

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.)



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](http://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](http://www.documentauniversitaria.com)  
[info@documentauniversitaria.com](mailto: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

<b>El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família.....</b>	<b>21</b>
M <sup>a</sup> 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

<b>L'assistència: abast i limitacions de la nova institució .....</b>	<b>49</b>
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

<b>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva pràctica</b> .....	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
<b>El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat</b> .....	125
JOSEP M. VALLS XUFRÉ	
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 inscripibilitat 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

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

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

<b>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenciós; problemes d'execució .....</b>	<b>305</b>
--	------------

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

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>	<i>335</i>
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>	<i>345</i>
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

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

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.....**

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: Part. 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.....**

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 conyugal.....** 481

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

## POINÈNCIA 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 jurisprudència catalana: concepte y terminología .....527

REYES BARRADA ORELLANA

I. Estado de la cuestión .....	527
1. La guarda en las situaciones de falta de convivència .....	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 Catalunya .....537**

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

# El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat

JOSEP M. VALLS XUFRE  
Notari

I. INTRODUCCIÓ. II. ANTECEDENTS HISTÒRICS. III. LA LLEI 25/2010, ART. 222-2 CCCAT. IV. DRET TRANSITORI: 1732 CC vs 222-2 CCCAT. V. NATURALESA I RÈGIM JURÍDIC DEL PODER EN PREVISIÓ DE PÈRDUA DE CAPACITAT A CATALUNYA. VI. DRET INTERREGIONAL I INTERNACIONAL PRIVAT. 1. Plantejament. 2. Normes de conflicte aplicables. 3. Dret internacional privat. 4. Dret interregional. VII. COMENÇAMENT DE LA VIGÈNCIA DEL PODER PREVENTIU. VIII. EL PODERDANT. IX. L'APODERAT. X. OBJECTE. XI. FORMA: ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ. XII. EXTINCIÓ. XIII. RENDICIÓ DE COMPTES. XIV. COEXISTÈNCIA DEL PODER PREVENTIU AMB ALTRES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA. 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial. 4. El guardador de fet. 5. L'assistent. 6. L'administrador del patrimoni protegit. XV. PODER PREVENTIU I PODER MERCANTIL. XVI. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAFIA. — Llibre segon del Codi civil de Catalunya. — Código Civil. — Articles de revista. — Legislació. — Jurisprudència.

## I. INTRODUCCIÓ

La Llei 25/2010 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de juliol, per la qual es va aprovar el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en el seu article 222-2 regula el poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat, dient que:

«No cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos.»<sup>1</sup>

Aquest precepte se situa en la línia dels ordenaments jurídics més actuals, que donen preferència a l'autonomia de la voluntat, donant la possibilitat de suplir, amb solucions familiars, la intervenció judicial per constituir la tutela a les persones que perden la capacitat. S'ha tingut en compte la realitat social que, en la majoria dels casos, la incapacitació només se sol·licita per resoldre problemes concrets, com ara la venda o lloguer d'un pis, o per fer front a les despeses de manteniment de la persona incapaç.

1 Continua dient el precepte:

«2. El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. En el primer cas, la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder. El poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder.

3. Si en interès de la persona protegida s'arriba a constituir la tutela, l'autoritat judicial, en aquell moment o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder.»

S'ha de destacar la situació del precepte citat dins del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, dedicat a la persona i la família, i en concret a les disposicions generals del capítol II, dedicat a la tutela.

Avancem ja que això dóna al poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat un caire d'institució **quasitutelar, o tutelar privada**, que, com veurem al llarg de l'exposició, modifica el caràcter purament contractual del mandat, base de la representació atorgada mitjançant el poder.

O, si volem, podem dir-ho d'una altra forma més global: **s'introdueix el poder preventiu dins de la regulació de la tutela no perquè es consideri que és un supòsit de representació legal, o tutelar, sinó perquè a la representació del tutor (legal) s'hi afegeix la representació de l'apoderat preventiu (voluntària) per configurar un sistema d'institucions de protecció de la persona més complet i també més d'acord amb la realitat social actual.**

No oblidem com s'està allargant l'esperança de vida en el món occidental, i en particular al nostre país. Però si aquesta vida física s'allarga, no és menys cert que la plena capacitat generalment no es manté fins al final, i la veritat és que amb el pas dels anys una gran majoria arribarem a patir algun grau de discapacitat psíquica.

D'aquí l'oportunitat d'introduir la representació voluntària a través del poder preventiu, dins de les institucions de protecció de la persona, al costat de la tutela, per evitar-la però amb el degut control judicial, si és necessari.

En realitat és el triomf del principi d'autonomia de la voluntat de la persona, ja que s'enforteix l'autonomia personal i s'eviten així la innecessària judicialització de la vida patrimonial del discapacitat i la seva incapacitació, quan no resulti imprescindible.<sup>2</sup>

En l'àmbit internacional, la **Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat (Nova York, 13 de desembre de 2006)** proclama el principi de l'autonomia personal, considera la incapacitació com una mesura extraordinària i reconeix la importància que per a les persones amb discapacitat té la seva autonomia i independència individual, inclosa la llibertat de prendre les seves pròpies decisions. L'article 12, apartat quart, disposa que els Estats Parts asseguraran que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos, de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans.

**Aquestes salvaguardes asseguraran que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respecten els drets, la voluntat i les preferències de la persona i prendran totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat a ser propietàries i heretar béns, a controlar els seus propis assumptes econòmics, etc.<sup>3</sup>**

2 Hi ha autors contraris a aquestes fórmules, com ara Cristina de Amunategui Rodríguez: «Personalmente estoy absolutamente convencida de que la institución que ofrece una protección integral al sujeto es la incapacitación», «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *Revista de Derecho Privado*, 1-2/2006, VLEX-289865, pàg.7

3 Montserrat Pereña Vicente adverteix del perill d'una excessiva generalització dels poders preventius i destaca la necessitat del control judicial que proclama l'article 12 de la Convenció, *La Ley* n° 7691, 2011, pàg.5.

En l'àmbit intern, s'han de considerar també les referències al principi d'autonomia en la Llei estatal 39/2006, de 14 de desembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que en el seu article 2, de definicions, diu:

«A efectos de la presente Ley, se entiende por autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.»

El principi d'autonomia ha de ser prioritari i implica la possibilitat d'actuar de forma independent i lliure i inclou la disposició a assumir certs nivells de risc, cosa que implica poder triar el propi estil de vida, participar en l'adopció de les decisions que afecten directament o indirectament la pròpia persona i ser respectat en les pròpies opcions.

Com explica **Sergio Nasarre**<sup>4</sup> en comentar les novetats del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, en els treballs preparatoris es va prendre en consideració la possible supressió de la incapacitació de la persona, pel seu deficient funcionament en la realitat sociojurídica, com ha passat a països tan pròxims i d'ordenaments tan prestigiosos com Alemanya, on s'han substituït la tutela i la curatela per institucions més flexibles i adaptades al món actual, com ara la figura de l'**assistència** (novetat també de la Llei catalana 25/2010, en l'ordenament jurídic espanyol) i la del **poder preventiu**, objecte de la present exposició.

## II. ANTECEDENTS HISTÒRICS

Quan parlem dels **antecedents** de l'article 222-2 CCCat, en primer lloc hem de citar el típic poder general atorgat per persones d'una certa edat, que veuen com a poc a poc van perdent facultats, i que volen que els seus fills o familiars més propers comencin a cuidar-se del que faci falta.

Des de sempre, les persones grans han atorgat poders generals a favor dels fills, o dels parents més propers, per evitar els problemes d'actuació jurídica derivats de les normals deficiències físiques i psíquiques pròpies de l'edat. Amb el pas del temps, aquestes deficiències van augmentant, apareixen les alteracions de memòria i consciència, amb dies bons i altres no tant.<sup>5</sup>

El fet cert és que quan s'atorga el poder el notari vetlla per la plena capacitat d'obrar del poderdant, però després, lògicament, en augmentar l'edat aquella va disminuint. En disminuir aquesta capacitat, disminueix també

4 Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO, Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, 990 pàg.XXX.

5 És molt interessant la Real Orden de 14 de març de 1924 que recull la doctrina de la tutela fiduciària de Diego María Crehuet. Vegeu DURAN CORSANEGRO: *La autorregulación de la tutela*, Ed. Areces, ISBN 915.398.659, 2007, pàg. 105.

la possibilitat que té el poderdant per controlar l'activitat de l'apoderat, per exigir-li la rendició de comptes i, en definitiva, per revocar-lo.

La redacció originària del Codi Civil comú incloïa la interdicció civil com causa d'extinció del mandat; però **NO incloïa expressament la incapacitació**. No obstant això, tant la doctrina com la jurisprudència aviat es van posar d'acord a equiparar per analogia interdicció i incapacitació. D'aquí la nostra tradicional fórmula notarial en enjudiciar la suficiència i legitimitat del poder: «(...) el representant manifesta que el poder no li ha estat revocat, modificat o condicionat i **no han variat les circumstàncies personals del poderdant (...)**».

La Llei estatal 6/1984, en suprimir la pena d'interdicció civil, va eliminar la paraula *interdicció* de tots els preceptes en què apareixia, i també, per tant, de l'article 1732 del Codi Civil comú. Però en tots els fòrums jurídics es va continuar entenent que la capacitat del poderdant era una condició essencial en el contracte de mandat basat en la confiança de les dues parts.

I és que el poder és un acte unilateral, però es fonamenta en el contracte bilateral del mandat. Com diu León Alonso, en la regulació del mandat els ordenaments jurídics moderns han tingut des d'un principi, com a pressupòsit essencial per a la perduració del mandat l'anomenada *perseverantia consensus*.<sup>6</sup> Víctor Garrido Palma<sup>7</sup> hi afegeix que el mandat és el prototipus de contracte de gestió. És un contracte bilateral, però que durant la seva execució una de les parts pot esdevenir incapaç, i —valgui la redundància— incapaç per fer front als abusos de l'apoderat, mitjançant la seva principal arma que és la revocació i l'acció per exigir responsabilitats.

Per tant, basant-se en això, s'entenia que el poder s'extingia en el moment que es perdia de fet la capacitat, i els actes realitzats per l'apoderat, en un moment en què el poderdant ja no tenia capacitat real per conèixer i controlar l'activitat de l'apoderat, podien ser impugnats, encara que no s'hagués produït una incapacitació judicial i el consegüent nomenament de tutor.<sup>8</sup>

Com diu Fernando Puente,

«teniendo en cuenta el carácter causalista de nuestro sistema, el poderdante, en el instante en que el apoderado actúa en su nombre, debe tener capacidad suficiente para realizar el negocio por sí mismo... aunque el negocio realizado por el apoderado no podrá ser impugnado si reduna en utilidad del poderdante (art. 304 CC, su situación se asemeja a la del guardador de hecho); y los terceros se encuentran protegidos según lo establecido por el art. 1738 del CC. En este sentido, la STS de 3 de julio de 1976 señala que la buena fe de los terceros es fundamento suficiente para protegerlos, pues si el mandato constituye una relación que afecta a mandante y mandatario, el poder es una manifestación

6 LEÓN ALONSO, José R. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirig. por Manuel Albaladejo, Edersa, 1996).

7 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *La protección de los discapaces, la autotutela y el poder preventivo de protección*, Anales Academia Matritense del Notariado, curso 2008/2009.

8 Cristina de Amunátegui Rodríguez, citant la sentència del Tribunal Suprem de 20-5-2002, en la qual es declara nul el poder per falta de capacitat, i com a conseqüència la compravenda, cosa que en la seva opinió, que compartim, seria solament ineficaç, inicialment en espera de la possible ratificació del tutor. «Incapacitación y mandato», *La Ley*, 2008, pàg. 193.

de aquél que afecta a terceros y, siendo el mandato una relación jurídica basada en la confianza, el tercero no tiene por qué conocer sus vicisitudes».<sup>9</sup>

El cert és que, exceptuant els casos esmentats, utilitat del poderdant i protecció de tercers de bona fe, la doctrina i la jurisprudència proclamaven la nul·litat dels actes realitzats per l'apoderat quan el poderdant es trobava en una situació d'incapacitat no purament temporal, sobre la base que el poder esdevenia ineficaç perquè no existia ja una voluntat, la del poderdant, capaç de decidir el manteniment o la revocació del poder.<sup>10</sup>

L'esmentat buit legal va ser omplert per la Llei Orgànica 1/1996, de **Protecció del Menor**, que va incloure expressament la incapacitació del mandant o del mandatari com a causa d'extinció del mandat, amb què ratificava la posició de la majoria de la doctrina. La terminologia mateixa del legislador, en utilitzar la paraula *incapacitació*, segons la jurisprudència **resolia la controvèrsia: incapacitat natural o legal, a favor de l'extinció del poder per la sentència d'incapacitació**, amb independència de la pèrdua anterior de la capacitat natural (TS 11 d'octubre de 2000).<sup>11</sup>

Això, sens perjudici que, entre les mesures que la Llei d'Enjudiciament Civil (art. 762) preveu per protegir el discapacitat, sempre s'ha defensat la possibilitat d'incloure la de revocar els poders. Per tant, durant el procés d'incapacitació el jutge determinarà el que correspongui respecte als poders atorgats pel presumpte incaç. Si no hi ha motius, el jutge no té per què revocar els poders i l'apoderat seguirà actuant fins a la sentència.<sup>12</sup>

I finalment arribem a la reforma de 18 de novembre de 2003. Amb la **Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat** es va donar a l'article 1732 una nova redacció, que reconeixia la possibilitat que en el mateix mandat «se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

9 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, «El Mandato preventivo», a: *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, València, Tirant lo Blanch, 2007, p. 145-169.

10 No cal exposar aquí en profunditat les diferents opinions doctrinals sobre aquest punt. Resumint, hi havia qui defensava que era la pèrdua de capacitat natural la causa suficient per defensar l'extinció del poder, i qui defensava que, basant-se en la seguretat del tràfic jurídic, consideraven com a criteri més segur el de l'extinció del poder com a conseqüència de la sentència d'incapacitació. Per a mi, el problema fonamental de la primera posició és que, en la major part dels casos, la incapacitat es produeix de forma progressiva, deteriorant la capacitat natural de forma gradual (l'Alzheimer, per exemple). Aleshores: quin és el moment en què es produeix l'anul·lació del poder?

11 Una qüestió diferent és la de la validesa dels actes celebrats per l'apoderat abans de la incapacitació, que es podran impugnar en base a la mala fe dels tercers, i a més a més es podran exigir a l'apoderat les responsabilitats derivades de la seva actuació (art. 1726 CC). I a la inversa, pot ser vàlida l'actuació fins i tot després de la incapacitació, quan es tracta d'acabar el que s'havia començat (Argument ex art. 1718: «Debe también acabar el negocio que estuviera comenzado al morir el mandante, si hubiera peligro en la tardanza»). I en tot cas podria esmenar-se qualsevol deficiència amb la ratificació del mateix tutor.

12 Si l'apoderat no ha actuat fidelment o amb la diligència deguda, el jutge li revocarà els poders, fins i tot abans de la sentència d'incapacitació, i una vegada nomenat el tutor, aquest li podrà exigir les responsabilitats corresponents (art. 1719 i 1727 CC).

En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

Aquest precepte reconeixia i regulava una realitat ancestral, i és que el típic poder general atorgat per persones d'una certa edat, en la major part dels casos obeeix a la voluntat dels particulars d'evitar la intervenció judicial i tot el que suposa una incapacitació judicial, quant a temps, despeses, obligacions posteriors, etc.

La reforma de 2003 va ser acollida amb satisfacció per tots els professionals del Dret, però també amb una certa desil·lusió perquè va ser massa minimalista, com diu **Montserrat Pereña Vicente**.<sup>13</sup> Segons la citada autora, amb independència del judici que puguem fer quant a la tècnica legislativa de regular, dins del contracte de mandat, una matèria que pertany a la protecció dels discapacitats psíquics, el cert és que **afegint tan sols un incís final a l'article 1732 es deixen enlaire massa aspectes; en realitat, tots.**

**Víctor M. Garrido de Palma** posa de relleu<sup>14</sup> que la regulació legal del contracte de mandat no s'ajusta *in toto* al mandat preventiu. Així, no és admissible que el menor emancipat pugui tenir aquest càrrec, ni que l'apoderat pugui nomenar un substitut, si no se li ha prohibit expressament...

El caràcter personalíssim de l'actuació de l'apoderat en el poder preventiu feia necessari regular d'alguna forma, encara que fos per la via d'imposició al poderdant, **d'explicitar en els poders temes tan importants com la possible substitució dels poders, la rendició de comptes, la provisió de fons al mandatari o la remuneració, la possible renúncia del mandatari o la revocació del poder per tercers o per un òrgan de control designat a l'efecte, etc.**

Tots aquests aspectes hauran de ser assumits pels juristes, advocats i notaris en aconsellar els seus clients; el legislador carrega, d'aquesta manera, tota la responsabilitat del bon funcionament de la institució en els professionals del dret. Destaquem aquest fet per les repercussions que tindrà, com veurem, ja que tal com es va plantejar la reforma, no es pensava en absolut a obviar la declaració d'incapacitat, tal com diu **Fernando Puente**:

«No parece que pueda prescindirse del organismo tutelar, ya que el artículo reformado, al final dispone que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. (...) El mandato preventivo y el poder correspondiente, por amplio que éste sea, no evita en absoluto la constitución de la tutela, y ello porque ésta última no tiene como finalidad exclusiva suplir la falta de capacidad del incapacitado, sino que su finalidad fundamental es la de proteger al incapaz. (...) Ahora bien, el hecho de que tenga que constituirse la tutela designando tutor, no supone que éste no pueda coexistir con el apoderado y que el juez tenga necesariamente que extinguir el poder. La subsistencia del apoderado con el tutor resulta del propio tenor del art. 1732.»<sup>15</sup>

13 PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

14 GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *op. cit.*

15 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, *op. cit.*, pàg. 164. Aquest autor en cita també d'altres que defensen la tesi exposada: Ignacio Serrano García, Rafael Leña Fernández, etc.



És a dir, que en el sistema del dret comú s'imposa la constitució de l'organisme tutelar malgrat l'existència del poder preventiu. En canvi, en el dret català, l'article 222-2 CCCat parteix del principi contrari: «*no cal posar en tutela...*»

### III. LA LLEI 25/2010, ART. 222-2 CCCAT

A la llei 25/2010, el legislador català ha volgut anar un pas més enllà, i dotar d'una regulació pròpia els poders preventius, situant-los dins del llibre II, relatiu a la persona i la família, i en el capítol 2, que regula la tutela.<sup>16</sup>

Això mateix s'ha fet a França, regulant l'anomenat *mandat de protecció futura* entre les institucions tutelars, donant-li un règim específic i afrontant tots els aspectes problemàtics que els poders d'aquest tipus poden generar, sens perjudici que, com diu l'article 478 del Code, seran aplicables supletòriament les normes del mandat sempre que no siguin incompatibles amb la regulació pròpia del mandat de protecció futura.<sup>17</sup>

És la línia seguida també pel CCCat: regulació pròpia dins de la tutela, que ens apropa a la representació legal, però com a excepció a la tutela, en nom de l'autonomia de la voluntat, que és la base de la institució com a supòsit de representació voluntària.

Aquesta sistematització no ens ha de portar, per tant, a interpretar que aquesta institució resta subsumida, limitada o condicionada per aquest aspecte concret. En el pròleg, el legislador català proclama que, juntament amb les institucions tutelars, s'inclou la regulació de l'assistència i la protecció patrimonial de persones discapacitades i dependents, i s'incorpora una gran varietat d'instruments de protecció que pretenen cobrir tot el ventall de situacions en què poden trobar-se les persones amb discapacitat.

El legislador hi afegeix que la Llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però que també en regula d'altres que operen o poden operar al marge d'aquesta, atenent la constatació que, en molts casos, la persona amb discapacitat, o els seus familiars, prefereixen no promoure-la. Acaba expressant que aquesta diversitat de règims de protecció

16 La llei 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón, recull també en el seu article 95 el poder preventiu: «Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente podrá en escritura pública designar (...) incluido el otorgamiento de un mandato que no extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el juez y el Ministerio Fiscal.»

17 El Code possibilita l'atorgament d'aquest mandat davant de notari, fent constar l'acceptació del mandatari. En aquest cas, s'entrega el mandat al secretari judicial, amb una certificació mèdica acreditativa de l'existència de la causa d'incapacitat; una vegada homologat judicialment, ja no es pot obrir el procediment de tutela.

La novetat del dret francès, en relació amb altres, va consistir en el fet que el mandat preventiu podia servir no solament per als actes de gestió patrimonial, sinó també per als actes relatius a la protecció de la persona, ja que l'article 479 del Code estableix que el mandatari queda sotmès a les obligacions establertes per als tutors i curadors en relació amb la protecció personal de l'incapac.

sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, tal com preconitza la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, aprovada el 13 de desembre de 2006 a Nova York i ratificada per l'Estat espanyol l'any següent.

La diferent concepció dels poders preventius, entre l'article 1732 del Codi Civil comú i el 222-2 del Codi Civil de Catalunya, és essencial perquè el poder preventiu de l'art. 1732 està dins de la regulació del contracte de mandat, que és el paradigma de la representació voluntària, com apunten la major part d'autors, com ara Cristina Amunátegui, Esther Arroyo Amayuelas, Josep Ma Segura, etc. i tots queixant-se de la poca visió de futur del legislador estatal.

En l'art. 1732 no hi ha més regulació que la del mandat, i amb les normes del mandat haurem de construir el poder preventiu, omplint les llacunes del poder amb la mateixa regulació. A més, com que el poder preventiu no és obstacle per a la constitució de la tutela, els possibles buits en les facultats de l'apoderat seran assumits pel tutor.

En canvi, en la meua opinió, el 222-2 preveu un supòsit de representació quasi-tutelar, o tutela privada, basat en una fórmula, el poder, que té per essència l'autonomia de la voluntat. Autonomia de la voluntat sí, però modulada, ja que està enquadrada en les institucions de protecció de la persona.

Ja es parteix de la base que, en principi, no caldrà constituir la tutela; és a dir, que el poder preventiu supleix la tutela; si el poder està ben configurat i l'apoderat respon com és d'esperar, el jutge no intervindrà mai.

Aquesta concepció diferent del poder preventiu, representació quasi tutelar basada en l'autonomia de la voluntat, presideix tota la regulació continguda en el CCCat i ens ha de servir per interpretar aquestes normes, i les seves llacunes, sens perjudici de no deixar mai de respectar la voluntat del poderdant si aquesta és clara i ferma, encara que no s'hagi expressat d'una forma literal.

La concepció quasi-tutelar del poder preventiu explica que el CCCat, en regular la matèria, exigeixi l'autorització judicial per als mateixos casos que el tutor la necessita, llevat del cas que el poderdant l'hagi exclòs expressament. És l'article 222-44 CCCat.<sup>18</sup>

Per tant, si el poderdant no fa cap menció sobre aquest punt, l'apoderat necessitarà autorització judicial, per exemple, per disposar de béns immobles. Abans, sota l'imperi del 1732 del Codi Civil comú, si els poders s'havien atorgat sense cap limitació expressa, els apoderats no necessitaven l'autorització judicial. Ara, amb el Codi Civil català la regla canvia i és la contrària: l'autorització judicial s'imposa a menys que l'hagi exclòs el poderdant. Això implica un règim completament diferent per als poders atorgats abans, conforme a l'article 1732 del Codi Civil comú, i els atorgats a partir de la vigència de l'article 222-2 del Codi Civil de Catalunya.

18 Com explica Xavier Campà i de Ferrer, la redacció de l'avantprojecte subjectava, en tot cas, l'apoderat preventiu a un règim d'autorització judicial prèvia pels mateixos actes que al tutor, sense possibilitat que el poderdant pogués excloure-ho. *Dret Civil català. Volum II*, Editorial Bosch, 2012, pàg. 183.

#### IV. DRET TRANSITORI: 1732 CC VS 222-2 CCCAT

Aquí voldria fer una referència especial al **problema de dret transitori**, que es va plantejar en relació amb aquesta diferent regulació per culpa de la **disposició transitòria primera** de la llei 25/2010, que ja vaig exposar en la meua conferència al Col·legi de Notaris sobre les novetats de la llei.<sup>19</sup>

En la seva redacció originària, el text de l'apartat 2 de l'esmentada disposició transitòria deia literalment:

«Disposició transitòria primera. Institucions tutelars.

2. Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats, en aplicació del dret estatal supletori, abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei queden subjectes, quant a llur eficàcia i règim d'exercici, al que estableix el Codi civil.»

Aquesta disposició transitòria plantejava el dilema dels poders atorgats amb anterioritat, en els quals, a partir de la vigència de la llei 25/2010, l'apoderat necessita autorització judicial en els mateixos casos que el tutor, a menys que en el poder el poderdant expressament ho exclouï. En el dret estatal no existeix una norma que sotmeti l'apoderat a l'autorització judicial en els mateixos casos que el tutor la necessita, i fins ara els poders atorgats a Catalunya no contenien cap previsió respecte d'això.

La conjunció de l'article 222-44.3, que exigeix a l'apoderat l'autorització judicial, i de la disposició transitòria citada, a partir de la vigència de la llei, l'1 de gener de 2011, produïa el problema que els poders que s'havien atorgat d'acord amb l'article 1732 CC podrien quedar limitats si s'interpretaven literalment els preceptes citats. Així, l'apoderat, en les seves facultats dispositives sobre immobles, per exemple, quedaria subjecte a l'obtenció de l'autorització judicial.

**Fins al dia 31 de desembre de 2010 l'apoderat podia per si sol vendre un immoble del poderdant incapaç, però a partir de l'endemà, el mateix apoderat, amb els mateixos poders, no podria fer-ho sense l'autorització judicial.**

És una qüestió que vaig plantejar a la conferència abans citada i que va donar lloc a un ampli debat doctrinal posterior.

Per a alguns, tota la qüestió quedava subjecta a la consideració que una Llei autonòmica no pot modificar el que s'hagi verificat sota l'imperi d'una llei estatal, encara que reconeixent que, a partir de la seva vigència, no controvertida per un possible recurs d'inconstitucionalitat, els actes jurídics que es realitzin en l'esmentat àmbit autonòmic hauran de subjectar-se a la nova llei. No entrarem en aquesta qüestió, per a mi ja resulta per innombrables sentències del Constitucional en què es declara que, si no hi ha inconstitucionalitat, **no existeix col·lisió de rang entre dues lleis, una d'estatal i una altra d'autonòmica**; simplement, la posterior modifica l'anterior. I és que una Llei autonòmica no té, sobre el seu àmbit territorial,

<sup>19</sup> 28 octubre de 2010, Curs sobre El llibre II del CCC: principals novetats, Tirant lo Blanch i Col·legi de Notaris de Catalunya.

ni major ni menor rang que una d'estatal, i si la norma autonòmica no és impugnada per inconstitucional, modifica, anul·la o substitueix la de mateix rang estatal.

Altres defensaven la integritat dels poders atorgats, amb criteris de lògica i seguretat jurídica: el poderant, quan va atorgar el poder, era conscient que l'apoderat quedava facultat per realitzar actes de disposició d'immobles, per si sol i sense autorització del jutge. Precisament això és el **que volia el poderant: evitar la intervenció judicial**. La seguretat jurídica exigeix que les facultats de l'apoderat es mantinguin, sense excepció, en els poders atorgats amb anterioritat. Imaginem si no, per exemple, una venda en document privat, ja consumada, i que ara es vol elevar a escriptura pública; la carta de pagament i cancel·lació d'una condició resolutòria que es vol atorgar ara, respecte d'una venda amb preu ajornat atorgada abans de la vigència d'aquesta llei, etc.

Si el poderant no ha limitat a l'apoderat aquestes facultats, és perquè vol concedir-li una total autonomia en l'exercici del poder. **El poderant bé podria haver limitat la seva execució exigint una autorització complementària, com la d'un parent o d'una persona de confiança**. Si no ho ha fet és perquè la seva voluntat és que l'apoderat actuï amb plena llibertat, i en aquest sentit han d'interpretar-se els poders que hem autoritzat conforme a l'article 1732 del Codi Civil comú, abans de la vigència de l'article 222 CCCat.

Ara, l'article 222-44.3 diu que «l'apoderat necessita l'autorització judicial per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderant l'hagi exclosa expressament».

En canvi, en els poders atorgats conforme a l'article 1732, el poderant, en no imposar a l'apoderat una autorització especial per a actes de disposició, té *in mente* la seva pròpia exoneració a l'apoderat de qualsevol tipus de control judicial.<sup>20</sup>

En aquesta mateixa línia, el notari Pere Albiol va defensar que l'adverbi «expressament» s'havia d'interpretar no literalment, sinó des d'un **punt de vista voluntarista**. En els poders anteriors, la voluntat expressada sense limitar l'actuació del poderant era clarament excloent de l'autorització judicial. El poderant tenia la convicció mental que en cap cas l'apoderat necessitaria autorització judicial. Si el poderant hagués volgut que l'apoderat hagués de demanar-la per a determinats actes, ho hauria imposat expressament.<sup>21</sup>

20 En les jornades sobre el llibre II, efectuades al Col·legi de Registradors, on vaig plantejar el problema, també hi va haver opinions diverses sobre aquest mateix punt: la literal, defensada per alguns, i la que persegueix defensar la voluntat del poderant a manera de *voluntas testatoris*, aquí *voluntas domini*. Aquesta última posició favorable a la interpretació que la voluntat del poderant, plasmada d'acord amb l'article 1732 del CC, sense expressar limitacions ni prevencions de cap espècie, ha de ser mantinguda sense excepcions, va ser defensada per la majoria, de la qual haig de citar, per la seva rellevància, el catedràtic de la Universitat de Salamanca Don Mariano Alonso Pérez.

21 Pere Albiol es va enfrontar a una qüestió semblant en comentar el Codi de Successions, que en matèria de quarta falcídia exigeix al testador que prohibeixi la seva detracció si vol impedir a l'hereu la reducció de llegats (actual article 427-40 del CCCat). No fa falta una paraula màgica, ni cap fórmula sacramental, sinó que n'hi ha prou que el testador ho hagi volgut i això resulti de manera clara del testament. *Comentarios al Código de Sucesiones, Ley 40/1991 de 30 de diciembre*, Editorial Bosch, 1994, pàg. 978.

La inseguretat provocada per la problemàtica esmentada va fer que el Col·legi de Notaris promogués davant la Conselleria de Justícia una solució lògica i simple. Així, la llei 10/2011 de la Generalitat de Catalunya, de 29 de desembre, de simplificació i millorament de la regulació normativa, en el seu article 45 va modificar l'apartat 2 de la disposició transitòria primera de la llei 25/2010 fent-ne una nova redacció, que és l'actual: «Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei resten subjectes, quant a llur eficàcia i llur règim d'exercici, al que estableix el Codi Civil, llevat del que exigeix l'article 222-44.3.»

És a dir, els poders anteriors al dia 1 de gener de 2011 atorgats conforme a l'article 1732 CC passen a regir-se pel nou article 222 CCCat, llevat de l'autorització judicial que l'article 222-44.3 exigeix als apoderats nomenats d'acord amb la nova regulació. En canvi, en els poders posteriors a aquella data, si el poderdant vol excloure la intervenció judicial, ho haurà de fer constar en l'atorgament.

Una solució tan senzilla, fàcil i lògica és la que vaig proposar a fi de preservar els poders atorgats amb anterioritat, que ja s'estaven utilitzant i que no es podien modificar, ja que el poderdant ja havia esdevingut incapaç i, per tant, no podia fer-ne de nous.<sup>22</sup>

## V. NATURALES I RÈGIM JURÍDIC DEL PODER EN PREVISIÓ DE PÈRDUA DE CAPACITAT A CATALUNYA

El poder és una declaració de voluntat unilateral, que normalment respon a un mandat previ, però no té per què ser-ho sempre. Pot no existir aquest mandat previ, considerat com a contracte bilateral.

És el cas del poderdant que ha atorgat uns poders sense que l'apoderat ho sàpiga; aquests poders poden haver estat detalladament confeccionats, i així el poderdant dóna instruccions detallades a l'apoderat, li confereix drets i li imposa obligacions com la de retre comptes a un consell familiar, etc.

En tal supòsit, és evident que el que pugui haver-hi de mandat està contingut en el poder; però solament ha estat atorgat per una de les parts: el poderdant, que és alhora mandant. Més endavant, quan el poderdant lliura el document a l'apoderat i aquest l'accepta, **queda ratificat el mandat, ratificació que pot ser inclús tàcita, pel sol fet que l'apoderat faci ús del poder**, executant alguna de les facultats conferides.

L'especialitat, en cas d'un poder preventiu, és que aquesta ratificació tàcita de l'apoderat pot tenir lloc en un moment en què el poderdant i mandant ja

<sup>22</sup> Alguns autors, com ara Fernando SANTOS URBANEDA, han defensat que abans de la llei 41/2003 alguns poders es van atorgar preveient la incapacitat però sense cap previsió expressa. Diu que aquesta disposició sobre la continuïtat del poder no té per què ser expressa i que podrà provar-se tal pretensió de continuïtat per altres mitjans, com ara la prova documental, el mandat previ al poder, per exemple, i fins i tot la prova testifical. *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Consejo General del Poder Judicial, ISSN 1134-9670, pàg. 81.

ha esdevingut incapaç, però això no té més rellevància, perquè la llei ho ha previst i ho permet, ja que no exigeix la ratificació prèvia de l'apoderat.

Normalment, el poderdant ho haurà comentat amb els possibles apoderats, hauran parlat de com portar-ho a terme, del que vol i del que no vol el poderdant, del que haurà de fer l'apoderat, etc. **Encara que només sigui verbal, ja tenim un mandat.** El problema, com sempre, serà el de la prova, si en els poders, o en un document a part no s'ha reflectit el contingut del contracte bilateral de mandat.

Pot ser també que no hi hagi mandat, formalment parlant, perquè el poderdant i l'apoderat no han pactat res referent a això, o fins i tot que l'apoderat s'assabenti del poder quan el poderdant ja ha esdevingut incapaç per fer-li saber les seves instruccions, però malgrat tot hi ha un contingut, que és **l'establert per la pròpia regulació legal del mandat.**

A Catalunya, a part de les normes contingudes en els art. 221 i 222 CCCat respecte al poder preventiu, també hi seran aplicables les normes del mandat en general, del codi civil comú. Per tant, un contingut mínim sempre tindrà el mandat implícit en els poders preventius.

L'autonomia de la voluntat està present en tota la regulació del mandat, amb normes que tenen un caire fonamentalment dispositiu, i això es pot predicar, també, del poder preventiu, que respecta al màxim la voluntat del poderdant.

La voluntat del poderdant informa tota la institució, i és així com ho ha volgut el legislador en incloure el poder preventiu dins de la tutela, però com una excepció a aquesta. Només començar la regulació de la tutela, just després de nomenar les persones que s'han de posar en tutela (art. 222.1), regula el poder preventiu (art. 222-2) dient que «**no cal posar en tutela**» si s'ha atorgat el corresponent poder preventiu.

Queda expressat literalment i visualment el caràcter subsidiari que el legislador vol donar a la tutela.

Abans he dit que el poder preventiu és una institució quasi-tutelar, o tutela privada, basada en l'autonomia de la voluntat. Si volem ser més conformes amb la terminologia del legislador, podem definir el poder preventiu com **la institució de protecció de la persona que supleix la tutela i que té per base el principi de l'autonomia de la voluntat de la persona que en faculta una altra per cuidar del patrimoni i fins i tot de la mateixa persona en previsió que esdevingui incapaç.**

Es pot parlar d'una regulació legal del poder preventiu? Quins preceptes la conformen?<sup>23</sup>

Apart del ja citat article 222-2 CCCat que configura la regulació fonamental del poder preventiu, el Codi hi dedica altres preceptes específics:

- 1) art. 222-40, que imposa a l'apoderat el deure d'actuar amb la diligència d'un bon administrador, **responent dels danys causats amb la seva actuació** i assenyalant un termini de prescripció de tres anys des de la rendició final de comptes.

23 Cristina De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ alaba la regulació catalana però la critica dient: «se echa en falta una ordenación algo más sistemática y cuidada». «La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad», *La Ley* 15238, 2011.

- 2) art. 222-44.3, que, com ja hem vist, estableix la **necessitat d'autorització judicial** per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderdant l'hagi exclosa.
- 3) art. 222-46.2, que estableix l'**anul·labilitat dels actes fets sense autorització judicial** i determina les persones i el termini en què es pot demanar.

A part d'aquestes disposicions específiques, l'art. 221 CCCat conté les **disposicions comunes a les institucions de protecció de les persones** i, per tant, aplicables al poder preventiu de l'art. 222-2 CCCat.

En el decurs de l'exposició citarem els cinc números que el componen, però ara, a tall de resum, valgui el següent:

- L'art. 221-1 proclama el **principi de primacia de l'interès personal del discapacitat**, d'acord amb la seva personalitat i s'adreça tant a la cura de la seva persona com del seu patrimoni.
- L'art. 221-2 estableix el **principi del caràcter personalíssim del càrrec**, i la seva indelegabilitat, amb les excepcions que veurem.
- L'art. 221-3 imposa el **principi de gratuïtat**, sens perjudici de disposició en contrari.
- L'art. 221-4 conté el **principi d'informació** a la persona protegida.
- L'art. 221-5 atribueix a l'autoritat judicial el **principi de control**.

Aquests principis, dels quals en veurem el desenvolupament pel que fa als poders preventius, són aplicables a totes les institucions de protecció de la persona, però així com a la tutela tots aquests principis tenen un caire imperatiu, en els poders preventius els preceptes que els desenvolupen accentuen el caràcter dispositiu del seu règim jurídic.

## VI. DRET INTERREGIONAL I INTERNACIONAL PRIVAT

### 1. PLANTEJAMENT

La regulació continguda en el Codi Civil de Catalunya, ¿és aplicable únicament als poders atorgats a Catalunya per persones que tinguin veïnatge civil català?

El que tingui veïnatge civil comú, en atorgar un poder preventiu a Catalunya, ho podrà fer d'acord amb el 1732 CC o queda sotmès al 222-2 CCCat?, i si és aragonès: ho haurà de fer d'acord amb l'article 95 de la Llei aragonesa 13/2006?

Què passarà amb els canvis de veïnatge civil dins del nostre país, com per exemple la persona que en atorgar el poder tenia un veïnatge civil comú, i residia fora de Catalunya, i després, en perdre la capacitat, té ja el veïnatge català?

La necessitat de l'autorització judicial per a actes de disposició d'immobles, ¿serà aplicable a tots els poders que s'exercitin a Catalunya?

**I què hem de dir dels estrangers?** Podem atorgar poders a casa nostra si la seva llei personal no inclou els poders preventius? Podem distingir entre estrangers residents i no residents i donar solucions diferents?

Podem fer moltes combinacions amb veïnatges civils i nacionalitats, llocs d'atorgament i llocs d'exercici de facultats, etc., que ens plantejaran altres problemes similars.

L'existència d'una figura jurídica en la qual una persona, en nom del seu apoderat, contracta amb un tercer, fa néixer una complexa varietat de relacions jurídiques entre els tres elements personals que hi intervenen: el poderdant, l'apoderat i el tercer.

Doncs bé, quan el tres elements esmentats no tenen la mateixa nacionalitat, o el país on s'atorga el poder no és el mateix on s'exerciten les facultats conferides, la problemàtica augmenta i es fa necessari un plantejament de les normes aplicables per poder resoldre els conflictes de lleis que puguin aparèixer.

Tenint en compte els tres elements personals que inclou, la doctrina diferencia entre:

- 1) La llei que ha de regular el contracte de representació, entre el representant i el representat.
- 2) La llei que ha de governar el contracte conclòs entre el representat i el tercer a través de l'activitat del representant.
- 3) I la llei que ha de determinar la capacitat del representant, de vincular el representat a través del seus actes respecte de tercers.

Els dos primers enunciats tenen un caràcter purament contractual, que fa que quedin sotmesos a l'apartat 5 de l'article 10 CC, referent a les obligacions que neixen de contracte.

En canvi, el tercer aspecte és el més important per a nosaltres, perquè, com diu **Penedes Pons**,

«abarca cuestiones como: 1) las facultades del representante, 2) la capacidad de vincular al representado, 3) la existencia, el alcance, la renovación y la extinción del poder, 4) la extralimitación del representante en su actividad y sus consecuencias. Estos extremos quedan sometidos a la ley determinada según la norma de conflicto contenida en el artículo 10,11 CC (...), mientras que las cuestiones de capacidad de las partes (art. 9.1 CC) y de forma del poder (art.11) se someten a normas de conflicto independientes».<sup>24</sup>

## 2. NORMES DE CONFLICTE APLICABLES

Si consideréssim el nostre poder preventiu com una institució tutelar, li seria aplicable l'apartat 6 de l'article 9 del Codi Civil comú: «La tutela y las

<sup>24</sup> PENEDES PONS, Manuel A. *op. cit.*



demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste».

En tal cas, la regulació quedaria completada pel primer incís de l'apartat 11 de l'article 10 CC: «A la representació legal, se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante».<sup>25</sup>

En canvi, si considerem, com he defensat, el poder preventiu com una **institució quasi-tutelar, una tutela privada** basada en l'autonomia de la voluntat i que té per base un contracte de mandat (expres o tàcit), i la finalitat de la qual és la realització de negocis jurídics amb tercers, en nom del representat, que pot haver esdevingut incapaç, els preceptes aplicables seran els continguts en l'apartat 5 i 11 (segon incís) de l'article 10 del Codi Civil comú.

L'apartat 5 diu: «Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.»

L'apartat 11, en el seu segon incís diu: «[A la representació] voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.»

S'ha de tenir en compte que aquests preceptes van quedar modificats per l'entrada en vigor, **l'1 de setembre de 1993, del Conveni de Roma**, aplicable a les obligacions contractuals; al seu torn, aquest Conveni ha estat modificat pel **Reglament Roma I, vigent a Espanya des del 17 de desembre de 2009**.

Tenim, per tant, tres fonts de normes que configuren el complex règim jurídic de les relacions contractuals internacionals i que seran aplicables a les relacions entre poderdant i apoderat (mandat) i a les relacions nascudes dels contractes celebrats per l'apoderat amb tercers en nom del poderdant.

El règim de punts de connexió del Reglament Roma I es basa en el principi d'autonomia de les parts, i sols en absència d'elecció entraran en joc les normes de conflicte. De l'enumeració que es fa queda clar que el mandat pot quedar subjecte a una llei i el contracte celebrat amb tercers a una altra llei, perquè es dóna preferència al lloc de celebració del contracte i, evidentment, el mandat pot haver-se atorgat en un país i el contracte amb tercers en un altre.

Penedes Pons destaca que, a falta de submissió expressa, la normativa internacional «garantiza el respeto al principio de proximidad de la ley aplicable, al prescribir que, cuando se desprenda claramente que los elementos del contrato están manifiestamente más vinculados a otro ordenamiento, será esa la ley nacional aplicable por el juez».<sup>26</sup>

La major part d'autors exigeixen que la submissió sigui expressa i, per tant, que el poder expressi clarament aquesta circumstància. Alegria Borràs critica

25 Si fos aquest el cas del poder preventiu, ja no hi hauria problema, ja que d'acord amb l'apartat 11 de l'article 10, com que es tractaria d'un supòsit de representació legal, la mateixa llei, la personal del poderdant, s'aplicaria tant a la relació jurídica bàsica, entre el representant i el representat, com a les relacions d'aquest últim i els tercers. Així ho explica María Ballesteros de los Ríos en els comentaris al Codi Civil dirigits per Rodrigo Bercovitz, Ed. Aranzadi, 2001, pàg. 80.

26 Penedes Pons, Manuel A., *Código Civil comentado*, Civitas Thomson Reuters, 2011, pàg. 143.

aquesta norma dient que és una connexió poc operativa en els supòsits en què l'actuació sigui ocasional, i es decanta per la llei del país on s'hagin de produir les prestacions més característiques.<sup>27</sup>

Una vegada vista la normativa general teòrica, ens aproparem a la pràctica distingint entre el dret internacional privat i el dret interregional.

### 3. DRET INTERNACIONAL PRIVAT

Com hem vist, molts països del nostre entorn jurídic preveuen i regulen figures similars al nostre poder preventiu,<sup>28</sup> unes en forma més propera a l'article 1732 CC i d'altres s'acosten al 222-2 CCCat.

Cap problema en el cas d'un poder preventiu atorgat a l'estranger per un estranger d'acord amb la seva llei personal i complint-ne les formalitats, amb la corresponent postil·la de La Haia o legalització diplomàtica o consular. Si són uns poders notariaus, encara tindrem una garantia més de la seva validesa.

Haurem d'esbrinar si, com passa en el CCCat, l'omissió de manifestació del poderdant respecte de determinats actes implica la necessitat d'una autorització complementària. En canvi, si la llei de l'atorgant no imposa limitacions a l'actuació de l'apoderat, no podrem oposar-li el 222-44.3 i, per tant, podrà actuar lliurement sense necessitat de l'autorització judicial.

Ja ho he defensat abans, quan hem vist el dret transitori, que el poderdant, en el moment d'atorgar el poder, ha tingut present mentalment la regulació legal del seu país, i si la llei que presideix l'atorgament no preveu casos d'autorització especial, si ell no els ha imposat voluntàriament és perquè vol que l'apoderat actuï lliurement.

**El problema és diferent quan és un estranger que vol atorgar poders preventius aquí. Penso que hem de distingir dos supòsits: primer, que sigui resident a casa nostra i segon, que no sigui resident, encara que sí ho pugui ser l'apoderat.**

Si l'estranger és resident a casa nostra, hi ha prou arguments legals i lògics per fer valer el criteri de la residència. Tots els convenis de La Haia i els reglaments del tractat de Roma van en la direcció de donar preferència, a falta de sotmetiment exprés, a la residència, més que a la nacionalitat.<sup>29</sup>

En el segon supòsit, si l'estranger no és resident a Catalunya, encara que sí ho pugui ser l'apoderat, com que preval el principi de la submissió expressa, podrà atorgar poders preventius fent constar aquesta circumstància. Evidentment valdran, a casa nostra. A d'altres països no ho puc assegurar, dependrà de l'admissió de la figura del poder preventiu i de la ratificació dels convenis internacionals per part dels països on s'intenti exercir. Però queda clar que almenys, en relació amb el mandat, seran plenament vàlids.

27 BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, *Comentarios al Código civil*, Compila Forales (Manuel Albaladejo), Edersa, 1995, pàg. 793.

28 No és objecte d'aquesta exposició fer un repàs dels diversos sistemes de poders preventius. Un estudi molt recomanable el fa SERRANO GARCIA, Ignacio, en el seu treball *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Ed. Iustel, 2008, pàg. 278 i següents.

29 En aquest sentit, el magistrat Joaquim Bayo Delgado, en la seva conferència a la Universitat de Barcelona el 31 de gener de 2013: «*Aplicació del Dret civil català*».

#### 4. DRET INTERREGIONAL

Per a mi, la naturalesa contractual del mandat (expres o tàcit), base del poder (i també del preventiu), així com el principi voluntarista (i no legalista) que informa la regulació del CCCat dels poders preventius, fan que l'aplicació en matèria de dret interregional sigui clarament favorable als **punts de connexió voluntarista i territorial dels apartats 5 i 11 de l'article 10 del CC.**

Davant d'aquestes consideracions teòriques, penso que no hem d'oblidar els aspectes pràctics del problema. Considerant que el poder preventiu és admès a tot l'Estat espanyol, el més important és que el contingut que s'hi doni s'adapti tant a l'art. 1732 CC, com al 222-2 CCCat, com al 95 de la Llei 13/2006 d'Aragó i qualsevol altre precepte que en el futur es pugui publicar en la matèria. I per a això només hi ha una norma: **CLAREDAT**. Els poders preventius han de dir el que se n'espera, la regulació d'una tutela privada, completa, a mida del poderdant, però, per sobre de tot, clara.

Així ho farem saber els professionals, advocats i notaris, aconsellant els nostres clients perquè quedi clara la seva voluntat. Per exemple, si estem aconsellant a un català o resident a Catalunya, li farem saber el contingut de la nostre llei; li explicarem que si en el poder només hi ha el nomenament de l'apoderat, aquest quedarà subjecte a les limitacions dels tutors. Aleshores, **amb criteri informat, el poderdant decidirà si vol exonerar l'apoderat de les limitacions del tutor o si vol que l'afectin aquestes limitacions en l'exercici del poder.** Però, en tot cas, val la pena fer-ho constar expressament, tant si decideix una cosa com una altra. Pensem que aquests poders es poden arribar a utilitzar fora de Catalunya i val més que quedi ben expressada la voluntat del poderdant, per evitar conflictes d'interpretació.

Ara pensem en el cas contrari, que estem aconsellant a un poderdant de veïnatge civil comú o resident fora de Catalunya i que, per tant, quedarà subjecte a l'article 1732 del Codi Civil comú. En aquest cas també serà preferible que quedi ben clar allò que el poderdant vol realment. L'article 1732 del Codi Civil comú no impedeix al poderdant posar les limitacions que consideri convenient, com per exemple sotmetre a l'autorització judicial, o d'un tercer, els mateixos actes per als quals el tutor la necessita.

El que és important es que quedi ben clara la voluntat del poderdant, expressant en el poder el règim d'actuació de l'apoderat, amb limitacions o sense. Això farà que no hi hagi problemes, tant si el poder es fa servir a Catalunya com a fora, i tant si el poderdant conserva el seu veïnatge com si el canvia.

**Si el poder expressa clarament les limitacions de l'apoderat o la seva llibertat absoluta d'actuació, ja no tindrà cap mena d'importància el lloc on es faci valer el poder o el veïnatge civil del poderdant en el moment d'actuació de l'apoderat.**

Ens hem de sensibilitzar de la importància de donar a conèixer la nostra norma a tothom, catalans o no, i també que els nostres companys juristes de la resta de l'Estat coneguin la nostra llei i la seva diferència amb l'article 1732 del Codi Civil comú. D'aquesta manera, tenint en compte que els poders atorgats fora de Catalunya poden haver d'utilitzar-se a Catalunya, o que el poderdant pot canviar de veïnatge civil per residència, els poders es redactaran deixant clara la qüestió de les limitacions de l'apoderat.

En realitat, les solucions als problemes que se'ns puguin plantejar haurien d'estar presidides per la lògica. Aquesta ens diu que si a Madrid una persona de dret comú atorga uns poders preventius, ho farà d'acord amb l'article 1732 CC. Si més endavant l'apoderat l'ha d'utilitzar ocasionalment a Catalunya, perquè es vol vendre un immoble situat a casa nostra, no es pot defensar la necessitat d'autorització judicial, perquè en atorgar el poder, **el poderdant, en la seva ment, va excloure l'autorització judicial en no imposar-la expressament.**

El mateix val a dir dels poders atorgats per un català a Catalunya, si després s'han d'utilitzar fora. Si el poderdant tenia en ment que l'apoderat necessitava l'autorització judicial i no va fer l'exclusió en atorgar els poders, si s'han d'utilitzar per vendre un immoble a Madrid, l'apoderat haurà de demanar l'autorització judicial.

La idea és la mateixa que defensava quan ens plantejàvem el problema del dret intertemporal, respecte dels poders fets abans de la vigència del 222-2 CCCat.

Pel que fa al possible **canvi de veïnatge civil del poderdant**, queda clar que en l'atorgament del poder s'ha de tenir en compte el veïnatge civil del poderdant. Ara bé, una vegada atorgat, el canvi de veïnatge del poderdant **no s'ha de tenir en compte**, sobretot si pensem que el poderdant pot haver-se **incapacitat gradualment** en el decurs del temps de residència necessari per guanyar el nou veïnatge civil.

És com en els testaments, que, com diu l'article 9.8 del CC, són vàlides les disposicions fetes en testament i els pactes successoris ordenats conforme a la llei nacional del testador o del disposador en el moment del seu atorgament, encara que sigui una altra llei la que regeixi la successió (la nacional del causant en el moment de la mort).

Pensar d'una altra forma seria absurd. Una vegada atorgat el poder, el seu contingut ha de ser **interpretat i executat conforme a la llei en què es va emparar**, encara que canviï el veïnatge civil del poderdant. Aquest, en el moment que el va fer, va haver de considerar la regulació sota la qual es redactava i pronunciar-se d'una forma o altra, en tots els aspectes, sobretot en aquells als quals, com hem vist, la llei imposa una norma, excepte que el poderdant l'exclouï expressament.

El problema se'ns plantejarà amb els poders en què no hi hagi cap manifestació respecte de les limitacions de l'apoderat.

I si el poderdant, en atorgar el poder, té veïnatge civil comú i després guanya el català? I a l'inrevés, què passa en el cas del poderdant que perd el veïnatge català i en donar el poder no va fer cap menció a les limitacions de les facultats de l'apoderat imposades per la llei catalana?

**La solució lògica és que ha de valer el règim inicial del poder**, és a dir, el canvi de veïnatge civil no pot afectar el règim del poder, que es regirà sempre per l'article 1732 del Codi Civil comú o per l'article 222-2 del Codi Civil català, segons el veïnatge civil del poderdant en el moment de l'atorgament, amb independència dels canvis posteriors de veïnatge civil.

En la pràctica, tindrem el problema que els veïnatsges civils no se certifiquen, sinó que els manifesten l'interessat o, en aquests casos, l'apoderat, que, en fer ús del poder, haurà de manifestar que el poder el va atorgar el seu representat de conformitat amb l'article 1732 CC o 222-2 CCCat, o l'article 95

de la llei 13/2006 d'Aragó, d'acord amb el seu veïnatge civil o residència en el moment de l'atorgament.

Per tot això, la llei a la qual es va sotmetre el poder preventiu en el moment de l'atorgament, encara que el veïnatge civil del poderdant sigui un criteri insegur, dependent tan sols de la manifestació de l'apoderat, és el que ha de prevaler.

## VII. COMENÇAMENT DE LA VIGÈNCIA DEL PODER PREVENTIU

Com dèiem, la finalitat del poder en previsió de pèrdua de la capacitat és principalment evitar la constitució de la tutela, mitjançant el nomenament d'un apoderat.

Això es pot aconseguir de dues formes, com diu l'article 222-2.2: «El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder.»

- El primer cas és l'apoderament amb clàusula de continuïtat. És a dir, el poder desplega tota la seva eficàcia des de l'atorgament i no es veu alterat per la pèrdua de capacitat del poderdant. La seva vigència no planteja problemes; l'apoderat no haurà d'acreditar ni manifestar-se sobre la capacitat del poderdant quan exerceixi les seves facultats. **A la pràctica, aquests poders amb clàusula de continuïtat són la gran majoria.**
- En el segon cas, que és el pròpiament dit poder preventiu o, com l'anomenen molts autors, «**poder ad cautelam**», és un poder la vigència del qual està sotmesa a la condició suspensiva de la pèrdua de capacitat per part del poderdant. En aquest cas sí que es planteja el problema de la vigència del poder, ja que com diu el codi el poderdant pot establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder.

Es dona per tant plena llibertat al poderdant, el qual **pot determinar el moment a quo del poder ad cautelam**. Pot ser un certificat mèdic, que evidentment haurà d'acompanyar el poder, com en el cas del dret francès, molt formalista amb aquest aspecte, que regula detalladament. O bé pot ser l'altre extrem, el del dret anglès, en el qual és el propi judici de l'apoderat el que determina l'inici de la seva activitat representativa.

Entre un extrem i l'altre, el nostre codi permet al poderdant que reguli les circumstàncies que determinaran l'inici de la vigència del poder, donant-li una llibertat total. Per exemple, jo proposo una solució intermèdia, que seria deixar la decisió a un consell de família, la qual es faria constar en acta notarial, que acompanyaria el poder. Aquest consell de família ens pot servir, com veurem al llarg de la meva exposició, per a moltes altres finalitats.<sup>30</sup>

30 En el mateix sentit, SEGURA URBANO, José M<sup>a</sup>, «Discapacitado, patrimonio separado y legítima», *Cuadernos de Derecho Judicial*, ISSN 1134-9670, 2005, pàg. 81.

El problema se'ns planteja quan no hi hagi cap previsió del poderdant respecte de l'inici de la vigència del poder, que és un cas molt excepcional, ja que els professionals aconsellarem no deixar aquest punt sense regular. Si no s'ha previst res, no quedarà més remei que acudir al jutge, perquè declari la incapacitat del poderdant, encara que sense necessitat de nomenar tutor, als únics efectes que l'apoderat pugui iniciar la seva activitat representativa.

És un supòsit que cal evitar, perquè si no la institució perd la seva finalitat primordial, que és evitar la intervenció judicial. Però si és el cas, el poder s'haurà d'acompanyar de la sentència d'incapacitació, de la qual es deduirà que no el modifica ni l'anul·la.

## VIII. EL PODERDANT

En congruència amb la doctrina general del poder, les persones físiques amb capacitat natural d'obrar poden atorgar poders sempre dins de les seves pròpies aptituds, de tal manera que no poden atorgar poders per a aquells actes per als quals no tinguin capacitat per fer-ho en persona.

Per tant, el poderdant podria ser, per exemple, un **menor emancipat**, però no podria conferir facultats de disposició de béns immobles, ni aquelles altres per a les quals necessita un complement de capacitat. Amb aquest complement, el consentiment dels seus pares o tutor, defenso que podria donar poders, però aquest no seria un cas normal, sinó excepcional.

És semblant la qüestió de si una persona sotmesa a curatela pot atorgar poders preventius. Com defensa **Montserrat Pereña**, si en el poder s'inclouen només actes que el sotmès a curatela pot fer per si sol, no hi haurà problema, però si és general o per fer actes per als quals necessitaria l'assistència del curador, aquest també haurà de complementar la capacitat del poderdant.<sup>31</sup>

No estic gaire d'acord amb aquesta posició doctrinal, tant per als menors emancipats com per als sotmesos a curatela. L'especialitat del poder preventiu i la seva transcendència futura em fan pensar en un criteri restrictiu. Com a argument legal, podem acudir a la natura quasi-tutelar del poder preventiu, i hem de dir que **solament les persones que puguin nomenar-se un tutor, l'autotutela, podran nomenar un apoderat que faci innecessari el nomenament d'un tutor en el futur.**

Així, d'acord amb l'article 222-4, que regula les delacions tutelars fetes per un mateix, el poderdant serà persona amb plena capacitat d'obrar. Per tant, pot ser qualsevol persona física major d'edat, amb plena capacitat d'obrar, circumstància que el notari haurà d'apreciar.

En definitiva, si del que es tracta és de decidir si es vol tenir tutor o no, és a dir, substituir un organisme imposat legalment a l'incapaç per un de triat voluntàriament, el mateix hem d'exigir al poderdant, la mateixa capacitat que per nomenar tutor. La congruència s'imposa i, per tant, poden atorgar poders preventius les mateixes persones que puguin nomenar-se un tutor per a elles mateixes. En conseqüència, s'imposa **la plena capacitat d'obrar.**

31 PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Los poderes preventivos», *VLEX* 228210461, pàg. 7.

També té interès el tema de si **els pares**, com a titulars de la potestat parental i que poden nomenar tutor per als seus fills, **¿poden també nomenar apoderats preventius?** En el dret francès això és possible i és objecte d'una detallada regulació. En el nostre dret no hi ha tal previsió i per tant l'hem de negar. Això no vol dir que *de lege ferenda* no sigui una possibilitat a defensar, sempre que es donessin més directrius a la llei, per omplir uns mínims indispensables que els pares haurien d'establir, com ara el control per part d'un consell de família amb rendició de comptes anual i la intervenció en determinats actes de disposició. Per a això, la regulació del poder preventiu hauria d'haver estat molt més aprofundida, donant plena llibertat al poderdant, sí, però obligant-lo a pronunciar-se sobre una sèrie de punts com els esmentats.

També acudirem a la doctrina general per resoldre el problema d'una persona amb discapacitat o malaltia mental però que no està incapacitada judicialment i que vulgui atorgar els poders en un **interval de lucidesa**, aplicant el que la legislació disposa per al testament sobre aquest supòsit.<sup>32</sup>

En canvi, si la persona ja ha estat incapacitada, no podem plantejar l'atorgament de poders en interval de lucidesa, perquè **l'article 222 tan sols preveu el supòsit d'atorgament amb anterioritat a la incapacitació legal**.

Com abans hem vist, molts d'aquests poders s'atorguen quan ja es comença a preveure que en un futur pròxim es produirà una situació greu d'incapacitat, la qual cosa fa que s'hagin de prendre les màximes precaucions en l'atorgament. Com a reflexió, i també com a forma professional d'actuació, intentarem que en el contingut d'aquest tipus de poders es reflecteixi que el **poderdant és perfectament conscient que està substituint una institució tutelar, minuciosament regulada per la Llei, per una figura jurídica, la del poder**, en la qual queda a la seva voluntat l'organització i el funcionament d'una situació en la qual ell mateix no podrà controlar l'activitat de l'apoderat ni revocar-li els poders.

Amb això vull dir que **no hem d'acontentar-nos amb la redacció d'una clàusula d'estil**. En el poder preventiu, hem de posar en relleu al poderdant que hi ha una sèrie de punts que haurien de quedar definits, com ara: l'inici de la vigència del poder, l'extinció del poder o causes de revocació i qui podrà exercir-les, mesures de control, autoritzacions complementàries per a determinats actes, rendició de comptes, remuneració i despeses, etc. Tot això, a més, ens ajudarà a formar un judici de capacitat del poderdant molt més realista, ja que en les seves respostes i decisions es reflectirà la seva aptitud per comprendre el que està fent.<sup>33</sup>

Deixem per al final de l'exposició una mena de qüestionari o *check list* que proposo per formular al poderdant, de manera que el puguem ajudar a formar

32 Article 421-9.1: «Si el testador no està incapacitat judicialment, el notari (...) si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius (...) [que] han de certificar que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per fer-ho.»

33 Ja la Llei Orgànica del Notariat, de 28 de maig de 1862, en el seu article 17, disposa que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes de que a su juicio tienen CAPACIDAD y legitimación de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la VOLUNTAD DEBIDAMENTE INFORMADA de los otorgantes e intervinientes».

la seva voluntat i a la vegada, com dèiem abans, poder-nos fer una idea més real de la capacitat del poderdant, que, com hem defensat, ha de ser plena.

## IX. L'APODERAT

**Pot ser una persona física o jurídica o, si són diversos apoderats, una combinació de les dues.** Pensem que existeixen entitats especialitzades en la protecció de persones discapacitades. També es poden dividir les facultats entre diverses persones físiques o jurídiques, atorgant facultats solidàries o mancomunades, amb el mateix o amb diferent àmbit d'actuació.

Fins i tot pot haver-hi diversos poders preventius, a diversos apoderats amb facultats diverses. Des d'un punt de vista pràctic, seria més aconsellable que hi hagués només un poder preventiu, encara que en un sol document es nomenessin diversos apoderats, cadascun amb diferents facultats (per exemple, unes de caire personal i unes altres d'índole patrimonial...); a cada apoderat se li donaria la seva còpia per poder actuar amb la necessària independència. Però el cert és que no veig inconvenient que hi hagi més d'un poder preventiu, cadascun amb la seva pròpia documentació d'instruccions i condicions, sempre que es vagi amb compte de no generar contradiccions entre un i altre poder.

Per donar plena utilitat als poders preventius, s'hauran de preveure les **possibles substitucions** en cas d'impossibilitat de l'apoderat per exercir el càrrec. L'apoderat pot faltar, pot quedar incapacitat o senzillament quedar impossibilitat o fer-se-li massa onerosos l'encàrrec. Pot renunciar, evidentment, però això, si no s'ha previst, en quina situació deixa el poderdant que ha esdevingut incapaç? Aplicant els criteris que per al tutor imposa el Codi mateix, podríem defensar la solució del Code francès, que no admet una renúncia purament abdicativa: l'apoderat que renuncia ho ha de fer promovent la tutela, de forma que està obligat a continuar en l'exercici del càrrec fins que l'autoritat judicial nomeni tutor.

Si el poderdant té diversos fills, serà convenient que tots ells apareguin en el poder com a apoderats, o amb funcions de control. Els fills poden nomenar-se mancomunadament tots ells, o amb actuació d'una part o d'un d'ells i el cònjuge del poderdant, etc. Són precisament els fills que queden fora del poder els que, en la pràctica, han impugnat autoritzacions de poders, en sentir-se perjudicats amb la possible responsabilitat notarial, al·legant la falta de plena capacitat del poderdant en el moment de l'atorgament.

En cas que el poder prevegi l'**autocontractació** o en el cas d'**interessos contraposats**, és convenient determinar o especificar els supòsits d'acord amb la doctrina i jurisprudència que neguen la possibilitat de fer-ho genèricament, o nomenar un substitut per salvar-la. Si no s'ha fet així, i per aplicació de les normes de la tutela, (recordem que estem davant d'una institució quasi-tutelar), l'apoderat podrà sol·licitar al jutge el nomenament d'un defensor judicial, d'acord amb el que disposa per al tutor l'article 224-1 a) CCCat.

És una solució necessària per evitar que, per falta d'una previsió pel que fa al cas, pugui perdre's una oportunitat que beneficiï tant el poderdant com l'apoderat.



Així mateix, considero aplicable als apoderats l'exclusió que el codi fa (article 222-17), quant als tutors, de les persones físiques o jurídiques privades que, en virtut d'una relació contractual, presten serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la que rep la persona protegida.

La qüestió és si pot salvar-ho una disposició expressa del poderdant, com en el cas de la relativa a exonerar d'autorització judicial determinats actes de disposició.

Per exemple, una persona que està en una residència d'avis i que té plena capacitat d'obrar, pot atorgar un poder preventiu a favor del director de la residència? La resposta dependrà de la consciència del poderdant que la persona a qui apodera ocupa tal càrrec i que així ho manifesti expressament en el poder. És a dir, s'imposa altre cop l'autonomia de la voluntat informada.

Per la resta, és aplicable la doctrina general del poder en tots els aspectes relatius a l'apoderat i la seva aptitud, i com a institució quasi-tutelar, aquelles normes que afecten la persona del tutor, que podríem considerar imperatives perquè s'han dictat en interès de la persona incapaç.<sup>34</sup>

Per acabar, torno a insistir que estem autoritzant com a notaris, o aconsellant com a advocats, un poder que presumiblement el poderdant no podrà revocar, ni controlar, per la qual cosa hem d'extremar la nostra cura, sobretot en aquest punt dels apoderats i les seves facultats, perquè a més ens servirà per confirmar l'aptitud del poderdant i evitar futures impugnacions per part de familiars que se sentin perjudicats en les seves expectatives hereditàries.

## X. OBJECTE

El poder en previsió de pèrdua de la capacitat pot tenir per objecte **unes facultats d'indole personal i altres de caràcter patrimonial**, a què s'aplica la normativa general que ja coneixem. Les facultats concedides a l'apoderat poden ser tan àmplies com les d'un poder general o tan restringides com les d'un poder especial. Per exemple, el cas d'una persona que té una persona de la seva absoluta confiança i de coneixements àmpliament provats en el decurs dels anys, i al qual s'atorguen poders amb un objecte limitat al patrimoni, però per a la resta d'assumpes de caire més personal, nomena uns familiars.<sup>35</sup>

Les limitacions poden ser de quantia o per a determinats actes de disposició, com per exemple exigir un complement, com ara l'autorització de determinada persona, un professional, una taxació, etc. La mateixa llibertat tindrà el poderdant per organitzar les mesures de control que estimi convenients, com

34 Per exemple, en cas de renúncia de l'apoderat o d'extinció del poder per altra causa, serà aplicable l'article 222-48.2, que imposa al tutor l'obligació de comunicar-ho al jutjat. En aquest sentit, també JIMENEZ CLAR, Antonio J, *La autotutela los apoderamientos preventivos*, Colegio Notarial de Valencia, 2005, pàg. 153

35 En el mateix poder preventiu es poden incloure fins i tot les voluntats anticipades de l'article 212-3 CCCat. En aquest sentit, LUNA CUBERO, Víctor M., *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar La Rioja, 2009, pàg. 69.

per exemple rendició de comptes anual a una junta de parents, a una entitat especialitzada, etc. Val la pena establir un bon sistema perquè si no l'apoderat pot fer mal ús dels poders i, si és el cas, l'autoritat judicial podrà revocar el poder, limitar-lo, condicionar-lo i nomenar un tutor.

Entre les previsions del poderdant pot haver-hi també la de donar poders a favor d'alguns parents o d'un **consell de família, perquè en el cas que no considerin adequada la gestió de l'apoderat li revoquin els poders.** Inclús si el poderdant no ha previst una substitució, per a tal cas penso que podria facultar les persones esmentades per al nomenament d'un substitut com a nou apoderat.

Com diu Garrido de Palma,<sup>36</sup> en el nostre dret el poder s'integra sempre dins d'un mandat, i el fet que se separi documentalment el poder només té per finalitat desvincular-lo del mandat per aconseguir que la seva eficàcia respecte als tercers de bona fe sigui independent de les vicissituds del mandat. Això suposa una abstracció, però *inter partes* no es trenca la unitat de mandat i poder. Però aquest no és el cas del poder preventiu, en el qual **s'ha de pretendre la màxima vinculació de l'actuació de l'apoderat a les instruccions del poderdant.** El poder ha de procurar recollir tot allò que vincula el mandatari amb instruccions, i no limitar-se a ser un senzill recull de facultats.

El poder preventiu pot contenir també aquelles disposicions pròpies d'altres institucions de protecció de la persona, com per exemple les declaracions típiques dels testaments vitals o voluntats anticipades, internaments o consentiment a determinats actes mèdics, encara que siguin regulats amb altres normes legals. Però **no es podrà estendre a les facultats personalíssimes indelegables,** com per exemple matrimoni, testament, dret de vot, reconeixement de fills, etc., a menys que la llei, en determinats casos excepcionals, permeti la delegació.<sup>37</sup>

L'amplitud de la llei suposa un repte per als juristes a fi d'assessorar en cada supòsit real el poderdant, segons les seves circumstàncies.

## XI. FORMA: ESCRIPTURA PÚBLICA I INSCRIPCIÓ

L'art. 222-2 CCCat exigeix que el poder s'atorgui en escriptura pública i l'art. 222-8.3 CCCat, que s'inscriu en el Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris, de la mateixa manera que fins ara es feia amb les autotuteles i les tuteles deferides pels titulars de la potestat parental.

El **decret 30/2012, de 13 de març (DOGC 15-3-2012),** dóna una nova regulació a aquest registre, al qual li canvia el nom pel de **Registre de**

36 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit., pàg. 73.

37 MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel, *Apoderamientos preventivos y autotutela*, 2000, pàg. 145. Vegeu també la sentència del TS de 27 de febrer de 1999 en la qual, referint-se a un cas d'interposició de demanda de divorci per part d'un tutor, diu el TS que «existen actos que no pueden realizarse por el tutor, bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibido al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentificación.»

### **nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat.**<sup>38</sup>

L'article 222-2 exigeix, en tot cas, que el nomenament es faci en escriptura pública, i acaba així amb els dubtes que havia generat el 1732 del CC. Recordem que, per una part, el mandat com a contracte consensual no exigeix forma pública, però per altra part el 1280 del mateix cos legal l'exigeix per als poders.

L'escriptura pot ser específicament un poder, o l'apoderament pot estar inclòs en una altra escriptura, com ara uns capítols, un pacte successori, etc., i podem plantejar-nos la qüestió de la seva revocabilitat, si estan continguts en un negoci jurídic irrevocable, com és el cas dels exemples citats. Al meu entendre, preval el caràcter personalíssim i quasi-tutelar d'aquest tipus de poder, i no val admetre cap excepció a la revocabilitat.

Quant a la inscripció, el decret 30/2012 abans citat, en el seu article 3, apartat b), diu que seran inscripcions: «L'atorgament i la revocació total o parcial dels poders atorgats en escriptura pública en previsió d'una situació d'incapacitat i, si escau, l'extinció judicial d'aquests poders. Les modificacions dels poders seran inscripcions sempre que estiguin inscrits els poders el règim jurídic dels quals es pretén modificar.»

Com a dades inscripcions, es demanen totes les del poderdant i del document notarial de què es tracta, encara que en cap cas s'hi ha d'inscriure la identitat de les persones apoderades en previsió d'una situació d'incapacitat.<sup>39</sup>

Aquestes dades han de constar en la comunicació que imperativament ha de fer el notari que ha autoritzat l'escriptura corresponent, segons l'article 7 del decret. «Aquesta comunicació s'ha de trametre dins del tercer dia, comptat des de la data de l'autorització del document corresponent, al Col·legi de Notaris de Catalunya. El Col·legi (...) ha de lliurar setmanalment, via telemàtica, al Registre (...) la informació de totes les comunicacions rebudes. Els notaris d'altres col·legis, els òrgans judicials i els agents diplomàtics o consulars d'Espanya a l'estranger PODEN trametre a la Direcció General a la qual s'adscriuen el Registre (...) la comunicació que s'expressa a l'apartat precedent.»

El Col·legi de Notaris de Catalunya té subscript un conveni amb la Conselleria de Justícia en virtut del qual el notari que ha autoritzat un poder preventiu a Catalunya ha de comunicar-ho telemàticament al Col·legi en el termini de tres dies hàbils, i aquest ho comunica a la Conselleria.

Se'ns planteja també la qüestió dels poders atorgats amb anterioritat. Quedi clar que la inscripció no té caràcter constitutiu, i el registre solament té funcions informatives.

La finalitat primària del Registre és informar el jutge de l'existència d'un poder atorgat en previsió d'incapacitat.

Es tracta d'evitar que es constitueixi una tutela si existeix el poder: El jutge, en iniciar el procés d'incapacitació, ha de consultar el registre i,

<sup>38</sup> Aquesta disposició crea, a més a més, el Registre de Patrimonis Protegits.

<sup>39</sup> Article 4.2, (...) dades següents: nom, cognoms, domicili i document d'identitat de l'atorgant; lloc i data de l'autorització de l'escriptura, número de protocol corresponent, nom i cognoms del notari autoritzant, el col·legi notarial al qual pertany i la classe d'acte de què es tracta, entre d'altres, l'atorgament, la revocació total o parcial i l'extinció judicial...

mitjançant la seva certificació, serà informat del notari autoritzant i altres dades necessàries perquè sol·liciti una còpia del poder. Si, malgrat el poder, arriba a constituir-se la tutela perquè el jutge revoca o modifica el poder, la lògica jurídica dicta que l'autoritat judicial oficiarà el Registre, i també el notari autoritzant, per a la seva constància en la matriu.

Pensant en aquest sistema de lògica jurídica i traslladant-lo a la pràctica notarial, no quedava més remei que defensar la necessitat de procurar la inscripció dels poders anteriors, i així ho vaig fer en la conferència al Col·legi Notarial que abans he esmentat, encara que reconeixent que només es pot demanar amb caràcter purament voluntari.

La disposició transitòria del Decret 30/2012, recollint aquell parer, estableix que «els actes inscripcionals atorgats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest decret PODEN inscriure's en el Registre (...) mitjançant una comunicació realitzada pel notari o notària titular del protocol en què figurei el document públic (...) sempre que no hi consti la seva revocació».

Ara només quedaria demanar que en una propera reforma poguéssim tenir accés telemàtic al contingut del Registre per comprovar la subsistència del poder o la seva revocació.

De la mateixa manera que podem comprovar, accedint telemàticament al Registre Mercantil, la subsistència dels poders atorgats per una societat, també hauríem de poder comprovar que uns poders preventius continuen vigents, perquè ni el poderdant ni el jutge els han revocat o modificat.

El problema és que caldrà habilitar un sistema d'accés telemàtic, que de moment no existeix, perquè la informació sigui instantània. Mentrestant haurem de conformar-nos amb l'asseveració del mateix apoderat, com fins ara, en què manifesti que, malgrat la incapacitat del poderdant, el jutge no ha dictat cap mesura que els alteri.

Finalment, ens queda la qüestió de si, a més de la inscripció en el Registre de Poders s'hauran també d'inscriure en el Registre Civil, tal com s'exigeix per als poders atorgats d'acord amb l'article 1732 del CC. La llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, sobre **Protección patrimonial de la persona con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad**, va donar una nova redacció a l'article 223 del Codi Civil comú, conforme al qual els documents públics atorgats pels pares per nomenar tutor o per qualsevol persona amb capacitat suficient en previsió de ser incapacitada judicialment en el futur es comunicaran d'ofici pel notari autoritzant al Registre Civil, per a la seva indicació en la inscripció del naixement de l'interessat.<sup>40</sup>

Un temps després, la llei estatal 1/2009, de 25 de març, de reforma de la llei del Registre Civil i de l'esmentada llei 41/2003, va introduir un nou article a la primera, l'article 46.ter, que diu:

«En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, las escrituras de

40 Alguns autors defensen l'aplicació del 223 en els poders del 1732 CC: Jiménez Clar, Tena Arregui, Pereña Vicente, Garrido Palma... En contra, Amunátegui. Aquesta discussió va quedar resolta en publicar-se la modificació de la llei del Registre Civil el 25 de març de 2009.

mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivan la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

Per a mi aquest precepte ha deixat de ser imperatiu a Catalunya, des del moment que el 1732 ha estat substituït per l'article 222 del CCCat. Una altra cosa és que, per raons de prudència i respecte d'aquelles persones que no hagin nascut a Catalunya i que es pugui preveure que no continuaran residint de forma definitiva al nostre país, sigui convenient realitzar la comunicació del seu naixement també al Registre Civil.

La pregunta és si un jutge de fora de Catalunya consultarà el registre català si es troba davant d'una demanda d'incapacitació d'una persona que resideix fora de Catalunya en el moment d'iniciar-se el procediment, però que deu anys abans, quan tenia el veïnatge civil català o residia a casa nostra, va atorgar poders preventius davant un notari català que va notificar-ho al Registre català, però no al Registre Civil.

El Col·legi de Notaris de Catalunya ha donat instruccions a tots els seus col·legiats, en el sentit de notificar-ho també al Registre Civil.

## XII. EXTINCIÓ

En aquest punt és aplicable la doctrina general i les normes legals sobre les causes per les quals l'apoderament deixa de tenir efecte. Excepte la incapacitat del poderdant, que és l'especialitat del poder preventiu.

A més, hem d'afegir-hi les causes específiques d'extinció del poder preventiu,<sup>41</sup> és a dir, la revocació judicial a instància del tutor i les determinades pel poderdant en atorgar el poder.

De la revocació judicial en tenim un exemple molt recent en la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 16 de juliol de 2012 (núm. recurs 306/2012), en la qual es deixa sense efecte el poder atorgat per la demandada, a la qual s'incapacita, a favor d'una neboda, a qui no es considera oportú designar com a tutora. El més interessant d'aquest cas és que es considera ineficaç el poder per aplicació de l'article 222-4.3, ja que el Ministeri Fiscal havia obert diligències arran d'una denúncia presentada pels Serveis Socials.

A continuació ens centrarem en les causes determinades pel mateix poderdant en el poder. Hom pot pensar en multitud de causes, el decurs d'un determinat termini, el compliment per l'apoderat d'una edat concreta, o la revocació efectuada per una tercera persona designada pel poderdant.

Aquesta última és l'única que mereix la nostra atenció: realment és com si el poderdant hagués fet un poder preventiu específic a favor d'un tercer per instar la revocació del poder preventiu general vigent. En aquest sentit ho hem d'entendre i admetre. Aquest tercer pot ser una persona determinada,

---

41 Entres aquestes causes generals, per exemple, la separació o el divorci entre poderdant i apoderat; com diu l'article 102 CC «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio (...) 2º quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro».

un consell de família, una institució encarregada de vetllar per l'actuació de l'apoderat, etc.

El problema pot aparèixer quan el poderdant ha expressat els motius o causes de revocació, com per exemple no obtenir uns rendiments o no resultar aprovats els comptes presentats a la persona que ha de decidir la revocació.

Ens podem preguntar si en aquests casos l'apoderat es pot oposar a la revocació dirigint-se al jutge. Penso que sí, però també és veritat que el tercer s'haurà de dirigir al jutge instant la incapacitació del poderdant, i en el procés es podrà dilucidar la procedència de la revocació decidida pel tercer.

Una excepció a la necessitat de portar a terme la revocació de forma conjunta amb el procés d'incapacitació i nomenament seria el cas que l'apoderat, preveient el cas de la revocació, hagués nomenat expressament un substitut.

Indirectament, podríem plantejar la qüestió de si **el poderdant pot facultar el tercer per nomenar substitut a la seva elecció en cas de revocació**. El caràcter personalíssim del càrrec d'apoderat d'un incapaç fa que no poguem defensar aquesta possibilitat. Fins i tot en el cas de l'autotutela, no es preveu la designació de tutor o substituïts per tercers, solament la feta pels pares com a excepció que confirma la norma (art. 222-5) i que no podem estendre al poder preventiu.

### XIII. RENDICIÓ DE COMPTES

A la tutela, el tutor ha de retre anualment a l'autoritat judicial els comptes de la tutela (art. 222-31) i acompanyar-los d'un informe sobre la situació personal i familiar del tutelat (art. 222-32).

En els poders preventius no hi ha cap indicació legal sobre això, però recordem, com diu Serrano García, que l'article 1720 CC, aplicable a tota classe de mandats, imposa al mandatari l'obligació de retre comptes.<sup>42</sup>

El poderdant pot, dins de la seva llibertat, configurar un sistema de rendició de comptes senzill o complex, però aquí se'ns plantegen dos dubtes: **Pot exonerar de la rendició de comptes? Es pot remetre al sistema de la tutela?**

A les dues qüestions podem respondre-hi afirmativament, però amb matisos.

Quant a l'exoneració de comptes al poderdant, és evident que per la mateixa naturalesa del poder preventiu no li és aplicable l'article 1720 CC. Però hi ha un cas en què sí és aplicable, que és el de la coexistència de poder preventiu i tutor; en aquest cas el tutor és el representant legal del poderdant i tindrà la facultat de demanar a l'apoderat la rendició de comptes com si fos el mandant mateix.

Quant a la segona qüestió enunciada, si el poderdant pot remetre's al sistema de la tutela, podem dir que és defensable però que cal evitar-la.

<sup>42</sup> L'article 1720 CC preceptua que: «El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante.» La qüestió és que si el mandant està incapacitat no podrà exigir-les i el mandatari no tindrà a qui retre-les. SERRANO GARCÍA, Ignacio, op. cit. pàg. 780.

En els poders preventius s'intenta configurar una tutela privada per sostreure's al màxim a la intervenció judicial, i un del punts més calents de la problemàtica de la tutela a la pràctica és precisament aquest.

El que s'ha de fer és ordenar un sistema de rendició de comptes privat on les possibles responsabilitats de l'apoderat, si no se li aproven els comptes, es dilucidaran, això sí, judicialment. Mentre la seva actuació sigui honesta i acurada no haurà de ser intervinguda per l'autoritat judicial, amb tots els problemes d'aglomeració, que han estat una de les causes principals del desenvolupament de la figura del poder preventiu.

## XIV. COEXISTÈNCIA DEL PODER PREVENTIU AMB ALTRES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

### 1. LA TUTELA

El que més destaca de l'article 222-2 és que la vocació del poder que regula és que la persona incapaç no hagi de sotmetre's a tutela. Recordem que, literalment, diu: «No cal posar en tutela...»

Aquesta és la primera frase del precepte, però en l'última es preveu que «l'autoritat judicial, en aquell moment [de constituir-se la tutela] o amb posterioritat, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder.»

De la mateixa lletra del precepte es dedueix que l'existència del poder en previsió d'incapacitat no vol dir que s'exclouï la possibilitat de nomenament de tutor. Si l'apoderat no exerceix l'encàrrec amb la fidelitat o amb la dedicació necessària, en interès de la persona protegida es pot constituir la tutela, i en aquest moment o amb posterioritat, a instància del tutor, el jutge pot acordar l'extinció del poder.<sup>43</sup>

Però, tal com s'expressa el legislador, l'extinció del poder la pot ordenar el jutge en constituir-se la tutela **o amb posterioritat, a instància del tutor.**

Penso que el jutge, en atenció a les circumstàncies del cas, pot acordar simplement limitar el poder. Però també podem pensar en el cas que el poderdant mateix hagi fet un nomenament tutelar (autotutela), bé perquè el poder sigui específic i no general, bé preveient el cas de renúncia o impossibilitat de l'apoderat. Només cal que quedi clar com vol que funcioni un i altre nomenament.

Un cas ben normal seria el dels poders preventius atorgats a una persona de confiança perquè s'encarregui dels temes patrimonials i un tutor per a la resta de temes no previstos en els poders. Com abans hem dit, això es pot aconseguir

43 ROVIRA SUEIRO, María E., en el seu treball *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, defensa que en l'article 1732 CC la incapacitació implica la revocació del poder, en substituir-se el sistema de representació voluntària (poder preventiu) pel sistema de representació legal (tutela). Defensa, però, la conveniència d'una norma legal que obligués a un pronunciament judicial concret sobre la subsistència o extinció dels poders en els supòsits d'incapacitació graduada. Ed. Ramón Areces, 2005, pàg. 136.

també amb dos poders de diferents àmbits, però imaginem que l'apoderat per als temes generals no pot arribar a ser-ho per causa de mort o d'incapacitació.

En tots aquests casos pot haver-hi **coexistència de tutor i apoderat**, i correspon al jutge delimitar l'àmbit d'actuació de cadascun, basant-se en la voluntat manifestada per l'incapaç. Per a aquesta delimitació de facultats, el moment de nomenar el tutor serà el més adient, sens perjudici de possibles modificacions posteriors.

La coexistència d'apoderat i tutor és de tot punt defensable, sobre la base que el codi mateix preveu el supòsit dels béns subjectes a administració especial (és a dir, dels béns adquirits per donació o títol successori, si el donant o el causant ha nomenat la persona que ha d'exercir-la —article 222-41).

Així mateix, conforme a l'article 222-12, «en constituir la tutela, l'autoritat judicial pot separar la tutela de la persona i la de l'administració dels béns, designar els titulars d'ambdós càrrecs i fixar-ne l'àmbit de competència». Segons el mateix article, això mateix es pot produir amb posterioritat.

Per tant, com que el jutge pot nomenar un tutor personal i un altre de patrimonial, es pot pensar també en la coexistència d'un tutor i un apoderat, el primer per tenir cura de l'esfera personal de l'incapaç, i el segon de la patrimonial, en l'àmbit de les facultats concedides en els mateixos poders, limitades per decisió judicial, si fos el cas.

Hom pot pensar que pot ésser l'apoderat mateix qui, veient-se incapaç de complir la seva funció, demani al jutge el nomenament d'un tutor, i que el tutor ho sigui en l'àmbit personal i ell continuar exercint d'apoderat en l'esfera patrimonial. Pot demanar al jutge que li reservi, com a apoderat, els actes d'administració ordinària i que per als d'administració extraordinària, disposició d'immobles, etc., nomeni un tutor professional. En resum, penso que la regulació del codi és oberta a qualsevol possibilitat, i del que es tracta és d'afavorir l'incapaç en cada cas concret.

Garrido de Palma es planteja inclús la possibilitat que el poderdant preventiu hagi nomenat l'apoderat també com a tutor, en un document d'autotutela per al cas de ser incapacitat.<sup>44</sup> Respecte a l'article 1732, els autors discuteixen aquesta possibilitat, que nosaltres podem defensar en els casos en què l'apoderament ha estat especial per gestionar determinats negocis del poderdant.

En canvi, en el poder preventiu general és més difícil sustentar la subsistència del nomenament de la mateixa persona com a tutor i com a apoderat, en cas que el poder sigui revocat pel jutge en incapacitar el poderdant. És el mateix jutge qui decidirà si el nomenat tutor en el document d'autotutela és adient per exercir com a tutor, si no ho és com a apoderat.

Podem defensar-ho dient que potser com a apoderat el poderdant no li havia imposat cap limitació, i en canvi com a tutor estarà sotmès a les limitacions, controls i responsabilitats que imperativament estableix la llei amb caràcter general per a tots els tutors. Serà el jutge qui, en definitiva, decidirà, tenint en compte les circumstàncies concretes de cada cas.

44 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit. pàg. 82.



## 2. LA CURATELA

No ens referim a la qüestió de si una persona sotmesa a la curatela pot atorgar poders preventius, que ja hem tractat en parlar del poderdant.

Aquí partim del supòsit de la persona plenament capaç que ha atorgat un poder preventiu i que després, sense esdevenir incapaç, pateix un grau de dificultat que el fa ser un possible subjecte de curatela.

Si els poders que s'han atorgat són dels anomenats amb clàusula de continuïtat, com que el poder és vigent des del mateix moment de l'atorgament, el més normal serà que no faci falta constituir la curatela.

Podria donar-se el cas, si el poder no fos general, que fos necessari o convenient nomenar un curador per a la resta d'actes no inclosos en l'apoderament.

Acabem de veure que poder preventiu i tutela poden coexistir sense més problema que el de delimitar l'esfera d'actuació, tant del tutor com de l'apoderat.

Per les mateixes raons i arguments, defensarem també la possible coexistència amb la curatela, aquí encara amb més justificació, si es tracta d'un poder vigent des de l'atorgament, perquè, com diu l'article 223-4, «el curador no té la representació de la persona posada en curatela i es limita a complementar-ne la capacitat (...)».

D'aquesta manera, hi haurà actes que l'atorgant d'un poder preventiu farà pel seu compte, amb el complement del curador, si escau, i altres que farà l'apoderat, si el poder és un dels anomenats de continuïtat.

Si el poder és *ad cautelam*, és a dir, dels que començaran a regir amb la incapacitació, el nomenament del curador, com que no implica incapacitat del poderdant, no produirà per si mateix el començament de la vigència del poder, a menys que el mandant hagués disposat una altra cosa.

## 3. EL DEFENSOR JUDICIAL

En cas que es generi un conflicte d'interessos entre el poderdant incapaç i l'apoderat preventiu, si el supòsit no ha estat previst en el poder, procedeix l'aplicació de l'article 224-1 per nomenar un defensor judicial.

També podem pensar en el supòsit que l'apoderat no pugui continuar exercint el càrrec, temporalment o definitivament. Entenc aplicable l'apartat b) del mateix article: «Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi» o l'apartat c), que inclou la incapacitat relativa, o el d), per a tota mena de «supòsits en que per qualsevol causa els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs».

Aquí no hi ha coexistència, sinó suplència de l'apoderat per una altra persona, el defensor judicial, a fi de poder tirar endavant el tema controvertit o que l'incapaç no quedi desemparat.

És diferent el cas en què, havent-hi un tutor i un apoderat, es nomeni el defensor per suplir el primer, per les circumstàncies que siguin, o pel supòsit que, sent un poder preventiu limitat i s'hagi de nomenar un tutor o un curador, mentrestant es nomeni un defensor per suplir les mancances del poder.

Fins i tot podria ser el mateix apoderat qui demanés solament un defensor judicial per a un acte, que no havent estat previst en el poder, tingui el caràcter d'irrepetible i, per tant, no faci necessari un nomenament tutelar definitiu. Per exemple, el cas d'un apoderat per fer tota classe d'actes d'administració, inclús de disposició, però solament de béns mobles, si en el poder no es va preveure la venda de l'únic immoble de què és titular el poderdant incapaç i que constitueix el seu habitatge. L'apoderat necessita vendre o hipotecar l'habitatge per atendre les necessitats de l'incapaç, com podrien ser despeses mèdiques o l'ingrés en una residència. Potser amb una hipoteca inversa n'hi ha prou, però no es van incloure en el poder els actes de disposició de béns immobles. Si l'apoderat tingués facultats dispositives sense més, caldria només l'autorització judicial, llevat del cas que el poderdant l'hagi exclosa expressament (art. 222-44.3 CCCat).

En el cas plantejat, com que l'apoderat no està facultat per disposar d'immobles, tampoc podrà demanar autorització judicial. L'autorització judicial del 222-44.3 pressuposa que l'apoderat, d'acord amb els poders, pugui atorgar actes de disposició; si no ho està, no pot acudir a l'autoritat judicial a demanar-ho.

Per un sol acte aïllat i que no es repetirà, ¿cal nomenar tutor, havent-hi com hi ha un apoderat que, a partir de la venda estarà facultat per fer-ho tot? ¿No és millor sol·licitar al jutge el nomenament d'un defensor judicial per dur a terme l'actuació concreta? Pot demanar-ho, com diu l'article 224-2, qualsevol persona amb un interès legítim i, per tant, el mateix apoderat.

No veig inconvenient que el jutge, atenent les circumstàncies del cas, pugui nomenar defensor judicial el mateix apoderat del discapacitat, per a aquesta actuació concreta, acabada la qual «ha de donar compte de la seva gestió (...) a l'autoritat judicial» (art. 224-5 *in fine*) i continuarà exercint com a apoderat preventiu.

#### 4. EL GUARDADOR DE FET

L'article 225-1 diu que és guardadora de fet la persona física o jurídica que té cura d'un menor o d'una persona en la qual es dona una causa d'incapacitació, si no està en potestat parental o tutela o, encara que ho estigui, si els titulars d'aquestes funcions no les exerceixen.

La figura del guardador de fet té un caire provisional, i com a tal pot ser que una persona que té atorgats uns poders preventius pugui veure's en la necessitat de ser atès temporalment, perquè l'apoderat no estigui *de facto* en disposició de fer-ho en aquell precís moment o en un període de temps concret.

En tal cas, el guardador de fet ho ha de comunicar a l'autoritat judicial en el termini de setanta-dues hores de l'inici de la guarda i el jutge haurà de decidir el que correspongui, com per exemple, conferir al guardador, les funcions tutelars aconsellables al cas, mentre l'apoderat no pugui exercir el seu càrrec.

Així mateix, en cas de que la situació que ha produït la guarda de fet es pugui atribuir a l'adequada actuació de l'apoderat, el jutge podrà fins i tot revocar el poder per a procedir al nomenament de tutor, fixant mentrestant les funcions del guardador de fet.

Segons l'article 225-5 «la guarda de fet s'extingeix per desaparició de les causes que la van motivar, ... o per la constitució del règim de protecció pertinent».

## 5. L'ASSISTENT

L'assistència preveu el cas d'una persona major d'edat que pateix una **disminució, no incapacitant, de les seves facultats físiques o psíquiques**. Si té atorgat un poder preventiu *ad cautelam*, com que no haurà entrat en vigor, pot perfectament demanar un assistent.

També pot ser que el poder amb clàusula de continuïtat sigui de caire exclusivament patrimonial i l'assistència es demani en l'àmbit personal.

Deixant a banda les crítiques rebudes pel legislador per haver mantingut el règim tutelar, amb la curatela inclosa, regulant l'assistència, figura a la qual tendeixen les legislacions més actuals, val a dir que la coexistència de l'apoderat amb l'assistent dependrà de la vigència i de l'amplitud del poder, igual que en els casos de la tutela i de la curatela.

## 6. L'ADMINISTRADOR DEL PATRIMONI PROTEGIT

En el patrimoni protegit, l'administrador té un àmbit d'actuació molt concret, el del mateix patrimoni protegit, que com sabem no és propi ni del constituent ni del beneficiari. És independent, com diu l'article 227-2: «És un patrimoni autònom, sense personalitat jurídica, sobre el qual el constituent, l'administrador i el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real.»

L'administrador del patrimoni protegit no representa el discapacitat-beneficiari, mentre que l'apoderat preventiu el representa amb tota l'amplitud que el poderdant hagi estipulat en atorga-li poders; actua sobre el patrimoni propi del discapacitat, mentre que l'administrador del patrimoni protegit no té cap relació amb el patrimoni del discapacitat, només per transferir-li els rendiments.

Finalment, les facultats de l'apoderat preventiu li han estat donades pel discapacitat quan era capaç, mentre que les facultats de l'administrador del patrimoni protegit han estat establertes pel constituent. La llei admet que pugui ser el mateix discapacitat (art. 227-3) qui constitueixi el patrimoni protegit, però no pot ser l'administrador.

Però tant si el patrimoni protegit l'ha constituït el discapacitat com una altra persona, queda clar que poden coincidir en una mateixa persona la figura de l'administrador del patrimoni protegit i la de l'apoderat preventiu. Són càrrecs diferents i si coincideixen en una mateixa persona, tant se val, però ha de tenir bona cura de separar les seves funcions.

**És com si una mateixa persona fos l'apoderat preventiu d'un incapaç i a la vegada l'administrador d'una societat de la qual el mateix discapacitat fos l'únic soci.**

Per acabar, podem considerar que tot el que hem dit respecte de l'administrador del patrimoni protegit i la seva relació amb l'apoderat preventiu seria aplicable, en l'aspecte conceptual i abstracte, a la persona nomenada pel

donant o testador com a administrador dels béns donats o heretats. Per la resta, a aquest administrador especial li són aplicables les normes relatives a la tutela... si el donant o el causant no ha establert altres normes (art. 222-41 CCCat).

## XV. PODER PREVENTIU I PODER MERCANTIL

El Codi de Comerç, com a dret mercantil comú de tot l'Estat, des de la seva publicació regula el contracte de comissió mercantil dient que «se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista», article 244 C de C.

Després de dedicar setze articles a la seva regulació, en la qual no entrarem aquí, immediatament, sota la rúbrica «De otras formas del mandato mercantil» es refereix al factor, entre d'altres.

El factor és configurat com un apoderat o mandatari, general o singular, que intervé en el comerç en nom del comerciant o empresa mercantil, en els assumptes propis del comerç: «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección» (art. 283 C de C).

Doncs bé, una de les disposicions aplicables és l'article 290: «Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido.»<sup>45</sup>

Aquest precepte està regulant no solament el cas de l'empresa persona jurídica, sinó també el del comerciant persona física, l'empresari individual.

En l'àmbit negocial de l'empresari individual, no té aplicació l'article 222-2 CCCat ni el 1732 CC, sinó l'article 290 C de C abans esmentat i que, com hem dit, regeix a tot l'Estat espanyol.

En l'àmbit civil de la mateixa persona, regiran els preceptes que imposen l'extinció del poder per mort o incapacitació del poderdant i els seus correlatius de continuïtat en cas d'incapacitació, si s'han atorgat els corresponents poders preventius.

Amb una mateixa persona, dos règims, el mercantil per al seu negoci o empresa individual i el civil per a la resta.

En el règim mercantil, amb la mort o incapacitació del poderdant no s'extingeixen els poders. L'extinció es produirà per revocació, atorgada pel

45 Aquests poders generals o de factor mercantil, per a la seva plena eficàcia respecte de tercers, s'inscriuran en el Registre Mercantil, en el full obert a cada empresari individual (art. 87.2 del Reglament del Registre Mercantil). En canvi, no cal la inscripció dels poders especials per a determinades actuacions.

tutor de l'incapaç o pels hereus del causant si no els interessa que el factor continuï al capdavant del negoci.<sup>46</sup>

També podria revocar el poder mercantil l'apoderat civil amb facultats suficients, d'acord amb el poder preventiu atorgat pel que ha esdevingut incapaç, però mentre això no tingui lloc, coexistiran els dos apoderats, el civil i el mercantil.

A la mort del comerciant, el poder preventiu civil s'extingirà sense més, i seran els hereus de l'empresari individual els que hauran de decidir la continuïtat dels poders mercantils.

Una altra diferència entre l'àmbit civil i el mercantil, important en aquest treball, és la facultat de substitució dels poders.

L'article 261 del C de C diu: «El comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación (...)»

**La regla mercantil sempre ha estat la de «no substitució dels poders», excepte si hi ha autorització. En canvi, la civil és la contrària: «substitució de facultats, excepte si hi ha prohibició».**

En Dret civil comú ho proclama l'article 1721, encara que fent responsable el mandatari de la gestió del substitut, si no se l'havia facultat per nomenar-lo. També el mandatari és responsable si se l'havia facultat però sense designar persona i el substitut fos notòriament insolvent o incapaç. Fins a la publicació del Llibre II, aquest precepte, l'article 1721, era aplicable també a Catalunya, però a partir de la vigència del Llibre II, entenc aplicable al poder preventiu l'apartat 2 de l'article 221-2 CCCat, en el qual es limiten les facultats de substitució de l'apoderat preventiu per atorgar poders especials per a actes concrets.

Aquest és un aspecte que acabarem de desenvolupar en l'apartat que específicament dedicarem, en les conclusions, a la substitució del poder preventiu.

## XVI. CONCLUSIONS

El fet cert és que el legislador ha dipositat en nosaltres, els juristes, una gran confiança, fet que comporta a la vegada una greu responsabilitat. En ser el poder preventiu una institució quasi-tutelar, com una tutela privada, no pot quedar en una simple clàusula d'estil més o menys complexa, sinó que ha de demostrar que ha estat objecte d'una personalització meditada pel poderdant, el notari autoritzant i els altres professionals que l'han aconsellat.

<sup>46</sup> Article 280 C de C: «Por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes.» Com diu Ignacio Serrano García, «hay una diferencia entre mandato y comisión que justifica la diferente solución del Código de Comercio y el Civil: El mandato tiene el objeto que quiera el mandante. La Comisión tiene un ámbito más reducido porque tiene que referirse a un acto u operación de comercio, y no se extiende a otras cuestiones personales o patrimoniales fuera del comercio», «La extinción del mandato», *La Ley*, 2006, pàg. 757.

Evidentment, en els poders que s'autoritzin a partir d'ara, amb una simple frase pot quedar tot resolt: «**El poder tindrà vigència encara que el poderdant esdevingui incapaç en qualsevol de les seves modalitats, i l'apoderat queda rellevat de les obligacions i limitacions que la Llei estableix per al tutor o curador.**»

Però la realitat és que la Llei no vol que aquest tema es resolgui amb una simple fórmula com l'esmentada. Per a això ja n'hi havia prou amb l'article 1732 del CC. En realitat el legislador està demanant als operadors jurídics una cura especial en aquesta matèria. Ens està donant elements per dissenyar una **tutela privada** a mida, però també vol que aconsellem en cada cas concret; que el poder en previsió de pèrdua de la capacitat no es converteixi en una fórmula més. Crec que ens està exigint una immersió més profunda en les expectatives i necessitats del poderdant per poder aconsellar el més convenient per a ell, la seva persona i el seu patrimoni.

Podríem proposar una espècie de plantilla o qüestionari per ajudar el poderdant a conformar la seva voluntat, com per exemple dilucidant els següents punts:

– **Inici de la vigència del poder:** Des del mateix moment de l'atorgament, en una data determinada, o quan es compleixi un esdeveniment com un diagnòstic mèdic, la decisió d'un consell de família, la simple decisió de l'apoderat, etc.

Garrido de Palma<sup>47</sup> manifesta que seria convenient la inclusió d'una clàusula en el poder en la qual es requerís al notari perquè no lliuri el poder al mandatari sense un certificat mèdic en el qual consti la pèrdua de capacitat real del poderdant. Afegim que podria estar subscript per dos facultatius, en la línia de l'article 421-9 CCCat que regula el testament atorgat en interval de lucidesa, encara que en aquest cas certificarien el contrari, la pèrdua de capacitat.

–**Extinció:** Quan l'apoderat compleixi una certa edat, perquè l'apoderat no ha superat un control establert pel poderdant, per la revocació com a facultat conferida a determinades persones o parents constituïts en una forma similar al consell de tutela regulat en l'article 222-54 CCCat.

Aquest consell es podria anomenar de supervisió, i se li podrien encomanar moltes tasques: no solament la revocació, sinó també l'inici de la vigència; el nomenament de substituïts, dins dels límits personals previstos pel poderdant; l'autorització de determinats actes o la substitució de la que hauria de donar el jutge; la rendició de comptes, etc., i fins i tot continuar vetllant i representant els interessos del discapacitat mentre se substancia el procés d'incapacitació, si el poder s'ha arribat a extingir definitivament.

–**Apoderats i substituïts:** Si són indistints o mancomunats, la seva forma d'actuació segons la importància dels actes, així com la forma de substitució en cas de mort, impossibilitat, renúncia o revocació, etc.

47 GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, op. cit. pàg. 79.

Pel caràcter *intuitu personae* del poder, i més encara del poder preventiu, la designació dels apoderats o dels substituïts s'ha de fer d'una forma absolutament determinant, de manera que no deixi cap dubte respecte de la persona escollida per a una missió tan important.

—**Facultats i mesures de control:** Administració, disposició, autoritzacions complementàries, mesures de control —generals o específiques per a determinats actes—, etc. Com diu José Alberto Marín Sánchez, en la facultat d'establir mesures de control és on aquesta «tutela privada» arriba a la màxima intensitat.<sup>48</sup>

—**Autocontractació i contraposició d'interessos:** l'admissibilitat sense reserves, amb previsió dels casos admesos pel poderdant o amb les garanties de cada cas, com per exemple el consentiment d'un consell de família... Si no hi ha cap previsió, serà el jutge qui designarà el defensor judicial, tal com hem defensat abans.

—**Segones còpies:** Facultat que es pot atorgar a l'apoderat, sense més, o condicionant-la, per exemple, a l'autorització d'una persona de confiança.

Els notaris no poden expedir segones còpies d'un poder, excepte que la petició la formuli el mateix poderdant, l'apoderat —si el poderdant l'ha autoritzat—, o l'autoritat judicial, a instància de part (art. 227 Reglament Notarial).

En cas de no haver-se previst, l'apoderat sempre podrà al·legar judicialment la pèrdua i sol·licitar que sigui el jutge qui ordeni l'expedició d'una altra còpia autèntica.

—**Substitució del poder:** Recordem que, en matèria de poders civils, la norma general és la facultat de l'apoderat per substituir els seus poders, llevat que se li hagi prohibit (art. 1721 CC). Però en aquest cas estem davant un poder personalíssim i és lògica la norma especial de l'art. 221-2 CCCat, que dins de les disposicions comunes per a totes les institucions de protecció de la persona estableix que els titulars de funcions de protecció només poden atorgar poders especials per a actes concrets o per a diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica.

Ara bé, com que en aquesta institució quasi-tutelar que és el poder preventiu preval la voluntat del poderdant, caldrà reconèixer que el poderdant pot preveure i consentir que l'apoderat substitueixi en una altra persona o entitat totes o part de les facultats que li han estat conferides. El poderdant concretarà els substituïts i les facultats que es puguin delegar a cadascú.

—**Rendició de comptes:** Podem arbitrar des d'una simple presentació a una persona de confiança o a un consell de família, fins a exigir l'aprovació judicial, passant per una auditoria, etc. Si no s'ha fet cap previsió, entenc que

48 MARÍN SÁNCHEZ, José A., *Comentarios al Libro II del Código civil de Cataluña*, Ed. Jurídica Sepin, 2011, pàg. 157.

les persones que podrien sol·licitar nomenament de tutor i la revocació dels poders preventius poden també sol·licitar, en interès de l'incapaç, la seva declaració d'incapacitat i una revisió de les activitats del representant, amb les conseqüències que això pugui portar.

—**Remuneració i despeses:** Aquí tenim també una àmplia llibertat, però si no s'ha fet cap previsió, l'art. 221-3 CCCat estableix la gratuïtat com a principi en els càrrecs tutelars, però reconeix el dret de reemborsament per les despeses ocasionades i la indemnització pels perjudicis causats.

Una vegada tinguem clara la situació personal, familiar i patrimonial del poderdant, podem aconsellar-lo sobre tots els punts esmentats. Com diu el notari Manuel A. Seda Herмосín, el Conveni de Nova York de 2006 citat més amunt proposa el canvi d'un sistema de substitució de la voluntat del discapacitat per la implantació d'un sistema d'integració i ajuda al discapacitat. Aquest canvi és fonamental i serveix clarament i rotundament a la defensa del poder preventiu.<sup>49</sup>

Ara ens toca a nosaltres els juristes, tant els científics i teòrics com als que estem en contacte amb la gent del carrer. La teoria ens donarà els mitjans per processar amb una sèrie de mesures el cas concret, però solament la pràctica diària i el coneixement de la persona i el seu entorn ens pot fer decidir per unes o altres.

El legislador ho ha fet prou bé. Podria haver estat millor, si per exemple hagués imposat al poderdant la necessitat de fer constar en els poders el qüestionari que acabem d'examinar. No ho ha fet però tenim, com hem vist, els mitjans per fer-ho nosaltres, la classe jurídica. **El legislador ens ha llançat la pilota, ara és a la nostra banda, ens correspon jugar-la i jugar-la bé, perquè amb els anys tots arribarem a ser, en un grau més o menys gran, discapacitats.**

## BIBLIOGRAFIA

### — LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

*Comentarios al Código Civil de Cataluña*, coords. Francisco de Paula Puig Blanes, Francisco José Sospedra Navas et al. (coords.), Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, cop. 2011, 2 vol.

*La Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, Núria Ginés Castellet (coordinadora); M<sup>a</sup> Dolores Bardají Gálvez, M<sup>a</sup> Teresa Dupla Marín, M<sup>a</sup> Elena Lauroba Lacasa et al., Barcelona, Bosch, 2011, 227 p. (Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho de ESADE; 9).

<sup>49</sup> SEDA HERMOSÍN, Manuel A., «La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad», *La Ley* 15244, 2011, pàg. 10-14.



- Gete-Alonso y Calera, M<sup>a</sup> del Carmen, Judith Solé Resina, Maria Ysàs Solanes, *Derecho de la persona vigente en Cataluña: adaptado a la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, 3<sup>a</sup> ed., València, Tirant lo Blanch, 2011, 343 p.
- Lucas Esteve, Adolfo (dir.), *Dret civil català*, vol. II *Persona y familia*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2012, 554 p.
- Marín Sánchez, José Alberto, [Comentaris a] Sección 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup>, Capítulo II, La Tutela, a: *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, coordinadora general, Encarnación Roca Trías; coordinador d'aquest volum, Pascual Ortuño Muñoz, Las Rozas (Madrid), Sepin, 2011, p. 149-184 (art. 222-2, pp. 153-159).
- Martínez García, Manuel-Ángel, «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», a: *El Nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, p. 133-155.
- El Nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Reyes Barrada Orellana, Martín Garrido Melero, Sergio Nasarre Aznar (coord.), Barcelona, Bosch, 2011, 990 p.
- Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, coordinadora general, Encarnación Roca Trías; coordinador d'aquest volum, Pascual Ortuño Muñoz, Las Rozas (Madrid), Sepin, 2011, 1488 p.

## — CÓDIGO CIVIL

- Amunátegui Rodríguez, Cristina de, *Incapacitación y mandato*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008, 381 p. (Temas La Ley).
- Amunátegui Rodríguez, Cristina, «Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras», a: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Anguita Ríos, Rosa María, «Discapacidad y medidas legales. Un acercamiento a la realidad española», a: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Fernando Santos Urbaneja (dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, 311 p. (Cuadernos de Derecho Judicial; 20 – 2005).
- Durán Corsanego, Emilio, *La autorregulación de la tutela*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2007, 270 p. (La Llave)
- Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2006, 97 p. (La Llave).
- Gomá Salcedo, José Enrique, «La tutela» i «Ejercicio de la tutela», a: *Instituciones de derecho civil común y foral*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 2010, vol. 3 *Derecho de familia*, pp. 2575-2597 i 2599-2622.

- Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Valencia, 12, 19, 26 de gener i 3 de febrer de 2004, Valencia, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, 2005, 227 p.
- León Alonso, José R., «Capítulo IV, De los modos de acabarse el mandato, Artículo 1732», a: Albaladejo, Manuel, (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo xxi, vol. 2, pp. 467-494.
- Luna Cubero, Víctor Manuel, «Los poderes preventivos», a: *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (Logronyo, 7-8 maig 2009), Gobierno de La Rioja, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, p. 63-72.
- Pereña Vicente, Montserrat, *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2008, 109 p. (La Llave).
- Puente de la Fuente, Fernando, «El Mandato preventivo», a: *Protección jurídica del discapacitado: II Congreso Regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 145-169.
- Seda Hermosín, Manuel Antonio, «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», a: *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Madrid, Editorial La Ley, abril 2011.
- Serrano García, Ignacio, «La extinción del mandato. Modificación del artículo 1732 del Código Civil», a: *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006.
- Serrano García, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, 582 p.
- Rovira Sueiro, María E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Fundación Aequitas, 2005, 157 p. (La Llave).

#### — ARTICLES DE REVISTA

- Garrido de Palma, Víctor M., «La protección de los discapaces: la autotutela y el poder preventivo de protección», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, T. IL (2009), p. [63]-86.
- Pereña Vicente, Montserrat, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?» *Diario La Ley*, n. 7691 (9 Set. 2011).
- Pereña Vicente, Montserrat, «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», *Diario La Ley*, n. 6665 (6 Març 2007).

#### — LEGISLACIÓ

##### Catalunya

- Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, 05.08.2010).

Llei 10/2011, del 29 de desembre, de simplificació i millorament de la regulació normativa (DOGC núm. 6035, 30.12.2011).

Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del Registre de patrimonis protegits (DOGC núm. 6088, 15.03.2012).

## **Estatal**

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, 17.01.1996).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, 19.11.2003).

## **— JURISPRUDÈNCIA**

### **AAPP**

SAPB 06.11.2012

SAPB 16.07.2012

SAPGI 30.05.2012

SAPCoruña 26.10.2010

SAPM 13.11.2008

SAPCS 22.04.2008

SAPAS 21.01.2003

### **TS**

STS 25.01.2008

STS 26.01.2004





