad previsto en la LRC radica en el sistema organizativo que traslada la incorporación de los datos a lo que llama el Artículo 5º, Registro individual. «Cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias

en los términos de la presente Ley. [...] Se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique [...] y se inscribirán o anotarán, continuada y sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil». Por la nacionalidad o residencia de las personas, por la amplitud de los hechos y actos inscribibles (artículo 4º), por su dispersión estructural (artículo 20), hace que su efectividad real deje muchas lagunas.

Es por lo que han proliferado en la práctica sistemas de publicidad especiales según la naturaleza de los bienes, entre los cuales destaca por su importancia institucional y arraigo el Registro de la Propiedad y a su imagen el Registro Mercantil, entre otros.

6.4. Publicidad y Registro de la Propiedad

El Anteproyecto plantea unas modificaciones al texto vigente de la Ley Hipotecaria, que tiene por objeto adaptar algunos de sus artículos a las normas del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, así como a los cambios del mismo Anteproyecto. Y para ello introduce unas reformas concretas que afectan a los artículos 2.4 (sobre los hechos inscribibles), el 42.5 (sobre las anotaciones preventivas), el artículo 165 (sobre la hipoteca legal de tutores y curadores), el 192 (sobre la fianza hipotecaria de tutores y curadores) y finalmente el 222 bis. 5 sobre «el Libro único informático de situaciones de personas con discapacidad».

Con relación a la autocuratela, que es el objeto concreto de mi análisis, el artículo 2.4 establece que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: «Las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Dentro de tal concepto entrarán tanto las dictadas en procedimiento de jurisdicción voluntaria para nombrar curador; como las sentencias dictadas en procedimiento contencioso de provisión de apoyos de acuerdo con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por el contrario, la declaración de voluntad del propio afectado emitida con carácter preventivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 CC, según el Anteproyecto no tiene acceso al Registro de la Propiedad por vía de inscripción en la Hoja general del declarante-afectado en el Registro Civil. Y también por la vía de la anotación preventiva del artículo 42.5 de la Ley Hipotecaria.

Siguiendo en el campo de la autocuratela, respecto de la anotación preventiva de demanda del artículo 42.5 de la Ley Hipotecaria, se propone el siguiente texto: «Podrán pedir anotación preventiva de sus derechos: [...] 5º. El que solicitare ante el órgano judicial competente medidas de apoyo a personas con discapacidad o instare demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el nº 4 del artículo 2 de esta Ley. También

podrá decretarse a instancia del Ministerio Fiscal la anotación preventiva de demanda de medidas de apoyo cuando la autoridad judicial lo estime necesario para la protección del patrimonio de la persona afectada». Es decir, en el campo de la anotación preventiva del artículo 42 LH cabe instar tal asiento provisional para situaciones jurídicas instadas judicialmente (sea por tanto en vía de jurisdicción voluntaria o en la contenciosa).

Estos asientos producirán los efectos propios de los fines del Registro de la Propiedad que siguiendo al Prof. LACRUZ BERDEJO⁹, no son otros que los siguientes: 1. Informar sobre el contenido de sus libros. 2. Legitimar *iuris tantum* las situaciones publicadas. 3. Declarar (no constituir) las modificaciones reales que se producen por el título jurídico. 4. Precluir las pretensiones de quien habiendo debido inscribir o anotar, no lo hizo. 5. Convalidar las situaciones jurídicas de quien adquirió según el registro, aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente por causas que no figuren en los asientos registrales.

Analizar todos estos efectos de los asientos registrales referentes a la autocuratela excede con mucho del objeto de estas notas. Pero sí quiero plantearme la vigencia y/o adaptación del Título VIII de la Ley Hipotecaria a las exigencias de privacidad que el artículo 22 de la Convención de Nueva York de 2006 establece; según este precepto: «Respeto a la privacidad: 1. Ninguna persona con discapacidad, independiente de cualquiera que sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o agresiones ilícitas contra su honor o reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a tales injerencias o agresiones. 2. Los Estados Partes protegerán la información personal relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás».

Esta norma, como Tratado Internacional suscrito y ratificado por España, forma parte del Ordenamiento Jurídico Interno de nuestro país, y exige una lectura atenta y crítica del Título VIII de la Ley Hipotecaria, de su desarrollo reglamentario y de la práctica jurídica que está dominada por el principio de transparencia, principio que en materia de personas con discapacidad debe subordinarse al de privacidad.

Ante ello el Anteproyecto de la CGC para adecuar el Título VIII LH al artículo 22 de la Convención, se limita sencillamente a recoger en el artículo 2 apartado cuarto como

⁹ Según el esquema que nos propuso a sus alumnos en sus «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral».

inscribibles las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad [...] así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes»; añade además «Las inscripciones se practicarán al folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona afectada, y en el Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis de la presente Ley». Así mismo, propone la redacción del citado párrafo del 222 bis en los siguientes términos: «Cuando la consulta se refiera al índice de Personas se hará constar solamente las circunstancias de la letra a) anterior. Lo mismo se observará respecto del Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el número cuarto del artículo 2.»

¿Esta regulación cumple con los requisitos de privacidad exigidos por el artículo 15 de la Convención? En mi opinión la respuesta es negativa y ello exige un análisis de todo el Título VIII de la Ley Hipotecaria para adecuarlo, sin lugar a dudas, a tales exigencias. Particularmente, del artículo 221 LH es donde se recoge el principio de publicidad formal al declarar que «Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo». Esta normativa ha tenido una interpretación extensiva en cuanto a la legitimación y contenido se refiere en todas las modalidades de publicidad formal, sea la manifestación de los libros, la certificación registral, pero sobre todo en las notas simples informativas e informatizadas a que se refiere el 222 bis de la Ley; sin que la restricción propuesta sea suficiente para garantizar la privacidad en materia de personas con discapacidad.

No es suficiente, en primer lugar, porque se sitúa solo en la modalidad de tales notas simples, sin sentar el principio de privacidad para toda forma de publicidad formal, como es la manifestación de los libros o la expedición de certificaciones. Y, segundo, porque no desarrolla el título VIII de la Ley Hipotecaria el principio del artículo 2.4 que exige que la inscripción vaya a un libro especial y separado. De otro modo el asiento registral, por vía de inscripción o anotación preventiva, será un ventilador que muestre al público en general una situación para la que la Convención exige la privacidad.

En los modestos alcances de esta contribución no puedo entrar en un análisis exhaustivo del indicado título VIII, pero si quiero formular una observación de carácter general que para mi ha sido siempre un *leit motiv* en mi actuación profesional y en el terreno de las reflexiones que me ha exigido la práctica. A saber, que la seguridad jurídica preventiva exige la conjunción y coordinación del título jurídico y su publicidad. En el caso de las personas con discapacidad el título jurídico que define su situación es la sentencia firme, la resolución judicial que se adopte en vía de jurisdicción voluntaria,

las medidas de protección, entre ellas, la constitución de la autcuratela, la escritura pública que proponga a la autoridad judicial tal medida, o la escritura pública de poder o mandato preventivo. Pero tal título jurídico, si no accede a los registros públicos, adolece de una potencial ineficacia, porque frente a las medidas de apoyo propuestas, prevalecerá el interés de quien alegue su no-inscripción para invocar el efecto preclusivo o negativo de la fe pública.

Pero, a su vez, una situación registral expresada en una manifestación personal o en una nota o certificación desconectada del título jurídico, sea escritura, sentencia, u otra resolución judicial, es una información incompleta. En el acto o negocio representativo o asistido, deberá justificarse el título de quien así actúa. En la escritura pública, el Notario deberá expresar, bajo su responsabilidad, y transcribir, en la forma más precisa, el contenido del título. Y en el acto o negocio representativo, el que como apoderado, mandatario o curador asista o represente a la persona con discapacidad, deberá declarar la subsistencia de las facultades con las que actúa. Ello es práctica notarial bien conocida. Por lo menos hasta tiempos muy recientes. Y si no lo hace o no se refleja en el acto o documento, además de la responsabilidad del autorizante, hay una consecuencia en el ejercicio de la acción de nulidad. Es decir, que quien así actuó, su representado no podrá alegar en un proceso de anulación del acto la excepción del artículo 1302 del Código Civil; tal excepción consiste en que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de las personas con quienes contrataron; pero si éstas o sus curadores o apoderados no hubieran acreditado con el título jurídico la situación o la subsistencia de la misma, estimo que decaería la excepción frente al que reclame la nulidad por una situación de discapacidad no manifestada en el acto o negocio representativo o asistido. No debería el legislador desperdiciar esta ocasión para dejar claro en el 1302 del CC, cual es el contenido y límites de la excepción.

6.5. *¿Publicidad en otros registros de bienes?*

Hoy se publican derechos y situaciones de gran transcendencia en el orden personal y económico, en otros registros tales como Los Registros Mercantil, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de venta de bienes a plazos, de la Propiedad Intelectual, Patentes, Marcas, Mercado de Valores. ¿Cómo conjugar en tales ámbitos la privacidad exigida por la Convención y la Seguridad el Tráfico Jurídico? Las razones son las mismas que las expuestas en el punto precedente. Merece la pena constatar esta situación y reflexionar sobre ella.

A lo largo del debate se puso de relieve las deficiencias del Registro Civil, como Registro de Personas, para organizar un efectivo sistema de publicidad que, sin perder de vista

la seguridad del tráfico jurídico, garantice la privacidad de las situaciones en que se encuentran las personas con discapacidad. De allí, que los Registros públicos de bienes, pensados para garantizar la seguridad del tráfico, pueden entrar en conflicto al ser un altavoz para dar a conocer al público en general, detalles que afecten a la privacidad del titular de los derechos que los Registros publican.

Debería estudiarse la recuperación dentro del Registro Civil, de un Libro especial que recogiera tales situaciones; de competencia estatal, unificado o coordinado; y sujeto a una publicidad formal limitada, regulando estrictamente la legitimación para acceder a sus datos y también los medios de darlos a conocer. Pero es un tema de gran calado, que apunté en algunos debates de la Sección, y que requiere la atención de los sectores de la sociedad afectados, así como de una meditada respuesta de los poderes del Estado y de la Comunidad de los estudiosos del Derecho.

7. AUTOCURATELA Y CONTIENDA JURISDICCIONAL

Nada de lo expresado en las páginas anteriores de esta nota, pone en cuestión el principio de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. El desarrollo de esta norma en el campo de la jurisdicción contenciosa está expresado en La Ley de Enjuiciamiento Civil en su Título I, libro IV, pero creo que el análisis de esta cuestión rebasa con mucho los límites de esta contribución¹⁰.

Escrito en Madrid a día 20 de agosto del 2018.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, "La eficacia de la inscripción en el registro civil español", *Revista de Derecho Registral*, n. 13. 1986, pp. 19 a 42.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1993.

¹⁰ Dejo al criterio del sufrido lector que exprese con total libertad su opinión, que recibiré con deportividad, sabiendo que todo lo dicho no es sino una propuesta de debate, con agradecimiento a la *Revista de Derecho Civil*, por haberme dado la voz.

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, «Los artículos 1057 y 1060 del Código civil vistos desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, nº 2, abril-junio 2016, págs. 127/145.

FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Registradores de España, Dykinson, Madrid, 2015.

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018