

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona (Coord.)

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família



Materials de les Dissetenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família
(Materials de les *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*)

**QÜESTIONS ACTUALS
DEL DRET CATALÀ DE LA PERSONA
I DE LA FAMÍLIA**

**Materials de les
*Dissetenes Jornades
de Dret català a Tossa***

**INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
Universitat de Girona
(Coord.)**



**Documenta
Universitaria**

Girona 2013

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Jornades de Dret Català a Tossa (17es : 2012 : Tossa de Mar, Catalunya)

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família : materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa / Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (coord.). - Girona : Documenta Universitaria, 2013. -- 628 p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-9984-195-3

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat 1. Dret català - Congressos
2. Dret de família (Dret català) - Congressos
3. Persones (Dret) - Congressos

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ésser realitzada amb la autorització dels seus titulars, llevat excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necessita fotocopiar o escanejar algun fragment d'aquesta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© dels textos: els autors

© de l'edició: Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria®
www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

ISBN: 978-84-9984-195-3
D.L.: GI-811-2013

Imprès a Catalunya
Girona, juny de 2013

Les Dissetenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport del Col·legi de Notaris de Catalunya i de

Universitat de Girona

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

L'edició d'aquesta obra ha comptat amb el suport de:



Sumari

PONÈNCIA INAUGURAL

El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família.....	21
--	----

M^a EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

I. Introducció.....	21
II. La doctrina del TSJC en relació amb la protecció dels menors	22
III. La doctrina del TSJC en relació amb la filiació	24
IV. Els efectes de la crisi familiar en la doctrina del TSJC	26
1. Guarda i custòdia dels fills menors	26
2. Aliments	29
3. Ús del domicili familiar.....	30
4. Pensió compensatòria	32
5. Compensació indemnitzatòria per raó del treball.....	36
V. Pactes privats en matèria de dret disponible.....	40
VI. Parelles de fet	42
VII.Efectes de les sentències de revisió de mesures econòmiques acordades	44

PRIMERA PONÈNCIA

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

L'assistència: abast i limitacions de la nova institució	49
--	----

JORDI RIBOT IGUALADA

I. El context de l'assistència	49
1. Ús i abús de la incapacitació	50
2. Models de dret comparat europeu.....	55
3. Quin model tenim avui a Catalunya?	68
4. Recapitulació	69
II. Règim jurídic de l'assistència	73
1. Beneficiari de la mesura.....	73
2. Nomenament d'assistent	79
3. Efectes de l'assistència	87
4. Modificació i extinció.....	91
III. Configuració de l'assistència regulada al CCCat	93
1. Institució de suport i protecció típica, de constitució judicial	93
2. Institució configurada entorn a la voluntat de la persona.....	95
3. Recapitulació	100
Bibliografia	101

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva pràctica	105
--	------------

<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial</i>	107
---	------------

SÍLVIA VENTURA MAS

I. Introducció.....	107
II. Anàlisi de la situació jurídica actual.....	108
III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat	108
IV. L'Assistent	110
V. Conclusió.....	111

<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia</i>	113
---	------------

MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ

I. Actuacions dins de l'àmbit personal	115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial.....	117
III. Procediment	117

<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia</i>	119
---	------------

REMEI SORIANO

I. Introducció.....	119
II. Aplicació pràctica de la figura de l'assistent	119

El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat.....	125
--	------------

JOSEP M. VALLS XUFRE

I. Introducció.....	125
II. Antecedents històrics.....	127
III. La llei 25/2010, Art. 222-2 CCCat	131
IV. Dret transitori: 1732 CC vs 222-2 CCCat.....	133
V. Naturalesa i règim jurídic del poder en previsió de pèrdua de capacitat a Catalunya	135
VI. Dret interregional i internacional privat	137
1. Plantejament.....	137
2. Normes de conflicte aplicables.....	138
3. Dret internacional privat	140
4. Dret interregional	141
VII. Començament de la vigència del poder preventiu.....	143
VIII. El poderdant	144
IX. L'apoderat	146
X. Objecte.....	147
XI. Forma: escriptura pública i inscripció.....	148
XII. Extinció	151
XIII. Rendició de comptes	152
XIV. Coexistència del poder preventiu amb altres institucions de protecció de la persona	153
1. La tutela.....	153
2. La curatela.....	155

3. El defensor judicial	155
4. El guardador de fet.....	156
5. L'assistent.....	157
6. L'administrador del patrimoni protegit.....	157
XV. Poder preventiu i poder mercantil.....	158
XVI. Conclusions	159
Bibliografia	162

La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit..... 167

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

I. Presentació.....	167
II. La naturalesa i l'estructura del patrimoni protegit.....	169
1. El patrimoni, en general.....	170
2. Els patrimonis de la persona	171
3. Els patrimonis al servei d'una persona o una finalitat: els patrimonis independents	173
4. El patrimoni protegit com a patrimoni independent	176
5. Pluralitat de patrimonis protegits a favor d'una mateixa persona.....	183
III. Els beneficiaris del patrimoni protegit.....	184
1. Tipologia i limitació de la qualitat de beneficiari.....	184
2. El beneficiari pot ser el constituent del patrimoni protegit, però no el seu administrador	186
3. La pluralitat de beneficiaris	187
IV. La constitució del patrimoni protegit	188
1. El constituent.....	188
2. El negoci de constitució del patrimoni protegit	189
V. Les aportacions successives	197
VI. L'administració del patrimoni protegit.....	197
1. El càrrec d'administrador.....	197
2. L'actuació de l'administrador	199
3. El control de l'administració	201
VII. L'extinció i la liquidació del patrimoni protegit.....	202
1. Les causes d'extinció	202
2. Liquidació, rendició final de comptes i destinació del romanent	204
VIII. La publicitat registral.....	205
1. Àmbit general de publicitat: el Registre de Patrimonis Protegits	205
2. Àmbits específics de publicitat	206
Bibliografia	208

La regulació catalana dels patrimonis protegits, en particular la seva inscriptibilitat registral i fiscalitat.....211

ANTONI GINER GARGALLO

I. Introducció.....	211
II. La inscripció dels patrimonis protegits als Registres públics.....	211
1. Inscripció al Registre de la Propietat	212
2. Inscripció al Registre Civil.....	219

3. Inscripció al Registre Mercantil	220
4. Registre de patrimonis protegits	220
III. La fiscalitat de la constitució, aportació i extinció dels patrimonis protegits.....	221

SEGONA PONÈNCIA

ELS FILLS MENORS DAVANT LA RUPTURA DELS PROGENITORS

Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya.....	225
--	------------

SUSANA NAVAS NAVARRO

I. «Models de guarda» En El Llibre II del Codi Civil de Catalunya en cas de ruptura dels progenitors	225
1. «Responsabilitat parental» i «potestat parental»	227
2. Model legal preferent: la guarda compartida. Altres models de guarda possibles	234
3. Subjecte que decideix el model de guarda. Criteris.....	243
4. Subjecte titular de la guarda	248
5. Instruments jurídics en el quals es pot configurar la guarda.....	254
6. Contingut.....	265
II. El dret del menor a ésser informat i escoltat respecte del model de guarda	272
1. Dret a la informació i a l'expressió de les opinions del menor	273
2. Criteris legals	274
3. Assumptes respecte dels quals s'informa i s'escolta al menor	277
4. Expressió de l'opinió del menor per ell mateix o mitjançant un «tercer»	278
5. Quan s'informa i s'escolta al menor: audiència judicial i extrajudicial	281
6. Subjecte que ha d'informar i escoltar el menor.....	284
III. «Benestar» i «Interès» del menor en la configuració del model de guarda.....	284
1. El doble sentit de «benestar del menor» a la legislació catalana.....	285
2. L'interès del menor i el principi de proporcionalitat	286
IV. Reflexions finals	289
1. «Encara» manca un canvi de paradigma sobre els drets dels menors. Admissió d'un «paternalisme feble»	289
2. Per un dret de participació efectiu del menor en la presa de decisions respecte del model de guarda	292
3. Realitat social catalana i aplicació del model de guarda compartida.....	293
V. Bibliografia citada	296

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenció; problemes d'execució	305
---	------------

<i>Els plans de parentalitat en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya.....</i>	307
---	------------

ELENA LAUROBA

I. Presentació.....	307
II. De què parlem quan parlem de Pla de parentalitat: La plasmació normativa	308
III. El perquè dels Plans de Parentalitat.....	311
1. L'interès superior del menor en aquest àmbit	311
2. La implicació dels progenitors. El suport de la mediació per l'elaboració del Pla de parentalitat.....	315

IV. El contingut del Pla de Parentalitat	319
1. El primer apartat: compromís i visibilització de la interlocució recíproca...	322
2. Les qüestions relatives a la guarda	324
3. Els continguts relacionats amb l'exercici de la potestat parental	326
4. La clàusula de tancament: La subjecció a mediació per a la interpretació i l'execució del Pla de Parentalitat.....	326
5. Previsió de les diferents etapes de la vida del menor	327
V. La presentació formal dels Plans de Parentalitat	328
VI. El Pla de Parentalitat com a eina especialment indicada per les famílies d'alta conflictivitat	329
VII. Alguns serrells processals	330
VIII. Les objeccions principals a l'exigència del Pla de Parentalitat	331
IX. Una darrera empena.....	333
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial</i>	335
MERCÈ CASO SEÑAL	
I. Introducció.....	335
1. El Pla de Parentalitat.....	335
2. Els aliments als fills	336
3. L'execució	336
II. El Pla de Parentalitat.....	336
III. Els Aliments als fills	339
IV. L'execució.....	341
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial ...</i>	345
MARIA ANTONIA GOMEZ MAESTRE	
I. pla de responsabilitat parental	345
1. Qüestions processals en relació al pla de parentalitat.....	347
2. Com recull les resolucions judicials el pla de parentalitat en el procés contenciós?.....	348
3. Els aliments als fills i el pla de parentalitat	348
4. Els aliments ordinaris i extraordinaris.....	349
5. El naixement del dret de la pensió d'aliments: efectes retroactius	349
6. L'execució de les sentències matrimonials. Dificultats pràctiques de la seva execució	349
Referències.....	351

TERCERA PONÈNCIA

ASPECTES ECONÒMICS DE LA RUPTURA CONJUGAL

Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària.....	355
--	------------

JOAQUIM BAYO DELGADO

I. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar	355
1. Objecte de la mesura	355
2. Criteris d'atribució.....	359
3. Temporalitat i modificació.....	361

4. Exclusió.....	362
5. Extinció	363
6. Obligacions per raó de l'habitatge	365
7. Parella estable	366
8. Disposicions transitòries	367
II. La prestació compensatòria i l'alimentària	368
1. Prestació compensatòria	368
2. Prestació alimentària	373

La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....375

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

I. Introducció.....	375
1. Règim de separació i desigualtats patrimonials.....	375
2. La introducció a Catalunya de la compensació econòmica per raó de treball com a mecanisme reparador de la desigualtat patrimonial: l'art. 23 CDCC.....	376
3. L'evolució de la compensació econòmica per raó de treball i la seva problemàtica	377
II. El fonament de la compensació	378
1. L'enriquiment injust com a fonament de la compensació en els precedents del llibre segon: arts. 23 CDCC i 41 CF	379
2. La configuració de la institució en el CCCat	383
III. Requisits per a tenir dret a la compensació	389
1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa.....	389
2. L'increment patrimonial superior	392
3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge	394
IV. La quantia de la compensació.....	394
1. La fixació de la participació.....	395
2. L'augment del percentatge de la participació en cas de contribució «notablement» superior.....	397
V. Imputació i pagament.....	399
VI. Conclusions.....	400

Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort: aspectes familiars i successoris..... 403

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

I. Els supòsits que poden donar lloc a la compensació per raó de treball: el seu fonament.....	403
1. L'extensió al cas de la mort del cònjuge o de la parella si el sobrevivent és qui té dret a la compensació	403
2. L'enriquiment injustificat com a fonament últim de la regulació de la compensació per raó de treball	408
II. La compensació per raó de treball en el cas de mort del cònjuge o convivent deutor	417
1. La reclamació de la compensació	417
2. Caràcter residual de la compensació per treball	424

3. La compatibilitat de la compensació econòmica per raó de treball amb altres drets.....	428
4. La protecció del crèdit a la compensació	434

Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència..... 445

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS

I. Introducció.....	445
II. Autonomia privada familiar i capítols matrimonials	446
III. Economia familiar, règim econòmic i efectes del divorci	450
IV. <i>Marital agreements</i> al common law anglosaxó i separació de béns en dret català.....	452
V. Requisits per a la validesa dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial... 456	
1. Requisits formals	458
2. Requisits temporals	461
3. Assessorament legal independent	462
4. Reciprocitat	463
5. Informació patrimonial suficient	465
6. Injustícia per canvi sobrevingut de les circumstàncies.....	466
7. Pactes anteriors a l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat.....	467
VI. Matèries objecte de regulació.....	468
1. Compensació econòmica per raó de treball	468
2. Aliments, guarda i relacions personals amb els fills menors.....	472
3. Atribució de l'habitatge familiar	473
4. Prestació compensatòria	474
VII. Els pactes de separació fora de conveni	475
VIII. Parella estable i pactes en previsió del cessament de la convivència.....	477

Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal481

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

I. Preliminar.....	481
II. Admisibilidad de los pactos en previsión de la ruptura: Entre el art. 1255 CC y su expresa admisión en el CCCat.....	484
1. Relación de estos pactos, en su unicidad o multiplicidad, con los capítulos matrimoniales y el convenio regulador.....	485
2. La escritura pública como medio de información en los pactos prematrimoniales	487
3. Plazo hábil para su autorización prenupcial: Su incidencia en la validez y en la revocabilidad	489
III. Límites genéricos y específicos aplicables a los pactos en previsión de la ruptura matrimonial	490
1. Aplicaciones prácticas de los límites genéricos a la autonomía de la voluntad en estos pactos en previsión de la ruptura	491
2. El posible límite específico del contenido propio de estos pactos frente a lo que es contenido imperativo del convenio regulador.....	495
IV. Los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura en su relación con los pactos capitulares matrimoniales o sucesorios.....	496
1. Unidad instrumental vs. Autonomía causal entre capítulos matrimoniales, pactos prematrimoniales y pactos sucesorios	497

2. Incidencia de la ruptura matrimonial en los pactos prematrimoniales y en los pactos sucesorios	498
V. Principales pactos en relación con la liquidación del REM, singularmente, cuando es el de separación de bienes.....	498
1. Algunos pactos posibles sobre atribución preferente de bienes al extinguirse el proindiviso derivado del REM de separación de bienes.....	498
2. Adjudicación de participaciones sociales o de bienes aportados a una sociedad: Acuerdos sobre su valoración	500
3. Vivienda habitual: Posible pacto sobre su atribución futura e incluso sobre pago de la cuota hipotecaria	501
4. Vivienda habitual con protección pública: límites a la libertad de pacto, incluso prematrimonial.....	502
VI. Posibles acuerdos sobre reclamación de gastos excepcionales, o del daño moral, de los hijos cuya paternidad se impugna	503
VII. Conclusiones	504

PONÈNCIA DE CLOENDA

El Llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general 507

ENCARNA ROCA I TRIAS

I. Introducció: Canvis socials i canvis legislatius.....	507
1. Plantejament.....	507
2. Els canvis.....	508
3. La protecció dels drets fonamentals dels individus i la declaració constitucional de protecció de la família	511
II. Família i formes familiars	512
III. Família i ruptura de les relacions familiars: autonomia i principis imperatius	515
1. L'organització de les relacions entre ex cònjuges: els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial	517
2. El <i>clean breakdown</i>	519
3. L'organització de les relacions parentals: el pla de parentalitat.....	521
IV. A tall de conclusió: autonomia de la voluntat en el nou dret de família.....	522
Indicació bibliogràfica.....	523

COMUNICACIONS

La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología527

REYES BARRADA ORELLANA

I. Estado de la cuestión	527
1. La guarda en las situaciones de falta de convivencia	527
2. La naturaleza preferente del modelo de guarda compartida.....	528
II. Concepto y terminología	529
1 En la jurisprudencia	529
2. En el CCC	532
3. A la búsqueda de la terminología ajustada	534

L'execució de mesures personals relatives als fills menors en els procediments de família i el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya537

JOSÉ ANTONIO GARCÍA GONZÁLEZ

I. Introducció.....	537
II. El règim de comunicacions i estades amb els progenitors.....	541
1. Motius de discrepància	541
2. Naturalesa jurídica del dret i especialitats en la LEC en relació a la seva execució.....	542
3. Procediment judicial d'execució de lliurament dels fills menors	544
4. Lliurament de roba i estris personals del fill com a conseqüència del règim d'estades i comunicacions.....	549
5. Resolució dels conflictes parentals mitjançant la mediació, la intervenció dels serveis tècnics i el punt de trobada	550
III. Relacions personals amb d'altres familiars: avis, germans i persones pròximes	554
IV. Lege ferenda	555
Bibliografia	556

L'alletament matern com a manifestació de la dedicació i vinculació especial de la mare amb els fills.....559

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

I. Punt de partida: la mare és qualitativament més necessària per als menors que el pare en les dinàmiques familiars construïdes sobre models tradicionals	559
II. Finalitat del treball	561
III. Qüestions prèvies a resoldre	562
1. El dret de la lactància materna.....	562
2. La regulació del dret a la lactància materna. Conclusions sobre el dret a la lactància materna	567
IV. Mostreig de resolucions judicials en el tema de l'alletament matern.....	575
1. Sobre el termini de duració de la lactància natural	576
2. Sobre la consideració de l'alletament com a simple aliment.....	578
3. Sobre la indeterminació del concepte de lactant	581
4. Sobre la igualtat entre els progenitors entesa com unitat de sexes	581

L'art. 232-9 CCCat i els actes en perjudici del dret a la compensació econòmica per raó de treball.....585

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

I. Introducció.....	585
II. La reducció o supressió	585
1. Amb caràcter previ: la inexistència, al dret català, d'un règim jurídic general de l'acció de reducció o supressió.....	586
2. El <i>qui</i> i <i>contra qui</i>	588
3. El <i>què</i>	590
4. El <i>quan</i>	592
5. El <i>com</i>	596
III. La impugnació d'actes fraudulents a títol oneros	599

IV. Els aspectes comuns: el termini de caducitat i la improcedència de l'acció davant determinats adquirents.....	602
1. El termini de caducitat.....	602
2. La protecció de tercers adquirents	602
3. La relació entre els dos règims. què cal fer primer: reduir o rescindir?	603

La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias..... 605

JORGE CASTIÑEIRA JEREZ

Los pactos pre-ruptura sobre el hecho mismo de la ruptura conyugal y sobre los derechos y deberes conyugales en el contexto del código civil de Cataluña 617

NÚRIA GINÉS CASTELLET

I. Introducció	617
II. Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio	621
III. Pactos sobre los deberes conyugales	623
IV. Un caso concreto: acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio.....	626

L'assistència: abast i limitacions de la nova institució¹

JORDI RIBOT IGUALADA
Catedràtic de Dret civil
Universitat de Girona

I. EL CONTEXT DE L'ASSISTÈNCIA. 1. Ús i abús de la incapacitació. 2. Models de dret comparat europeu. 3. Quin model tenim avui a Catalunya?. 4. Recapitulació. II. RÈGIM JURÍDIC DE L'ASSISTÈNCIA. 1. Beneficiari de la mesura. 2. Nomenament d'assistent. 3. Efectes de l'assistència. 4. Modificació i extinció. III. CONFIGURACIÓ DE L'ASSISTÈNCIA REGULADA AL CCCAT. 1. Institució de suport i protecció típica, de constitució judicial. 2. Institució configurada entorn a la voluntat de la persona. 3. Recapitulació. BIBLIOGRAFIA

I. EL CONTEXT DE L'ASSISTÈNCIA

La introducció de l'assistència com a nova institució de suport i protecció de la persona del Codi Civil de Catalunya s'ha d'entendre en el marc del progressiu qüestionament de la incapacitació com a fonament de l'establiment de mesures de protecció d'adults. La inclusió de l'assistència en el catàleg de mesures protectores està del tot relacionada, en particular, amb experiències prèvies d'altres sistemes jurídics que han reformat llurs règims legals en aquesta matèria. Aquestes reformes es caracteritzen en bona part pel desenvolupament de mesures que són independents o que s'activen al marge de la incapacitació. Des d'aquesta perspectiva, l'assistència que regula el Llibre segon ha estat ben rebuda pels autors que postulen una reforma del Codi Civil espanyol.² Les opinions dels autors catalans que fins ara s'han aproximat al tema, en canvi, no són tan positives. Això tal vegada es pot atribuir al fet que ja no són únicament reflexions *de lege ferenda* sinó comentaris *de lege lata*.³ En tot cas, l'anàlisi de l'abast i les limitacions de la nova institució permet comprovar si les expectatives de canvi s'han complert o si la normativa catalana s'ha quedat a mig camí.

-
- 1 Aquest treball s'emmarca en el Grup consolidat d'investigació de Dret privat europeu de la Universitat de Girona, reconegut i finançat amb la referència 2009 SGR 614 (Resolució AGAUR 3 de juliol de 2009; Investigador principal: Prof. Dr. Miquel Martí Casals).
 - 2 Es poden veure FÁBREGA RUIZ 2010:336-9, MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2010:214-5; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO 2010:348; HERAS HERNÁNDEZ 2011:466-8; GARCIA LÓPEZ/CASAS PLANES 2011:211-4; BERROCAL LANZAROT 2011:81-4; VIVAS TESÓN 2012:51-2. Amb molts matisos, cf. també PEREÑA VICENTE 2011:201-2 i MARTÍN PÉREZ 2010:158.
 - 3 Vegeu especialment BARRÓN ARNICHES 2011:230-3. També PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:913.

1. ÚS I ABÚS DE LA INCAPACITACIÓ

Com explica RIVERO, el sistema fins ara en vigor ha girat sobre el binomi capacitat/incapacitat, quan aquest model ja ha estat superat en nombrosos països europeus a l'hora d'abordar la reforma del marc jurídic de la protecció d'adults vulnerables.⁴ Un dels principis inspiradors de totes les reformes produïdes els darrers anys ha estat el d'adaptar o graduar la protecció a la concreta situació de la persona a protegir: protecció per a tots els qui ho necessiten, però només en la mesura en què ho necessiten.⁵ Per això, la protecció adequada és aquella feta a mida segons les limitacions i les necessitats de la persona a protegir, i on les restriccions a la llibertat i a la capacitat d'obrar de la persona són únicament les imprescindibles.⁶

Les reformes del Codi Civil espanyol de l'any 1983 s'havien caracteritzat també per adoptar aquest enfocament.⁷ Aquestes reformes miraven de superar el model massa rígid de la normativa previgent i seguien una jurisprudència *contra legem* –molt criticada per la millor doctrina espanyola–⁸ que havia intentat trobar la manera d'adaptar les mesures legals de protecció a les condicions concretes de les persones a protegir.⁹

El model espanyol actual, tanmateix, segueix essent susceptible de les mateixes objeccions que sistemes similars ja han rebut en altres països del nostre entorn: és un sistema qüestionable per excés, ja que s'incapacita tothom, qui pateix dèficits molt greus i qui té només una disminució parcial o limitada de les seves facultats;¹⁰ i també és criticable per defecte, car sense

4 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:411-2.

5 Vegeu la Recomanació (99)4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 29 de febrer de 1999, on es recullen els principis europeus en matèria de protecció jurídica de les persones adultes incapaces (cf. Principis 2, 3 i 6) (disponible via www.coe.int/t/cm/WCD/referenceSearch_en.asp). (Data de consulta: 05.08.2012). La STEDH *Chtoukatourov c. Rússia* 27.6.2008 (n. 44009/05) ha dit que «[a]lthough these principles have no force of law for this Court, they may define a common European standard in this area» (§ 95). Vegeu també PARLAMENT EUROPEU. DIRECCIÓ GENERAL DE POLÍTQUES INTERIORS, *Comparative Study on the Legal Systems of the Protection of Adults Lacking Legal Capacity*, Novembre 2008) (inèdit). Disponible via www.ipolnet.ep.parl.union.eu/ipolnet/cms.

6 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:414. Vegeu STEDH *Chtoukatourov c. Rússia* 27.6.2008 (n. 44009/05) §§ 95-96, on es conclou que el règim d'incapacitació seguida de tutela del Codi civil rus infringeix l'art. 8 CEDH per tal com el text legal no deixa marge per a una resposta legal adaptada a la situació particular de la persona. En el cas concret, el Tribunal va considerar que s'havia infringit l'art. 8 CEDH perquè els drets que aquest precepte garanteix havien estat limitats més enllà d'allò que era estrictament necessari, de manera que la incapacitació total del recurrent suposava una limitació desproporcionada malgrat la legítima finalitat perseguida.

7 Per tots, vegeu GETE-ALONSO Y CALERA 1985:186 i allà més referències.

8 CASTRO Y BRAVO 1948:291; Díez-PICAZO 1979:81.

9 En especial, la STS 5.3.1947 (RJ 1947, 343) i la seva progènie: STS 25.3.1961 (RJ 1961, 1230), 7.4.1965 (RJ 1965, 2365) i 6.2.1968 (RJ 1968, 733).

10 La jurisprudència del TEDH obliga a extreure la cura a l'hora d'aplicar categories jurídiques com ara la incapacitació, que tradicionalment han estat invocades per a discriminar i excloure determinats grups de persones de la societat: «[s]uch groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion» (STEDH *Alajos Kiss c. Hongria* 20.8.2010 [n. 38832/06] § 42). Fruit d'aquests prejudicis és també l'aplicació de la normativa sobre incapacitat de manera estereotipada, ignorant l'avaluació

incapacitar no es pot aconseguir la protecció que es necessita.¹¹ En aquest sentit, cal recordar que una de les crítiques constants que arreu ha rebut la institució de la incapacitació, com acte jurídic que declara enfront de tothom que aquella persona té la capacitat d'obrar com a mínim limitada si no privada del tot, és que aquest recurs jurídic deixa fora persones vulnerables per la seva condició psicofísica, però el trastorn o la discapacitat de les quals no arriben (justificadament) a permetre la seva incapacitació.¹²

El model basat en la incapacitació de les persones s'ha tornat a posar en qüestió¹³ arran de la signatura per l'Estat espanyol de la Convenció de les Nacions Unides sobre drets de les persones amb discapacitat¹⁴ [des d'ara: CNUDPD]. Fins i tot s'ha postulat que, des de la seva entrada en vigor a Espanya, el model d'incapacitació seguida de tutela o curatela ja no es pot mantenir més i que cal urgentment una reforma en profunditat de la legislació civil i processal a fi d'ajustar-se als seus requeriments.¹⁵

El Tribunal Suprem, tanmateix, s'ha fet ressò del parer que sembla més generalitzat en la doctrina i en la pràctica professional,¹⁶ i ha afirmat que el model encara vigent del CC espanyol és conforme a la CNUDPD, posat que

individualitzada de les capacitats i necessitats de la persona (com al cas *Chtoukatourov c. Rússia* 27.6.2008 [n. 44009/05]). En la mateixa línia, el vot particular concurrent del jutge Kalaydjieva a la sentència del cas *Stanev c. Bulgària* (STEDH 17.1.2012 [n. 36760/06]), critica el Tribunal per no plantejar que la incapacitació i les àmplies facultats conferides *ope legis* al curador van impedir al reclamant exercir els seus drets. Semblantment, al cas *Krušković c. Croàcia* (STEDH 21.6.2011 [n. 46185/08]) es va condemnar Croàcia perquè la incapacitació del reclamant li va impedir reconèixer el seu fill. El Tribunal d'Estrasburg va concloure que «[a] fair balance has not been struck between the public interest in protecting persons divested of their legal capacity from giving statements to the detriment of themselves or others, and the interest of the applicant in having his paternity of K. legally recognised» (§ 42).

- 11 ÁLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:30-33; RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412. Vegeu també, en particular sobre la incapacitació de persones amb els primers símptomes de malalties degeneratives, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2006:18.
- 12 En aquest sentit, sobre el Quebec i comentant les crítiques prèvies a les reformes del CCQ de 1989, vegeu GOUBAU 2008:568. Semblantment, respecte al fonament de les reformes implantades a Itàlia l'any 2004 i en relació amb les notòries limitacions dels supòsits d'interdicció i inhabilitació previstos al CC italià, per tots, vegeu FERRANDO 2011:159-161.
- 13 Vegeu no obstant la diversitat d'opinions que reflecteix el document *Conclusiones del seminario de jueces de incapacidades (Madrid, 6 y 7 de abril de 2011)* (disponible a <http://www.poderjudicial.es>) (data de consulta: 6.8.2012).
- 14 Convenció de les Nacions Unides sobre drets de les persones amb discapacitat (Nova York, 13.12.2006; ratificada per Espanya el 23.11.2007 [BOE núm. 97, 22.4.2008] i publicada al BOE núm. 96, 21.4.2008). Vegeu-ne especialment l'art. 12 apartats 2 i 3.
- 15 Cf. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (2009) p. 16-8 (disponible a http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf) (data de consulta: 6.8.2012). Vegeu també l'Annex I de *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2009*, aprovat pel Comitè Executiu del CERMI Estatal el 27.5.2010, i on hi ha la *Propuesta de esquema básico del CERMI para instaurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma decisiones de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (p. 66-70) Una breu síntesi de les propostes reformadores d'associacions de discapacitats i d'operadors jurídics vinculats amb la defensa dels seus drets a PEREÑA VICENTE 2011a:1423-1424.
- 16 FERNÁNDEZ LÓPEZ/SIMÓN RODRÍGUEZ/MAGRO SERVET 2011:98-100 i 114-116.

la normativa interna s'apliqui d'acord amb el principi de flexibilitat de les mesures de protecció.¹⁷ Per això, davant la pretensió del recurs de cassació en interès de llei presentat pel Ministeri Fiscal, segons la qual

«[la] Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a «adoptar» una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar»

el Tribunal Suprem va respondre que

«[el] Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad»

[...]

«Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar tomar la medida de protección.»

No es fa qüestió, per tant, de la idoneïtat de la incapacitació per articular la resposta jurídica a la necessitat de protecció de determinades persones. Ans al contrari, es posa èmfasi en que incapacitar és una manera de protegir.¹⁸

En la pràctica judicial trobem molts exemples d'una aplicació flexible del model, en la mateixa línia que ha marcat des de fa temps la jurisprudència del Tribunal Suprem.¹⁹ S'ha consolidat, per exemple, la distinció entre incapacitació *total* i incapacitació *parcial*, per subratllar que l'abast de la mesura

17 STS 29.4.2009 (RJ 2009, 2901). Se'n pot veure un comentari fonamentalment positiu a PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO 2010:335-348. Marcant més distàncies, ÁLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:46-7 i especialment CUENCA GÓMEZ 2010:20-1.

18 El FJ 7 de la STS 29.4.2009 (RJ 2009, 2901) conclou que «el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y ... la incapacitación es sólo una forma de protección». En aquesta mateixa línia, reflectint l'experiència pràctica, cf. ELÓSEGUI SOTOS 2011:257. En la doctrina, per tots, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2008:72-3. Més aviat al contrari, segurament amb exageració, la STS 31.12.1991 (RJ 1991, 9483) va correlacionar incapacitació amb «muerte jurídico-civil». I la STC 174/2002, de 9 d'octubre, citada per la STS 29.4.2009, va posar èmfasi en que «toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad». Després de la STS 29.4.2009, el Tribunal Suprem ha mantingut aquesta línia en STS 11.10.2012, de la qual s'ha dit críticament que, com l'anterior, «mantiene una línea jurisprudencial que podría calificarse de tradicional y nada evolutiva, sin que venga a suponer un avance en la directriz que marca, en el momento actual, la configuración jurídica de la persona discapacitada» (VARELA AUTRÁN 2013:1-2).

19 STS 10.2.1986 (RJ 1986, 520), 31.12.1991 (RJ 1991, 9483), 16.9.1999 (RJ 1999, 6938) i 16.3.2001 (RJ 2001, 6635).

no té per què ser el mateix per tothom.²⁰ Noteu que aquesta distinció no la fa servir la llei i en particular és absent dels arts. 199 i 200 CC.²¹ I s'ha afavorit també l'establiment de la curatela com a règim de protecció, amb el benentès que el seu contingut pot abraçar tant l'esfera personal com la patrimonial,²² i incloure, a favor del curador, facultats d'administració del patrimoni de la persona posada en curatela.²³ En la mateixa línia, la Fiscalia General de l'Estat ha anat virant cap a una concepció més oberta i flexible dels instruments de protecció, patrocinant la curatela com a règim per defecte, en estimar-lo més conforme amb els principis de flexibilitat i mínima intervenció.²⁴

Un altre tret que també caracteritza la pràctica judicial en aquesta matèria és que la incapacitació s'aplica a situacions en què hom reconeix, explícita o

20 Entre moltes, darrerament, per a un cas de curatela d'un jove amb la síndrome de Down, vegeu SAP Barcelona, Secc. 18ª, 22.2.2012 (JUR 2012, 141090). També SAP Girona, Secció 2ª, 3.3.2000 (AC 2000, 4981) (curatela per a persona en fase inicial de la malaltia d'Alzheimer).

21 El dret català s'ha referit a la «incapacitat relativa». Vegeu arts. 242.1 i 2, 245 i 247 CF i ara arts. 233-4.3 i 224-1 c) CCCat.

22 STS 31.12.1991 (RJ 1991, 9483): «[e]l curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil» (èmfasi afegit). Vegeu SAP Barcelona, Secc. 18ª, 10.11.2005 i Girona, Secc. 1ª, 28.3.2011 (JUR 2011, 201302) (curatela per «incapacidad parcial tanto en el ámbito personal como en el patrimonial»).

23 Entre d'altres, SAP Barcelona, Secció 18ª, 7.5.2008 (JUR 2008, 205564) i 3.7.2012 (JUR 2012, 293583): «curatela... que completará la capacidad del Sr. Eloy en sus asuntos económicos, y en especial en lo referido a los actos de administración y disposición de su patrimonio». Anticipant aquesta interpretació ja GETE-ALONSO 1985:244-5. Vegeu ARROYO I AMAYUELAS 2003:993 (que conclou que, malgrat els obstacles teòrics, a la pràctica es nomena curador per fer funcions de «mandatari»). Tampoc no és infreqüent, tanmateix, ordenar «tutela solo para actos de disposición patrimonial» (que la SAP Barcelona, Secció 18ª, 7.10.2010 [JUR 2010, 384553] transforma en curatela, a petició del presumpte incapaç). Vegeu la STS 26.7.1999 (RJ 1999, 7845), que rebutja la fórmula «incapacidad parcial para las actividades que superen las suyas habituales» i ordena la constitució d'una tutela, «[p]ues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado», si bé «la extensión de la incapacidad en el orden patrimonial no debe extenderse más de lo necesario en atención a la enfermedad del recurrente, no abarcando por ello a actos de administración ordinaria». En una línia semblant, en relació amb una jove ex-tutelada per la DGAIA i per a la qual s'admet que «no procede declarar una situación de incapacidad total», la SAP Barcelona, Secció 18ª, 8.1.2009 (AC 2009, 545) va concloure tanmateix que «[l]a joven necesita de apoyo y auxilio para muchos de sus actos pero especialmente para aprender a gestionar su propia vida y que esa ayuda le será mejor prestada con el nombramiento no de un curador, sino de un tutor que complete su falta de capacidad para los actos de disposición o gestión administrativa compleja, es decir en todos aquellos actos en que... se precisa por el tutor autorización judicial y también que tutele a Estefanía en el control y seguimiento de tratamientos médicos o terapéuticos que sean necesarios». En canvi, la STS 17.7.2012 (RJ 2012, 8362) ordena una «tutela parcial», «limitada exclusivamente a la disposición y manejo del patrimonio».

24 Cf. § 3 de la Instrucció 3/2010, de 29 de novembre, de la Fiscalia General de l'Estat, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (disponible a <http://www.fiscal.es>).

implícitament, que la persona incapacitada no pateix cap mena de malaltia o trastorn que en comprometi greument la seva capacitat natural.²⁵ En aquesta mena de casos, per tant, la incapacitació és sobretot un instrument per establir, amb l'aquiescència o no de la persona afectada, mesures de protecció personal i/o patrimonial englobades sota la denominació «tutela» o «curatela», a favor de persones amb gravíssimes discapacitats físiques²⁶ o amb dificultats per poder tenir cura dels seus interessos associades a trastorns o discapacitats psíquiques lleus.²⁷ No és infreqüent, tanmateix, que els criteris variïn notablement d'un jutjat a un altre, d'una Audiència provincial a una altra, i fins i tot entre les seccions d'una mateixa Audiència. Ignorant els principis informadors de la reforma del Codi Civil de 1983, encara hi ha força decisions judicials que es limiten a imposar fórmules estereotipades on es diu, per exemple, que una persona amb la síndrome de Down o afectada per un retard mental lleu és *totalment incapaç a tots els efectes legals*, i en les quals es passa a constituir un règim de tutela en què es confereix al tutor la representació legal per al conjunt d'actes no personalíssims de l'incapacitat.²⁸ En altres mots: per comoditat, per seguretat o per simple rutina, la incapacitació s'equipara massa sovint amb la falta absoluta de capacitat de la persona a protegir.²⁹ La persona incapacitada esdevé legalment incapaç tret que es digui una altra cosa i hom acostuma a optar per una tutela amb un abast molt poc individualitzat,³⁰ remetent en bloc a la normativa legal supletòria o emprant fórmules àmplies o globals, en les que realment no queda cap espai per a l'autonomia de la persona incapacitada.

25 STS 14.7.2004 (RJ 2004, 5204): «[N]o obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes».

26 SAP Barcelona, Secció 18ª, 12.12.2006 (JUR 2007, 194068) («trastornos físicos muy importantes como de movilidad y visuales») i 15.5.2008 (JUR 2008, 267270) (paràlisi cerebral congènita). Vegeu SAP Barcelona, Secció 18ª, 14.5.2008 (JUR 2008, 205170), on s'estableix tutela *personal* pel fill i administració patrimonial per un dels germans, per a una dona «[cuyas] facultades intelectivas y volitivas no están afectadas especialmente, ... pero sí sus facultades físicas que la hacen depender totalmente de terceras personas». Vegeu amb anterioritat SAP Barcelona, Secció 18ª, 21.7.2004.

27 STS 20.11.2002 (RJ 2002, 10266): Curatela basada en les alteracions cognitives resultants d'infart, que impossibiliten la persona de seguir dirigint personalment un important grup hospitalari privat (confirma la SAP Illes Balears, Secció 3ª, 15.7.1999 [AC 1999, 7887]). Vegeu també, darrerament, SAP Barcelona, Secció 18ª, 14.2.2012 (JUR 2012, 140624) (trastorn depressiu crònic) o 1.12.2012 (JUR 2012, 93810) («retraso psicomotor leve»).

28 Molt il·lustrativa és, en aquest sentit, la SAP Gipuzkoa 11.2.2011 (LA LEY 2727/2011), en la qual l'Audiència ha de revocar la incapacitació total i el nomenament com a «defensor judicial» (!?) del seu pare, ordenats per un jutjat d'Irún respecte un jove amb la síndrome de Down, amb feina, integrat socialment i amb una xarxa de suport familiar que el recolzava i feia possible desenvolupar la seva vida plenament, malgrat la discapacitat que sofria. Un solució equivalent es pot llegir a la SAP Barcelona, Secció 18ª, 22.2.2012 (JUR 2012, 141090) i abans a la de 28.9.2001.

29 Vegeu el supòsit de fet d'incapacitat *total* imposada en apel·lació i finalment revocada per la STS 15.10.2001 (RJ 2001, 8801), si bé expressament per raons processals vinculades amb l'omissió de l'examen personal del presumpte incapaç.

30 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ 2006:36, i allà més referències.

El desajustament d'aquesta mena de resolucions a la variabilitat de les circumstàncies en què es poden trobar les persones afectades per algun tret que les fa especialment vulnerables és evident. Com també ho és que aquest recurs és del tot inadequat per a aquelles persones que ni tan sols es troben, estrictament parlant, en el marc de l'art. 200 CC, però que requereixen protecció i per això elles mateixes o, més freqüentment, els seus familiars, promouen la seva incapacitació.

Finalment, també es pot parlar d'un «abús de la incapacitació» quan el procediment s'endega exclusivament amb la finalitat de poder accedir a una autorització judicial per a fer disposició de béns de la persona incapacitada, a vegades en interès dels familiars i no necessàriament de la pròpia persona incapacitada. O més en general per poder tenir accés a una prestació econòmica o a un recurs residencial.³¹ Entre els professionals implicats en processos d'incapacitació, es recullen els següents testimonis: «en el model social actual, hi ha persones amb alguna patologia psiquiàtrica que han estat incapacitades per poder així garantir-los un sostre, més que no pas per la disminució sostinguda dels seus dèficits», o també que «la incapacitació sovint s'aplica per transferir la responsabilitat teòrica a algú que [per això] pressiona per aconseguir una plaça de llarga estada, que garanteixi el control continuat de la persona incapacitada».³²

2. MODELS DE DRET COMPARAT EUROPEU

Malgrat la conformitat dels tribunals a l'ús expansiu de la incapacitació i la flexibilitat aplicada per un bon nombre de resolucions a l'hora d'establir el «règim de tutela o guarda» a què fa referència l'art. 760 LEC, el legislador estatal també sembla convençut de la necessitat de modificar el marc legal vigent. De fet, en dues ocasions s'ha anunciat un projecte de llei per adaptar els processos d'incapacitació a la CNUDPD, si bé en tots dos casos els terminis previstos s'han incomplert.³³ A més, les diferències terminològiques presents en cada una són testimoni de les discrepàncies de fons sobre l'abast de la

31 Vegeu la realitat que es descriu al document de treball de l'ICASS *Protocol per a l'aplicació de criteris de cribatge abans d'iniciar un procés d'incapacitació* (Octubre 2008) (disponible a http://www20.gencat.cat/docs/dasc/01Departament/08Publicacions/Coleccions/Eines/Num_1/Eines1.pdf) (data de consulta: 06.08.2012).

32 *Protocol per a l'aplicació de criteris de cribatge abans d'iniciar un procés d'incapacitació*, p. 13-14.

33 La DF 1ª Llei 1/2009, de 25 de març, va establir un termini de 6 mesos perquè el Govern presentés a les Corts «un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar». El termini acabava el 26.12.2009. Posteriorment, la Llei 26/2011, d'1 d'agost, tot i venir titulada «de adaptació normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» no incloïa cap referència a la modificació dels processos d'incapacitació i es limitava a concedir un nou termini perquè el Govern presentés un projecte de llei relatiu ara «al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida» (DA 7ª Llei 26/2011). Aquesta mateixa disposició assenyalava que «dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen». El nou termini va finalitzar el 2.8.2012.

reforma i és probable que hagin complicat la tramitació del projecte abans del final de la passada legislatura.

En la legislatura actual, el Grup Parlamentari Popular al Congrés ha presentat una proposició no de llei, on insta el Govern a remetre un projecte de llei

«[p]ara dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».³⁴

Hores d'ara és incert, doncs, quin pot ser l'abast de la reforma. És probable que sigui força limitada, si es parteix de la base que el règim actual ja respecta, com ha sostingut el Tribunal Suprem, els principis fonamentals en aquesta matèria. Però també poden introduir-se canvis més profunds, com apunta la terminologia i l'enfocament adoptat per la DA 2^a Llei 26/2011. En tot cas, una breu panoràmica de dret comparat europeu pot permetre posar de relleu la diversitat d'enfocaments existent, i de la que es poden extreure idees i criteris per poder anticipar per on poden anar les futures reformes del marc legal espanyol i sobretot per avaluar quin és l'abast de l'assistència, tal i com s'ha introduït al nostre dret, i fins quin punt aquesta nova institució de protecció té o no algun potencial que resulti convenient d'explorar.

1.1. Sistemes basats en el manteniment de la incapacitació i en la introducció de mesures de protecció que no es basen en la prèvia incapacitació

Una possibilitat assajada en algun ordenament es basa en mantenir en vigor el règim d'incapacitació i el règim tutelar i el de complementació de la capacitat limitada, i alhora introduir nous mitjans de protecció que s'aplicarien amb independència de la incapacitació. Aquesta opció fou l'adoptada pel dret italià mitjançant la Llei núm. 6/2004, de 9 de gener, que va modificar el títol XII del Llibre I del *Codice civile* [des d'ara c.c.].³⁵ La principal novetat d'aquesta

34 Proposició no de llei 162/000348. BOCG, Congrés, Sèrie D, núm. 119, 29.6.2012, p. 6-7. Noteu que els seus termes reproduïxen al peu de la lletra els de la DA 2^a Llei 16/2011. Aquesta proposició no de llei ha estat aprovada pel Ple del Congrés, amb l'únic afegit, fruit de la transacció d'una esmena del Grup Parlamentari català (CiU), que «[e]n su elaboración se respetará el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que lo desarrollen en la medida que dicho desarrollo resulte acorde con la citada Convención» (BOCG, Congrés, Sèrie D, núm. 197, 19.12.2012, p. 17). No hi va haver acord per imposar un (nou) termini de tres mesos al govern, com proposava el Grup Parlamentari socialista.

35 G.U. núm. 14, 19.1.2004. Aquesta llei reforma tot el Títol XII del Llibre I del c.c. per incloure-hi un capítol específic sobre «Mesures de protecció de les persones privades en tot o en part d'autonomia» (on abans hi deia «Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione» (art. 2).

lleí fou la introducció, a l'art. 404 c.c., al costat de la tutela i de la curatela (art. 424 c.c.), de l'*amministrazione di sostegno* [des d'ara: AdS].

L'AdS sorgeix com una resposta a la crítica doctrinal segons la qual la interdicció o la inhabilitació només s'ocupava de les persones afectades per malalties molt greus i que, per tant, les situacions de menor gravetat havien de quedar o bé subjectes a un règim que resultava clarament desproporcionat o bé desproveïdes de qualsevol règim de protecció. Ara l'art. 1 de la Llei 6/2004 proclama que

[A]questa llei té la finalitat de protegir, amb la menor limitació possible de la capacitat d'obrar, les persones privades en tot o en part d'autonomia en el desplegament de les funcions de la vida diària, mitjançant intervencions de suport temporal o permanent.

Com ha explicat Gilda FERRANDO, el mot «autonomia» no s'utilitza com a sinònim d'autodeterminació, sinó amb el significat propi del llenguatge comú, com a independència i capacitat per a tenir cura de les pròpies necessitats.³⁶ Per això l'abast que hom vol donar a la norma del art. 404 c.c. és molt ampli i comprèn no només malalties mentals greus, sinó tota mena de trastorns mentals, disminucions psíquiques, i, en general, «las múltiples formas de labilidad psíquica que determinan la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de velar por los propios intereses».³⁷

La particularitat d'aquest model és que no comporta involucrar la persona en un procés d'incapacitació, ni qüestiona, d'entrada, la seva capacitat d'obrar, ja que la conserva íntegrament tret d'allò que s'atribueixi en exclusiva a l'administrador o per allò en què l'administrador necessàriament l'ha d'assistir. Malgrat que la situació d'impossibilitat de la persona de gestionar per sí sola els seus interessos constitueix el fonament d'aplicació de la mesura (cf. Art. 404 c.c.), no hi ha un judici sobre la capacitat de la persona, ni el procediment té per objecte ni conclou amb una declaració genèrica d'incapacitat.³⁸ A més, la Llei 6/2004 també va modificar la norma referida al deure del jutge d'incapacitar (és a dir d'aplicar la interdicció o la inhabilitació, segons la gravetat del seu estat) les persones que per malaltia mental són incapaces de proveir als seus propis interessos, deixant-ho en una *possibilitat* (cf. arts. 414 i 415 c. c.). Per contra, el nou art. 406 III c.c. sí imposa als responsables del serveis sanitaris i socials directament involucrats en la cura d'una persona el deure d'informar sobre si la situació d'aquesta podria menar a constituir l'AdS.

Els apartats 3) i 4) de l'art. 405 V c.c. preveuen, respectivament, que l'administrador s'encarregui de determinats actes en nom i per compte del beneficiari, i que aquest darrer només pugui fer determinats actes amb l'assistència de l'administrador. La idea de fons de l'AdS es basa en dos

³⁶ FERRANDO 2011:154.

³⁷ FERRANDO 2011:163.

³⁸ Per això, davant el silenci de la llei es considera que el sol·licitant de la mesura no necessàriament haurà de venir representat per un advocat. Ara bé: si la designació d'administrador comporta com a conseqüència la limitació de la capacitat d'obrar, això repercuteix sobre els drets fonamentals del beneficiari i escau defensa tècnica (Cass. núm. 25.366, 29.11.2006, *Fam. dir.* 2007, 19; LENTI 2011:500).

principis: flexibilitat i proporcionalitat, de manera que el legislador no fixa una llista de funcions «preprogramades» que entren en defecte de pronunciament concret, ni prefigura un règim per tipus d'actes o un sistema semblant.³⁹ Contràriament, deixa al jutge que estatueixi mesures concretes que s'adaptin a les circumstàncies del beneficiari. A la pràctica, s'han atribuït a l'administrador facultats tant en relació amb la persona del beneficiari com en relació amb els seus béns.⁴⁰

Segons l'art. 409 *c.c.*, el beneficiari conserva la capacitat d'obrar per a tots els actes que no requereixin la representació exclusiva o l'assistència de l'administrador. Amb això es vol subratllar que, a diferència de la presumpció d'incapacitat pròpia de la interdicció i de la inhabilitació, l'AdS es basa en el principi de mínima intervenció.⁴¹ A més, el precepte rebla el clau tot dient que, sigui quina sigui l'extensió de l'AdS en un cas concret, el beneficiari pot dur a terme en tot cas els actes necessaris per a satisfer les exigències de la seva vida quotidiana (cf. art. 409 II *c.c.*).

Segons l'art. 412 II *c.c.*, els actes que dugui a terme el beneficiari violant les disposicions legals o les contingudes a la resolució instituint l'AdS són anul·lables, a instància de l'administrador, del beneficiari o dels causahavents d'aquest, en el termini màxim de 5 anys des que s'estingeix l'AdS. No s'exigeix ni perjudici per al beneficiari, ni mala fe de la contrapart contractual, si és el cas.

Tres problemes principals es poden destacar en l'aplicació d'aquest model.

El primer és si es pot imposar l'AdS a una persona que es negui a la seva constitució, atès que segons el *c.c.* poden posar en marxa el procediment adreçat a nomenar un AdS, el beneficiari de la mesura, però també el seu cònjuge o persona amb qui conviu en parella estable, els parents fins el quart grau, els afins fins el segon grau o el Ministeri Públic (cf. art. 417 *c.c.*). Alguna sentència ha posat l'èmfasi en que, contra la voluntat de la persona, no pot tenir lloc el nomenament d'AdS, entre altres coses perquè el procediment és de jurisdicció voluntària i davant la negativa del possible beneficiari cal donar pas, si s'escau, a la interdicció o a la inhabilitació.⁴² D'altres, en canvi, han autoritzat

39 Ho subratllen també ÁLVAREZ LATA/SEOANE RODRÍGUEZ 2010:50.

40 L'abast de l'AdS pot ser amplíssim ja que en casos greus o molt greus l'art. 411 IV *c.c.* permet estendre a l'AdS efectes, limitacions o privacions de capacitat aplicables al cas d'interdicció o inhabilitació. Existeix, tanmateix, molta controvèrsia sobre el possible abast *personal* de l'AdS. Cf. FERRANDO 2011:185 (molt crítica amb l'estat de la legislació en aquest punt).

41 Per aquest motiu, les normes aplicables en funció de la incapacitat de la persona no s'apliquen, en principi, a la persona per a qui s'ha constituït una AdS. Cf. FERRANDO 2011:165.

42 «[S]ulla scorta di tale principio che permea tutto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, se il beneficiario manifesta aperta contrarietà alle limitazioni di capacità previste o da prevedersi nel decreto, al giudice resteranno soltanto due alternative: egli semplicemente non disporrà la limitazione contestata (o la revocherà) oppure, laddove sussista un'esigenza di protezione correlata all'incapacità del soggetto di percepire tale esigenza, provvederà ad informare il P.M. affinché instauri il procedimento contenzioso di interdizione o di inabilitazione. Ove non sussistano neppure i presupposti per l'interdizione o per l'inabilitazione (consistenti nell'esistenza di una vera e propria patologia nosograficamente determinata con caratteri di permanenza e stabilità), nessun provvedimento limitativo della capacità legale di agire sarà adottabile». Tribunal de Pinerolo, 8.3.2006; disponible a <http://www.personaedanno.it>, amb comentaris molt crítics de Paolo Cendon (data de consulta: 08.08.2012).

la mesura tot subratllant el seu caràcter *públic* i no exclusivament privat, i adduint la idea d'*autorresponsabilitat individual* de la pròpia persona.⁴³ La *Corte costituzionale* en sentència núm. 4, de 19 de gener de 2007⁴⁴ va confirmar implícitament aquest enfocament tot dient que, per arribar a constituir l'AdS, no és precis ni el consentiment del potencial beneficiari, ni l'acreditació que aquest no té la capacitat natural per a formar-se una voluntat lliure i que, per tant, s'ha de tenir en compte la seva opinió però que aquesta no té un efecte obstatiu si la situació de la persona justifica la protecció.⁴⁵

El segon punt, parcialment relacionat amb l'anterior, es refereix a fins quin punt les persones discapacitades *físiques* poden sol·licitar aquesta mesura o bé és necessari aplicar una reducció teleològica de la norma, que exclougui aquest efecte en aquest cas.⁴⁶ La doctrina està dividida al respecte, si bé sembla prevalent la tesi que admet la possibilitat tant d'una AdS que comporti la limitació de capacitat com una de «no incapacitant», que tindria el mateix costat positiu per al beneficiari que l'altra: permetre anticipar la protecció si ulteriorment pateix una pèrdua de capacitat natural i subjectar l'administració al control judicial i del Ministeri Fiscal, absent en els mandats ordinaris.⁴⁷ El fet que l'art. 409 I c.c. esmenti la «representació *exclusiva*» de l'administrador és l'argument *a contrario* per sostenir que la flexibilitat de l'AdS ha de permetre incloure una modalitat on el beneficiari conservi la capacitat per a seguir duent a terme actes inclosos en l'àmbit d'actuació de l'administrador.⁴⁸

Per últim, noteu que el pressupòsit *subjectiu* de l'AdS inclou casos que també es podrien incloure en la interdicció o inhabilitació. Hom s'ha plantejat, per això, si per optar per l'AdS cal partir d'una capacitat natural residual en el beneficiari o bé l'AdS abraça tots els casos en què s'estava aplicant la interdicció o la inhabilitació. Una part dels òrgans jurisdiccionals encara fan seva la primera premissa, amb l'argument que la regulació de l'AdS insisteix en la participació activa que cal reconèixer al beneficiari en instaurar la mesura i també durant la seva vigència (cf. art. 409 I i II c.c.). La majoria dels tribunals, no obstant, sembla que s'ha decantat per aplicar l'AdS fins i tot quan es donen els pressupòsits de la interdicció (és a dir, en presència d'una malaltia mental habitual, total, greu i

43 En aquests termes s'expressa el decret del Tribunal de Mòdena de 25.9.2006 (*Giur. merito* 2007, 950; citat i resumit a MASONI 2009:603), que imposa una AdS contra la seva voluntat a una dona adinerada, divorciada i amb una filla que per ordre administrativa es troba sota la guarda d'una tia. La dona menava una vida desordenada malgastant la fortuna que havia heretat dels seus pares. D'altra banda, un decret del Tribunal de Gènova, 9.8.2007 estableix l'AdS per a una anciana que vivia en un habitatge tota sola rodejada de porqueria, anticipant una sèrie de mesures per al cas que manifesti la seva oposició. Es pot consultar a <http://www.personaedanno.it> (data de consulta: 08.08.2012).

44 *Dir. fam. per.* 2008, 6 (= *Giurisprudenza costituzionale* 2007, 13).

45 MASONI 2009:604-9 es manifesta en aquesta línia, adduint fins i tot el *deure* de les autoritats d'instar l'AdS doncs altrament podrien incórrer en responsabilitat.

46 Sobre això FERRANDO 2011:173-176

47 Tribunal de Pinerolo 4.11.2004 (NGCC 2005, I 1). En aquest sentit, FERRANDO 2011:174.

48 MASONI 2009:623 resumeix el tràmit parlamentari, d'on també es desprèn que l'AdS no incapacitant és possible per tal de donar protecció a potencials beneficiaris no afectats per una malaltia mental.

permanent).⁴⁹ L'argumentació es basaria en la idea que la interdicció només s'ha d'imposar quan sense ella no es pugui garantir una protecció adequada d'aquella persona o, dit d'una altra manera, quan l'AdS sigui «inidònia per a realitzar la plena tutela del beneficiari» (que és el que literalment diu l'art. 413 c.c. per posar fi a l'AdS i donar pas a la interdicció o la inhabilitació). Aquest criteri de compatibilitat es va expressar per la *Corte costituzionale* en sentència núm. 440, de 9 de desembre de 2005.⁵⁰ Més tard, la *Corte di cassazione* en sentència núm. 13.584, de 12 de juny de 2006,⁵¹ es va pronunciar sobre els criteris que han de presidir la línia de demarcació entre ambdues figures, tot dient que la mesura no seria la gravetat de la situació personal del beneficiari, sinó una perspectiva *funcional*: no seria suficient l'AdS si només mitjançant la incapacitació es pogués garantir la protecció plena i evitar riscos per a la persona o per als béns. Seguint aquest plantejament, l'AdS esdevé a la pràctica institució preferent i la interdicció un instrument *residual*, limitada a aquells (pocs) casos en què sigui necessària la total privació de capacitat de la persona protegida perquè la seva situació personal implica un risc molt elevat de dur a terme actes que el poden perjudicar⁵² o bé perquè el capital o el patrimoni que cal gestionar té tal entitat que obliga a pensar en una actuació subjecta a més control.⁵³

Més recentment, en sentència núm. 22.332, de 26 de novembre de 2011,⁵⁴ la *Corte di cassazione* ha revocat una sentència que imposava la interdicció d'una persona amb la síndrome de Down en estadi greu i amb dificultats per comunicar-se, i ha ordenat el nomenament d'un administrador tot repetint que l'oportunitat de constituir l'AdS no depèn de la gravetat de l'estat del beneficiari i que el principi de mínima intervenció requereix que la interdicció quedi únicament com una possibilitat del tot excepcional.⁵⁵

1.2. Sistemes basats en la derogació de la incapacitació i en l'aplicació d'instruments de protecció que no es basen en la prèvia incapacitació

Molts altres ordenaments han optat, des de fa molt temps, per fer desaparèixer del sistema legal el concepte d'incapacitació com a centre

49 Per la seva transcendència, cal citar el decret del Tribunal de Varese, 5.3.2012, ja que canviant el criteri favorable a la interdicció seguit fins el moment, constitueix l'AdS en favor d'una persona en coma. Es pot consultar a <http://www.personaedanno.it> (data de consulta: 08.08.2012).

50 *Giur. cost.* 2006, 773.

51 *Dir. fam. per.* 2006, 1671.

52 LENTI 2011:510-1.

53 Posteriorment, segueix el mateix criteri la sentència núm. 9628, de 22 d'abril de 2009.

54 *Dir. fam. pers.* 2012, 215.

55 La doctrina majoritària és crítica amb l'enfocament adoptat tant per la *Corte costituzionale* com per la *Corte di cassazione*, per tal com sostenen que l'AdS introduïda al c.c. pot ser tan personalitzada i àmplia com resulti necessari. D'aquí que es promogui sense embuts la necessitat de la derogació de la interdicció i de la inhabilitació, i la seva substitució *in totum* per l'AdS. Cf. MASONI 2009:562-565, i allà mes referències. Ja hi ha hagut dues proposicions de llei amb aquesta finalitat: la num. 2972, de 30.6.2007, sobre *disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione*, i la núm. 510, de 29.4.2008, amb el mateix títol que l'altra i anomenada proposta Napoli.

de gravetat de l'adopció de mesures jurídiques adreçades a la protecció de les persones vulnerables. Hi ha, tanmateix, dues aproximacions força contrastades: una, omet la referència a la incapacitació i a la incapacitat de la persona, i se centra en la seva protecció, però manté com a efecte de la instauració de la mesura de protecció la possibilitat de restringir la capacitat d'obrar de la persona a protegir [*infra* § a]; l'altra perspectiva, en canvi, posa èmfasi en la protecció de la persona i instaura mitjans per actuar en el seu nom i interès, però sense que això suposi necessàriament alterar la seva capacitat d'obrar, ni tampoc perjudicar si la persona té o no capacitat per realitzar els actes jurídics que pretén dur a terme [*infra* § b].

a) Model basat en règims tutelars o d'assistència, sense prèvia incapacitació

El primer model té com a exemple el dret francès, darrerament actualitzat en la línia d'enfortir les reformes ja realitzades a finals dels anys 60 del segle passat.⁵⁶

El punt de partida d'aquest model no és una declaració d'incapacitació sinó directament la presa en consideració de la situació de la persona per a instaurar, en el seu interès, un règim de protecció.⁵⁷ Així, conforme a l'art. 425 *Code civil*, les mesures de protecció s'instauen quan una persona es troba en la impossibilitat de tenir cura tota sola dels seus interessos. Però és important subratllar que les condicions *subjectives* per donar pas a l'establiment de mesures de protecció es basen, estrictament, en l'alteració, constatada mèdicament,⁵⁸ bé de les facultats *mentals* o bé de les facultats *corporals*, en aquest darrer cas només si això impedeix l'expressió de la voluntat de la persona.

Complint aquests requisits, les mesures de protecció poden abraçar tant la persona com els seus interessos patrimonials, o només un d'aquests àmbits (art. 425 II *Code civil*). La reforma de 2007 va voler subratllar, tanmateix, la importància dels principis informadors en aquesta matèria. Per això, l'art. 428 *Code civil* diu, de conformitat amb el principi de subsidiarietat, que la mesura de protecció només està justificada en cas que sigui necessària perquè els interessos de la persona no es poden atendre adequadament amb una representació voluntària, mitjançant el règim matrimonial primari o el règim econòmic matrimonial corresponent, si la persona esta casada, o a través de qualsevol altra mesura menys restrictiva. Tampoc no cal instaurar la mesura de protecció si la persona a protegir va atorgar un «mandat de protecció futura» (art. 477 I i II *Code civil*).

56 Llei núm. 2007-308 de 5 de març de 2007, portant *réforme de la protection juridique des majeurs* (JORF núm. 56, 7.3.2007), en vigor des d'1.1.2009. Amb anterioritat, la gran reforma del dret francès de les incapacitats va tenir lloc mitjançant la Llei núm. 68-5 de 3 de gener de 1968.

57 Així, l'art. 415 I *Code civil* obre el títol dient, simplement, que «les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre».

58 L'alteració s'ha de constatar medicament amb un certificat emès per un metge especialista de la llista oficial aprovada pel *procureur de la République* (cf. arts. 431 i 481 *Code civil*). No és, en canvi, preceptiu per a la *sauvegarde en justice*, que pot venir avalada pel certificat emès pel forense o pel metge de l'establiment de salut on es troba la persona afectada.

En cas de concloure que, efectivament, la mesura és indispensable, aquesta ha de ser, en tot cas, «proporcionada i individualitzada en funció del grau d'alteració de les facultats personals de l'interessat» (art. 428 II *Code civil*).

L'autoritat judicial és l'encarregada de determinar què li convé més a aquella persona tot seguint el criteri general que distingeix la tutela de la curatela.⁵⁹ Mentre que la primera és preceptiva quan la persona té la necessitat de ser *representada* d'una manera continuada en els actes de la vida civil (art. 440 III *Code civil*),⁶⁰ la curatela es concep legalment com l'instrument adient per a aquella persona que, tot i que pot actuar tota sola, requereix, per qualsevol de les causes esmentades a l'art. 425, «d'ésser *assistida o controlada* de manera continua en els actes més importants de la vida civil».⁶¹

Val a dir, tanmateix, que la reforma de 2007 ha incrementat la flexibilitat del model ja que ha deixat clar que, malgrat la constitució de la tutela, el jutge pot afegir actes que la persona protegida podrà fer tota sola o actes que podrà fer amb l'assistència del tutor (cf. art. 473 II *Code civil*). En la mateixa línia, però en sentit invers, hom preveu també la possibilitat d'atribuir més facultats al curador (en la fórmula de *curatelle renforcée*). En particular, l'art. 472 I *Code civil* disposa en aquest cas que el curador pot retirar efectiu de la persona protegida d'un compte d'aquesta on cobri les seves prestacions o ingressos periòdics, i efectuar pagaments de les despeses en què aquella incorri, tot dipositant l'excedent en un altre compte de la persona o lliurant-li directament. Aquesta mena de curatela està subjecta a les disposicions que regulen els deures del tutor de fer inventari dels béns de la persona posada en tutela i de retre comptes de les seves gestions (art. 472 III *Code civil*).

Juntament amb la tutela i la curatela, el dret francès coneix una fórmula addicional de protecció que s'anomena *sauvegarde en justice* (art. 433 *Code civil*). Segons l'art. 433 *Code civil* es pot posar en aquest règim la persona a qui, per alguna de les causes esmentades per l'art. 425, «li cal una *protecció jurídica* temporal o d'ésser representada per a la realització de certs actes concrets». Aquest instrument es caracteritza perquè té una durada necessàriament limitada en el temps (1 any renovable 1 any més) i està concebut bé per a dotar de protecció la persona mentre s'estudia la possibilitat d'instaurar un règim de tutela o curatela o quan cal cobrir les seves necessitats mentre es troba temporalment impossibilitada de gestionar els seus afers (per exemple, per trobar-se hospitalitzada o ingressada). La mesura cessa quan ho fa la necessitat que la va justificar (art. 439 *Code civil*) i així ho estableix la resolució judicial o administrativa que correspongui. En tot cas, finalitza quan es conclouen els actes per als quals es va ordenar, arriba el termini legal màxim anteriorment indicat o s'acaba instaurant un règim permanent de tutela o curatela.

Com a regla general, la *sauvegarde en justice* no implica, a diferència de la curatela o de la tutela, restricció de la capacitat d'obrar de la persona.

59 Segons l'art. 440 IV *Code civil*, a mes, «la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante».

60 Vegeu també art. 473 I *Code civil*.

61 Art. 440 I *Code civil*: «La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle».

Així ho diu, expressament, l'art. 435 I *Code civil*. Tot i així, aquest mateix precepte disposa que els actes jurídics i els compromisos assumits mentre estigui vigent la mesura «poden ésser rescindits per simple lesió o reduïts en cas d'excés», a instància del beneficiari o dels seus hereus.⁶² No es quantifica, tanmateix, l'abast de la lesió que permet rescindir, i el caràcter excessiu de l'acte fa referència a la realització d'una despesa inútil o desproporcionada tenint en compte els recursos i les necessitats de la persona protegida.⁶³ La norma remet aleshores a un judici d'oportunitat de la rescissió del contracte o de la reducció del preu, en què l'autoritat judicial ha de tenir en compte «la utilitat o inutilitat de l'operació, la importància o consistència del patrimoni de la persona protegida i la bona o mala fe de la persona amb qui va contractar» (art. 435 I *in fine*).⁶⁴ Si la mesura de *sauvegarde en justice* inclou el nomenament d'un «mandatari especial» (art. 437 *Code civil*),⁶⁵ en canvi, aleshores queda descartada l'actuació de la persona protegida en l'àmbit assignat al mandatari especial, i els possibles actes concurrents que puguin dur a terme la persona protegida són nuls (art. 437 I *in fine Code civil*).⁶⁶ La doctrina subratlla que l'interès del nomenament d'aquest mandatari especial rau en que evita la pràctica anterior de constituir sistemàticament una tutela o una curatela quan calia dur a terme un acte concret de disposició, alhora que salva el risc d'anul·lació que existia quan l'acte el conclouia tota sola la persona protegida.

Com ja he apuntat i a diferència del dret previgent a l'entrada en vigor de la reforma de l'any 2007, els règims de protecció de majors d'edat se centren actualment en els casos on la necessitat de protecció deriva de la malaltia o discapacitat psíquica o de la impossibilitat física d'expressar la pròpia voluntat.⁶⁷ Els tòxics, pròdigs, alcohòlics i altres persones vulnerables per raons alienes a l'alteració de les facultats mentals o de la capacitat de comunicar la pròpia voluntat, han quedat fora dels règims legals de protecció tret que

62 A part de poder també ser anul·lats si es prova la manca de consentiment en el moment de l'atorgament (*ex art. 414-1 Code civil*).

63 MALLET 2011:171.

64 S'ha dit que aquest règim permet sancionar la contrapart que, explotant la feblesa de la persona, ha obtingut un benefici indegut, alhora que, en canvi, el contractant de bona fe queda a recés del risc de rescissió del contracte o de reducció del valor de la contraprestació de la persona protegida, amb la qual cosa s'assegura també la seguretat del tràfic jurídic. Cf. TERRÉ / FENOUILLET 2005:1285.

65 Aquest mandatari judicialment nomenat pot tenir la funció «d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée» (art. 437 II *Code civil*) o també «une mission de protection de la personne» (art. 438 I *Code civil*). La reforma de 2007 ha eixamplat enormement les possibilitats d'aquest mandatari, per permetre que dugui a terme tant actes d'administració ordinària, indispensables per a la gestió del patrimoni i l'atenció de la persona, com també fins i tot actes concrets de disposició adreçats a garantir el benestar de la persona (com ara venda d'immobles, resolució de lloguers, acceptació d'herències). Cf. MALLET 2011:169. La jurisprudència ja havia ampliat generosament les possibilitats d'actuació del mandatari (limitant simultàniament la capacitat de la persona protegida), la qual cosa la doctrina considerava que contradeia la intenció del legislador (en aquest sentit, TERRÉ/FENOUILLET 2005:1291). Ara, el nou text consagra el criteri jurisprudencial.

66 En aquest cas, no cal que de l'acte se'n derivi cap perjudici (MALLET 2011:170).

67 La línia de demarcació ha estat traçada de manera rigorosa per la jurisprudència (cf. HAUSER 2011:145).

concorri, a més, algun dels requisits de l'art. 425 *Code civil*. Es considera que la protecció s'ha de centrar en mesures d'altre tipus. I que en dret francès s'anomenen «mesures d'acompanyament social», si bé cal mencionar que si es confirma que aquestes mesures són insuficients, hom preveu encara unes possibles «mesures d'acompanyament judicial» (arts. 495 a 495-9 *Code civil*). Aquestes mesures tampoc «no impliquen cap mena d'incapacitat» segons diu l'art. 495-3 *Code civil*, però legitimen un mandatari judicialment nomenat a cobrar les prestacions socials que concreti la mesura i a gestionar-les «en interès de la persona i tenint en compte la seva opinió i la de la seva família». Simultàniament, aquest mandatari «exerceix sobre aquesta persona una acció educativa tendint a restablir les condicions d'una gestió autònoma de les prestacions socials» (art. 495-7 III *Code civil*).

b) Model alemany de nomenament d'assistent i manteniment de la capacitat d'obrar vinculada a la capacitat natural de la persona

El segon model és el del dret alemany, encara que processos semblants ja s'havien desenvolupat a Suècia i Àustria, i s'han estès després a d'altres països nòrdics.⁶⁸

Fins el 31 de desembre de 1991, a Alemanya regia un sistema basat en la incapacitació de la persona (*Entmündigung*), seguida del nomenament de tutor, les facultats del qual es basaven en el model que proporcionava la tutela de menors d'edat. La llei de reforma de la tutela i de la curatela de 1990⁶⁹ va instaurar un model que, a diferència del dret previgent, posava l'accent en la necessitat de tenir cura de la persona a protegir i no en el canvi del seu estat civil. Amb aquesta finalitat, la llei també va derogar el § 6 BGB, que establia les causes d'incapacitació i feia esment, en particular, a la malaltia o la debilitat mental que impedia la persona de tenir cura dels seus assumptes. També es va abolir el procediment d'incapacitació (§§ 645 ss ZPO) i la distinció entre graus d'incapacitació (total per causa de malaltia mental, § 104 III BGB, i limitada, en altres casos de prodigalitat o debilitat mental, § 114 BGB). Els règims de tutela o curatela per a majors d'edat (§§ 1896 i 1910 BGB, respectivament) foren substituïts per un únic règim, denominat assistència (*Betreuung*).⁷⁰

Com a conseqüència d'aquest canvi, al dret alemany no preveu un acte jurídic de derogació total o parcial de la capacitat d'obrar. El BGB només preveu

68 Cf. *Comparative Study* (nota 5) p. 97-119. Vegeu també *La protection juridique des majeurs* (Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, núm. 148, Juin 2005) p. 19-23.

69 *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz—BtG)* de 12.9.1990 (BGBl I, 2002), que va entrar en vigor l'1.1.1992. Posteriorment, la normativa sobre l'assistència ha estat modificada en diverses ocasions. Les reformes més importants van tenir lloc mitjançant la segona llei de reforma, de 21.4.2005 (2.BtAndG 2005; BGBl I, 1703) i la tercera llei de reforma, de 29.7.2009 (3.BtAndG 2009; BGBl I, 2286).

70 En la reforma de 2005 es va mirar de clarificar que el sentit d'aquesta assistència es la protecció jurídica i no l'assistència social. D'aquí el canvi de nom pel d'assistència jurídica (*rechtliche Betreuung*). Això es va materialitzar també en les remuneracions (a càrrec dels *Länder*) per les tasques dels assistents, de manera que es van excloure els vinculats a l'atenció a aspectes psicosocials o personals per reduir costos. Només es pot cobrar per les tasques de representació i assistència legal.

que, sota determinades circumstàncies, una persona pot trobar-se necessitada de protecció perquè no pot menar per ella mateixa els seus assumptes. Tanmateix, l'assistent és *sempre* el representant legal de la persona protegida en els àmbits en què està legitimat per intervenir.⁷¹

Quant a la falta de capacitat natural, el BGB es limita a reconèixer que a una persona pot mancar-li i que això afecta la validesa dels actes i negocis jurídics en què prengui part. D'acord amb el § 104 II BGB, no té capacitat negocial i la seva declaració de voluntat serà, per tant, nul·la, la persona que es troba en una situació en què la seva activitat mental es troba disminuïda fins al punt d'excloure la lliure determinació de la voluntat. La càrrega de la prova d'aquesta manca de capacitat natural recau sobre qui l'al·lega. En altres mots, l'obertura del règim de protecció no afecta l'estat civil de la persona protegida, que com a regla general manté intacta la seva capacitat d'obrar, si bé, és clar, el sistema legal sí que atribueix efectes al fet que, en molts casos, la persona protegida no té prou capacitat natural o discerniment per a realitzar vàlidament determinats actes jurídics.

Segons el § 1896 I 1 BGB, l'autoritat judicial pot, d'ofici o a instància de part, nomenar un assistent a la persona major d'edat que, per causa d'una malaltia mental o per raó de discapacitat física, psíquica o espiritual, no pot tenir cura totalment o parcialment dels seus interessos.⁷² A la pràctica, la instauració d'aquest règim és estricta. Concretament, la malaltia mental diagnosticada per un metge psiquiatre ha de ser particularment greu, i s'han inclòs les demències, el retard mental, el síndrome de Down, les discapacitats vinculades a lesions cerebrals, i també les psicopatologies. Per contra, l'autisme, la desorientació vinculada a l'edat o les addicions a l'alcohol o les drogues que no hagin derivat en psicosi, no s'hi inclouen.⁷³ Pel que fa a la discapacitat física que limita les possibilitats de la persona de tenir cura dels seus afers, s'aplica molt rarament i no inclou ni els invidents ni els sords, ja que es considera que el recolzament d'aquestes persones pot venir donat pels serveis socials o de salut, o per altres mitjans.⁷⁴

A part de la persona concernida i, quan escau, del jutge d'ofici, o a instància de l'entitat pública competent, ningú més no està legitimat per a demanar la constitució de l'assistència.⁷⁵

Les persones adultes amb suficient capacitat de voler i entendre no poden ser obligades a tenir un assistent. Segons el § 1896 Ia BGB, no es pot nomenar assistent quan la persona major d'edat declara vàlidament la seva voluntat contrària a aquest nomenament. Només quan a la persona a protegir li manca la capacitat natural per expressar una voluntat lliurement formada és possible

71 BAUER 2011:2533.

72 § 1896 I BGB: «Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer».

73 BAUER 2011:2534 i allà més referències.

74 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1896 núm. 7.

75 Només en cas que la realització efectiva de drets d'algun tercer depengui del nomenament d'assistent es preveu excepcionalment la possibilitat que aquest tercer insti aquest nomenament (cf. § 20 FGG).

que el jutge ordeni d'ofici la constitució de l'assistència tot i la possible oposició de la persona. Respecte a la persona major d'edat que no pot tenir cura dels seus interessos per raó d'un impediment físic, l'entitat competent només pot sol·licitar el nomenament d'assistent si la persona també està impedita per a expressar la seva voluntat (cf. § 1896 I 1 *in fine* BGB).

L'oportunitat de constituir una assistència i, si escau, el nomenament d'assistent tenen lloc en un procediment de jurisdicció voluntària.⁷⁶ Ara bé, en aplicació del principi de subsidiarietat, el dret alemany no només té present l'estat de salut o la condició personal del possible beneficiari de la mesura. Per això, no cal l'assistència si els interessos dels que la persona no en pot tenir cura no requereixen la representació legal o es poden atendre amb la mateixa eficàcia per altres mitjans, per exemple si la persona ha nomenat un apoderat perquè en tingui cura.⁷⁷

L'assistència només pot abraçar els àmbits en què és necessària (§ 1896 II 1 BGB). La resolució judicial determina, per a cada cas individual, quin és l'abast de l'actuació de l'assistent, en relació amb aquells àmbits en què és previsible que, segons les circumstàncies, caldrà que intervingui (§ 1897 I BGB). No hi ha previsions legals generals sobre el possible abast d'aquesta actuació. L'assistència, per tant, és un sistema flexible i individualitzat que es pot instaurar amb diferents graus d'intensitat depenent de la situació de la persona concernida. La necessitat d'una assistència que abraci tots els assumptes de la vida quotidiana de la persona (*Totalbetreuung*) és excepcional i limitada als casos en què hi ha una greu discapacitat psíquica o un estadi molt avançat de demència senil.

Tret que així ho declari expressament l'autoritat judicial, no formen part de l'àmbit de funcions de l'assistent ni la decisió sobre les comunicacions telefòniques o d'altre tipus de la persona protegida, ni tampoc rebre, obrir i guardar la correspondència que li és adreçada (§ 1896 IV BGB) i resten fora de l'àmbit de funcions de l'assistent els interessos de naturalesa personal respecte als quals la voluntat de la persona protegida no pot ser substituïda ni complementada i que només pot exercir ella sola si té prou capacitat natural. La llei especifica també les decisions que l'assistent mai no podrà prendre tot sol i per a les que, si escau, haurà de demanar autorització judicial: actes de disposició de béns del patrimoni de la persona assistida, tractaments mèdics o intervencions que posin en risc la vida de la persona assistida, esterilització, internament en centre tancat i extinció del contracte de lloguer de l'habitatge de la persona protegida.

Com ja s'ha dit, el nomenament d'un assistent no comporta automàticament la pèrdua de la capacitat d'obrar, ni pressuposa tampoc que la persona protegida no té capacitat natural. Són, doncs, qüestions diferents i independents.⁷⁸ Legalment, la persona que es troba en assistència legal té capacitat d'obrar per prendre les decisions per a les quals conserva la capacitat natural necessària.

⁷⁶ BAUER 2011:2533.

⁷⁷ § 1896 II BGB. Si hi ha un apoderat especialment nomenat, l'autoritat judicial pot no obstant nomenar un assistent per tal que vetlli perquè en l'exercici de les seves funcions l'apoderat respecta els interessos de la persona protegida (§ 1896 III BGB)

⁷⁸ Palandt/DIEDERICHSEN 2012, Einf v § 1896 núm. 13

I quan no la té, el negoci o l'acte jurídic corresponent es podrà anul·lar (§ 104 II BGB). Contràriament, si la persona protegida té capacitat per a dur a terme l'acte o negoci en concret, llavors és possible que en l'àmbit de facultats atribuïdes a l'assistent es produeixin actuacions concurrents i fins i tot contradictòries d'aquella persona i del propi assistent que ostenta funcions representatives. En aquest cas, hom distingeix: en els negocis obligacionals, són eficaços tots dos negocis;⁷⁹ en els negocis de disposició, només és vàlid i eficaç el primer. L'impacte que això té al tràfic jurídic ja va ser tingut en compte abans de la reforma, però es va concloure que és preferible protegir més les persones incapaces o amb capacitat limitada que no pas la seva contrapart contractual.⁸⁰ Amb altres paraules, entre l'autonomia de la persona i la seguretat del tràfic, s'ha optat per l'autonomia.⁸¹

Amb tot, en els casos en què la persona actuant pel seu compte es podria veure exposada a riscos irraonables,⁸² el jutge pot ordenar que l'assistència inclogui la càrrega d'obtenir l'autorització de l'assistent per als actes inclosos en el seu àmbit d'actuació (§ 1903 BGB: *Einwilligungsvorbehalt*). D'acord amb la llei, això només s'esdevé, tanmateix, si la lliure actuació individual de la persona protegida li comporta un risc molt greu de patir danys. El fet d'acordar aquesta mesura no guarda necessàriament relació amb el fet que la persona sigui incapaç o no, ja que una persona que conserva la seva capacitat natural però que està impossibilitada de gestionar adequadament els seus assumptes pot també arriscar-se a patir perjudicis seriosos si participa al tràfic jurídic.⁸³ A la pràctica, encara que han crescut, els casos en què la *Betreuung* es constitueix amb l'esmentada «reserva d'autorització» es limiten a un 10% i poden tenir un contingut molt variat, normalment de caràcter patrimonial.⁸⁴ Els seus efectes són que es limita la capacitat d'obrar de la persona en la mesura corresponent, i que els actes jurídics realitzats sense l'autorització de l'assistent son ineficaços (§ 111 BGB).⁸⁵

En principi, fins i tot si s'ha posat en vigor una reserva d'autorització de l'assistent, la persona protegida pot realitzar vàlidament tota sola qualsevol

79 Si l'altra part contractual coneixia que l'actuació de l'assistent contravenia la decisió de la persona protegida, hom considera viable invocar la nul·litat del contracte per extralimitació en la legitimació conferida legalment. Cf. BAUER 2011:2546.

80 Palandt/ELLENBERGER 2012, Einf v § 104 núm. 3.

81 La jurisprudència també ha declarat nul·les per abusives les condicions generals on entitats bancàries pretenien traslladar als seus clients el risc de patir algun perjudici com a conseqüència de llur possible futura incapacitat (BGH 25.6.1991–XI ZR 257/90 [BGHZ 115, 38]).

82 Noteu que, tractant-se d'una persona a qui manca la capacitat natural, per anul·lar conforme al §104 II BGB, recau sobre ella la càrrega de la prova que aquella circumstància va afectar la seva declaració de voluntat.

83 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 5.

84 Com ara la limitació que afecta actes de disposició per damunt de certa quantitat mensual o per a realitzar despeses en relació amb algun bé immoble, per exemple. Cf. BAUER 2011:2548. Admetent la possibilitat d'aplicar aquesta mesura per evitar el reconeixement d'un fill, cf. Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 4. En general, però, no s'aplica als actes *materials* com ara actuacions en temes de salut o relatives a la fixació de la residència de la persona.

85 En particular, els contractes només tenen efectes a partir de llur confirmació per l'assistent (§ 108 I BGB), moment fins el qual l'altra part contractant en pot desistir.

acte que només li reporti utilitat i també els relatius a «assumpes de la vida quotidiana de poca importància» (cf. § 1903 III BGB). El jutge pot, no obstant, disposar altrament si, ateses les condicions del beneficiari, aquesta possibilitat és contrària al seu interès.⁸⁶

La resolució que nomena l'assistent ha d'establir el termini dins el qual s'ha de comprovar que romanen les circumstàncies que el van determinar. Aquest termini no pot excedir els cinc anys (§ 69 I 5 FGG). L'assistència s'extingeix per la mort de la persona protegida i per la desaparició de les circumstàncies que van determinar la seva constitució (§ 1908d I BGB). Per raons de seguretat jurídica, això darrer requereix una decisió formal pel jutge competent.

3. QUIN MODEL TENIM AVUI A CATALUNYA?

Amb la perspectiva que dóna la breu panoràmica comparada anterior, i a reserva de l'explicació dels detalls del règim jurídic de l'assistència del Codi Civil de Catalunya, la primera conclusió a què es pot arribar és que aquest text legal té una mica de cadascun dels models que hi ha vigents als països del nostre entorn.

En primer lloc, es pot dir que si bé s'ha iniciat la transició des del model basat en la prèvia incapacitació cap a un model alternatiu, és un fet que la incapacitació roman i és el pressupòsit per aplicar nombroses normes del Llibre segon. Alhora, el règim de protecció derivat de la incapacitació remet, com tothom sap, bé a la tutela, bé a la curatela, amb els efectes, respectivament, de restricció més o menys àmplia de la capacitat d'obrar de la persona i la seva substitució per la representació legal atribuïda al tutor o la subjecció de determinats actes al complement de capacitat que dóna el curador.

En segon lloc, i com a novetat respecte al règim heretat del CC espanyol, el nou dret català de la persona ha incorporat l'assistència. Com a Itàlia o Alemanya, la nova institució catalana no està vinculada a la prèvia incapacitació de la persona, de manera que no pressuposa un pronunciament general sobre l'absència o la limitació de la capacitat de la persona. Per altra part, també comparteix amb aquests sistemes el fet que les atribucions conferides a l'assistent no venen predeterminades per la llei sinó que es concreten, respecte als àmbits personal i/o patrimonial, en la resolució judicial de nomenament i amb base en les circumstàncies concretes de la persona que ha demanat l'assistència. Com al dret alemany, però a diferència del dret italià, l'assistència s'estableix sense menyscapte de la capacitat d'obrar del beneficiari de l'assistència, que la conserva per a la realització de la generalitat d'actes de la vida civil que tingui capacitat natural per atorgar. En el dret italià, en canvi, l'AdS es configura com exclusiva i exclouent de la capacitat del beneficiari.

Com veurem, l'assistència en dret català implica imposar al beneficiari una «reserva d'autorització» de determinats actes per part de l'assistent. A diferència del dret alemany, on aquest instrument és opcional, en dret català

⁸⁶ Per exemple, per instaurar una reserva d'autorització de l'assistent per impedir que la persona protegida adquireixi pel seu compte begudes alcohòliques (BAUER 2011:2549).

aquest element tipifica l'instrument de protecció perquè és de necessària incorporació.⁸⁷

A diferència dels dos sistemes esmentats, a Catalunya no es pot dir que l'assistència constitueixi una *alternativa* al règim de la tutela (o curatela). Això és així a Alemanya, on la disminució de facultats que mena a nomenar un assistent abraça indubtablement la que afecta les persones que abans de 1992 eren incapacitades, i també a Itàlia, on tant el Tribunal Constitucional com el Suprem han decidit que l'AdS es pot aplicar a tothom qui ho necessiti, encara que (també) se'l podria incapacitar. En altres mots: a Alemanya l'assistència ha derogat la incapacitació i a Itàlia la jurisprudència l'ha arraconada com una institució aplicable únicament a casos considerats excepcionals. A Catalunya, en canvi, el legislador no ha donat aquest pas. Ho ha volgut deixar clar a partir, fonamentalment, de la delimitació del supòsit de fet de l'assistència, que es basa en el requisit que la disminució que afecta el sol·licitant i beneficiari de la mesura sigui *no incapacitant*. Tot apunta, per tant, a que la nova normativa catalana vol cobrir una possible llacuna del sistema de protecció d'adults més que no pas substituir *in totum* el sistema de la incapacitació seguida de tutela o curatela.⁸⁸

D'altra banda, i per comparació amb la *sauvegarde en justice* del dret francès, que també comporta una protecció jurídica sense afectar en principi la capacitat d'obrar de la persona, cal subratllar que per legitimació, pressupòsits i extensió, el que en el dret francès es concep més aviat com a temporal o provisional, en dret català és una mesura dissenyada a imatge i semblança de la tutela o la curatela, en tant que, com aquestes, és una mesura de caràcter temporalment indeterminat i d'abast més general.

4. RECAPITULACIÓ

N'hi ha prou amb una ullada al context en què s'incorpora l'assistència al Codi Civil de Catalunya i a la comparació dels elements essencials del seu règim amb els dels models comparats més propers per concloure que l'abast de la nova figura és molt limitat.⁸⁹

D'una banda, perquè el legislador admet explícitament que no es tracta de substituir els règims vigents de tutela o curatela, que ara per ara encara pressuposen la incapacitació de la persona a protegir, sinó de complementar-los. D'altra banda, en l'experiència dels tribunals catalans sovint la incapacitació s'ha aplicat tant a les persones mancades d'autogovern en sentit estricte, és a dir, a persones mancades en tot o en part de capacitat natural,

87 A diferencia de l'atribució judicial de facultats representatives per a l'administració ordinària, que es defineix com a opcional i a petició de la persona interessada.

88 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412: «institución nueva... compatible con el mantenimiento del régimen de incapacitación/tutela-curatela, cuando la situación personal de la persona disminuida lo requiera. Se trata de un complemento y no de un cambio o sustitución de una institución por otra» (èmfasi afegit).

89 En aquest sentit, MARTÍN PÉREZ 2010:158 («Hay que reconocer que la regulación ha sido audaz... Pero tampoco hay bases para afirmar que la nueva figura encuentre un gran campo de aplicación y sea eficaz»).

com a persones únicament afectades per una disminució física greu que les fa dependents d'altres persones per a poder realitzar la generalitat d'actes de la vida diària i que els obliga a requerir llur suport per a dur a terme els actes necessaris per a la gestió i la defensa dels seus interessos. Per tant, l'eventual llacuna que s'hauria volgut cobrir és relativa, i vinculada a l'ús que facin els tribunals de la incapacitació.

Al caràcter complementari que té l'assistència respecte als règims vinculats a la incapacitació de la persona s'ha d'afegir que, també respecte al nomenament d'assistent, s'ha d'aplicar el test de necessitat de la mesura propi de qualssevol institucions i mesures de protecció d'adults.⁹⁰ En virtut d'aquest principi, abans de donar curs a la petició de la persona afectada i de nomenar-li un assistent, és preceptiu explorar si, mitjançant altres mesures jurídiques, o àdhuc mitjançant una intervenció de caràcter social o assistencial, es podria donar una resposta adequada i suficient que no requereix la constitució de l'assistència. En particular, escau valorar si el nomenament judicial d'assistent és innecessari perquè n'hi podria haver prou amb que la persona que sol·licita la mesura atorgués un mandat a un tercer de la seva confiança, que s'ocuparia dels assumptes que per raó de la seva disminució no pot gestionar adequadament o sense incórrer en riscos irraonables.

Finalment, al text legal hi ha prou elements per pensar que l'assistència incorporada al Codi Civil de Catalunya depèn tant per al seu establiment com per al seu manteniment de la conformitat de la persona a protegir. Això pot portar a concloure que, en termes pràctics, la mesura pot tenir poca utilitat,⁹¹ ja que pressuposa que la persona a protegir té inicialment i manté en el temps una actitud de cooperació que és inexistent en un bon nombre de situacions de vulnerabilitat associades a comportaments de risc de persones que, tanmateix, és qüestionable de qualificar com a malalties mentals o discapacitats psíquiques.

La potencialitat de la institució, tal i com ha quedat definida en el text en vigor és, doncs, reduïda. No cal dir que el seu abast real no guarda proporció amb les expectatives que pot haver suscitat.⁹² Dit això, no obstant, també és possible que arribi a tenir un lloc en el sistema de protecció d'adults, especialment en la mesura en què la incapacitació retrocedeixi com a instrument per obtenir la protecció jurídica a què hom tenen dret les persones vulnerables.⁹³

90 Conforme al principi de subsidiarietat, les mesures de recolzament o protecció només s'han d'establir si són *necessàries* en funció de les circumstàncies individuals i les necessitats de la persona afectada (Principi 5(1) Recomanació CdE 99(4). Per decidir si cal prendre alguna mesura s'ha de tenir en compte la possibilitat d'aplicar solucions menys formals, o si l'assistència la poden proporcionar informalment els membres de la família o altres persones (Principi 5(2) Recomanació CdE 99(4).

91 Ho apunta MARTÍN PÉREZ 2010:163.

92 Vegeu *supra* nota 2.

93 El Consell de Ministres va aprovar en data 30.3.2010 un *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el qual s'indicaven els punts a adaptar de la legislació civil i processal civil. En aquesta línia, un esborrany elaborat l'equip del Ministeri de Justícia en la legislatura anterior s'encaminava en la línia marcada per les reformes del dret francès.

Això pot passar si les futures reformes situen la incapacitació exclusivament per als casos de trastorns mentals o discapacitats psíquiques més greus. Però també si en el futur els «processos de modificació de la capacitat» (o el nom que puguin rebre) s'apliquen només a persones privades de discerniment suficient per a comprendre i decidir. En aquesta tessitura, l'assistència sí que pot tenir un paper, ja que cobriria l'espai de protecció de les persones que, tot i conservar llur capacitat natural, per altres raons no poden actuar autònomament i tenen serioses dificultats per atendre els seus interessos. En aquest punt concret, és evident que es respecta més i millor el principi de proporcionalitat que inspira tota la normativa si, per contrast amb l'actual resposta judicial basada en la incapacitació parcial seguida de curatela, s'ofereix a aquelles persones un instrument de protecció que no restringeix indegudament la seva capacitat d'obrar.⁹⁴ També resulta més adequada per a la protecció de persones d'edat avançada i que es troben en una situació de vulnerabilitat a causa de la seva debilitat i dependència de tercers, sense incórrer en l'abús de promoure o admetre la seva incapacitació.

D'altra banda, en resposta a l'objecció vinculada a la necessitat d'una mesura d'aquestes característiques quan la persona pot atorgar poders en favor de tercers, es pot dir que, en determinades condicions personals i familiars, aquesta opció no està exempta de riscos. S'acaba de mencionar ara mateix el cas de la persona gran que per l'edat avançada té disminuïdes les seves facultats físiques o psíquiques i això la col·loca en situació de debilitat que la fa vulnerable. Des d'aquest punt de vista, la introducció de l'assistència obre una alternativa fins ara no explorada i que podria tenir interès si hom supera les previsible traves procedimentals. Perquè és obvi que per a la persona a protegir té un clar avantatge que algú vetlli pels seus interessos, de manera que s'eviti el risc d'abús o explotació per part de tercers, i alhora que la persona encarregada d'assistir-la pugui gestionar els seus interessos, reti comptes davant de l'autoritat judicial i estigui, en general, subjecta a les mesures de salvaguarda que, com a institució legal de protecció de les persones, la normativa en vigor preveu en interès de les persones protegides. Contràriament, ni l'actuació del mandatari voluntari, ni encara menys la del tercer que actua com a «conseller», estan subjectes a un control públic d'intensitat semblant.

Finalment, el caràcter «voluntari» de la mesura, en lloc de representar una limitació a l'eficàcia pràctica de la mesura, pot resultar, paradoxalment, un estímul perquè persones a qui cal un suport per poder ser més autònomes tinguin un assistent que vetlli pels seus interessos d'acord amb un pla d'atenció a mesura de les seves necessitats i de les capacitats que conserven. De fet, la

94 Com indica el Principi 6(2) Recomanació CdE 99(4), qualsevol mesura ha d'interferir únicament sobre la capacitat d'obrar i els drets de l'individu el mínim necessari per assolir la finalitat de la intervenció. La mesura apropiada la dona el grau de capacitat de la persona afectada, de manera que la mesura ha d'estar dissenyada a les circumstàncies individuals i necessitats de la persona afectada (Principi 6(1) Recomanació CdE 99(4). Per complir aquesta finalitat, el marc legal ha de permetre una resposta apropiada a la diversitat de situacions, fent flexible la resposta jurídica, si escau combinant recursos jurídics, i incloent, per als casos apropiats, mesures que no requereixin restringir la capacitat d'obrar de la persona afectada (Principi 3(4) Recomanació CdE 99(4).

lliure «disponibilitat» de la mesura per la persona assistida ha estat, allà on hi ha institucions similars que funcionen a la pràctica, un dels principals atractius i el que ha despertat l'interès per part d'entitats tutelars i altres estaments vinculats amb la protecció de la vellesa i de les persones vulnerables amb risc social.⁹⁵

En aquest mateix sentit, també és interessant constatar que en el nostre entorn doctrinal més proper veus molt autoritzades han apuntat des de fa anys vers la conveniència d'incorporar al sistema de protecció d'adults instruments basats en l'accés voluntari a les mesures de protecció, tant dins del marc de la incapacitació com fora d'aquesta. Resulten molt il·lustratives, a aquest efecte, sengles indicacions formulades fa temps pels professors Luis Díez-PICAZO i Cesare M. BIANCA.

Per al primer,

Hay personas que se encuentran en estados en los que no han perdido la consciencia y la capacidad de decisión; que se dan cuenta de su ineptitud para gobernarse por sí mismas, y que en su propio interés pueden preferir la autoeliminación de su capacidad. Piénsese en ebrios o toxicómanos habituales que voluntariamente se someten a tratamientos de recuperación de su salud y que durante ese tiempo prefieren encontrarse asistidos jurídicamente, o en personas cuyo avanzado estado de senilidad no les permite un puntual conocimiento de las situaciones que puedan afectarles. El nombramiento de administradores y de apoderados de carácter voluntario puede suponer una ayuda. Sin embargo, no es una solución definitiva, porque la tutela o la curatela que la incapacitación determina constituyen funciones públicas, con específicas cargas de deberes y una fiscalización de órganos públicos.⁹⁶

⁹⁵ Quan s'ha plantejat la revisió del dret suís en aquesta matèria s'ha constatat que, malgrat les limitacions tècniques d'institucions subjectes a la lliure disposició dels afectats (vegeu *infra* § III.2), aquesta mena de figures han estat força utilitzades a la pràctica (vegeu les estadístiques a BK LANGENEGGER, 2002, Art. 372 ZGB, § 18 p. 1837) i poden ser útils per a donar una via de solució a determinades situacions. Així, entre les opinions favorables a mantenir l'anomenada «curatela d'acompanyament», que es caracteritza per no limitar la capacitat d'obrar de la persona afectada i que depèn de la conformitat del beneficiari per a mantenir-la en vigor, l'associació *Insieme* va manifestar que era idònia per a persones sense familiars, que poden comptar amb algú en qui poder confiar atesa la seva situació de vulnerabilitat. Altres entitats destacaven també que la mesura era irrenunciable si es volia garantir el principi de proporcionalitat, en particular per als casos de persones amb trastorns mentals episòdics i que solament requereixen un control regular (*Mente Sana*). Aquestes i altres opinions es poden consultar a <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/ve-ber.pdf> [data de consulta 14.08.2012]. Contràriament, entre nosaltres, la *Coordinadora Catalana d'entitats tutelars* va advertir durant la tramitació de l'avantprojecte de llei del Llibre segon del CCCat que l'assistència no convenia per a persones amb disminució psíquica o trastorn mental, i considerava que, per als altres casos, seria suficient un «contracte de prestació de serveis entre la persona i l'assistent», sense haver de requerir nomenament judicial. Aquestes aportacions es poden consultar a l'arxiu del Parlament, dins els antecedents del Projecte de Llei núm. expedient 200-00054/08 (BOPC núm. 389, 19.1.2009, p.72).

⁹⁶ Díez-PICAZO 1986:188.

En una línia paral·lela, el professor italià també suggeria que

Fóra convenient introduir un instrument d'ajut que es tradueixi en termes d'assistència jurídica sense perjudicar la personalitat de l'ancià: una forma d'ajut que podria consistir en una mena de *curatela voluntària*, que d'una manera àgil i prescindint de particulars formalitats donés a l'ancià un referent per a l'acompliment dels actes d'ordinària administració i d'ordinària salvaguarda jurídica.⁹⁷

II. RÈGIM JURÍDIC DE L'ASSISTÈNCIA

1. BENEFICIARI DE LA MESURA

De conformitat amb l'art. 226-1.1 CCCat,

«la persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent, d'acord amb el que estableix aquest capítol, pel procediment de jurisdicció voluntària».

Es desprèn d'aquesta norma que, per poder nomenar assistent, cal que el sol·licitant i potencial beneficiari pateixi en una determinada mesura una disminució en les seves facultats físiques o psíquiques [*infra* § 1.1] que li impedeixi tenir cura de la seva persona o del seu patrimoni [*infra* § 1.2.a], sempre que per superar aquesta situació i evitar els riscos que hi són inherents calgui constituir una assistència i no hi hagi altres mitjans per aconseguir el mateix resultat [*infra* § 1.2.b].

A banda d'aquests requisits, la mesura es reserva exclusivament per a les persones majors d'edat. Això connecta amb la idea que les institucions de protecció estan pensades per a adults i que, durant la minoria d'edat, la protecció dels interessos de les persones vulnerables per disminució de les seves facultats físiques o psíquiques passa per l'actuació de la potestat parental o, en el seu defecte, de la tutela.⁹⁸ La instauració d'un règim de protecció abans de l'arribada a l'edat de majoria no sembla necessària mentre la persona es troba sota la guarda

⁹⁷ BIANCA 1998:243 (èmfasi a l'original).

⁹⁸ La possibilitat que un menor emancipat pugui sol·licitar el nomenament d'assistent, perquè legalment té capacitat per regir la seva persona i béns com si fos major d'edat, és una qüestió interessant des del punt de vista teòric o doctrinal, però es fa difícil que la pràctica doni peu a formular-la ja que, per hipòtesi, el cas suposa que, poc abans d'accedir a l'edat de majoria, la persona afectada hauria complert els requisits per ésser emancipat i, en conseqüència, haver sortit del règim de guarda a què estava subjecta per, gairebé immediatament, trobar-se en una situació de manca d'autonomia tal que requereix un assistent per tenir cura de la seva persona o béns. D'altra banda, a diferència de la tutela o la curatela d'emancipat incapacitat, el nomenament d'assistent poc afegiria durant la minoria d'edat a l'assistència que precisament ja han de prestar els progenitors, i per tant és dubtosa la necessitat de la mesura.

dels seus progenitors o del tutor. Ara bé: com també passa amb la possibilitat de promoure la incapacitació d'un menor d'edat (cf. arts. 201 CC, 236-33 CCCat i 757.4 LEC), hom podria plantejar si els titulars de la potestat parental o la tutela podrien sol·licitar el nomenament d'assistent en nom del menor, per evitar que després de la majoritat es donés un període sense protecció. En el procediment s'hauria d'examinar si les característiques del menor fan concloure que, quan s'extingeixi la potestat o la tutela, requerirà una protecció com la que li pot proporcionar l'assistència. Si s'admet aquesta possibilitat, tramitat el procediment durant la minoria d'edat, el nomenament d'assistent quedaria en suspens fins a l'arribada de la majoria d'edat de la persona interessada. Aquesta possibilitat, tanmateix, topa amb la necessitat que el nomenament d'assistent l'insti el mateix beneficiari, la qual cosa solament és possible quan aquell és major d'edat. De manera que aquest hipotètic procediment on s'anticipa el nomenament d'assistent sempre hauria d'ésser confirmat o ratificat pel mateix interessat, que podria oposar-se al nomenament d'assistent contra la seva voluntat.

1.1. Pressupòsits subjectius

Malgrat que la situació a què mira de donar resposta és més àmplia que la coberta estrictament per la incapacitació, l'assistència incorporada al CCCat no és una mesura accessible a tothom que pateixi dificultats o riscos en la gestió dels seus interessos. Ben al contrari, és una mesura doblement circumscrita. Cal patir una disminució de les facultats psíquiques o físiques i cal que aquesta disminució no tingui un grau que comporti la possibilitat de promoure'n la incapacitació. Com ja he apuntat, això s'explica perquè l'assistència és un complement i no una alternativa a la incapacitació de la persona.

a) «Disminució de les seves facultats físiques o psíquiques»

La norma empra l'expressió *facultats* per fer referència a les condicions que són el pressupòsit bàsic del desenvolupament d'una vida autònoma. Esmenta en primer lloc la disminució de les facultats *físiques*, és a dir, la que afecta negativament el funcionament d'òrgans o parts del cos humà però no compromet la capacitat d'entendre i voler de la persona afectada. En canvi, la disminució en les facultats *psíquiques* és la que afecta les facultats que la persona requereix per a entendre la realitat, formar-se una voluntat i tenir la capacitat de transformar-la en acció. En contrast, per tant, amb el dret francès, que limita els instruments de protecció a les persones afectades per alteració de les facultats mentals i que només els aplica a les persones amb disminució física si aquesta és de tal natura que impedeix l'expressió de la pròpia voluntat,⁹⁹ el dret català empra una fórmula àmplia com la que també trobem en el dret italià¹⁰⁰ i en l'alemany.¹⁰¹

⁹⁹ Vegeu *supra* § 1.2.a.

¹⁰⁰ L'art. 404 c.c. permet nomenar l'AdS a persones afectades per malalties o per disminucions físiques o psíquiques.

¹⁰¹ Vegeu *supra* nota 72 sobre el § 1896 I 1 BGB, que autoritza a nomenar un assistent a la persona major d'edat que, per causa d'una malaltia mental o per raó de discapacitat física, psíquica o espiritual, no pot tenir cura totalment o parcialment dels seus interessos.

No prejutja la llei per quina causa hom pateix aquella disminució de facultats.¹⁰² Tant pot ser a causa d'un accident o un traumatisme sobrevingut, amb la perspectiva que al cap d'un temps aquella persona es pugui recuperar, com per causa d'una malaltia, d'un factor congènit, o també per raons vinculades al deteriorament de l'organisme producte de l'edat avançada o de les condicions de vida de la persona afectada. En aquest sentit, potser cal subratllar que els termes del precepte comentat no permeten concloure que la tramitació de l'expedient requereix aportar certificació oficial del grau de discapacitat.¹⁰³ De fet, són imaginables supòsits de persones a qui potser cal el nomenament judicial d'assistent sense que, alhora, estiguin en condicions de sol·licitar i obtenir el reconeixement oficial d'un cert grau de discapacitat.¹⁰⁴ Com a molt, el que es pot dir és que dins el marc de l'expedient de jurisdicció voluntària, el reconeixement administratiu de la discapacitat podrà facilitar l'acreditació del requisit de la disminució de facultats, però això no exclou que el jutge pugui tenir en compte altres elements per concloure que les facultats del sol·licitant estan disminuïdes.

Per últim, encara que no calgui acreditar-la amb un certificat oficial, la limitació de facultats ha de revestir certa gravetat, perquè altrament no comprometria l'autonomia de la persona o ho faria d'una manera irrellevant jurídicament.¹⁰⁵

b) Disminució «no incapacitant»

Dins del grup de les persones afectades per la disminució de les seves facultats, resten excloses de l'accés a l'assistència les persones la disminució de les quals és *incapacitant*. I això per tal com el text legal preveu aplicar la mesura únicament si la disminució de facultats és «no incapacitant».

¹⁰² RIVERO HERNÁNDEZ 2011:412.

¹⁰³ Vegeu, tanmateix, el document intern de treball, adreçat a les entitats titulars per l'Institut Català d'Assistència i Serveis Socials, i que porta per títol *La protecció legal de la persona a través de la figura de l'assistència* (Desembre 2011 [document no publicat; arxivat per l'autor]), on es fa referència, com a «documentació requerida al jutjat per la valoració del cas», al «Certificat de reconeixement de discapacitat emès pel CAD». Crec que es barregen en aquest punt els trets de l'assistent que regula el CCCat amb l'«assistent personal» com a prestació de la legislació de dependència. Vegeu *infra* notes 107 i 108.

¹⁰⁴ En els supòsits en què, arran de l'abús de l'alcohol o de dependència de les drogues, o fins i tot en situacions de tractament per prèvia manipulació mental en sectes destructives, la persona es troba afectada en les seves facultats físiques i/o psíquiques, i requereix per això el suport d'un assistent, no es veu quin sentit té requerir certificació administrativa de la discapacitat per tramitar el nomenament d'assistent. Semblantment, respecte a les persones d'edat avançada que requereixen protecció jurídica.

¹⁰⁵ Les resolucions que s'han acordat i a les que he tingut accés no són molt explícites sobre aquest punt. Una d'elles refereix el dictamen mèdic aportat amb la sol·licitud i on es diu que el sol·licitant «presenta una leve desorientación en el tiempo y una alteración significativa de la memoria verbal», a més d'un dèficit lleu en capacitat visuoespacial (Interlocutòria JPI n. 8 Terrassa, 20.4.2012). L'altra es limita a dir en els fonaments jurídics que concorre en el sol·licitant «una disminución no incapacitante de sus facultades psíquicas» (Interlocutòria JPI n. 6 Girona, 29.6.2012). Agraïxo el lletrat Alfons Catena Oliva i la Fundació Tutelar de les Comarques Gironines haver-ne facilitat una còpia anonimitzada d'aquestes resolucions.

En línia amb el caràcter complementari de l'assistència, es pot partir de la idea que es tracta d'una disminució de facultats físiques o psíquiques que no seria causa d'incapacitació segons la llei. Aquesta és la interpretació que s'està fent d'aquest requisit per la doctrina que ha tractat fins ara el tema.¹⁰⁶ Aquí cal recordar, per tant, que conforme a l'art. 200 CC espanyol, que regula la matèria, són causes d'incapacitació

[las] enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Per tant, l'assistència podria instaurar-se per a persones les facultats psíquiques de les quals estan disminuïdes per malalties o deficiències que impedeixen l'autogovern però que *no són persistents*, i també per a persones les facultats (psíquiques o físiques) de les quals estan disminuïdes, però sense que això afecti llur autogovern.

1.2. Pressupòsits objectius

Els pressupòsits *objectius* de la mesura són dos, que han de concórrer simultàniament. El primer és que, per causa de l'assenyalada disminució de facultats, la persona *no pot tenir cura* dels seus interessos. El segon que *necessita* que se li nomeni un assistent.

a) Impossibilitat de tenir cura dels propis interessos

La impossibilitat de tenir cura dels propis interessos remet a la idea de falta d'autonomia. La persona afectada, arran de la disminució de facultats que sofreix, no està en condicions, encara que pugui tenir prou discerniment per entendre la pròpia situació i per expressar la seva voluntat, de tenir cura de la seva persona, els seus interessos econòmics o d'ambdues coses.

La falta d'autonomia s'ha d'entendre en sentit ampli, i inclou no només actes i negocis jurídics, sinó àmbits de l'esfera personal en què aquella pot estar compromesa i un recolzament en forma d'assistència es veu com a necessari. S'ha de tractar, no obstant, d'interessos a atendre en el moment en què es demana,¹⁰⁷ encara que no siguin «urgents», i sempre que tinguin per objecte béns patrimonials o extrapatrimonials prou importants com per justificar la intervenció social mitjançant el recurs a una institució de protecció jurídica.

La impossibilitat de tenir cura dels propis interessos pot ser «parcial» i limitada a algun àmbit o esfera de la vida de la persona a protegir. Però la impossibilitat a la que es refereix la llei no és causada pels especials coneixements o requeriments que un concret acte o situació demandin, sinó que té per objecte la realitat jurídico-social que envolta qualsevol persona i que,

106 «En grado que no llegue a requerir una incapacitación judicial (total o parcial)» (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:415); «cuando existiendo [disminución de facultades] no tenga suficiente alcance para provocar la falta de autogobierno de la persona» (MARTÍN PÉREZ 2010:163) o «por contraposición a las causas de incapacitación» (PADIAL / SERRANO / TOLDRÀ 2010:908).

107 A l'atenció d'interessos futurs es dediquen específicament el document de voluntats anticipades de l'art. 212-3 CCCat i els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat, que la persona pot atorgar conforme a l'art. 222-2 CCCat.

a la persona a protegir, per causa de la seva disminució, se li fa especialment feixuga, costosa o arriscada.

L'assistència no és, en qualsevol cas, un servei social o assistencial. En altres mots, l'assistència, com a institució de protecció *jurídica* de la persona, no té com a objectiu de donar solució a problemes econòmics, d'habitatge, de salut o d'integració social de la persona a protegir. L'assistència incorporada al CCCat té el mateix objecte que totes les institucions de protecció jurídica d'adults: donar resposta als riscos i dificultats de la persona de prendre tota sola decisions sobre la seva persona i el seu patrimoni. Pot afectar tant persones amb fortuna com persones privades de recursos econòmics. En ambdós casos, la disminució de facultats psíquiques o físiques els pot presentar una dificultat seriosa per fer-se el càrrec dels seus afers atesa la complexitat de les decisions que la vida social requereix quotidianament. L'assistent recolza o aconsella la persona protegida en els àmbits on aquesta necessita el seu suport, i en controla l'actuació a fi d'evitar els riscos a què l'exposa la disminució de les seves facultats. La garantia del benestar material i econòmic de la persona protegida, si els seus recursos no són suficients o es troba en una situació de desemparament, passa per altres mesures. I en cas que la problemàtica que afecta la persona sigui exclusivament econòmica o d'exclusió social, s'escau només l'adopció de mesures de caràcter social.

L'assistència no es refereix tampoc a la persona que materialment proveeix les necessitats o atén a les persones en situació de dependència per a la realització de les activitats de la vida diària. Convé aquí especialment fer referència a l'«assistent personal» objecte de la normativa de prestacions socials de dependència.¹⁰⁸ Malgrat que hi ha certes concomitàncies amb l'assistència, especialment perquè en ambdós casos es tracta de persones mancades d'autonomia però que posseeixen prou capacitat natural per a prendre decisions, l'enfocament d'ambdues figures és diferent. L'assistent personal es concep exclusivament com un prestador de serveis d'acompanyament i de suport a l'autonomia.¹⁰⁹ En canvi, en l'assistent del CCCat predomina el caràcter de funció de protecció, que confereix al nomenat legitimació per intervenir en els interessos personals i patrimonials de la persona afectada, vetllant de manera imparcial per ella i prevenint abusos vinculats a la disminució de facultats que l'afecta. D'acord amb aquestes premisses, sembla que s'han de mantenir separades ambdues figures, tot i que per a determinats actes materials hi pot haver solapament. En aquest cas, cal recordar que, aplicant per remissió de l'art. 226-6 les normes de la tutela, s'hauria d'excloure la possibilitat que es reuneixin en una mateixa persona o entitat ambdues

108 L'art. 2.6 Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a la dependència, defineix com aquest assistent personal com la persona que «realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal».

109 La normativa reglamentària catalana on s'ha desenvolupat aquesta figura la defineix com «el servei... que consisteix en un suport personal realitzat, durant un determinat nombre d'hores, a una persona amb capacitat d'autodeterminació i en situació de dependència». Art. 2 Ordre ASC/471/2010, de 28 de setembre, per la qual es regulen les prestacions i els i les professionals de l'assistència personal a Catalunya (DOGC núm. 5731, 8.10.2010).

condicions si l'«assistent personal» fa la seva feina mitjançant una relació laboral o contractual (arg. ex art. 222-17 CCCat).

b) «Necessitat» de l'assistència

D'acord amb els termes literals de l'art. 226-1.1 CCCat, l'assistent solament s'ha de nomenar si per la impossibilitat de tenir cura dels propis interessos el sol·licitant ho «necessita». Aquest element es pot llegir en connexió amb els principis de subsidiarietat i mínima intervenció que presideixen totes les institucions de protecció de la persona.¹¹⁰ Per això, abans d'adoptar la mesura l'autoritat judicial hauria de valorar si es poden aplicar altres solucions menys formals o si el resultat pràctic de l'assistència es pot assolir mitjançant el suport informal de membres de la família o a través dels serveis socials.

En relació amb un dispositiu voluntari com és l'assistència incorporada al CCCat, això implica especialment valorar si la impossibilitat que afecta el sol·licitant es podria solucionar mitjançant el recurs a formes d'apoderament més o menys àmplies, segons les circumstàncies que afecten el sol·licitant. En aquest punt, convé tenir present, de totes maneres, que el requeriment de subsidiarietat no és absolut i que en el tipus de persones en què està pensant la llei no és gens aventurat dir que podrien tenir greus dificultats per seleccionar correctament qui les pot representar, o que fins i tot la tria d'alguna persona pot ésser un tema delicat pel risc que provoqui un empitjorament en la condició de la persona (v.gr. ansietats vinculades a la selecció del representant i l'abast de les seves facultats) o que pugui generar conflictes entre els potencials representants (v.gr. familiars o persones properes a la persona, que tenen opinions contraposades sobre l'interès d'aquella).¹¹¹

D'altra banda, el fet que la persona afectada ja hagi atorgat poders generals o especials perquè tercers persones es facin càrrec dels seus interessos, o que es trobi atesa en un establiment residencial o similar, no és motiu suficient per excloure la necessitat de nomenament d'assistent. Segons les circumstàncies, la impossibilitat de tenir cura dels seus interessos que justifica el nomenament d'assistent es pot referir únicament a la possibilitat real de controlar i revocar, si escau, els poders concedits, o de salvaguardar els propis drets en el context de la prestació de serveis assistencials de què aquella persona sigui usuària.

¹¹⁰ Principi 5(2) Recomanació CdE 99(4).

¹¹¹ En dret suís fins i tot es requereix expressament que no s'hagi nomenat representant voluntari per a constituir la curatela a què fa referència l'art. 393 núm. 2 ZGB. A la pràctica, tanmateix, no s'ha posat massa èmfasi en aquest requeriment perquè molts sol·licitants de la mesura la trien precisament per no haver d'escollir algú en situacions en què la tria pot generar conflictes entre els seus familiars o quan la pròpia persona no té prou criteri per a avaluar la idoneïtat d'una o altra persona. Cf. EGGER 1948, ZK ZGB Art. 394, p. 313. Els principis de necessitat i subsidiarietat de qualsevol mesura protectora no exclouen que fins i tot quan s'han atorgat poders de caràcter general, calgui nomenar curador a la persona si aquesta no està en condicions reals de controlar tothora i supervisar els seus representants voluntaris, ni de reemplaçar-los si cal (així, vegeu per exemple sentència del Tribunal Suprem federal suís de 22.5.2008 [BGE 134 III 385]). També DESCHENAUX/STEINAUER 2001:419.

2. NOMENAMENT D'ASSISTENT

2.1 Competència i procediment

El nomenament d'assistent es fa per interlocutòria del jutge de primera instància del domicili de la persona que ho sol·licita¹¹² després d'un expedient de jurisdicció voluntària.¹¹³ Això darrer és viable per tal com en el procediment no hi ha contradicció ja que no hi ha en joc una declaració genèrica d'incapacitat o de modificació de la capacitat i només el pot instar la persona que requereix la protecció.¹¹⁴

2.2 Objecte

En l'expedient es nomena assistent i es fixa l'àmbit objectiu de l'assistència.¹¹⁵ Amb aquesta finalitat no es tracta només de constatar judicialment que hi ha una disminució i que no és incapacitant, sinó d'apreciar el seu reflex en l'autonomia de la persona.¹¹⁶ Potser encara més que en el procés d'incapacitació, es tracta aquí d'una decisió jurídica tot i que les proves mèdiques tenen una gran importància en la formació de la convicció del jutge sobre si cal o no l'assistència que es demana. Si en el procediment d'incapacitació el jutge parteix del trastorn mental o de la disminució psíquica tal i com li venen descrits i qualificats per la ciència mèdica, en relació amb l'assistència es pot anar més enllà perquè del que es tracta és de sospesar l'impacte de la disminució de facultats sobre l'autonomia personal. El jutge considerarà les proves que hom li presenti, en particular informes mèdics o psicològics, informes socials i qualsevol altra mena de proves de les que es puguin concloure tots els pressupòsits subjectius i objectius, i especialment si és necessària.

Cal decidir també, un cop s'ha conclòs que la mesura de nomenar un assistent és necessària, quin és el grau d'immissió que aquest ha de dur a terme en la vida de la persona que sol·licita l'assistència, la qual cosa pot incidir tant en la decisió sobre *qui exercirà el càrrec* [infra § 2.4 a] com en *l'abast de les funcions* que a aquest se li assignaran [infra § 2.4 b].

2.3 Legitimació

Segons l'art. 226-1.1 CCCat el nomenament d'assistent només el pot demanar la persona afectada.¹¹⁷ Això contrasta fortament amb el procediment d'incapacitació, que pot promoure el presumpte incapaç, però en el que també

112 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:914 es plantegen que en lloc del domicili (art. 63.18a LEC 1881) el tribunal competent fos el de residència habitual del sol·licitant (cf. art. 756 LEC).

113 L'expedient de jurisdicció voluntària adreçat al nomenament d'assistent no pot començar i si escau s'ha de suspendre si hi ha en tràmit un procediment d'incapacitació del sol·licitant.

114 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:416.

115 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:909.

116 MARTÍN PÉREZ 2010:164.

117 Suscita dubtes si és preceptiva la intervenció d'advocat i procurador en aquest procediment. Per exemple, en aquesta obra, vegeu *infra* les aportacions de l'advocat Miquel Puiggalí i de la fiscal Remei Soriano.

tenen legitimació activa alguns parents i, si aquests no existeixen o no ho han sol·licitat, també el ministeri fiscal (cf. art. 757 LEC).¹¹⁸

Es tracta, per tant, d'una persona que conserva la seva capacitat natural¹¹⁹ i que té prou discerniment per a decidir si està interessada o no en la protecció que significa nomenar un assistent. Per això, s'ha dit amb bon criteri que, en cas d'evident incapacitat del promotor, la sol·licitud de nomenament d'assistent s'ha de desestimar.¹²⁰ Alhora, de la mateixa norma es dedueix que ningú altre no pot instar aquesta mesura, i per exclusió dirigeix els altres possibles casos a l'adopció de mesures que requereixen la prèvia incapacitació de la persona.

Pressupòsit de la possibilitat de nomenar assistent, amb tot, no és només que la persona tingui prou capacitat natural, sinó que aquesta persona sigui capaç de reconèixer que té necessitat de protecció i que no prendre mesures podria tenir conseqüències negatives per a ella. També ha de ser conscient de les conseqüències de la mesura, en particular que suposa una autolimitació en la seva actuació en el tràfic jurídic i que haurà de suportar la interferència de l'assistent en els seus interessos personals i patrimonials. En aquest sentit, el fet d'acordar la mesura comportaria que el potencial beneficiari és capaç de sospesar els seus pros i contres.¹²¹

En el procediment per a nomenar assistent també ha d'intervenir el ministeri fiscal, en particular en atenció a les funcions que la seva pròpia normativa li imposa respecte a tots aquells procediments en què estiguin en joc els interessos de persones incapacitades o, més genèricament, vulnerables.¹²² Cal tenir present que un dels pressupòsits subjectius de la mesura és que la disminució de facultats no sigui incapacitant, i que per tant es pot plantejar si l'assistència és idònia o, pel contrari, la situació de la persona requereix, per a la seva protecció, que s'endegui un altre procediment, que comporta una intromissió més profunda en la seva esfera personal o patrimonial.

118 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:418.

119 MARTÍN PÉREZ 2010:164.

120 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:147. Aquest autor subratlla correctament que la sol·licitud és un acte personalíssim de la persona afectada, si bé especula entorn a la possibilitat que també es pugui atorgar un poder específic del tipus *nunciatura*, on el sol·licitant conferiria poders per a tramitar el nomenament d'assistent i podria indicar la persona triada com assistent i fent una proposta de les característiques que tindria l'assistència (149). Aquesta opció sembla interessant sobretot en cas de persones afectades per gravíssims problemes de mobilitat i d'expressió de la seva voluntat, però en el procediment igualment s'ha d'explorar la persona sol·licitant per determinar la necessitat de la mesura i quin abast ha de tenir. La possibilitat d'una delegació com la suggerida, per tant, únicament afectaria la fase inicial de l'expedient.

121 En la doctrina suïssa hom subratlla que, a més de la capacitat necessària per acceptar i assumir la mesura que sol·licita, el sol·licitant hauria de demostrar capacitat i disposició a cooperar, car altrament la constitució de l'assistència i el nomenament d'assistent a curt termini esdevindran inútils. Cf. ROSCH 2011:140.

122 En aquesta línia, vegeu la Instrucció de la Fiscalia General de l'Estat, de 29 de desembre, sobre la *organización de las secciones de lo civil y régimen de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas* [disponible a <http://www.fiscal.es>]. PADIAL / SERRANO / TOLDRA 2010:915 argumenten, amb base en l'art. 1815 LEC 1881, que la intervenció dels fiscals és preceptiva i que té lloc en forma de dictamen sobre la procedència de l'assistència.

Tocant a la intervenció de tercers, és evidentment possible i pot ésser relativament freqüent, especialment si hi ha diferents parers entre els familiars de la persona a protegir. S'ha destacat, no obstant, que l'oposició d'aquests tercers no es considera suficient per convertir en contenciós l'expedient, sinó que l'oposició s'ha de tramitar i resoldre en el mateix acte.¹²³

2.4 Resolució de nomenament i encàrrec

a) Tria de l'assistent

L'art. 226-1.2 CCCat diu que l'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona a protegir pel que fa al nomenament [o l'exclusió] d'alguna persona com assistent. Això és coherent amb el fet que només pot endegar el procediment la mateixa persona afectada, la qual pot manifestar una preferència determinada, més o menys condicionada: igual com podria no sol·licitar d'adopció de la mesura, no seria possible imposar-li algú a qui la persona no vol o preferir un tercer si aquesta persona ha indicat qui vol que exerceixi el càrrec, i aquesta persona és apta i està disposada a assumir-lo.

Aquesta formulació legal planteja almenys dos problemes: el primer, en el cas que la persona triada per l'interessat no fos apta legalment per a exercir el càrrec; el segon, en el cas en què fos apta, però les circumstàncies del cas portessin a concloure que no és oportú que sigui nomenada. Quant al primer problema, les normes «en matèria d'aptitud, excusa i remoció dels tutors» són aplicables per remissió de l'art. 226-6 CCCat, sense que la limitació a «la mesura en què siguin compatibles amb la funció d'assistència» permeti donar al jutge una llibertat més gran en atenció a la voluntat expressada pel sol·licitant i al menor abast de l'assistència, per comparació amb la tutela.¹²⁴ El segon problema no està resolt per la normativa, ja que per hipòtesi la persona triada per l'interessat és apta¹²⁵ però objectivament seria preferible nomenar una altra persona. Els termes legals són, tanmateix, taxatius i durant el tràmit parlamentari va desaparèixer el «motiu greu» com a causa per apartar-se del que demana l'interessat. RIVERO ho ha criticat, perquè l'elecció pot resultar capriciosa o justificada en l'afecte però perfectament inadequada en la utilitat.¹²⁶ En conseqüència, si el jutge no estima oportú nomenar aquella persona, només tindria l'opció de no acordar la mesura, ateses les limitacions imposades pel sol·licitant i que motivadament resulten contràries al seu interès.¹²⁷

123 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:915 (amb cita de la DA 3ª LO 1/1996, de 15 de gener, de *protección jurídica del menor*, que així ho estableix expressament).

124 Tanmateix, *contra* MARTÍNEZ GARCÍA 2011:150, que postula la viabilitat del nomenament d'una persona triada per l'assistent però que prèviament havia estat remogut d'una tutela o encara que es tracti d'algú amb qui la persona assistida té un conflicte d'interessos.

125 Vegeu no obstant BARRÓN ARNICHES 2011:231 (aplicant el mateix criteri a ambdues situacions).

126 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:419.

127 A la pràctica, no obstant, si no es procedeix a nomenar assistent en aquesta hipòtesi és ben probable que aquella persona segueixi aconsellant o fins i tot gestionant els assumptes de la persona en el seu nom, sense cap mena de control específic, per limitat que pugui ser en l'assistència. Nomenar-la podria permetre controlar-la millor i exigir-li si escau que reti comptes davant l'autoritat judicial.

Si l'interessat no ha designat ningú, l'autoritat judicial haurà de triar la persona més adequada. També aquí s'apliquen, per remissió, les normes de la tutela en matèria d'aptitud i excusa dels cridats com a tutors. Una regla de preferència dels familiars respecte a tercers es pot deduir de l'art. 227-10 CCCat, que requereix que no hi hagi persones de l'entorn familiar o comunitari que puguin assumir la tutela abans de designar persones jurídiques públiques o privades sense ànim de lucre.¹²⁸ D'altra banda, no veig raons per justificar que les entitats o persones jurídiques l'objecte de les quals és el suport i la protecció de persones amb disminució no puguin tenir la condició d'assistents, per bé que ha de quedar clar que han de designar la persona física que es responsabilitza de les tasques d'assistència en els àmbits personal o patrimonial.¹²⁹

Enlloc no s'indica, en el moment de fer el nomenament, la durada de la mesura i si escau revisar-la periòdicament. S'ha dit que això contradiu els principis internacionals en aquesta matèria i contrasta amb els precedents comparats més propers.¹³⁰ No obstant això, actualment encara és un tret comú a totes les funcions de suport i protecció del CCCat i del CC espanyol, i tal vegada és una omisió molt menys greu en l'assistència, pel seu caràcter voluntari i disponible, més que no pas en la tutela o la curatela, on aquesta disponibilitat no existeix i on està més justificada la revisió periòdica de la mesura i fins i tot la seva caducitat.

b) Abast de l'assistència

Segons l'art. 226-2.1 CCCat, en la resolució de nomenament, l'autoritat judicial determina l'àmbit personal o patrimonial de l'assistència, i els «interessos» dels quals ha de tenir cura l'assistent. Aquesta fórmula tan general, tanmateix, s'ha d'enquadrar en el sentit de la mesura: només allò que sigui estrictament necessari per pal·liar les dificultats derivades de la disminució de facultats i per evitar els riscos que podria comportar.

El text legal citat, per tant, s'ha d'entendre com una crida a que la decisió judicial sigui ben concreta, tant pel que fa als àmbits com als aspectes o interessos específics de què ha d'ocupar-se l'assistent (l'àmbit de les «funcions de l'assistència» a què al·ludeixen els arts. 226-2.3 i 226-4.1).¹³¹ RIVERO assenyala correctament, d'altra banda, que «el respeto de la voluntad del solicitante, que preside la asistencia, exige que el contenido de esta se adecúe a esa voluntad lo máximo posible», si bé admet que el jutge «excepcional y razonadamente deberá desatenderla».¹³²

128 RIVERO afirma que no és aplicable directament, sinó per analogia, l'art. 222-10.2 CCCat, ja que l'encàrrec de l'assistent és més limitat i el jutge tindria més llibertat per ajustar-se a les necessitats i situació personal de la persona (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:417). Vegeu també MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146.

129 En aquest sentit, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:148. Vegeu també PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:909. *Contra* RIVERO HERNÁNDEZ 2011:418.

130 GARCÍA LÓPEZ/CASAS PLANES 2011:212. Cf. art. 12 CNUPD i Principi 14 Recomanació Cde 99(4).

131 Alguna resolució dictada fins ara, no obstant, es limita a parafrasejar els articles del capítol del CCCat sobre l'assistència, sense concretar quin és l'abast de les funcions que concretament encomana a l'assistent. Aquest és el cas de la interlocutòria JPI n. 6 de Girona, 29.6.2012.

132 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:421.

Encara que literalment sembla que el precepte presenta una alternativa entre àmbits personal o patrimonial, concloure que només pot incidir en un i prou d'aquests àmbits és una conseqüència incoherent amb la *personalització* de totes les institucions de protecció, fins i tot les que fins ara tenien més en compte el patrimoni o els béns que no pas la persona posada en algun règim de protecció. Per tant, l'assistent es pot centrar només en un dels dos àmbits, o incidir en tots dos simultàniament, segons el que disposi a aquest efecte la resolució judicial (cf. art. 221-1 CCCat).

El text legal complementa la fórmula general¹³³ de l'apartat 1 tot fixant un quadre també general en relació amb cadascun dels dos àmbits.

En l'àmbit *personal*, les tasques encomanades a l'assistent poden ser molt àmplies i variades, i en aquest punt la nova figura presenta una singularitat que l'especifica respecte a les institucions tutelars, i en particular respecte a la presentació legal de la curatela.¹³⁴

L'assistent, diu l'art. 226-2.2 CCCat, «ha de vetllar pel benestar de la persona assistida». En relació amb la cura de la persona, les tasques de l'assistent es poden referir tant a aspectes materials com a aspectes jurídics, segons el tipus de suport que aquella precisa. La resolució delimita les tasques de l'assistent i preveu el deure de mantenir un contacte regular amb la persona assistida, encarregant-li tasques concretes orientades a vetllar pel seu interès. Per exemple, en relació amb l'organització de la seva vida domèstica (com ara controlar la seva dieta i alimentació, supervisar les mesures d'higiene i de salut indicades pels serveis mèdics o assistencials, prendre iniciatives per evitar l'aïllament social de la persona i promoure'n la participació en la vida social i comunitària). Però l'assistent també pot venir legitimat en la resolució de nomenament per a donar suport a la persona en relació amb decisions amb rellevància jurídica, com ara conflictes derivats de les relacions de veïnatge o en el seguiment del compliment de les mesures imposades a la persona per altres instàncies (com ara l'accés a determinats llocs, la prohibició d'apropar-se o contactar amb determinades persones, el seguiment de programes de reeducació o similars).¹³⁵

Per a recolzar la persona en aquest àmbit personal no cal, ni seria possible en molts casos, atribuir la representació legal a l'assistent. Les tasques assignades a l'assistent, i en especial el deure de vetlla que caracteritza el seu encàrrec, es fan efectius mitjançant l'assistència i el consell que aquell li ha de prestar durant la vigència del càrrec. D'altra banda, en l'àmbit patrimonial la finalitat de la llei també és donar suport i protecció a la persona. Per això, no es parteix de la substitució de la persona assistida per l'assistent en la presa de decisions que l'afectin sinó que l'assistent s'ha de limitar a cooperar amb la persona protegida perquè aquesta pugui exercir de manera segura la capacitat que conserva. Ara bé, en interès de la persona protegida i només a petició seva,

133 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:150.

134 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:911. Sobre la versatilitat de la curatela en la seva aplicació judicial, vegeu no obstant *supra* nota 23.

135 Cal remarcar, tanmateix, que en relació amb les mesures imposades en àmbits penals o en sancions administratives l'assistent no és una mena de delegat del jutjat o de l'entitat pública competent, sinó una persona que només vetlla per l'interès de la persona protegida. Cf. ROSCH 2011:140.

les tasques de l'assistent es poden eixamplar i incloure facultats d'administració ordinària, on aquell representarà si escau la persona protegida.¹³⁶ L'assistent català, tanmateix, no pot ser nomenat amb l'exclusiva finalitat de gestionar o administrar determinats béns de la persona assistida, ja que aquestes facultats expressament es refereixen per la llei com addicionals a l'establiment de la necessària intervenció d'aquell en determinats actes que la persona protegida no podria fer tota sola.

L'art. 226-2.3 especifica en primer lloc que l'assistència consisteix a *intervenir* juntament amb la persona assistida en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistència. La llei s'aparta de la terminologia de *complement de capacitat* emprada per als emancipats, i el propi d'assistència, que és l'emprat a la curatela i que denomina aquí la institució de suport i protecció com un tot. Els termes de la llei semblen indicar que es tracta d'*acompanyar la persona* en la realització dels actes inclosos en l'àmbit de les atribucions de l'assistent (*v.gr.* cobrar les prestacions socials, fer despeses superiors a determinada suma amb càrrec als fons indicats a la resolució, disposar dels fruits, etc). La doctrina subratlla també la novetat de la terminologia¹³⁷ si bé hom conclou que per la seva eficàcia es tracta d'un complement de capacitat, de manera que l'autor de l'acte intervingut és la persona assistida, la capacitat de la qual és complementada o completada, sense substituir-la, per l'assistent.¹³⁸ Per la meua banda, crec que no és imprescindible qualificar la declaració de l'assistent per relació amb la (restricció de la) capacitat d'obrar de la persona. N'hi ha prou amb destacar-ne la finalitat i l'eficàcia. Serveix per a substanciar la protecció que el nomenament d'assistent representa tot limitant el risc que la persona protegida atorgui negocis jurídics que el podrien perjudicar. Per aconseguir aquesta protecció, l'acte en qüestió resta sotmès a la conformitat o autorització de l'assistent, sense la qual és anul·lable. Aquesta protecció s'aconsegueix fent participar o intervenir l'assistent a la celebració de l'acte personalment, amb la qual cosa hi dóna la seva conformitat mitjançant l'acquiescència i, als efectes de preconstituir la prova de l'assistència, signa la documentació corresponent. Però per a la mateixa finalitat també pot ésser suficient una autorització

136 La conformació legal de les facultats atribuïdes a l'assistent suscita perplexitat en la doctrina, com exemplifica molt bé el plantejament crític de BARRÓN, quan afirma que l'assistent s'apropa l'apoderat en previsió d'incapacitat i que les seves funcions s'aproximen a les d'un guardador de fet, però que mai no pot tenir les funcions d'un tutor, ni hi podrà haver representació. Cf. BARRÓN ARNICHES 2011:231.

137 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423 «es jurídicamente neutra... no corresponde a ninguna categoría jurídica tipificada legalmente». Vegeu també BARRÓN ARNICHES 2011:232. L'ambigüitat expressiva d'aquestes normes l'hem heretada del CC espanyol, on l'expressió «intervenir» s'utilitza en seu de curatela als arts. 288, 290 i 293. Com va explicar molt bé la professora Casanovas, en aquests articles l'expressió intervenir és anàloga a la d'assistència i a consentiment en la modalitat d'assentiment o declaració de voluntat unilateral externa a l'acte realitzat per una altra persona, com a exigència legal per a la seva plena eficàcia (CASANOVAS MUSSONS 1985: 95). La Llei Concursal també utilitza aquesta terminologia per al concurs voluntari tot subratllant el caràcter d'autorització habilitant de la plena eficàcia de l'acte (cf. art. 40.1 LC: «el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la *intervención* de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad»).

138 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423; MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146. *Contra* BARRÓN ARNICHES 2011:232.

prèvia, que no requereixi participació de l'assistent en persona, posat que aquest estigui assabentat de totes les condicions de l'acte en qüestió.

A l'hora de configurar els límits a l'actuació tota sola de la persona protegida no s'estableix una fórmula general, ni es remet a cap enumeració legal en concret, de manera que són imaginables moltes fórmules, amb l'objectiu d'adaptar-se a les necessitats concretes de l'interessat. Algunes d'aquestes fórmules es corresponen amb les que la pràctica judicial ja coneix en relació amb la curatela, com ara distingir entre la disposició dels ingressos i sobre el capital o els béns immobles o de més valor; distingir segons la tipologia d'actes, de manera que els actes d'administració no caldria autoritzar-los, però sí els actes de disposició; restringir l'accés de la persona protegida a determinats béns (com ara determinats béns de gran valor o immobles) o restringir les facultats de disposició dels fons dipositats en determinats comptes.

Juntament amb aquesta facultat d'intervenir obligatòriament en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistent, l'art. 226-2.3 preveu, com també ho fa per a la persona judicialment incapacitada subjecta a curatela, la possibilitat de conferir, en aquest cas a petició de la persona assistida, «funcions d'administració del patrimoni de la persona assistida» i que l'art. 226-6 CCCat qualifica d'*ordinària*. Caldrà sol·licitar-ho en l'escrit demanant el nomenament d'assistent, però s'admet que també es pugui fer després en el curs de l'exercici d'aquesta, si la persona protegida ho veu oportú.¹³⁹

L'abast d'aquesta possibilitat depèn de la interpretació de l'expressió «administració ordinària», que també s'ha considerat imprecisa¹⁴⁰ i que cal relacionar amb la distinció en administració de béns aliens *ordinària* i *extraordinària*.¹⁴¹ La primera faria referència a actes que permeten explotar i utilitzar els béns sense modificar-ne la destinació. La segona bàsicament a actes de disposició o alienació. D'aquí s'ha conclòs que l'assistent podria fer actes d'administració i en general els actes necessaris per a la conservació, el manteniment de la utilitat dels béns i l'extracció dels fruits i rendes, el cobrament de crèdits i pagament de deutes, la realització d'inversions prudencialment segures, la realització de despeses ordinàries i la substitució de béns per desgast.¹⁴²

L'art. 226-6 fa l'aclariment que si l'assistent té atribuïdes funcions d'administració ordinària del patrimoni haurà de retre comptes anualment, com ho faria un tutor, davant l'autoritat judicial que va nomenar-lo (arg. ex art.

139 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424.

140 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424.

141 També s'empra aquesta terminologia en l'art. 223-5.1 (guarda de fet) i en l'art. 236-11.6 CCCat, que especifica que els actes d'administració extraordinària dels béns dels fills menors en potestat són els actes per als quals es requereix autorització judicial conforme a l'art. 236-27 CCCat.

142 Cf. RIVERO HERNÁNDEZ 2011:424 (connectant aquesta categoria amb la distinció entre administració ordinària i extraordinària que proposaven els treball preparatoris del llibre V). RIVERO pensa també que el jutge podria autoritzar també la realització d'actes de disposició, per evitar que el patrimoni quedi immobilitzat. Aquesta possibilitat no sembla possible atesos els termes de la llei i, concretament, el caràcter excepcional conferit a l'administració de l'assistent. Tanmateix, tindria l'avantatge que l'ús que es fes d'aquestes facultats formaria part de la rendició de comptes de l'assistent, cosa que podria no succeir si, en no dir res la resolució, la persona beneficiària atorgués poders en favor del mateix assistent.

222-31-2 CCCat),¹⁴³ si bé cal entendre aplicable l'excepció de l'art. 222-31.3 quan el patrimoni és molt reduït, de manera que a partir del primer rendiment de comptes l'autoritat judicial pot disposar que es retin comptes per períodes més llargs, sense ultrapassar mai els tres anys. En cessar l'assistent, aquest ha de retre també comptes finals de la seva gestió, encara que ho hagi anat fent de manera periòdica.¹⁴⁴

Una qüestió que pot portar problemes és la relació entre aquest apoderament judicial per administrar i els mandats voluntaris que hagi atorgat o que pugui atorgar posteriorment la persona protegida, inclòs el poder preventiu que es pugui activar mitjançant el procediment *ad hoc* que estigui previst en ell. Els poders ja atorgats no resten afectats per la decisió de la persona de sol·licitar la constitució de l'assistència. Tanmateix, tal vegada a suggeriment de l'assistent i a fi de clarificar la situació jurídica de la gestió dels béns de la persona assistida, és versemblant que es revoquin. Ara bé: això no sempre serà possible, ni convenient (per exemple, perquè es refereixen a àmbits no inclosos en l'assistència o quan les facultats de l'apoderat són més àmplies, i inclouen poders de disposició de béns concrets de la persona assistida). En aquest cas, l'encàrrec de l'assistent es pot circumscriure a vetllar perquè l'interès de la persona protegida es respecti adequadament en l'ús que es fa dels poders atorgats. Pel que fa a la possibilitat d'atorgar nous poders, cal tenir present que un cop en vigor l'assistència no seria possible fer, mitjançant l'atorgament d'un poder, allò que no es podia fer amb plena eficàcia tot sol, car altrament resultaria ben fàcil articular una cadena de negocis, un de representatiu i la resta celebrats pel nou representant, que obviés el control que la persona s'autoimposa amb la sol·licitud de nomenament d'assistent.

c) Publicitat de l'assistència

Conforme a l'art. 226-7.2 la presa de possessió del càrrec d'assistent s'ha d'inscriure al registre del domicili mitjançant comunicació de la resolució. En tant que la mesura afecta a la possibilitat de realitzar amb plena eficàcia actes relatius a la seva esfera patrimonial, s'explica que es prevegi la publicitat de la resolució en el Registre Civil. Ara bé, enlloc no diu que la inscripció de l'assistència sigui *obligatòria* i s'ha criticat que es prevegi la inscripció no de la constitució de l'assistència, sinó de la presa de possessió del càrrec d'assistent.

d) Estatut de l'assistent

Un cop nomenat i després d'haver pres possessió del càrrec, en la mesura en què es tracta d'un ofici de dret privat, l'assistent està subjecte a un règim jurídic equiparable al de la resta d'institucions de protecció de nomenament judicial. Per tant, la remissió que fa l'art. 226-6 CCCat s'ha de completar amb l'aplicació dels principis generals aplicables a totes les institucions legals de protecció de la persona (cf. arts. 221-1 a 221-5 CCCat).¹⁴⁵ En particular, això permet donar resposta a qüestions com ara la gratuïtat de

¹⁴³ MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ GARCÍA 2011:153.

¹⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ 2011:417.

l'exercici del càrrec, on en principi es descarta que l'assistent hagi de percebre cap remuneració, sens perjudici del criteri general de reembossament de les despeses,¹⁴⁶ o també a la possibilitat o no de delegar alguna de les seves tasques.¹⁴⁷

Hom es planteja, d'altra banda, i atès que en aquest punt no hi ha remissió expressa de la normativa específica, si cal aplicar les normes de la tutela sobre deure d'inventari del tutor. En puritat, la resolució que finalitza l'expedient és la que ha de concretar quines són les tasques i deures que incumbeixen a l'assistent,¹⁴⁸ si bé en la mesura en què aquella amplii l'abast ordinari de l'assistència i atribueixi funcions d'administració, requerir la formació d'inventari sembla inexcusable perquè la rendició de comptes es pugui fer amb unes mínimes garanties d'utilitat.

La normativa només es refereix a l'extinció de l'assistència, però és clar que també es pot donar l'extinció del càrrec d'un assistent bo i mantenir-se vigent la institució de protecció. A aquest efecte són causa d'extinció del càrrec la mort, declaració de mort o absència de l'assistent, i l'excusa sobrevinguda acceptada judicialment. El cessament i la remoció poden tenir lloc, com a la tutela, per ineptitud sobrevinguda, incompliment dels deures inherents al càrrec, negligència en el seu exercici i també per «problemes de convivència greus i continuats amb la persona» protegida. Poden demanar la remoció de l'assistent la persona protegida, però també el fiscal o fins i tot el jutge d'ofici, en virtut del control judicial inherent al càrrec i al seu exercici.

Malgrat la disponibilitat que regeix sobre l'assistència com a mesura de protecció, la persona protegida no pot sol·licitar el cessament de l'assistent sense justificar que s'ha donat alguna de les causes legals de remoció. La conseqüència natural del nomenament *judicial* de l'assistent fa que no entri dins de les possibilitats de la persona assistida la revocació de l'encàrrec d'aquell, la qual cosa allunya l'assistència dels mandats ordinaris o fins i tot de l'apoderament en previsió d'incapacitat mentre aquesta encara no s'ha declarat. La mediació judicial fa que es pugui afirmar sense cap mena de dubte que l'encàrrec a l'assistent no li ha conferit la persona protegida sinó el jutge, encara que sigui en exclusiu interès d'aquella.

3. EFECTES DE L'ASSISTÈNCIA

3.1 Entre la persona assistida i l'assistent

En l'àmbit personal, el deure de vetlla que estableix l'art. 226-2.2 CCCat i que caracteritza genèricament les obligacions que assumeix l'assistent en l'àmbit personal no ve expressament acompanyat a la llei d'alguna facultat o possibilitat per fer-lo efectiu.¹⁴⁹ De fet, el text posa més aviat l'èmfasi en que cal «respectar plenament la voluntat i les opinions personals» de la persona protegida, si bé aquesta frase s'ha d'entendre en la línia de l'art. 221-1 CCCat,

146 Per tots, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:151. Vegeu principi a l'art. 221-3 CCCat.

147 Cf. PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:912 (adduint l'art. 221-5 CCCat).

148 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

149 Compareu amb els arts. 222-35, 222-36.2 i 222-39 CCCat, en seu de tutela.

i per tant en el sentit que, com a funció de suport i protecció, s'ha d'exercir sempre d'acord amb la personalitat de la persona protegida.

Sembla que es pressuposa que l'assistent ha de vetllar per la persona mitjançant el diàleg i convencent-la de la conveniència de fer (o no) alguna cosa. En altres mots, la funció de l'assistent en aquest àmbit es reduiria a la d'aconsellar, educar i proporcionar suport. No crec que calgui assumir això sense explorar totes les possibilitats interpretatives. En aquest sentit, el nomenament d'assistent ha de comportar, com a mínim, que la persona assistida hagi de suportar, mentre està vigent la mesura, la interferència de l'assistent en allò que per a l'àmbit personal hagi establert la resolució. Mentre estigui vigent, i si així ho ha autoritzat la resolució judicial, haurà d'admetre, per exemple, que l'assistent accedeixi al seu domicili, que examini les seves medicines o revisi la seva alimentació, entre altres aspectes que poden anar dirigits a assegurar que la persona recobra la seva autonomia o es manté en una situació estable i sense empitjorar. En altres paraules, l'assistència pressuposa la legitimitat de les actuacions permeses a l'assistent i que fan efectiu el suport per a l'autocontrol que la pròpia persona s'ha imposat en sol·licitar l'establiment judicial de la mesura. Atès que hi ha un deure de vetlla que pot comportar la responsabilitat de l'assistent si no es prenen les mesures adreçades a garantir el benestar de la persona assistida, la torna d'aquesta responsabilitat són les limitacions autoimposades vinculades a l'acceptació de la pròpia situació i a l'empara que judicialment s'ha sol·licitat.

En darrer terme, tanmateix, el marc que proporciona aquesta mesura no deixa de ser força limitat ja que, en cas que no accepti o toleri les càrregues que imposa la vigència de la mesura, la persona protegida podrà demanar-ne l'extinció, si bé tramitant un nou expedient com aquell en què es va establir.

Pel que fa a l'àmbit patrimonial, per altra part, l'assistència té una eficàcia típica, consistent en la limitació de l'eficàcia de determinats actes jurídics, i una eficàcia dispositiva o no obligada, consistent a atorgar dins el procediment corresponent legitimació perquè l'assistent pugui realitzar actes d'administració ordinària del patrimoni de la persona protegida. En ambdós casos, la constitució de l'assistència comporta per a la persona assistida la càrrega d'acceptar i assumir que, en ocasions, no podrà actuar pel seu compte i que, si escau, l'assistent durà a terme actes amb transcendència jurídica en el seu nom, que no podrà modificar o rectificar sense incórrer en responsabilitat. En la relació interna és evident que un dels primers efectes d'aquesta espècie de mandat judicial és que la persona protegida ha de comptar amb que l'assistent pot actuar i que està autoritzat a fer-ho¹⁵⁰ i que té, per tant, la càrrega de mantenir-lo informat d'aquells actes en què es puguin produir solapaments entre les actuacions d'un i altre. També sobre els mandats especials o generals que la persona protegida pugui haver atorgat o tingui intenció d'atorgar.

150 Rosch 2011:142.

3.2 Envers tercers

En les relacions amb tercers, interessa especialment comentar quina eficàcia té l'assistència en relació amb dos punts. Per una banda, en relació amb la possibilitat que, de resultes del nomenament d'assistent, aquest ostenti facultats representatives en l'àmbit de l'administració ordinària dels béns de la persona protegida, malgrat que la persona protegida pugui seguir actuant en aquell àmbit amb plena eficàcia jurídica. Per un altre costat, la ineficàcia que s'atribueix als actes jurídics fets per la persona protegida sense la intervenció de l'assistent allà on aquesta era preceptiva.

En relació amb la primera qüestió, la llei té cura d'advertir que les facultats atribuïdes a l'assistent no afecten la capacitat d'obrar de la persona protegida i que es manté la possibilitat de fer «per ella mateixa» la mena d'actes que també està autoritzat a fer l'assistent (art. 226-2.3 CCCat). D'on es desprèn, per tant, que, com s'esdevé amb ocasió de l'atorgament voluntari de poders representatius, existeix el risc que d'aquesta administració solidària o indistinta se'n derivin com a conseqüència actes (d'administració ordinària) concurrents i en tot o en part contradictoris. És possible, per exemple, que hi hagi arrendaments concurrents incompatibles. RIVERO assenyala respecte d'això, correctament al meu parer, que en cas de conflicte s'han d'aplicar les regles generals sobre doble disposició vàlida (prioritat en el temps, bona fe de l'adquirent).¹⁵¹ Però anant una mica més lluny, roman el problema de les possibles responsabilitats envers la contrapart contractual de bona fe, l'interès de la qual pot haver quedat defraudat amb la manca de consumació del negoci corresponent. En aquesta hipòtesi no es pot descartar que la persona protegida incorri en responsabilitat i que, d'altra banda, en algun cas es pugui repetir contra l'assistent pel defectuós compliment de les seves obligacions d'informar sobre les gestions fetes en exercici del seu poder representatiu o per haver infringit les instruccions expressament formulades per la persona protegida en relació amb una concreta gestió.¹⁵²

Pel que fa a la segona qüestió, tot i que la norma expressament no es manifesta en el sentit de modificar la capacitat d'obrar de la persona, la llei declara el caràcter claudicant dels actes inclosos en l'àmbit de l'assistència i que la persona protegida hagi atorgat tota sola.¹⁵³ Segons l'art. 226-3 CCCat, la manca d'intervenció de l'assistent fa anul·lables, a instància de l'assistent o de la persona assistida, els actes en què, conforme al que es disposa a la resolució de nomenament, havia d'intervenir l'assistent. En cas de mort, poden anul·lar-los els hereus, en el termini de quatre anys des de la mort. Si s'arriba a constituir

151 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:425. Per a BARRÓN ARNICHES 2011:233 l'assistent no pot «representar» i s'ha de limitar a «assistir», d'on resulta que l'eficàcia dels actes inclosos en l'administració ordinària conferida judicialment a l'assistent dependria de l'actuació *conjunta* de tots dos, assistent i persona assistida, malgrat el que expresament preveu l'apartat final de l'art. 226-2.3 CCCat.

152 Conforme al criteri de diligència del bon administrador aplicable al tutor i que, per analogia, també es podria aplicar a l'assistent, a desgrat de la limitada remissió de l'art. 226-6 CCCat (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:425 i 438).

153 Cal tenir present que el remei de l'anul·labilitat no es refereix a l'àmbit personal, ja que només els «actes jurídics» resulten impugnables (v. art. 226-3 *pr* CCCat). Cf. RIVERO HERNÁNDEZ 2011:423.

la tutela en interès de la persona assistida, a partir d'aquell moment s'obre un termini de quatre anys. No hi ha, per tant, termini per a la impugnació mentre viu la persona protegida i per això la llei no n'especifica cap.¹⁵⁴ Malgrat que la norma tampoc no ho especifica, tractant-se d'un supòsit d'anul·labilitat l'assistent pot confirmar expressament o tàcita el negoci celebrat sense el seu assentiment.¹⁵⁵

En essència, el nomenament d'assistent per a una persona amb disminució no incapacitant que es considera legalment vulnerable suposa posar la vena abans que la ferida, arran del risc d'explotació o abús vinculat a la situació personal del beneficiari. Resulta tanmateix molt difícil d'acceptar que l'anul·lació pugui venir interessada per la pròpia persona, sense tenir en compte altres factors, de tipus patrimonial (*v.gr.* utilitat de l'acte, entitat de la lesió, etc) o de tipus jurídic (bona o mala fe de la persona subjecta a assistència, imputabilitat de l'acte a l'altra part, actuació de l'assistent). En aquest sentit, noteu que malgrat que la norma guarda un gran paral·lelisme amb la vigent en matèria d'anul·lació dels actes del sotmès a curatela (cf. art. 223-8 CCCat), en aquest darrer cas la persona posada en curatela no té legitimació per a impugnar fins que surti de la curatela. En canvi, la norma objecte de comentari permet a la persona protegida venir contra els seus propis actes d'una manera que podria ser contrària a la bona fe. Cal, per tant, fer-ne una interpretació correctora, que restringeixi la legitimació de la persona protegida al moment en què s'extingeix l'assistència, a la manera de la legitimació del menor emancipat o del subjecte que estava sotmès a curatela.¹⁵⁶ Altrament, es dona una paradoxa insostenible i que és que, en tenir legitimació per impugnar-lo, la persona protegida el pot confirmar quedant sense sentit la limitació en què consisteix l'assistència.

Per altra banda, una vegada es conclou amb l'anul·lació de l'acte, el problema rau a determinar quin és el règim de la possible restitució de les prestacions, ja que les normes aplicables supletòriament del CC espanyol limiten la restitució a allò en què la persona es va enriquir quan aquesta estava «incapacitada», condició que no té la persona posada en assistència però la qual presenta una disminució en les seves facultats que pot entrar en la finalitat de protecció d'aquelles normes.

154 RIVERO considera aplicable el termini de 4 anys de l'art. 1301 CC espanyol, comptadors des de la perfecció o consumació de l'acte, si hi ha pretensió de danys (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:428); però això darrer encaixa molt malament amb la finalitat de protecció de la norma.

155 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:427. Tema diferent al de l'anul·lació dels actes de la persona assistida és el de la ineficàcia, per extralimitació de l'assistent, dels actes jurídics de l'assistent en nom de la persona assistida fora de l'àmbit d'actuació permesa per la resolució judicial. Es tracta d'una actuació il·legítima, que no vincula la persona protegida (*ex art.* 1259 CC), però que aquesta podria ratificar a títol de gestió de negocis aliens. Cf. art. 1259 II en relació amb arts. 1892 i 1893 CC.

156 Aquesta és la interpretació que es fa a Itàlia respecte a l'art. 412 *c.c.*, que també confereix indistintament legitimació a l'administrador i al beneficiari. La doctrina estima que malgrat que es parteix de la presumpció de capacitat d'obrar, que permetria al beneficiari impugnar els actes extralimitats o il·lícits de l'administrador, no podria fer el mateix respecte als seus propis actes en l'àmbit atribuït exclusivament a l'administrador (CORTELLONI 2009: 899).

4. MODIFICACIÓ I EXTINCIÓ

Atès que tota mesura de protecció ha de ser flexible i proporcionada a les circumstàncies de les persones, un principi bàsic en aquesta matèria és que, quan les circumstàncies que van motivar el nomenament d'assistent cessen o es modifiquen, tant per millorar com per empitjorar, la protecció instaurada en interès de la persona també s'ha d'extingir o si escau reduir o ampliar, respectivament. Això és també el que resulta dels arts. 226-4 i 226-5 CCCat. El primer disposa que si és necessari ateses les circumstàncies s'ha de reduir o ampliar l'àmbit de funcions de l'assistent. L'art. 226-5.1 lletra b), de la seva banda, diu que l'assistència s'extingeix «per la desaparició de les circumstàncies que la van determinar». En ambdós casos, l'autoritat judicial ha de prendre la decisió, acordant la reducció o ampliació que estimi convenient o donant lloc a l'extinció de l'assistència i deixant sense efecte el nomenament d'assistent.¹⁵⁷

Aquestes normes presenten una gran ambigüitat pel que fa a la legitimació per a sol·licitar la presa d'aquesta decisió. En dos llocs es diu que es fa «a instància de part». Per tant, sembla que algú hauria de fer la petició en aquest sentit, incloent-hi la persona assistida. Però, qui és «part» si només la persona assistida tenia legitimació activa per demanar la constitució de la mesura? Es podria pensar en l'assistent, però d'aquest es diu expressament que el que ha de fer és «comunicar al jutge l'existència de circumstàncies que permeten l'extinció o la modificació» (cf. art. 226-4.2) i no, per tant, instar el corresponent expedient. Des de la perspectiva processal, s'ha advertit que en un expedient de jurisdicció voluntària no és tècnicament correcte referir-se a «parts» i que, per tant, la modificació o extinció tindrà lloc únicament a petició de la persona protegida. Això explicaria per què l'assistent no té legitimació per promoure la modificació del seu encàrrec, ni per què no es preveu l'actuació d'ofici del jutge.¹⁵⁸ Evidentment, això suposa una limitació notable de la potencialitat de la institució en aquells casos en què en lloc de millorar, la condició psicofísica del beneficiari ha empitjorat. La possibilitat d'actuació d'ofici, a instància de l'assistent, ajudaria a articular una via judicial per a l'adaptació de l'assistència a la nova situació de la persona, sense avançar necessàriament cap a la seva incapacitació.¹⁵⁹

Noteu que la incapacitat natural sobrevinguda de la persona assistida no es preveu a la norma com a causa específica d'extinció de l'assistència, a diferència de la incapacitació, que sí s'esmenta de manera expressa, juntament amb la mort, la declaració de mort o l'absència. Una interpretació pot aduir, ben raonablement, que la incapacitat natural sobrevinguda comporta la «desaparició de les circumstàncies que la van determinar» a què al·ludeix l'art. 226-5.1 lletra b) CCCat, ja que per constituir l'assistència el pressupòsit sine qua non era que la disminució de facultats no fos «incapacitant». Així, arribada

157 RIVERO apunta que a més de la possible ampliació o reducció de funcions de l'assistent, també hi podria haver la necessitat de modificació per trobar millor eficàcia o precisar millor la forma d'exercici de l'encàrrec després d'haver estat un temps i a la vista de com s'ha desenvolupat la relació entre assistit i assistent (RIVERO HERNÁNDEZ 2011:430-1).

158 PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:916.

159 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:431.

aquesta situació d'incapacitat no declarada, cal extingir l'assistència perquè han decaigut les condicions que van portar a instaurar-la. El cas d'incapacitat natural sobrevinguda coincidiria, per tant, amb el d'incapacitació com a causa autònoma d'extinció.¹⁶⁰ Adoptant un altre punt de vista, potser més amatent al principi de subsidiarietat que ha d'informar aquesta matèria, també es pot defensar que no sempre cal que l'assistència ja constituïda s'extingeixi i que s'hagi d'obrir un procediment d'incapacitació adreçat a constituir una tutela o una curatela.¹⁶¹ Això només s'hauria de donar si la incapacitació és necessària perquè sense ella i sense el règim de guarda corresponent, no es tenen els instruments tècnics per aconseguir una protecció eficaç dels interessos personals o patrimonials de la persona afectada. L'argument normatiu que es pot aportar és que no cal incapacitar i nomenar un tutor o un curador si ja hi ha un assistent nomenat, com tampoc no cal necessàriament promoure la constitució d'una tutela quan hi ha un poder en previsió de futura incapacitació ja atorgat (arg. *ex art.* 222-2.1 CCCat).¹⁶² El problema, però, és que podria ser que la resolució de nomenament d'assistent no prevegi facultats d'administrar el patrimoni de la persona, i en aquestes condicions només seria útil si fos suficient amb el deure de vetlla i de control dels actes determinats que la persona afectada no pot fer tota sola. Efectivament: en aquesta situació, si no s'instaura la tutela o una curatela amb facultats més àmplies, prèvia incapacitació de la persona, l'abast de l'assistència resulta massa estret.

En el supòsit de millora, d'altra banda, el més versemblant és que la mateixa persona la invocarà per posar fi a l'assistència. Però si aquesta persona no ho fa la llei no preveu ni l'extinció automàtica de l'assistència, ni la possibilitat d'actuació d'ofici del jutge. S'ha defensat, per això, que l'assistent pugui promoure l'extinció de la mesura¹⁶³ i, en definitiva, la finalització del seu encàrrec, com a manifestació del principi de mínima intervenció i també en exercici del dret a alliberar-se de la responsabilitat que s'hi vincula quan objectivament no està justificat.

Finalment, la normativa no esmenta com a causa d'extinció la petició que pugui fer la persona assistida, invocant exclusivament que no vol seguir

160 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:435. Vegeu també PADIAL/SERRANO/TOLDRÀ 2010:916 (concloent que la comunicació de l'assistent al jutge prevista a l'art. 226-4.2 CCCat es preveu als efectes que aquest traslladi la informació al fiscal perquè aquest, si ho estima oportú, insti la incapacitació).

161 De fet, la possibilitat que concorrin una situació d'incapacitat (natural) i l'assistència és el pressupòsit de la situació descrita a l'art. 226-2.2 CCCat respecte a la realització d'actes i tractaments mèdics, sota el pressupòsit que a) la persona no pot decidir per ella mateixa i b) no hi ha un document de voluntats anticipades [DVA]. En aquesta situació, la vigència de la situació d'assistència col·loca l'assistent com a persona de referència en l'ordre dels legítims legalment per a prestar el consentiment informat per substitució (que és una regla que es formula amb independència de si la persona està o no incapacitada i exclusivament en funció de la capacitat natural; cf. art. 212-1.4 CCCat). A més, val a dir que tot i que hi pot haver un DVA, la funció que podria pertocar fer a l'assistent, si no hi ha una persona específicament designada al DVA, és també la d'interpretar-lo a la llum dels desitjos de la persona assistida i expressar el criteri a seguir.

162 Semblantment, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146, si bé aquest autor posteriorment diu que l'assistent estaria obligat a promoure la incapacitació de la persona protegida (151).

163 RIVERO HERNÁNDEZ 2011:435.

subjecta a aquell règim. Hom podria pensar que la mesura és irreversible llevat que la persona afectada al·legui i demostrï que les circumstàncies que van justificar la mesura han desaparegut.¹⁶⁴ En altres paraules, haurà de demostrar que la disminució de facultats ha desaparegut o minvat fins al punt de fer innecessària l'assistència, o que malgrat que la disminució persisteix, està tanmateix en condicions de tenir cura de la seva persona i els seus béns. Aquesta conclusió és difícilment defensable en la mesura en què la persona protegida és l'única que pot sol·licitar la mesura, que aquesta mesura únicament s'estableix en el seu exclusiu interès, i no en el de tercers (v.gr. familiars amb dret d'aliments, creditors, serveis socials), i que només comporta limitacions per a la realització de determinats actes jurídics que especifica la resolució i que, per tant, en línia de principi s'ha de partir que tot i la disminució que limita les seves facultats conserva suficient capacitat natural o discerniment per a decidir què fer. Acreditat aquest últim requisit, s'escau l'extinció de la mesura. Però aquesta s'ha de demanar i acordar en el marc del corresponent expedient de jurisdicció voluntària que ha d'instar la persona protegida. Com indica RIVERO, pel fet de ser una institució de protecció de constitució judicial, «no puede desaparecer del ámbito jurídico de cualquier manera, sino que tiene que intervenir o dejarse constancia en sede judicial», a més de tenir el reflex registral corresponent.¹⁶⁵ Amb ocasió de la negativa de la persona protegida a continuar sota el règim d'assistència, tanmateix, es pot posar en evidència la necessitat de protecció d'aquella persona i que cal iniciar els tràmits per a la imposició de mesures al marge de la seva voluntat, mesures que hores d'ara, a l'espera de les futures reformes en la matèria, passen per instar-ne la incapacitació.

III. CONFIGURACIÓ DE L'ASSISTÈNCIA REGULADA AL CCCAT

De l'anàlisi de la regulació de l'assistència al CCCat, mitjançant la interpretació sistemàtica de les seves disposicions a la llum de l'experiència que proporciona el dret comparat europeu, es poden establir els trets essencials que caracteritzen aquesta figura, permeten distingir-la d'altres i forneixen arguments per a respondre alguns dels dubtes interpretatius que la nova normativa planteja.

1. INSTITUCIÓ DE SUPORT I PROTECCIÓ TÍPICA, DE CONSTITUCIÓ JUDICIAL

En primer lloc, es tracta d'una mesura de suport i protecció típica, nominada i regulada per la llei, i que es constitueix mitjançant una decisió motivada de l'autoritat judicial després d'un procediment en què s'avaluen, en relació amb la persona que la sol·licita, el compliment dels requisits que preveu

¹⁶⁴ Així, MARTÍNEZ GARCÍA 2011:152.

¹⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ 2011:433. Fins i tot en cas de mort, i per tal d'alliberar l'assistent de les seves responsabilitats (arg. *ex art.* 222-48.2 CCCat) i retre comptes.

la llei i l'oportunitat de la mesura. Aquest primer tret apropa, evidentment, l'assistència a la tutela, la curatela i al defensor judicial.¹⁶⁶ I l'allunya, en canvi, de la situació jurídica que resulta de l'atorgament d'un mandat ordinari o de poders generals o especials en favor de tercers, tant si aquests actes jurídics tenen eficàcia immediata com si la tenen diferida a un moment posterior, vinculat a la pèrdua de la capacitat de l'atorgant. Naturalment, també situa les coordenades de l'assistència lluny dels contractes que la persona afectada per la disminució pugui haver atorgat per obtenir serveis de suport o consell per a la millor gestió dels seus interessos.¹⁶⁷

En aquests dos últims casos, mitjançant el suport o recolzament dels tercers amb qui la persona vulnerable pot convenir la representació o l'assistència per a la gestió dels seus afers, s'aconsegueix, en efecte, superar la disminució de les pròpies facultats i es pot continuar prenent part en el tràfic jurídic. D'altra banda, el control de la correcta gestió dels seus interessos es basa en la possibilitat de revocació de l'encàrrec. Més enllà d'això, s'apliquen al compliment de l'encàrrec les regles incloses en l'acord o el contracte corresponent, o, en darrer terme, el règim legal del mandat i les regles generals de les obligacions i els contractes.

Pel que fa al primer element, la disminució de facultats que afecta la persona del mandant i la mateixa finalitat de l'atorgament del mandat, fan que sigui poc probable que, quan calgui, la persona vulnerable es trobi, de fet, en condicions de fer ús de les seves prerrogatives contractuals. Més aviat al contrari, l'atorgament de poders, o el fet de dipositar la seva confiança en el consell de tercers, col·loca aquella persona en una situació en què corre el risc que aquells en qui havia confiat la cura dels seus interessos s'aprofitin de la seva debilitat o de la seva disminució de facultats per obtenir avantatges indeguts.¹⁶⁸

Pel que fa al segon punt, el fet de ser una institució legal de suport i protecció de constitució judicial fa que, en l'assistència, com en la tutela o en la curatela, el control de la correcta gestió dels interessos de la persona es basi en la protecció legal vinculada a l'establiment de la mesura i a les competències que tenen l'autoritat judicial, la fiscalia i, si escau, de l'entitat pública de protecció d'adults. Més enllà de la responsabilitat per una execució diligent de l'encàrrec rebut, per tant, l'assistent gestiona els interessos de la persona posada en assistència com a *officium* de dret privat i això implica un plus de responsabilitat i control que s'evidencia amb la remissió que fa la llei al règim de la tutela.

Alhora, com a instrument de constitució judicial i basat en la delimitació d'uns interessos que el legislador ha considerat mereixedors de protecció, l'assistència dóna pas igualment a un règim de protecció, basat en la ineficàcia de determinats actes de la persona posada en assistència, que és oposable *erga*

166 MARTÍNEZ GARCÍA 2011:146.

167 En relació amb l'«assistent personal», vegeu *supra* nota 110 i text al que correspon.

168 Per exemplificar aquest risc, vegeu el supòsit de fet de la STS 30.6.2009, on un matrimoni d'avançada edat havia atorgat poders generals i especials al seu fill, incloent facultats per a disposar a títol gratuït i eximint-lo de la prohibició d'autocontractació, dels quals aquest abusa en clar perjudici dels poderdants.

omnes en interès d'aquella i que, naturalment, els instruments de suport i recolzament d'origen merament voluntari no poden assolir.

2. INSTITUCIÓ CONFIGURADA ENTORN A LA VOLUNTAT DE LA PERSONA

Tot i tractar-se d'una mesura judicialment acordada, es troba subjecta al principi de lliure disposició per la persona que la va sol·licitar, car per definició en demanar el nomenament d'assistent la disminució que l'afectava no era incapacitant, l'adopció de la mesura no comporta la incapacitat de la persona protegida i els interessos a protegir són exclusivament d'aquesta persona.

L'assistència que regula el CCCat posa èmfasi en l'exclusiva decisió personal de demanar el nomenament d'assistent i en el caràcter «no incapacitant» de la disminució de facultats que afecta el sol·licitant i que justifica l'adopció de la mesura. Com que, a més, l'assistència no compromet genèricament la capacitat d'obrar de la persona, encara que determinats actes realitzats sense la intervenció de l'assistent siguin anul·lables, d'aquí es dedueix que l'assistència està basada en el principi de lliure disposició de la mesura de protecció i que la mesura depèn de que la persona protegida, si conserva la seva capacitat natural, mantingui la seva conformitat a la vigència de la mesura.

Es pot plantejar, tanmateix, si no seria possible configurar el règim de l'assistència adoptant un punt de vista molt diferent.

D'acord amb aquest altre punt de vista, el fet d'admetre la legitimació exclusiva de la persona a protegir no seria decisiu perquè la vigència de la mesura depengué de la seva conformitat a mantenir-la. A més, l'anul·labilitat que es predica dels actes realitzats per la persona assistida sense la intervenció de l'assistent sembla portar a la conclusió que la capacitat d'obrar de la persona assistida està almenys restringida. D'aquí es podria sostenir que, una vegada nomenat l'assistent i establert l'àmbit de les funcions d'aquest, la persona protegida perdria la facultat d'instar *ad nutum* la finalització de la mesura i només podria acollir-se, si fos el cas, a la desaparició de les circumstàncies que van portar a nomenar l'assistent. Aquesta configuració és la que resultaria aplicable si l'assistència fos un tipus d'«incapacitació voluntària» com la suggerida per Díez-PICAZO en la cita reproduïda al final de la secció I d'aquest treball.¹⁶⁹

De fet, la inclusió d'aquest tipus d'incapacitació fou una de les propostes de l'avantprojecte de llei de reforma del CC espanyol en matèria de tutela, elaborat per un equip dirigit pel mateix Díez-PICAZO. No obstant, la proposta no va reeixir i no va entrar al projecte de llei presentat a les Corts Generals.¹⁷⁰ En aquella «incapacitació voluntària» el punt de partida era que la persona que la demanava es trobava afectada per deficiències o limitacions que la feien

¹⁶⁹ Vegeu nota 96 i text al que correspon. En un sentit semblant s'ha pronunciat PEREÑA VICENTE 2011:201, qui ha qualificat l'assistència incorporada al CCCat com una mena de «curatela voluntària».

¹⁷⁰ Cf. BOCG, Congrés, II, Sèrie A, núm. 4-I, 27.1.1983, p. 11.

vulnerable, però que no es podien incloure en els supòsits tipificats com a causa d'incapacitació.¹⁷¹ Concretament, l'art. 211 de l'avantprojecte deia

«[P]odrán someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias contempladas en el artículo 200, y las personas en avanzado estado de senilidad o con alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses»

Les semblances amb el supòsit de fet de l'assistència regulada al CCCat són remarcables. Els efectes, però, són molt diferents. En l'avantprojecte de llei esmentat s'establí que «en la incapacitación voluntaria se aplicarán *plenamente* las disposiciones del presente título».¹⁷² Per tant, la idea era que, si bé ningú més que la persona concernida podia instar-la, la incapacitació resultant de la seva demanda era equiparable a qualsevol altra, tant pel que fa a la seva declaració, com al règim de guarda legal que s'escaigués.

Es pot dir que aquest és el règim de l'assistència regulada al CCCat? Crec que no. Per les següents raons:

- a) A diferència de la «incapacitació voluntària», el nomenament judicial d'assistent no mena, com resulta del tot obvi, a la «incapacitació» de la persona posada en assistència. Tot i les limitacions que, des de l'entrada en vigor de l'assistència, s'imposen a l'eficàcia dels actes en què ha d'intervenir l'assistent segons la resolució judicial, la persona no es declara incapacitada, ni tan sols «parcialment» incapacitada. És més, l'assistència es presenta com una alternativa a la incapacitació i no com una via addicional per assolir els seus mateixos efectes.
- b) Sense declaració expressa d'incapacitat, el tipus d'ineficàcia que la llei estableix com a conseqüència de la vigència de la mesura de protecció per als actes atorgats sense intervenció de l'assistent tampoc no comporta concloure que la persona assistida està incapacitada o té restringida la seva capacitat d'obrar. Com també s'esdevé en la prodigalitat, la llei pot disposar que determinats actes siguin impugnables en atenció a la situació personal de l'atorgant i que havia justificat l'establiment de l'assistència. L'aplicació de l'anul·labilitat és una conseqüència lligada a l'oportunitat del remei en sí, per la seva especial contundència i per l'interès que té per a la persona protegida, no un efecte vinculat, necessàriament, a una determinada estructura

¹⁷¹ *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea / SEREM: Madrid, 1977 (conté l'*Anteproyecto de Ley de reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, elaborat pels profs. Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas i Cafarena).

¹⁷² Èmfasi nostre. En veritat, la norma feia excepció de l'aplicació de l'art. 205 de l'avantprojecte, però el cas és que aquest article es referia al cas —contradictori amb la situació d'incapacitació a demanda de la persona— en què «el presunto incapaz no comparezca en el procedimiento de incapacitación».

negocial defectuosa (en aquest cas, per raó de la falta de capacitat d'un dels atorgants).¹⁷³

- c) A diferència d'altres supòsits amb un cert paral·lelisme amb l'assistència, com ara el règim de la prodigalitat o el del concurs voluntari, en l'assistència

- la resolució judicial només es pot obtenir a petició de la persona interessada;

no s'imposa en un procediment contradictori sinó que resulta d'un procediment de jurisdicció voluntària, i

- els interessos tutelats per la norma són exclusius a la persona assistida, no de tercers com els familiars que estarien en condicions de reclamar aliments (al pròdig) o dels creditors (del concursat).

L'anomenada «incapacitació voluntària», per tant, està més propera al resultat a què s'arriba amb la legitimació atribuïda, des de 2003, al presumpte incapac per instar la seva pròpia incapacitació, que amb l'assistència regulada al CCCat.

Aquesta conclusió, a més, és conforme amb el precedent de la proposta d'«incapacitació voluntària», que es troba en el ZGB suís.¹⁷⁴ En efecte: l'art. 372 ZGB, referent a la «interdicció voluntària» i que ha estat vigent fins a l'1.1.2013 (quan ha entrat en vigor la reforma de tot el dret suís de protecció d'adults aprovada el 2011), disposava que

«[Q]ualsevol persona major d'edat pot demanar el nomenament d'un tutor, si prova que no pot tenir cura dels seus afers a causa de feblesa senil, una altra malaltia o de la seva inexperiència»¹⁷⁵

La possibilitat de desistir o de retirar la demanda d'interdicció voluntària s'acabava quan ja s'havia pronunciat la interdicció, encara que la resolució no li hagués estat comunicada al sol·licitant.¹⁷⁶ A partir d'aquest moment, era d'aplicació el que disposava l'art. 438 ZGB, a tenor del qual «la revocació de la tutela pronunciada a instància del tutelat només es pot acordar si el fonament que va menar a establir la tutela ha cessat». Per tant, si la situació no havia canviat i la tutela continuava essent necessària, s'havia de mantenir malgrat el canvi d'opinió del tutelat. Segons el parer unànim de doctrina i jurisprudència, de la interpretació conjunta dels arts. 372 i 438 ZGB es desprenia que, en la interdicció voluntària, la sol·licitud de l'interessat era únicament un pressupòsit *formal*, no un fonament *material* de la interdicció i subsegüent posada en tutela. L'únic fonament material era l'apreciació

173 Les causes d'anul·labilitat són, en principi, les de l'art. 1301 CC, és a dir, l'existència de vicis o la incapacitat d'obrar, però la llei pot, i de fet així s'esdevé en altres situacions, vincular aquest remei amb altres casos si el considera el més adequat per assolir les finalitats que es proposa considerant el seu caràcter disponible, relatiu i protector de l'interès d'una de les parts i no del de l'altra. Per a tot això, fonamental: GORDILLO CAÑAS 1990:981.

174 Vegeu l'origen de la proposta de l'avant-projecte de llei, com s'indica a la p. 23 de l'estudi citat a la nota 172.

175 Per tots, vegeu CHK-AFFOLTER/STECK/VOGEL 2007 ZGB 372 núm. 4-10.

176 BK ZGB LANGENEGGER, 2002, Art. 372 ZGB núm. 16, p. 1836.

judicial de la necessitat de la mesura arran de la impossibilitat de la persona de tenir cura dels seus afers. Per això, un cop incapacitat, el canvi de parer sobrevingut, sense canvi en les circumstàncies de fet, no tenia cap rellevància legal.¹⁷⁷

Quan el que promovia la mateixa persona que necessita suport i protecció no era la seva incapacitació seguida de tutela sinó el nomenament de curador les conseqüències eren ben diferents. Es tractava del supòsit de l'anomenada «curatela voluntària», també recollit en el dret civil suís derogat i que parcialment es manté també a la reforma de 2011. L'art. 394 ZGB, que la regulava, especificava que

«[Q]ualsevol persona major d'edat pot demanar el nomenament d'un curador, quan concorren les condicions per a la interdicció voluntària»

A diferència de la «interdicció voluntària», en el cas de la «curatela voluntària» el criteri igualment unànim dels tribunals i la doctrina suïssa era que la curatela no es podia mantenir en contra de la voluntat de la persona protegida.¹⁷⁸ Malgrat que la norma aplicable repetia el criteri de l'art. 438 ZGB i assenyalava que la curatela només finalitzarà «des que cessi la causa per la qual es va establir» (art. 439 II ZGB),¹⁷⁹ la jurisprudència va considerar que el precepte tenia una llacuna en no contemplar el cas en què la curatela l'havia sol·licitat el mateix interessat. En la mesura en què, segons l'art. 417 I ZGB, «les persones en interès de les quals s'ha establert una curatela conserven l'exercici dels seus drets civils», el fonament últim de l'aparent contradicció en les solucions era que l'establiment de la tutela pressuposava la incapacitació de la persona, mentre que la curatela no, amb la conclusió que en aquest instrument «tot depèn de la bona voluntat de la persona posada en curatela».¹⁸⁰

Aquest és també el plantejament que s'aplica a Alemanya en els casos en què l'assistent es nomena per a una persona no afectada per cap trastorn mental o discapacitat psíquica que li impedeixi formar-se i expressar una voluntat lliure. En el moment en què aquesta persona sol·licita l'extinció de la mesura, s'ha de procedir a declarar-la. Hom parteix del principi, establert clarament a la llei, que «no es pot nomenar assistent quan la persona major d'edat declara vàlidament la seva voluntat contrària a aquest nomenament» (§

177 En aquest sentit, BK ZGB GEISER 2002, Art. 438 ZGB núm. 3 p. 2203. Vegeu també HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER 2007:334.

178 BK ZGB GEISER 2002, Art. 439 ZGB núm. 12 p. 2206-7.

179 Cf. ZK ZGB EGGER 1948, Art. 440, p. 634.

180 Així ho va justificar fa decenni el Tribunal Federal suís, quan va estimar la petició d'una persona subjecta a curatela voluntària després de demanar ajuda a les autoritats per la seva addicció a l'alcohol i que posteriorment en va voler desistir (Sentència 25.1.1945 [BGE 71 II 18, 20]): «Ist sie von einem Handlungsfähigen gemäss Art. 394 anbegehrt und der Schutzbefohlene auch nicht etwa tatsächlich gehindert, selbst zu handeln, so ist ihre Ausübung von guten Willen des Schutzbefohlenen abhängig». Posteriorment, es recalca aquesta mateixa idea a la sentència 20.1.2006 (disponible a <http://www.bger.ch>).

1896 Ia BGB).¹⁸¹ Per això, el § 1908d II BGB disposa que si la petició d'assistència l'ha feta el propi interessat, s'escau posar-hi fi quan ho demana, tret que es donin les condicions perquè l'entitat competent insti el nomenament d'assistent. Hom distingeix llavors segons si la persona posada en assistència solament patia una disminució de facultats *físiques*, en el qual cas s'ha d'estimar la seva petició i l'assistència finalitza amb la resolució corresponent, o una disminució psíquica o espiritual, en el qual cas es requereix l'informe de l'assistent abans de procedir a extingir l'assistència. En aquest cas, per economia processal, l'autoritat judicial avalua de nou el cas i pot decidir que es mantingui l'assistència, però ara ja com a assistència constituïda a instància de l'autoritat competent (*Amtsbetreuung*).¹⁸²

A Itàlia, per contra, malgrat que en la doctrina es mantenen els dubtes al respecte, a partir de la sentència de la *Corte costituzionale* de 19 de gener de 2007, la majoria de la doctrina conclou que l'AdS es pot imposar (i per tant, mantenir) a desgrat de la negativa de la persona afectada, i encara que aquesta no tingui una disminució que alteri les seves facultats mentals, sempre i quan es mantinguin les circumstàncies que fan que no pugui tenir cura dels seus propis interessos. Noteu que aquesta conclusió pot ésser vàlida per a Itàlia, on la possibilitat de demanar l'AdS no es limita al potencial beneficiari, sinó que té una àmplia legitimació tot i que la mesura s'estén indubtablement a persones que no pateixen trastorns o malalties que exclouen o limiten la seva capacitat natural. Precisament aquesta és una de les diferències fonamentals del règim català. A Catalunya una de dos: o a la persona a protegir li manca l'autogovern i es promou la incapacitació i s'imposa la tutela o la curatela, o, si la capacitat roman, l'única mesura judicial a l'abast és l'assistència, que a diferència del precedent italià no es pot constituir d'ofici, ni a instància del fiscal, ni dels parents propers de la persona, sinó exclusivament amb el consentiment de la persona protegida.

Per tant, l'assistència apareix com un *tertium genus* entre la «incapacitació voluntària», que en l'experiència d'altres ordenaments on existeix mena a sotmetre la persona, encara que no es reuneixin els requisits per incapacitar, al règim derivat de la incapacitació,¹⁸³ i l'accés voluntari d'una persona vulnerable a tractaments mèdics o de rehabilitació, que en qualsevol moment, sense cap

181 I cal fer notar que excepcionalment es pot imposar una reserva d'autorització que, segons la doctrina, limita la capacitat d'obrar en relació amb una persona subjecta a assistència tot i conservar la seva capacitat natural (cf. Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1903 núm. 5 i allà més referències). En aquest cas, no obstant, el beneficiari que conserva la suficient capacitat natural segueix podent sol·licitar l'extinció de la mesura *ad nutum*.

182 Palandt/DIEDERICHSEN 2012 § 1908d núm. 6. El mateix criteri sosté la doctrina suïssa, seguint fil per randa el criteri de la jurisprudència. Vegeu *supra* nota 180 i a més DESCHENAUX/STEINAUER 2001:422 i CHK-AFFOLTER/STECK/VOGEL 2007 ZGB 439-440 núm. 6, 550.

183 I això genera no poca perplexitat en la doctrina ancorada en la dicotomia capacitat-incapacitat, malgrat la determinació expressa de la llei; vegeu per exemple BARRÓN ARNICHES 2011:233 (quan conclou que «[la norma] es discutible porque la anulabilidad presupone falta de capacidad de obrar o vicio de la voluntad y el punto de partida de la asistencia es, precisamente, una disminución no incapacitante»).

limitació addicional i amb l'única càrrega formal de signar el document d'alta, aquella persona podria deixar de seguir.¹⁸⁴

3. RECAPITULACIÓ

Malgrat la complexitat del marc constitucional en què el legislador català ha de maniobrar en aquesta matèria, hom podia haver optat (com el legislador italià) per incorporar un supòsit de fet ampli, adreçat a oferir suport i protecció jurídica a qualsevol persona que en tingués necessitat per causa d'una disminució de les seves facultats físiques o psíquiques. Com que la llei catalana continua regulant la tutela o la curatela com a «règims de guarda» derivats del procés d'incapacitació que regula la LEC, aquesta opció hauria comportat inevitablement el solapament d'institucions. El legislador català no ha volgut fer aquest pas. En canvi, s'ha volgut avançar a les possibles reformes del marc estatal en matèria d'incapacitació i fer-ho amb una proposta adreçada a superar una de les crítiques recurrents que es fan a la incapacitació: la desproporció en la seva aplicació a situacions que en veritat no són «incapacitants».

Atès l'arrelament de la tutela (i més recentment de la curatela), i l'evolució relativament favorable que ha tingut la pràctica judicial respecte a l'anomenada incapacitació parcial o relativa i la flexibilització de la resposta a les necessitats concretes de les persones a protegir, no és previsible que a la pràctica judicial es produeixi un fenomen semblant a l'italià d'arraconament de la incapacitació. Entre altres coses perquè el disseny de l'assistència incorporada al CCCat presenta dificultats importants per fer possible que arribi a poder cobrir totes les necessitats que s'atenen bé mitjançant la tutela, bé amb la curatela, en particular en la interpretació judicial «àmplia» d'aquesta última.

L'assistència incorporada al CCCat s'ha de configurar a partir de dos trets: el primer és que es tracta d'una institució de necessària constitució judicial, que determina l'entrada en vigor d'un règim legal de protecció de la persona; i el segon, que, malgrat això, es configura tota ella entorn de la voluntat de la persona a protegir. Així configurada, a la pràctica l'assistència bàsicament pot servir per a canalitzar una protecció jurídica adaptada a les circumstàncies de la persona en casos en què aquesta s'avé al nomenament d'assistent i al seguiment de les mesures de control corresponents, tant en l'esfera personal com patrimonial. Mentre està en vigor, l'assistència comporta la instauració d'un marc jurídic de relacions entre la persona protegida i l'assistent, i entre aquella i els tercers amb qui té tractes jurídicament rellevants. Nomenat judicialment, l'assistent té conferida legitimació per a poder desplegar les facultats que li són conferides i que no tenen cap més objectiu que recolzar i assistir la persona protegida per tal que aquesta pugui superar les seves limitacions i per a evitar l'actualització dels riscos que, vinculats a la disminució de facultats que pateix la persona, es poden presentar amb el contacte amb tercers o en la pròpia actuació d'aquella.

¹⁸⁴ Cf. art. 212-2.3 CCCat i 21 Llei 41/2002, de 14 de novembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

Indubtablement, la lliure disposició de la mesura és una important limitació en molts casos, ja que sobre l'exercici del deure de l'assistent de vetllar i de controlar la persona posada en assistència plana tothora la possibilitat que aquesta hi renunciï. Tot i així l'assistència pot ser un primer pas, tal vegada fins i tot l'únic pas a donar, per a dotar d'un recolzament adequat persones que presenten una clara vulnerabilitat, bé respecte a la cura de la seva persona, bé respecte als seus interessos econòmics, però per a les que l'inici d'un procediment d'incapacitació, a més de tècnicament desproporcionat des d'un punt de vista legal, podria resultar contraproduent perquè minaria la relació de confiança que cal establir amb la persona o entitat que accepta ajudar-la.¹⁸⁵

BIBLIOGRAFIA

- AFFOLTER, Kurt / STECK, Daniel / VOGEL, Urs (2007). «Kommentar zum Art. 360-456 ZGB». *Handkommentar zum schweizer Privatrecht* (Zürich, Basel, Genf: Schulthess).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia / SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio (2010). «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad (una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad)», *Derecho privado y Constitución* núm. 24, p. 11-66.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de (2006). «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *RDP* núm. 90, p. 9-68.
- (2008). *Incapacitación y mandato* (Madrid: La Ley).
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2003). «Comentari dels arts. 237 a 246». J. Egea Fernández, J. Ferrer Riba (dirs.); A. Lamarca Marquès, C. Ruisánchez Capelastegui (coords.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Madrid: Tecnos) p. 972-1000.
- VARELA AUTRÁN, Benigno (2013). «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre», *La Ley*, n. 8006, 22.1.2013.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma de (2011). «La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi Civil de Catalunya». C.E. Florensa i Tomàs (dir.), J.M. Fontanellas Morell (coord.), *La codificación*

¹⁸⁵ Aquesta mateixa necessitat s'ha fet sentir en el procés de reformes recentment emprès a Suïssa, i respecte a una institució semblant a l'assistència incorporada al CCCat: la «curatela d'acompanyament» (*Begleitbestandschaft*). Davant les reticències dels governs cantonals i de les institucions jurídiques, les entitats de protecció de discapacitats i gent gran s'han mostrat favorables al manteniment d'una institució de protecció fonamentada en la voluntarietat de la mesura i l'objectiu de la qual sigui, bàsicament, el suport i l'acompanyament a la persona protegida. Vegeu *supra* nota 96 i allà altres referències.

del Derecho civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación (Madrid: Marcial Pons) p. 217-236.

- BAUER, A. (2011). «Kommentar zum §§ 1896-1908k». H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg.), *BGB Kommentar*, 6. Aufl. (Köln: Luchterhand) p. 2532-2561.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2011). «La asistencia como institución de protección». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad. Comunicaciones* (Madrid: La Ley) p. 81-94.
- BIANCA, Cesare M. (1998). «Senectus ipsa morbus?». *Rass. dir. civ.* p. 241-250.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna (1985). «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *RJC* p. 85-102.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de (1948). «Incapacitación del imbecil. (Sentencia 5 de marzo de 1947), *ADC* vol. I, p. 291-302.
- CORTELLONI, Manuela (2009), «Commentario art. 412». P. Cendon (cur.), *Commentario al codice civile (Art. 315-455)* (Milano: Giuffrè) p. 873-902.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia (2010). *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español*. (Comunicación presentada al 1r Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires 10-11 Junio 2010; <http://www.articulo12.org.ar/trabajos.html>).
- DESCHENAUX, Henri / STEINAUER, Paul-Henri (2001). *Personnes physiques et tutelle* 4e ed. (Stämpfli: Bern).
- DIEDERICHSEN, Uwe (2012). «Kommentar zum §§ 1896–1908k». *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (71ª ed. Beck: München) p. 2123-2162.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1979). *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (2ª ed. Madrid: Tecnos).
- (1986). «Comentario del artículo 204». *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (Madrid: Tecnos).
- ELLENBERGER, Jürgen (2012). «Kommentar zum § 104». *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (71ª ed. Beck: München) p. 77-81.
- ELÓSEGUI SOTOS, Aurora (2011). «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 247-258.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (2010). «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 295-338.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel / SIMÓN RODRÍGUEZ, Carmen Mª / MAGRO SERVET, Vicente (2011). «Ámbito jurisdiccional civil». P. Aguirre Zamorano, M. Torres Vela (dirs.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la*

Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia (Madrid: CGPJ) p. 98-148.

- GARCÍA LÓPEZ, Petronila / CASAS PLANES, M^a Dolores (2011). «La «amministrazione di sostegno» del Derecho italiano, y el «asistente» del Derecho catalán: análisis comparativo». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (Madrid: La Ley) p. 197-218.
- GEISER, Thomas (2002). «Kommentar zum Art. 431-450». H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* 2. Aufl. (Basel: Helbing & Lichtenhahn) p. 2185-2232.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen (1985). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid: Civitas).
- GORDILLO CAÑAS, Antonio (1990). «Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces), p. 935-983.
- GOUBAU, Dominique (2008). *Le droit des personnes physiques* (4^a ed. Cowansville, Québec: Yvon Blais).
- HAUSER, Jean (2011). «Proteger y respetar a la persona». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 138-150.
- HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina (2007). *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches : Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, eingetragene Partnerschaft* 3. Aufl. (Bern: Stämpfli, 2007).
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (2011). «Entre la tutela de familia y la tutela institucional: dificultades prácticas en el nombramiento del tutor». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 465-480.
- LANGENEGGER, Ernst (2002). «Kommentar zum Art. 369-372, 392-395». H. Honsell, N.P. Vogt, T. Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* 2. Aufl. (Basel: Helbing & Lichtenhahn) p. 1810-1837, 1908-1928.
- LENTI, Leonardo (2011). «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. (Madrid: La Ley) p. 494-513.
- MALLET, Eric (2011). *Enfant handicapé et protection juridique* (Paris: LexisNexis, 2011).
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio (2011). «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña». R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Barcelona: Bosch) p. 157-169.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2010). «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 187-220.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel-Ángel (2011). «Instituciones de protección: la asistencia. El documento de voluntades anticipadas». R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Barcelona: Bosch) p. 133-155.
- MASONI, Roberto (2009), «Commentario artt. 404-408». P. Cendon (cur.), *Commentario al codice civile (Art. 315-455)* (Milano: Guiffrè) p. 545-709.
- PADIAL ALBÁS, Adoración / SERRANO MASIP, Mercedes / TOLDRA Roca, M^a Dolors (2010). «La protección de las personas discapacitadas en el Libro II del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia». S. de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza: El Justicia de Aragón) p. 891-921.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat (2011). «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica». J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.), M. Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (Madrid: La Ley) p. 194-205.
- (2011a). «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *La Ley* 2011-4, D-333. p. 1419-1428.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen (2010). «Comentario de la sentencia de 29 de abril de 2009», CCJC núm. 82, p. 317-350.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2011). «Comentario de los artículos 226-1 a 226-6». E. Roca Trías (coord. gral.), P. Ortuño Muñoz (coord.), *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña* (Las Rozas: Sepin) p. 411-441.
- ROSCH, Daniel (2011). «Kommentar zu Artt. 388-398 ZGB». D. Rosch, A. Büchler, D. Jakob, *Das neue Erwachsenenschutzrecht* (Basel: Helbing Lichtenhahn) p. 127-149.
- TERRÉ, François / FENOUILLET, Dominique (2005). *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (7a ed. Paris: Dalloz).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español* (Observatorio Estatal de la Discapacidad: Badajoz).

