

# LES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA, EN ESPECIAL L'ASSISTÈNCIA

**Ana Isabel Berrocal Lanzarot**

*Professora contractada doctora en dret civil  
Universitat Complutense de Madrid*

## **Resum**

En el llibre segon del Codi civil de Catalunya, tot i que es mantenen les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació (tutela i curatela), el cert és que es considera que aquest és un recurs massa dràstic i a vegades poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida, a més que es constata que, en la majoria dels casos, ni la persona afectada ni els seus familiars prefereixen promoure'l. Per això es flexibilitza la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de facultats cognitives i volitives de la persona, i es possibilita l'existència d'altres institucions, com l'autotutela (ja prevista en la legislació catalana anteriorment), els poders atorgats en previsió d'una situació de pèrdua de capacitat, l'assistència o la progressiva regulació revitalitzadora de la guarda de fet, de l'anàlisi de la qual ens ocupem en aquest estudi. Aquestes institucions determinen una diversitat d'instruments jurídics que sintonitzen amb el deure de respectar els desitjos, la voluntat i les preferències de la persona, i amb els principis de proporcionalitat, necessitat i subsidiarietat que preveu la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol, alhora que també ho fan amb el model de suport dissenyat per aquesta Convenció. Tot això, sobre la base del màxim respecte a l'autonomia de l'individu pel que fa a l'organització anticipada de la seva esfera personal i patrimonial per quan no pugui decidir per si mateix.

**Paraules clau:** assistència, poders preventius, autotutela, autonomia de la persona, capacitat natural, incapacitació.

## PERSONAL PROTECTION INSTITUTIONS AND ASSISTANCE IN PARTICULAR IN THE CATALONIA CIVIL CODE

### Abstract

While maintaining the traditional personal protection institutions relating to incapacitation (guardianship and conservatorship), in Book Two of the Catalonia Civil Code it is considered that incapacitation is a resource which is too drastic and at times hardly respectful of the natural capacity of the protected person, and it is stated that, in most cases, neither the person concerned nor his relatives wish to petition for it. For this reason the legal response shows itself adaptable to the progressive loss of the person's cognitive and volitional faculties, allowing the existence of other institutions such as self-guardianship (which had already been established earlier in Catalan law), powers of attorney granted in anticipation of a situation of loss of capacity, assistance, or the progressive revitalizing regulation of *de facto* guardianship, which is discussed in this study. These institutions give rise to diverse legal instruments aimed to assure compliance with the duty of respecting the person's wishes, will and preferences, and with the principles of proportionality, necessity and subsidiarity provided in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted at the U.N. Headquarters in New York on 13 December 2006 and ratified by Spain, as well as with the model of supports which it designed, all on the basis of the full respect for the individual's independence in relation to the early organization of his personal life and property in anticipation of the time when he can no longer decide for himself.

**Keywords:** assistance, preventive powers, self-guardianship, personal independence, natural capacity, incapacitation.

### 1. CONSIDERACIONS PRÈVIES

En els últims temps s'està tendint a la flexibilització de les regles relatives als instruments de protecció jurídica de les persones discapacitades i incapacitades contingudes en els codis civils perquè s'ha tendit a fer-los més respectuosos amb la seva llibertat i dignitat personal i especialment amb el lliure desenvolupament de la seva personalitat, drets que tenen la base fonamental en les modernes constitucions (art. 10 i 49 de la Constitució espanyola [CE]). L'objectiu és possibilitar des de la pròpia autonomia de la persona que aquesta pugui organitzar els seus interessos personals i patrimonials com millor consideri per quan no pugui decidir i actuar per si mateixa o necessiti un complement de la seva capacitat, sobre la base dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat.

És necessari que els ordenaments jurídics arbitrin instruments de protecció adequats a cada situació, ja que pot tractar-se de persones dependents que només necessitin assistència per a activitats quotidianes, de persones discapacitades que

no tinguin necessitat de cap complement de capacitat però sí d'ajuda en la seva esfera personal o patrimonial, de persones incapaces que necessitin un complement de la seva capacitat per la seva falta de facultats d'entendre i voler, o de persones amb manca d'autogovern de caràcter permanent com a conseqüència d'una malaltia o una deficiència física o psíquica i per a les quals sigui necessari procedir a la seva incapacitació judicial i al nomenament d'un tutor perquè les representi o d'un curador perquè les assisteixi, depenent de si estem davant d'una incapacitació total o parcial.

En la redacció originària del Codi civil espanyol del 1889 (CC) es va dissenyar un sistema de tutela rígid no graduable per a les persones que fossin judicialment incapacitades per bogeria o demència. D'aquesta manera, es preveia com a únic règim de guarda un sistema de tutela severa que s'aplicava tant als bojos profunds com als qui patien només una debilitat o un cert retard mental. No s'establien graus en la deficiència mental i, per tant, no es concretaven estats intermedis entre la normalitat psíquica i la bogeria, de manera que, o bé se sotmetia el deficient mental a tutela, privant-lo del tot de la capacitat d'obrar, o bé es prescindia de tota mesura protectora perquè s'entenia que la malaltia no la requeria. Únicament era permesa la graduació de la incapacitat del sordmut (art. 218 CC) i la del pròdig (art. 221.2 CC). La manca d'adequació d'aquest model de protecció a les necessitats de la realitat social va posar-la de manifest el nostre Tribunal Suprem ja a mitjan segle xx. Per això, afortunadament, una jurisprudència que podríem anomenar *progressiva* va donar pas a una nova causa d'incapacitació de menor entitat que la demència, susceptible de graduació (deficiència, retard mental o imbecilitat), per la qual van ser dictades resolucions en les quals es graduava l'extensió de la tutela (sentències del Tribunal Suprem de 5 de març de 1947,<sup>1</sup> 13 de maig de 1960, 25 de març de 1965, 7 d'abril de 1965 i 6 de febrer de 1968).

Ara bé, aquest sistema de tutela rígid, malgrat la jurisprudència esmentada, no servia per a donar resposta a les noves necessitats que anaven sorgint com a conseqüència de diversos factors, com ara el creixement del nombre de persones d'edat avançada o de persones discapacitades, i, així mateix, no estava adaptat a l'ordenament constitucional establert en la Constitució espanyola de 1978, que reclamava per a les persones vulnerables el disseny d'uns models de protecció que no resultessin atemptatoris contra la seva dignitat o que garantissin els drets inviolables inherents a la persona i que alhora estiguessin dirigits al lliure desenvolupament.

1. *Repertorio de Jurisprudencia* (RJ) 1947/343. Aquesta Sala va entendre que la llei aleshores vigent tenia una llacuna que no permetia regular els efectes de la debilitat o del retard mental de manera diferent dels de la demència o bogeria, la qual cosa va finalitzar ajustant l'extensió de la tutela al grau d'intensitat amb què es manifesta en cada cas la pertorbació.

lupament de la seva personalitat. En aquest context, la primera modificació important la va fer la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de reforma del Codi civil en matèria de tutela, amb la qual es va mirar de suavitzar el rígid sistema de salvaguarda de les persones incapaces adaptant-lo als criteris establerts en l'esmentada Constitució espanyola de 1978. I amb aquesta finalitat es va donar una nova redacció als títols IX («De la incapacitació») i X («De la tutela, de la curatela i de la guarda de menors i incapacitats») del seu llibre primer. Es va abandonar el sistema tradicional, basat en el binomi capacitat i incapacitat i es va instaurar un sistema de protecció en el qual s'admeten diverses situacions adaptables a les necessitats de protecció de qui necessita la mesura. Idèntica orientació va seguir la Llei 21/1987, d'11 de novembre, de reforma del Codi civil en matèria d'adopció.

Les principals novetats d'aquesta Llei 13/1983 poden sintetitzar-se en les següents: *a)* les causes d'incapacitació, que en el dret anterior eren cinc (bogeria, sordmudesa, analfabetisme, prodigalitat i interdicció civil del penat), es deixen d'enumerar taxativament i genèricament s'identifiquen amb «les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixen a la persona governar-se per si mateixa» (art. 200 CC); *b)* davant del sistema anterior d'unitat de guarda, es consagra el que s'ha denominat *principi de pluralitat de guarda legal*, per això al costat del tutor apareixen dos nous òrgans de protecció, que són el curador i el defensor judicial; *c)* s'abandona el model de tutela de família (tutor, protutor i consell de família) i s'instaura un sistema de tutela judicial o d'autoritat que comporta posar les institucions tutelars sota la salvaguarda de l'autoritat judicial, que, entre altres coses, les constitueix i controla; *d)* es permet incapacitar els menors d'edat quan es prevegi raonablement que la causa d'incapacitació persistirà després de la majoria d'edat (art. 201 CC), cas en el qual, un cop la persona incapacitada arriba a la majoria d'edat, té lloc la pàtria potestat prorrogada, i quan aquesta sigui impossible, la tutela (art. 171 CC); *e)* es deroga el Decret de 3 de juliol de 1931, que possibilitava l'internament dels malalts mentals quan així s'aconsellava per prescripció facultativa i hi havia la conformitat per escrit del parent, representant legal o persona amb qui convisqués el malalt, de manera que, segons el que establia l'article 211 del Codi civil, per a internar una persona en un centre de salut mental es requeria l'autorització judicial prèvia, excepte en casos d'urgència, encara que en aquest supòsit calia igualment donar trasllat del cas al jutge competent abans que transcorreguessin vint-i-quatre hores perquè ratifiqués l'internament.<sup>2</sup>

2. Aquest precepte fou reformat per la Llei 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. Posteriorment, el seu contingut ha passat, amb certes modificacions, a l'article 763 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. Per la seva part, el Tribunal Constitucional, en la seva Sentència de 2 de desembre de 2010, ha declarat la inconstitucionalitat del primer incís del paràgraf pri-

Perquè una persona pugui ser incapacitada ha de presentar una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic que li impedeixi governar-se per si mateixa.<sup>3</sup> Per tant, queden exclosos de l'àmbit de la incapacitació judicial els indi-

mer de l'article 763 de la Llei d'enjudiciament civil, segons el qual «l'internament, per trastorn psíquic, d'una persona que no estigui en condicions de decidir-ho per ella mateixa, encara que estigui sotmesa a la pàtria potestat o a tutela, requereix l'autorització judicial», així com la del paràgraf segon del mateix article, que estableix que «l'autorització ha de ser prèvia a l'internament, llevat que hi hagi raons d'urgència que facin necessària l'adopció immediata de la mesura», perquè entén que el precepte que fa possible l'internament d'una persona, com que és constituït d'una privació de llibertat, només pot ser aprovat per una llei orgànica, i la Llei 1/2000, de 7 de gener, és una llei ordinària. No obstant això, aquesta declaració d'inconstitucionalitat no implica la de nul·litat, ja que, segons la Sentència del Tribunal Constitucional, «esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máximo no habiéndose cuestionado su contenido material». Per això, el Tribunal Constitucional s'ha limitat a instar el legislador «para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica».

3. Vegeu les sentències de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 10 de febrer de 1986 (RJ 1986/520), on *persistencia* «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de *persistencia* es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; de 31 de desembre de 1991 (RJ 1991/9438); de 31 d'octubre de 1994 (RJ 1994/8004); de 29 de juliol de 1998 (RJ 1998/6134), la qual assenyala que perquè s'incapaciti una persona «no sólo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente interpretarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien incluso con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudiza mucho más la dolencia o patología, porque lo que verdaderamente sobresa es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida a la persona gobernarse por sí misma»; d'11 de juny de 2004 (RJ 2004/4428), pel que fa a la demència senil, malaltia de caràcter permanent i irreversible, fet que determina la incapacitat per a autogovernar-se; de 14 de juliol de 2004 (RJ 2004/5204), on s'assenyala que *autogovern* significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona o, como dice un autor, el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Des del punt de vista mèdic, es diu que l'autogovern té tres dimensions o intensitats: la patrimonial (autonomia i independència de l'activitat socioeconòmica), l'adaptativa i interpersonal (entenen com a tal la capacitat d'afrontar els problemes de la vida diària de la manera que caldria esperar segons l'edat i el context sociocultural), i la personal (en el sentit de desplaçar-se eficaçment dins el seu entorn i mantenir una existència independent en relació amb les necessitats físiques més immediates, incloent-hi l'alimentació, la higiene i la cura personal). L'informe emès pel metge forense conté les següents consideracions medicoforense: «Don M. presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal, precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona. Vegeu també les sentències de l'Audiència Provincial de Valladolid de 18 de gener de 1994 (AC 1994/40), de l'Audiència Provincial de Palència de 3 d'octubre de 1995 (AC 1995/2506), de l'Audiència Provincial de Castelló, Secció Primera, de 21 de març de 2001 (JUR 2002/29095), de l'Audiència Provincial d'A Coruña, Secció Quarta, de 23 de maig de 2001 (JUR 2001/226196), de l'Audiència Provincial d'Alacant, Secció Sisena, de 8

vidus que pateixin alguna alteració transitòria i els individus la malaltia o deficiència dels quals no afecti les seves facultats d'autogovern, és a dir, la seva capacitat cognoscitiva i volitiva.<sup>4</sup> Només per mitjà d'una sentència judicial dictada en el procediment regulat en els articles 756-763 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC), pot declarar-se l'estat civil d'incapacitat. La sentència «determinarà l'extensió i els límits» de la incapacitació en cada cas (art. 760.1 LEC), la qual cosa vol dir que a Espanya la limitació de la capacitat d'obrar que significa la incapacitació judicial no és igual per a totes les persones incapacitades, sinó que depèn del que estableixi cada sentència d'incapacitació.

Obviament, la limitació de capacitat que pateix la persona incapacitada ha de ser suplerta o completada per una altra persona, i per això el jutge que declari la incapacitació s'ha de pronunciar sobre el règim de guarda (tutela o curatela) a què ha de quedar sotmesa la persona incapacitada (art. 760.1 LEC). En concret, quan la persona interessada no tingui en absolut capacitat d'autogovern, s'ha d'instaurar la tutela, mentre que, quan el seu grau de discerniment no determini la seva total inhabilitat per a governar-se, ha de quedar sotmesa a curatela.

El tutor és el representant legal de la persona incapacitada, de manera que pot realitzar per ella qualsevol acte excepte els que la persona interessada pugui realitzar per si mateixa, ja sigui per disposició expressa de la sentència d'incapacitació o perquè així ho determina la llei (art. 267 CC). En relació amb això últim cal tenir

---

de novembre de 2001 (AC 2002/284), de l'Audiència Provincial de Castelló, Secció Primera, de 20 de març de 2002 (JUR 2004/701), de l'Audiència Provincial de Girona, Secció Primera, de 26 de març de 2001 (JUR 2001/178887), de l'Audiència Provincial de Navarra, d'11 de juny de 2002 (AC 2002/1401), de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Divuitena, de 21 de març de 2003 (JUR 2003/197860), de la mateixa audiència i secció, d'11 de maig de 2004 (JUR 2004/189807), de la mateixa audiència i secció, de 15 de juliol de 2004 (JUR 2004/218155), de l'Audiència Provincial de Zamora, Secció Primera, de 7 de març de 2005 (AC 2005/566), de l'Audiència Provincial de Castelló, Secció Tercera, de 18 de març de 2005 (AC 2005/1201), de l'Audiència Provincial de Conca, Secció Primera, de 22 de novembre de 2006 (AC 2006/2317), i de l'Audiència Provincial de La Rioja, Secció Primera, de 13 de març de 2007 (AC 2007/1068).

4. S'ha de partir sempre d'una presumpció de capacitat. Vegeu les sentències de l'Audiència Provincial de Lleó, Secció Segona, de 19 de novembre de 1998 (AC 1998/2073), de l'Audiència Provincial d'Alacant, Secció Sisena, de 8 de novembre de 2001 (AC 2002/284), i de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Quinzena, de 8 de juliol de 2004 (AC 2004/1244). Per la seva part, en relació amb la protecció del presumpte incaç, la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Civil, de 16 de setembre de 1999 (RJ 1999/6938) assenyala: «[...] implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial». Vegeu, així mateix, la Sentència d'aquest mateix tribunal de 14 de juliol de 2004 (RJ 2004/5204) i la Sentència de l'Audiència Provincial de Castelló, Secció Primera, de 2 de març de 2002 (JUR 2002/701).

en compte que en el sistema jurídic espanyol es permet a les persones incapacitades realitzar per si mateixes un bon nombre d'actes, com, per exemple, adquirir la possessió de béns (art. 443 CC), acceptar donacions pures (art. 626 *a contrario sensu* CC), contraure matrimoni (art. 56.2 CC), atorgar testament (art. 665 CC), reconèixer fills no matrimonials (art. 121 CC) o atorgar capitulacions matrimonials (art. 1330 CC).

Igualment correspon al tutor l'administració ordinària dels béns de la persona tutelada (art. 270 CC), però per a realitzar actes que excedeixin l'administració ordinària o la cura normal de la persona cal l'autorització judicial sota sanció de nul·litat (art. 6.3 CC). Així resulta de l'article 271 del Codi civil, segons el qual «[e]l tutor necessita autorización judicial: 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo. 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado».

Per la seva banda, el curador no és el representant legal de la persona incapacitada, no la supleix ni tampoc li administra el patrimoni, sinó que reforça, controla i canalitza la seva deficient capacitat complementant-la, motiu pel qual la seva funció no es considera de representació, sinó purament assistencial, per la qual cosa queda circumscrita exclusivament als actes determinats per la sentència d'incapacitació.<sup>5</sup> En aquest sentit, l'article 289 del Codi civil disposa com a regla que «[l]a curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». Si la sentència d'incapacitació no ha especificat els actes en què ha de ser necessària la

5. Vegeu les sentències de l'Audiència Provincial de Huelva, Secció Segona, de 14 de març de 1998 (AC 1998/3844), de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció Vint-i-dosena, de 13 de novembre de 2001 (AC 2002/323), i de l'Audiència Provincial de Biscaia, Secció Quarta, de 21 de febrer de 2006 (JUR 2006/156760).

intervenció del curador, s'entén que aquesta es fa extensiva als mateixos actes en què els tutors necessiten autorització judicial, és a dir, als actes d'administració extraordinària (art. 290 CC).

Pel que fa al defensor judicial, aquest exerceix una funció substitutòria i residual, ja que únicament ha d'actuar quan no pugui fer-ho el tutor o curador, quan hi hagi un conflicte d'interessos en algun assumpte entre la persona incapacitada i el representant legal d'aquesta o el curador, o quan el tutor o el curador hagin deixat de prestar les seves funcions fins que se'n nomeni un altre. El jutge ha de nomenar defensor judicial la persona que consideri més idònia per al càrrec (art. 300 CC). Finalment, l'article 302 del Codi civil determina que «[e]l defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida».

Encara que la Llei 13/1983 va significar un important avenç en la protecció de les persones que patissin alguna incapacitat que les inhabilités totalment o parcialment per a autogovernar-se, és, però, amb la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat, que es millora considerablement el tractament jurídic de les persones amb discapacitat, ja que, a més d'establir nous mecanismes de protecció d'aquestes, centrats en un aspecte essencial com és el patrimonial, amb la regulació del patrimoni protegit, també potencia extraordinàriament l'autonomia de la persona en la planificació de la seva esfera personal i patrimonial amb la regulació de l'autotutela, és a dir, la possibilitat que té una persona capaç d'obrar d'adoptar les disposicions que estimi convenientes en previsió de la seva pròpia futura incapacitació, la qual cosa pot ser especialment necessària en el cas de les malalties degeneratives (art. 223.2 CC).<sup>6</sup> Complementos d'aquesta figura són la reforma de

6. L'article 223.2 del Codi civil estableix que «[a]simismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». Vegeu les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Divuitena, de 22 d'abril de 2003 (AC 2003/2030) i 14 de setembre de 2004 (JUR 2004/287432), i de l'Audiència Provincial de Navarra, Secció Tercera, de 14 de juny de 2005 (AC 2005/1813), la qual assenyala que «la autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente. Esta figura ha sido introducida en el Código civil mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, LECiv y normativa tributaria», i afegeix que «la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso de diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán a la capacidad intelectual, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el



l'article 1732 del Codi civil i la instrumentació dels anomenats *apoderaments* o *mandats preventius*, en els quals la incapacitació judicial del mandant, sobrevingut l'atorgament del mandat, no es considera causa d'extinció d'aquest quan el mandant hagi disposat la seva continuació malgrat la incapacitació o incapacitat d'aquest, sens perjudici que aquesta extinció pugui ser acordada pel jutge en el moment de constituir la tutela sobre el mandant o en un moment posterior a insància del tutor. En aquesta línia, també es legitima la presumpta persona incapaç per a promoure la seva pròpia incapacitat, amb la qual cosa es modifica, per tant, l'article 757.1 LEC.

L'abast de la reforma operada per aquesta Llei 41/2003 va més enllà, perquè l'article 10 conté una sèrie de modificacions del Codi civil en matèria de successions. En aquest àmbit destaca la nova causa d'indignitat, la setena, que s'incorpora a l'article 756 del Codi civil. S'estableix que «són incapaços de succeir per causa d'indignitat: «7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil». Així mateix, s'afegeix a l'article 808 del Codi civil un nou paràgraf tercer que autoritza el testador perquè pugui constituir una substitució fideïcomissària sobre el terç de llegítima estricta a favor del fill o descendent judicialment incapacitat i fer fideïcomissaris els cohereus forçosos. En el nou article 822 del Codi civil es concedeix al legitimari discapacitat un dret d'habitació intransmissible sobre l'habitatge habitual que no es computarà, quan procedeixi d'una donació o un llegat del seu titular, per al càlcul de les llegítimes si en el moment de la mort d'aquest últim els dos estiguessin convivint.

Es reforma l'article 831 del Codi civil per tal d'introduir una nova figura de protecció patrimonial indirecta de les persones amb discapacitat. D'aquesta ma-

---

cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos, incluso, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Ley 41/2003, constituyendo un patrimonio protegido de los regulados por esta misma Ley, pues resulta difícilmente comprensible que las cualidades de constituyente, beneficiario y titular recaigan en una misma persona, de acuerdo con los artículos 2.1, 5.1 y 6.2. La autotutela permite que una persona organice su propia tutela cuando todavía goza de plenas facultades cognitivas y para el momento en que va a carecer de ellas siendo objeto de incapacitación judicial»; finalment, assenyala que «el artículo 223.II del Código civil establece como único medio de expresión de la voluntad de autotutela el documento público notarial. Se excluye, pues, el documento privado —que, por otra parte, no encajaría con el sistema de publicidad ideado—, y por contraposición al párrafo primero del artículo, el testamento —incluso el notarial—, que se reserva para la delación de la tutela sobre personas distintas del propio otorgante. Por lo tanto, sólo cabe el documento notarial *inter vivos*». Vegeu també les sentències de l'Audiència Provincial d'A Coruña, Secció Sisena, de 14 de novembre de 2007 (AC 2008/278), i de la mateixa audiència, Secció Tercera, de 19 de juny de 2009 (JUR 2009/309619).

nera es concedeix al testador la possibilitat que en el seu testament pugui conferir al cònjuge supervivent àmplies facultats per a millorar i distribuir l'herència quan un dels descendents tingui una discapacitat, i la d'ajornar aquesta distribució a un moment posterior en què es puguin tenir en compte la variació de les circumstàncies i la situació actual i les necessitats de la persona amb discapacitat. A més, aquestes facultats les poden concedir els progenitors amb descendència comuna encara que no estiguin casats entre si. Finalment, s'introdueix un nou paràgraf en l'article 1041 del Codi civil a fi d'evitar portar a col·lació les despeses realitzades pels pares i ascendents per a cobrir les necessitats especials dels seus fills o descendents amb discapacitat, i s'entén per «despeses» qualsevol disposició patrimonial.

En aquesta línia, l'article 12 de la Llei 41/2003 crea dins del títol XII del llibre quart del Codi civil un nou capítol II que, sota la rúbrica «Del contracte d'aliments», dota de contingut els articles 1791-1797 CC, que havien quedat sense contingut després de ser derogats per la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, de contracte d'assegurança. Com assenyalava l'exposició de motius de la Llei esmentada, amb la regulació d'aquest contracte d'aliments es persegueix ampliar les possibilitats que actualment ofereix el contracte de renda vitalícia per a atendre les necessitats econòmiques de les persones amb discapacitat i en general de les persones amb dependència, com la gent gran, i es permet a les parts que celebrin el contracte quantificar l'obligació de l'alimentant en funció de les necessitats vitals de l'alimentista.

Posteriorment, la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat, i la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència, tenien per objecte impulsar les garanties suplementàries que necessiten les persones amb discapacitat per a viure amb plenitud de drets o per a participar en igualtat de condicions que la resta dels ciutadans en la vida econòmica, social i cultural del país.

Per la seva banda, el legislador català, en ús de les facultats que tenia atribuïdes en matèria civil en virtut de l'article 149.1.8 de la Constitució espanyola i de l'antic article 9.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979, va aprovar la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars, que contenia una regulació detallada de les institucions tutelars en sis títols: títol I, «Disposicions generals»; títol II, «De la tutela»; títol III, «De la curatela»; títol IV, «Pàtria potestat prorrogada o rehabilitada»; títol V, «El defensor judicial», i títol VI, «La guarda de fet». En aquesta Llei es parteix del principi bàsic de la prevalença de la voluntat dels pares en la designació del tutor com a concreció del principi més ampli de llibertat civil que ha conformat tradicionalment el model de tutela familiar vigent en la societat catalana; es regulen de manera autònoma i íntegra la tutela i les institucions tutelars, i es completa la normativa sobre regles de protecció que ja figura en l'or-

denament jurídic català. D'aquí deriva un altre dels seus principis rectors, la protecció integral de qui ha de ser sotmès a una institució tutelar, la qual cosa significa l'atenció eficaç no només del seu patrimoni, sinó també de la seva persona.

La Llei 39/1991 instaura un sistema de pluralitat d'institucions tutelars, igual que la Llei 13/1983; per això els càrrecs tutelars que estableix la Llei són el tutor (art. 3-68), el protutor (art. 69-72), l'administrador patrimonial (art. 15.2), el curador (art. 73-83) i el defensor judicial (art. 86-90), a més dels càrrecs de caràcter voluntari que hagin pogut establir els pares o un tercer que hagués disposat de béns a favor del tutelat. Com a figura complementària, en coordinació amb la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors, es regula la situació de la guarda de fet (art. 91-96) i es pren en consideració l'exercici de funcions tutelars per l'entitat pública de protecció de menors.

Si s'opta pel model de tutela familiar, d'acord amb la tradició jurídica catalana, es distingeix la *delació testamentària*, ordenada pels pares mitjançant testament o capítols matrimonials, de la *delació judicial*, que només actua subsidiàriament si manca la previsió paterna. Aquesta àmplia llibertat de l'autoritat paterna, que es manifesta, a més, en la possible creació de més càrrecs tutelars, no implica que s'elimini la intervenció judicial. El jutge és qui nomena el tutor, qui li dóna possessió del càrrec, qui el remou, qui qualifica la seva capacitat i qui, en última instància, vetlla perquè s'exerceixi correctament el càrrec. Per tal de fer més operatiu el càrrec s'estableix de manera obligatòria la necessitat de nomenar un protutor sempre que el patrimoni del sotmès a tutela sigui important i no ho hagin prohibit els pares. La figura del protutor s'ajusta més al model de tutela familiar previst; és ell qui s'ha d'encarregar de fiscalitzar, en primera instància, l'activitat del tutor, per la qual cosa pot autoritzar actes, intervenir en l'inventari i en la rendició de comptes i posar en coneixement del jutge qualsevol irregularitat que observi en l'exercici del càrrec.

Es dedica una atenció especial a l'obligació d'inventariar els béns del tutelat, a la rendició de comptes anual i final i a les altres garanties, que es regulen detalladament. S'estableix el dipòsit dels comptes anuals al Registre Civil amb la finalitat de facilitar-ne la consulta a les persones interessades i d'agilitar la tasca de l'oficina judicial.

Així mateix, en aquesta Llei s'estableix la figura de l'administrador patrimonial i la possibilitat que també sigui tutor el cònjuge del tutor o la parella que conviu amb ell maritalment. Es nomena un administrador patrimonial quan el patrimoni del tutelat sigui de tal envergadura que calgui separar el contingut personal del patrimonial. L'administrador exerceix la tutela conjuntament amb el tutor i amb la supervisió del protutor, que no desapareix, de manera que es reserva el nom de *tutor* per a qui té cura de la persona del tutelat. Atesa la necessitat d'harmonit-

zar la legislació catalana sobre aquesta matèria, es distingeix, així mateix, entre el càrrec tutelar i l'exercici provisional de les funcions tutelars, que es poden dissociar temporalment.

Seguint els models de la legislació europea, se separa la tutela del menor d'edat de la de les persones incapacitades. Pel que fa al seu abast, aquesta última, depenent sempre de la sentència d'incapacitació, pot ser una tutela mitigada.

En tot cas, la regulació de la curatela es fa de manera completa i es configura amb unes característiques pròpies. Enfront de la tutela, com a règim de representació legal, la curatela es configura com un règim d'assistència i de complement d'una capacitat insuficient. Es distingeixen diverses classes de curador: el *curator bonorum* dels béns relictos, que es regula en la Compilació en el Llibre de successions; el curador del menor, la característica del qual és la transitorietat; el curador del pròdig, un *curator bonorum*, i el curador de les persones incapacitades, que pot, segons el que determini la sentència d'incapacitació, assumir funcions limitades a l'àmbit personal. Així mateix i com a novetat, per a aquest supòsit, en una mena de curatela reforçada, l'article 75 possibilita que en la sentència d'incapacitació, de forma excepcional i indicant-ho expressament, en consideració al grau de discerniment de la persona incapacitada es pugui disposar que el curador sigui representant legal de la persona incapacitada per a actes jurídics concrets. També es dedica una atenció especial, de conformitat amb el principi de la tutela familiar, a la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada, en la mesura que els pares poden actuar com a tutors o curadors dels seus fills majors d'edat incapacitats.

Pel que fa al defensor judicial, cal destacar el seu caràcter provisional i la no exigència d'autorització judicial per als actes que la requereixen quan el nomenament s'hagi efectuat específicament per a la realització d'algun d'aquests actes.

Es regula àmpliament la guarda de fet i per primera vegada es defineix el guardador, que és la persona física o jurídica que ha acollit de manera transitòria un menor que es troba desemparat per qui té l'obligació de custodiar-lo, o bé qualsevol altra persona que per raó de les seves circumstàncies personals necessita que la sotmetin a una institució de guarda de la seva persona i dels seus béns.

Respecte al règim transitori, es disposa el manteniment de les tuteles i curateles existents en la data d'entrada en vigor d'aquesta Llei, les quals queden sotmeses a aquesta pel que fa a l'exercici del càrrec. Atesa la novetat de certs càrrecs tutelars, s'estableix que el jutge exerceixi les funcions de protutor, llevat que aquest acordi nomenar-ne algun.

Posteriorment, la Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars, modificà els articles 4 i 5 d'aquesta Llei i hi afegí dues disposicions addicionals. Aquesta iniciativa legislativa responia a l'augment de l'esperança de vida de la població, que

dóna lloc a un sobreenvelliment de les persones i condueix a un increment de les patologies cròniques que poden impedir el propi govern. Operava, així mateix, en la línia de desenvolupament del Pla Integral de la Gent Gran aprovat pel Govern de la Generalitat, ja que en el contingut i les conclusions proposava vies d'actuació per a les problemàtiques derivades de l'envelliment. Sobre aquestes bases, les modificacions introduïdes per aquesta Llei, inspirada en el respecte a l'autonomia de la voluntat i en la protecció i el respecte de la persona en totes les circumstàncies que impedeixen que aquesta es governi per si mateixa, faculden les persones amb capacitat d'obrar per a designar tutors, protutors i curadors per a elles mateixes en previsió d'una futura declaració d'incapacitat, i estableixen per a això mecanismes per tal de prevenir actuacions que puguin perjudicar greument els drets d'aquestes persones (art. 5.1 Llei 39/1991: autotutela, autocuratela). Atès que la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars, aplica les regles sobre el nomenament de tutor, de protutor i de curador, d'acord amb els articles 69 i 79 aquestes modificacions regeixen igualment per a les designacions de protutor i de curador fetes per un mateix. No obstant això, aquests nomenaments no són vinculants per al jutge si s'han produït noves circumstàncies que qüestionen la idoneïtat de la decisió personal presa anteriorment.

La regulació vigent a Catalunya té com a precedent més immediat la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (CF). En aquesta norma es regulen la tutela i la curatela seguint la pauta de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, i de la Llei 11/1996, de 29 de juliol, però amb algunes particularitats que cal destacar. El sistema de tutela familiar, basat en la prevalença de la voluntat del pare i de la mare en la designació de la persona que ha d'exercir la tutela, com a concreció del principi més ampli de llibertat civil que ha inspirat tradicionalment el model de tutela vigent en la societat catalana, es modifica amb la supressió de la figura del protutor, que no havia arrelat; així mateix, es perfila el sistema de rendició de comptes de la tutela i es reforça amb la creació facultativa del consell de tutela (art. 226-236 CF), que pot establir-se en els casos de tutela deferida per la mateixa persona que s'ha de tutelar o pel pare o la mare. El sistema de tutela de família pot contrarestar l'actuació judicial a través de formes complementàries d'actuació, com la del consell de tutela. Precisament, aquest consell substitueix en alguns casos la intervenció judicial en el control de l'actuació de la persona que exerceix la tutela i pot concedir l'autorització per a determinats actes que en un altre cas requereixen autorització judicial.

Pel que fa a la pluralitat de guarda legal, el Codi de família regula la tutela (art. 167-225), la curatela (art. 237-246), el defensor judicial (art. 247-250), la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada (art. 160) i la guarda de fet (art. 253-258). També es considera la figura de l'administrador de béns per a l'hereu o legatari menor o in-

capacitat (art. 169). Es manté el binomi tutor com a representant legal i curador com a assistent, tot i que, a diferència de la Llei del 1991, desapareix qualsevol possibilitat que el curador excepcionalment representi la persona sotmesa a curatela.

D'acord amb l'article 167 CF, la tutela i en general les funcions tutelars s'exerceixen sempre en interès i d'acord amb la personalitat de les persones tutelades, i han d'assegurar la protecció de la persona tutelada, l'administració i guarda dels seus béns i en general l'exercici dels seus drets.

Finalment, es canvia la denominació del Registre de Tuteles i Autotuteles per la de Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris, que s'ajusta més a la seva funció, i es preveu la preceptiva comunicació, al jutjat on es va constituir la tutela, dels esdeveniments més importants del funcionament del consell de tutela en els casos en què s'hagi creat aquest òrgan.

D'acord amb el que disposa l'article 129 de la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, amb l'excepció de les matèries que l'article 149.1.8 de la Constitució atribueix en tot cas a l'Estat. Aquesta competència inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya, i sobre aquesta base competencial s'aprova la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu a la persona i la família, que conté, com és habitual, una regulació detallada de les institucions tutelars. Així, el títol II del llibre segon agrupa les institucions de protecció de les persones majors d'edat que no poden governar-se per si mateixes i la protecció dels menors, en particular la dels menors en situació de desemparament. Juntament amb aquestes institucions, s'inclou la regulació de l'assistència i la protecció patrimonial de les persones discapacitades i dependents.

La principal característica d'aquest títol II és que 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. S'opta per la idea de considerar que la incapacitació és un recurs massa dràstic i a vegades poc respectuós envers la capacitat natural de la persona protegida. Aquesta Llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però també en regula d'altres que operen o poden eventualment operar al marge d'aquestes, atesa la constatació que en molts casos la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure-la. Aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, i amb els principis de proporcionalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció, tal com preconitza la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol. En particular, les referències del llibre segon a la incapacitació i a la persona inca-

pacitada s'han d'interpretar d'acord amb aquesta Convenció i en el sentit menys restrictiu possible per a l'autonomia personal.

Les diferents formes de protecció contingudes en el Codi civil de Catalunya són la tutela (art. 222-1 a 222-54), la curatela (art. 223-1 a 223-10), el defensor judicial (art. 224-1 a 224-5) i la guarda de fet (art. 225-1 a 225-5). El capítol I d'aquest títol II conté unes disposicions comunes a totes les institucions de protecció, les quals es configuren com un deure que, sota el control de l'autoritat judicial, s'ha d'exercir en interès de la persona protegida i d'acord amb la seva personalitat, procurant que les decisions que l'afectin responguin als seus anhels i les seves expectatives.

Pel que fa a la tutela, el capítol II incorpora el règim del Codi de família però amb algunes novetats destacables. D'una banda, en la línia d'un major reforçament de l'autonomia de la persona, que segueix el camí iniciat per la Llei 11/1996, de 29 de juliol, s'admet l'autotutela, i, d'altra banda, es flexibilitza la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de facultats cognitives i volitives de la persona i s'admet que, si s'havia atorgat un poder en previsió d'una situació de pèrdua de capacitat, el fet que aquesta circumstància s'arribi a produir no comporta necessàriament l'extinció d'aquell poder; és a dir, es permet que, sense necessitat de constituir la tutela, l'apoderat pugui continuar tenint cura dels interessos de la persona que ja no es val per si mateixa. El que no impedeix és, òbviament, que en interès de la persona protegida s'arribi finalment a constituir la tutela i que l'autoritat judicial, si li ho demana el tutor, pugui resoldre l'extinció del poder. Es tracta de procurar que no sempre siguin necessàries la incapacitació i la constitució formal de la tutela, que es configura com una mesura de protecció especialment en casos de desamparament de la persona incapacitada, quan a la greu malaltia psíquica s'afegeix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar. Paral·lelament, s'han fixat unes cauteles per a l'atorgament de les escriptures que contenen la delació feta per un mateix, ja que s'ha detectat que, amb excessiva freqüència, algunes escriptures de designació de tutor s'atorguen just abans d'instar la incapacitació, cosa que fa sospitar que hi pot haver captació de la voluntat per part de la persona designada o simplement que l'atorgant no és plenament capaç. Per això, d'una banda es considera ineficaç la delació feta per un mateix si l'escriptura que la conté s'ha atorgat després d'haver-se instat el procés sobre la seva capacitat o després que el ministeri fiscal hagi iniciat les diligències preparatòries del procés, i d'altra banda es legitima les persones cridades per la llei per a exercir la tutela i el ministeri fiscal per a oposar-se judicialment a la designació feta pel mateix interessat dins l'any anterior a l'inici del procediment sobre la capacitat.

S'incideix també en l'aptitud per a exercir els càrrecs tutelars i s'adapten les normes sobre excuses a la realitat de la necessària i convenient especialització de les entitats tutelars no lucratives dedicades a la protecció de persones incapacita-



des. Per això es permet que les persones jurídiques s'excusin si no disposen de mitjans suficients per a desenvolupar adequadament la tutela o si les condicions personals de la persona tutelada són alienes als fins per als quals aquelles han estat creades. Finalment, en línia amb la crítica unànime que havien fet els operadors jurídics, també s'ha revisat el règim de rendició de comptes durant l'exercici del càrrec i al final d'aquest, i s'ha conclòs que s'han de retre davant l'autoritat judicial que ha constituït la tutela.

Els capítols III i IV tracten de la curatela i del defensor judicial, respectivament. Tot i que la curatela es concep com una institució complementadora de la capacitat, ja que és la persona protegida la que actua per si mateixa, s'admet que en supòsits d'incapacitació parcial la sentència pugui conferir facultats d'administració al curador, que, si cal, pot actuar com a representant. És per això que se li atribueix també l'obligació de retre comptes, pròpia de tota gestió de negocis aliens. En el capítol IV es manté el caràcter versàtil i flexible del defensor judicial, partint de la seva configuració com a institució tutelar que compleix una funció d'ajustament de les altres institucions de protecció, incloent-hi la potestat parental.

Per la seva banda, el capítol V delimita uns contorns més precisos per a la guarda de fet, que es vincula als casos en què es té cura d'una persona menor d'edat en situació de desemparament o d'una persona major d'edat amb una incapacitació. En aquest segon supòsit, l'obligació de comunicar el fet de la guarda a l'autoritat judicial es limita al cas en què la persona es troba en un establiment residencial, sens perjudici del que estableixi la legislació processal. En la pràctica s'ha pogut constatar que són excepcionals i més aviat extrems els casos en què les famílies prenen la decisió de sol·licitar la incapacitació de les persones ancianes afectades de demència senil o altres malalties que els impedeixen decidir per si mateixes. D'altra banda, quan s'exerceix la guarda de fet d'una persona que està en potestat parental o en tutela, també s'ha considerat pertinent que l'autoritat judicial pugui conferir funcions tutelars al guardador si hi ha circumstàncies —la durada previsible de la guarda o les necessitats de la persona guardada— que ho facin aconsellable. L'atribució de funcions tutelars comporta la suspensió de la potestat o de la tutela i evita al guardador la càrrega massa onerosa, sobretot en un context familiar, d'haver d'instar la privació de la potestat o la remoció del tutor.

Ara bé, en el nou model de protecció de la persona que dissenya el llibre segon, a més de la disposició que permet no constituir la tutela si ha atorgat un poder en previsió de la pèrdua de capacitat una persona discapacitada o dependent (art. 227-1 a 227-9 CCCat), hi ha el fet de considerar la incapacitació com un recurs subsidiari. El capítol VI es dedica a un nou instrument de protecció en el qual necessàriament no ha de concórrer una causa d'incapacitació: l'assistència, que s'adreça a la persona major d'edat que la necessita per a tenir cura de la seva perso-



na o dels seus béns a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques. Es parteix, així, d'una concepció de la protecció de la persona que no es vincula necessàriament als casos de manca de capacitat, sinó que inclou instruments que, basant-se en el lliure desenvolupament de la personalitat, serveixen per a protegir les persones en situacions com la vellesa, la malaltia psíquica o la discapacitat. Aquest instrument pot ser molt útil també per a determinats col·lectius de persones especialment vulnerables però per a les quals la incapacitació i l'aplicació d'un règim de tutela o de curatela resulten desproporcionades, com ocorre en el cas de les persones afectades per un retard mental lleu o altres persones per a les quals, pel tipus de disminució que pateixen, els instruments tradicionals no són apropiats per a atendre les seves necessitats. En la línia de les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció paral·lel a la tutela o la curatela; a més, aquesta tendència és la mateixa que va inspirar la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat. Centrem la segona part del nostre estudi en aquesta institució, però amb caràcter previ farem una breu referència a altres institucions de protecció en les quals també adquireix especial operativitat el principi d'autonomia de l'individu (autotutela i poders preventius).

Per la seva banda, continuant amb les institucions de protecció de la persona contingudes en aquest llibre segon, el capítol VII del títol II incorpora al dret català la figura del patrimoni protegit, que comporta l'afectació dels béns aportats a títol gratuït per la persona constituent, així com la dels seus rendiments i béns subrogats, a la satisfacció de les necessitats vitals d'una persona afectada per una discapacitat psíquica o física d'una certa gravetat o per una situació de dependència igualment severa. S'ha pogut constatar que, malgrat els beneficis fiscals establerts per la legislació estatal, els casos en què les famílies catalanes han fet servir aquest instrument han estat més aviat pocs. És per això que la regulació que es proposa és més coherent amb l'objectiu d'oferir una protecció patrimonial a la persona beneficiària, i així mateix parteix de la idea que aquest patrimoni no respon de les obligacions de la persona beneficiària ni tampoc de les de la persona constituent o de qui va fer aportacions, sinó que únicament queda vinculat per les obligacions concretes per l'administrador per a atendre les necessitats vitals de la persona protegida. Com a complement d'aquesta figura, es dissenya un règim d'administració del patrimoni protegit i de supervisió de l'activitat de l'administrador, i la disposició addicional primera regula també la creació del Registre de Patrimonis Protegits.

Finalment, el capítol VIII, l'últim del títol II, relatiu a la protecció dels menors deseparats, incorpora al llibre segon els aspectes civils de la Llei 37/1991, de 30

de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, i té en compte el nou model legislatiu de protecció de la infància i l'adolescència, en el qual la declaració de desemparament es reserva per als casos més greus, és a dir, aquells en què cal separar el menor del seu nucli familiar. En aquesta matèria, el Codi civil de Catalunya regula la protecció dels menors desemparats de manera paral·lela a les altres institucions de protecció de la persona i remet a la legislació sobre la infància i l'adolescència pel que fa als indicadors de desemparament, les mesures de protecció, el procediment per a la seva adopció i revisió, el règim de recursos i les causes de cessament. Alhora, es dóna una especial operativitat a la funció que compleix la persona o família acollidora, que assumeix la guarda i les responsabilitats parentals de caràcter personal respecte al menor i les facultats que en resulten, sens perjudici de la vigilància, l'assessorament i l'ajuda de l'organisme competent. A més, l'acolliment preadoptiu com a període de prova de l'adopció passa a regular-se, al costat d'aquesta, en el capítol v del títol III. Es posa fi, així, a la discriminació, encara que només ho hagi estat en termes de tècnica legislativa, derivada del fet que el règim protector dels menors desemparats, és a dir, els menors respecte als quals no es pot constituir una tutela ordinària perquè en el seu cercle proper no hi ha persones que se'n puguin fer càrrec, es manté en una llei especial. Per la seva banda, es conserva la legitimació de l'Administració pública per a instar la privació de la potestat parental i es completa la regulació amb una norma que considera causa justa per a la privació el fet que els progenitors, sense motiu suficient, no manifestin interès pel seu fill desemparat o incompleixin el règim de relacions personals durant sis mesos, o el fet que els fills menors d'edat o incapacitats pateixin abusos sexuals o maltractaments.

De tota manera, convé precisar que per al legislador català la capacitat natural és el criteri que fonamenta l'atribució de la capacitat d'obrar, de manera que, juntament amb l'edat, permet fer una valoració gradual de la capacitat no sempre vinculada a les diferents etapes de la vida d'una persona.<sup>7</sup> Així mateix, sobre la base de la distinció dels llibres que componen el Codi civil de Catalunya establerta en l'article 3, en relació precisament amb el llibre segon (lletra *b*), es distingeix entre persona física i família, fet que permet dotar les institucions tutelars d'un tractament autònom respecte de la família, atès que no es considera una continuació d'aquesta.

D'altra banda, sobre la base de l'Estatut d'autonomia de Galícia de 1981, pel qual es crea un nou marc dins del qual es pot conservar, modificar i desenvolupar

7. L'article 211-3 CCCat, sobre la capacitat d'obrar, assenyala: «1. La capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural, d'acord amb el que estableix aquest codi. 2. La plena capacitat d'obrar s'assoleix amb la majoria d'edat. 3. Les limitacions a la capacitat d'obrar s'han d'interpretar d'una manera restrictiva, atenent la capacitat natural».

el dret civil gallec, tal com determina l'article 27.4 d'aquest Estatut en fixar la competència exclusiva de la comunitat autònoma, a l'empara del que preveu l'article 149.1.8 de la Constitució Espanyola de 1978, la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia, dedica el títol III (art. 42-45) a l'autotutela. En l'article 42 s'estableix que «en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar substitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo». S'admet, tal com passa en el dret català, l'autotutela positiva i la negativa, el nomenament de substituïts dels designats i la seva constància en una escriptura pública. No obstant això, pel que fa als qui poden realitzar el negoci de l'autotutela, genèricament es refereix a les persones majors d'edat, sense tenir en compte si tenen o no capacitat d'obrar suficient, és a dir, si estan incapacitades absolutament o només parcialment, i sense que la sentència incapacitadora les hagi privat de la possibilitat de nomenar un tutor o curador. Per la seva banda, l'article 44 disposa: «Asimismo el interesado podrá: 1.º Fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona. 2.º Proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes». A més, com a novetat respecte a altres ordenaments autonòmics i a l'estatal, estableix la possibilitat que la persona interessada pugui delegar en el seu cònjuge o en una altra persona l'elecció del futur tutor entre una pluralitat de persones físiques o jurídiques prèviament identificades o relacionades en l'escriptura pública. Finalment, en la línia del dret aragonès, com es veurà posteriorment, les disposicions d'autotutela vinculen el jutge en el moment de constituir la tutela, llevat que el benefici de la persona incapacitada exigeixi una altra cosa; en aquest cas, ho haurà de fer mitjançant una decisió motivada (art. 45).

Finalment, el Decret legislatiu (DL) 1/2011, de 22 de març, pel qual s'aprova, amb el títol de «Codi del dret foral d'Aragó», el text refós de les lleis civils aragoneses,<sup>8</sup> després de manifestar en l'article 38 que ningú no pot ser incapacitat sinó en virtut de les causes que estableix la llei o per una sentència judicial que ha

8. Es refonen i, en conseqüència, es deroguen: a) el títol preliminar de la Compilació del dret civil d'Aragó, b) la Llei 1/1999, de 24 de febrer, de successions per causa de mort, c) la Llei 6/1999, de 26 de març, relativa a les parelles estables no casades, d) la Llei 2/2003, de 12 de febrer, de règim econòmic matrimonial i viduitat, e) la Llei 13/2006, de 27 de desembre, de dret de la persona, f) la Llei 2/2010, de 26 de maig, d'igualtat en les relacions familiars davant la ruptura de convivència dels pares, i g) la Llei 8/2010, de 2 de desembre, de dret civil patrimonial (disposició derogatòria única). El present Decret legislatiu i el text refós que s'aprova amb el títol de «Codi del dret foral d'Aragó» entraren en vigor el dia 23 d'abril de 2010 (disposició final única).

de determinar l'extensió i els límits de la incapacitació, així com el règim de protecció al qual ha de quedar sotmesa la persona incapacitada, i d'assenyalar com a causes d'incapacitació les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin a la persona governar-se per si mateixa, dedica el títol III a les relacions tutelars. El capítol I (art. 100-107) es dedica a les disposicions generals; el capítol II, a la delació, en concret la secció primera a la delació voluntària (autotutela, art. 108 i 110-114), la secció segona a la delació dativa (art. 115-117) i la secció tercera a la delació legal (art. 118-122); i el capítol III es dedica a la capacitat, l'excusa i la remoció (art. 123-129). Sobre la base d'una pluralitat de guardes, es dedica el capítol IV a la tutela (art. 130-147), el capítol V a la curatela (art. 148-155) i el capítol VII a la guarda de fet (art. 156-159).

Així, el dret aragonès manté el sistema de limitació de la capacitat per sentència judicial en virtut de les causes establertes en la llei (art. 38 i 49 DL 1/2011), la qual cosa significa l'aplicació del dret estatal, en especial pel que fa als processos sobre capacitat de les persones que preveuen els articles 756 i següents de la LEC. Així mateix, determina el consegüent sotmetiment de la persona incapacitada a tutela o a curatela (art. 100-152) o a l'autoritat familiar prorrogada o rehabilitada (art. 41-45).

Igual que l'ordenament català i a diferència del legislador espanyol, el dret aragonès regula amb les institucions tutelars el mandat, el qual no s'extingeix per la incapacitat o incapacitació (art. 109 DL 1/2011). A més, coincidint amb els ordenaments esmentats i amb aplicació preferent del que disposen el capítol dedicat a la incapacitat i la incapacitació i el títol III sobre els efectes de la incapacitació, l'article 40 DL 1/2011 es dedica al patrimoni especial de les persones amb discapacitat. En la mateixa línia que el dret català, la tasca del curador és fonamentalment d'assistència, si bé es permet que la sentència atribueixi al curador funcions de representació per a determinats actes d'administració o disposició de béns de la persona incapacitada. També es pot limitar la curatela a l'esfera personal (art. 150.2 DL 1/2011).

D'altra banda, davant l'existència de persones que podrien ser incapacitades però no ho estan, l'article 157 DL 1/2011 preveu l'obligació del guardador de fet de posar això en coneixement del jutge o del ministeri fiscal. També estableix les pautes que permeten prendre decisions respecte a l'esfera personal de la persona malalta no incapacitada (art. 35 DL 1/2011), ja que, pel que fa a la intromissió en els seus drets de la personalitat quan no estigui en condicions de decidir per si mateixa, requereix el consentiment del cònjuge no separat judicialment o de fet o del parent més proper que s'ocupi d'ella. A falta d'aquestes persones, el jutge ha de resoldre el que estimi més convenient per a aquesta.

En tot cas, la llei estableix una presumpció de capacitat de totes les persones majors de catorze anys que no estiguin incapacitades (art. 34.1 DL 1/2011). La re-

gla és coherent amb l'absència de representació legal a partir d'aquesta edat i amb la possibilitat de realitzar per un mateix, amb la necessària assistència segons els casos, tota classe d'actes i contractes. Es presumeix també la seva aptitud d'entendre i voler per a un acte concret mentre no es demostrï el contrari (art. 34.2 DL 1/2011); aquesta regla és important, ja que per a la validesa dels actes es requereix que el subjecte gaudeixi de l'aptitud mental suficient per a formar i exterioritzar la seva voluntat (*capacitat natural*). En conseqüència, serà possible impugnar els actes realitzats per persones no incapacitades quan es desvirtui la presumpció legal de capacitat mitjançant la prova de l'absència d'entesa i de voluntat en el moment de l'atorgament. En aquest cas, l'acte realitzat per la persona no incapacitada serà invàlid i anul·lable mentre no sigui confirmat per les persones que puguin anul·lar-lo (art. 37.1 i 2 DL 1/2011).<sup>9</sup>

Ara bé, la majoria de les reformes operades en els diferents codis civils ressenyats, o almenys les que hagin de tenir lloc en un futur, tenen com a referència normativa la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol el 23 de novembre de 2007,<sup>10</sup> en vigor des del 3 de maig de 2008, i semblen inclinar-se favorablement per la necessitat de flexibilitzar el sistema actual de càrrecs tutelars. Si tenim present la tendència, que està adquirint carta de naturalesa, a substituir el sistema basat en la incapacitació i la tutela o la curatela per un *sistema de suports* més d'acord amb el respecte a la dignitat de la persona amb discapacitat i, per tant, amb les dues vessants del principi d'autonomia de l'individu, que són el respecte a la voluntat de la persona protegida i la preservació màxima de la capacitat, de manera que, encara que s'hagi establert un sistema de representació, es possibiliti un cert àmbit de decisió a la persona en tot allò relatiu als actes de naturalesa personal,<sup>11</sup>

9. Vegeu un estudi més profund de la matèria a M. Á. PARRA LUCÁN, «La familia en el derecho civil de Aragón», a Mariano YZQUIERDO TOLSADA i Matilde CUENA CASAS (dir.), *Tratado de derecho de familia*, vol. VII, *La familia en los distintos derechos forales*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, p. 805-850.

10. «Instrument de ratificació de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006», *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 96 (21 abril 2008), p. 20648-20659.

Abans, el Consell de la Unió Europea havia aprovat la Recomanació 98 (9), de 18 de setembre de 1998, relativa a la dependència, i la Recomanació 99 (4), de 23 de febrer de 1999, sobre els principis que es refereixen a la protecció jurídica de les persones incapaces i la qual consagra com a primer i fonamental principi el respecte de la dignitat de la persona.

11. L'article 3 de la Convenció fixa com a principis d'aquesta: «a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas», i l'article 12 disposa que «1. Los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los

això significa el reconeixement d'una capacitat natural a la persona protegida.<sup>12</sup> Així mateix, el dret aragonès (art. 34 DL 1/2011) sembla mostrar-se favorable a un sistema de curatela reforçada com el que existeix en el dret francès i amb un abast limitat a l'àmbit patrimonial en relació amb la curatela de les persones incapacitades com el contingut en l'article 223-6 del Codi civil de Catalunya, on el curador, a més de completar la capacitat, pot representar la persona incapacitada en actes concrets,<sup>13</sup> o en l'article 150.2 DL 1/2011, el qual possibilita que en la sentència d'incapacitació es pugui concedir al curador la representació per a determinats actes d'administració o de disposició de béns de la persona incapacitada.

En aplicació dels principis i drets reconeguts en aquesta Convenció i assumits com a mode d'actuació en el marc comú europeu, s'ha adoptat la Resolució del Consell de la Unió Europea i dels Representants dels Governos dels Estats Membres, reunits en el si del Consell, relativa a un nou marc europeu de la discapacitat (2010/C 316/01), publicada en el *Diari Oficial de la Unió Europea* del 20 de novembre de 2010. Es tracta d'una nova resolució adoptada pel Consell de la Unió Europea i els representants dels estats membres que convida la Comissió a elaborar una nova estratègia europea de la discapacitat fonamentada en els valors consagrats en els tractats europeus, en l'Estratègia Europa 2020 i en la Convenció de l'ONU sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat. En aquesta Resolució es delimita el camp d'actuació general en els termes següents: 1) adaptació de la legis-

---

estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas a la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

12. La Llei francesa de 5 de març de 2007 possibilita que, tot i existir un tutor nomenat, la persona tutelada pugui realitzar l'acte si té suficient capacitat per a fer-ho.

13. M. PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *La Ley* (9 setembre 2011), p. 10.

lació nacional i europea a la Convenció; 2) incorporació de qüestions sobre discapacitat a l'Estratègia Europa 2020 i mesures específiques a favor de les persones amb discapacitat; 3) incorporació de plans i programes específics en matèria d'ocupació i inclusió per a aquestes persones i les seves famílies; 4) adopció de mesures específiques en matèria de formació i ocupació per a persones amb discapacitat que permetin aconseguir l'objectiu sobre la taxa d'ocupació prevista a l'Estratègia Europa 2020 (75 % de la població entre vint i seixanta-quatre anys); 5) aconseguir solucions consensuades mitjançant la coordinació de les institucions europees i els estats membres, les persones amb discapacitat i la societat civil en general; 6) concreció dels avenços que s'han d'aconseguir en els àmbits de l'educació (sistemes educatius inclusius i formació contínua del professorat), l'accessibilitat (foment de l'accessibilitat marítima, terrestre i electrònica i creació de la targeta de mobilitat europea) i l'ocupació (formació i rehabilitació professional, igualtat de tracte i no-discriminació, i ajustaments raonables). En definitiva, es pretenen reforçar a Europa els drets humans de les persones amb discapacitat fomentant respecte a aquestes la plena inclusió social, la igualtat d'oportunitats i la no-discriminació, i procurant l'adequada participació de totes les parts interessades.

D'altra banda, en coherència amb el que disposa la Convenció de l'ONU, que és dret intern,<sup>14</sup> la Llei 1/2009, de 25 de març, en la seva disposició final primera, rubricada «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», estableix que «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 31 de diciembre de 2006».

Per la seva banda, la Sentència de 29 d'abril de 2009,<sup>15</sup> del Ple de la Sala Civil, Secció Primera, del Tribunal Suprem, en consideració a la pròpia doctrina de la Sala Primera i a la Sentència del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 d'octubre,<sup>16</sup>

14. Vegeu la Sentència del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrer de 2011 (RJ 3493/2007) (La Ley 3403/2011).

15. RJ 2009/2901.

16. La Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 2002/174 diu que «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo



ha determinat en el seu fonament de dret setè que «[e]l sistema de protecció establert en el Código Civil segueix vigent, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil, y del artículo 760.1 de la LEC. 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden auto-gobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

En essència, per al Tribunal Suprem, la institució de la incapacitació no és contrària als valors de la Convenció, tot i que a vegades sigui necessari establir el sistema protector que substitueixi la persona declarada incapaç per a protegir-la, igual com succeeix en altres sistemes legals vigents en altres ordenaments.<sup>17</sup> Així mateix, el Tribunal Suprem, respecte de les diferents situacions sobre incapacitat a què es refereix la Convenció, assenyalava que l'actual regulació de les mesures de

---

lo 10 de la Constitución española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 del Código civil), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 de la LEC), que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (artículos 199 y 200 del Código civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

17. **Vegeu E. RUBIO TORRANO**, «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York», *Aranzadi Civil*, any 2009, núm. 2, p. 2117 i 2118.

Com precisa **M. PEREÑA VICENTE**, «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», a **José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ** (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, La Ley, 2011, p. 203, «crear un sistema paralelo en el que el juez no interviene al margen de opiniones personales, vulnera frontalmente la Convención de las Naciones Unidas por dos motivos: 1) Porque, como hemos señalado, no se respeta el principio de proporcionalidad ya que el mandatario sustituye y no asiste o apoya; 2) Porque a menudo, quienes atacan la incapacitación judicial y defienden pasar a un indefinido “sistema de apoyos” al que se refiere el artículo 12 de la Convención, olvidan lo que el mismo precepto exige: que las medidas de salvaguarda estén sometidas al control y a “exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial”».



protecció es basa en tres solucions al seu torn adaptables a cada situació concreta: a) la incapacitació, b) la curatela i c) les mesures que s'han de prendre en el cas de les persones discapacitades no incapacitables pel que fa als aspectes patrimonials, regulades en la reforma del Codi civil efectuada per la Llei 41/2003. Precisa igualment que, perquè funcionin els sistemes de protecció, cal que concorrin alguns requisits com ara la situació de manca de capacitat, entesa en sentit jurídic i amb caràcter permanent, és a dir, que hi ha d'haver una estabilitat per a la realització d'una sèrie d'actes i activitats i sobretot per a desenvolupar de forma adequada i lliure la personalitat. Això comporta que puguin produir-se una varietat de possibles situacions caracteritzades pel seu origen i la diversitat de graduació i qualitat de la insuficiència psíquica, i la major o menor reversibilitat de la insuficiència. Per això s'afirma que la incapacitació, com la minoria d'edat, no canvia gens la titularitat dels drets fonamentals, tot i que sí que determina la seva forma d'exercici, i és per aquest motiu que s'ha d'evitar una regulació abstracta i rígida de la situació jurídica de la persona discapacitada.<sup>18</sup>

## 2. LES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Com hem assenyalat anteriorment, a Espanya el primer ordenament jurídic que ha regulat l'autotutela ha estat el dret català a través de l'article 5.1 de la Llei 11/1996.<sup>19</sup> Actualment aquesta institució es regula en els articles 222-4, 222-7,

18. Vegeu així mateix, sobre la Sentència del Tribunal Suprem, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82 (gener-abril 2010), p. 317-350, i C. LASARTE ÁLVAREZ, «Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 19 de abril», a Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Mario E. CLEMENTE MEORO, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA i Rafael VERDERA SERVER (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. I, València, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1325 i 1326.

19. Després, la Llei catalana 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (CF), contenia un títol VII, «La tutela i les altres institucions tutelars», el capítol II del qual regulava «La delació de la tutela», i la seva secció primera portava la rúbrica «La delació voluntària». L'article 172 CF es referia a les delacions fetes per un mateix en els termes següents: «1. Qualsevol persona, en previsió de ser declarada incapaç, pot nomenar, en escriptura pública, les persones que vol que exerceixin algun o alguns dels càrrecs tutelars establerts per aquest Codi, i també designar-ne substituïts o excloure'n determinades persones. En cas de pluralitat successiva de designacions, preval la posterior. També pot establir el funcionament, la remuneració i el contingut, en general, de la seva tutela, especialment pel que fa a la cura de la seva persona. Aquests nomenaments es poden fer tant de forma conjunta com successiva. 2. Els nomenaments i les exclusions poden ser impugnats per les persones cridades per la llei per a

222-8, 222-9 i 222-10 CCCat, si bé aquest últim està contingut en una secció diferent, titulada «Delació judicial de la tutela», ja que els articles 222-4 a 222-9 formen part d'una secció anterior, la segona, rubricada «Delació voluntària», en la qual, juntament amb l'autotutela, també es regula la tutela deferida per les persones titulars de la potestat parental (art. 222-5 i 222-6 CCCat). De tota manera, convé tenir present el que disposa l'article 236-34 CCCat respecte de la incidència de l'autotutela en els casos de rehabilitació de la pàtria potestat.<sup>20</sup>

Sobre aquestes bases, Diego Crehuet del Amo, qui doctrinalment va plantejar per primera vegada a Espanya la possibilitat que una persona organitzi la seva tutela en previsió de la seva futura incapacitat, va definir el que ell denominava *tutela fiduciària* com «la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad. Es pues, la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz».<sup>21</sup> El 1997, a *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, es conceptua l'autotutela com «la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad».<sup>22</sup>

Per la seva banda, sobre la base dels nombrosos estudis doctrinals sobre la matèria, García-Granero Colomer assenyala que l'autotutela representa «la facultad que tendría una persona plenamente capaz de preveer su propia incapacidad y

---

exercir la tutela o pel ministeri fiscal, si en constituir-se la tutela s'ha produït una modificació sobrevinguda de les causes explicitades o que presumiblement hagin estat tingudes en compte en efectuar la designació o l'exclusió».

Amb relació a aquesta admissió expressa de l'autotutela a Catalunya, Ferrer i Riba estima que «s'ha obert una nova dimensió a l'autonomia privada, desconeguda en la legislació civil espanyola i de molts països europeus». Vegeu J. FERRER I RIBA, «Les institucions tutelars en el Codi de família (I)», *La Llei de Catalunya*, núm. 239 (18 gener 1999), p. 1.

20. L'article 236-34 CCCat té la següent redacció: «1. La declaració judicial d'incapacitat dels fills majors d'edat o emancipats comporta la rehabilitació de la potestat parental, en els termes que estableixi la mateixa declaració. 2. No obstant el que estableix l'apartat 1, la potestat no es rehabilita si l'incapaç ha designat un tutor o un curador per ell mateix, d'acord amb el que estableix aquest codi, o si s'ha de constituir la tutela o la curatela a favor del cònjuge, de la persona amb qui conviu en parella estable o dels descendents majors d'edat de l'incapaç».

21. D. M. CREHUET DEL AMO, «La tutela fiduciària», a *Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sesión del día 23 de mayo de 1921*, Madrid, 1921, p. 9.

22. Vegeu L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, C. ROGEL VIDE, J. CAFFARENA LAPORTA, A. CABANILLAS SÁNCHEZ i R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Madrid, Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM), Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales, y Patronato para Ayuda a Subnormales, Fundación General Mediterránea, 1977, p. 22.

regularla convenientemente».<sup>23</sup> Badosa Coll la defineix com «la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en consideración de una eventual incapacitación».<sup>24</sup> Per a Dávila Huertas és «aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona física, en previsión de ser declarada incapaz, nombra, en escritura pública y para que actuen de forma conjunta y sucesiva, con o sin retribución, a una o varias personas dignas de su confianza, para el cargo de tutor y, en su caso, para integrar los órganos tutelares que constituya con este acto».<sup>25</sup> Rivas Martínez assenyala que és «la guarda de la persona y bienes deferida por el mismo interesado, antes de haber incidido en incapacidad»,<sup>26</sup> i Martínez-Piñeiro la considera «la institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluyendo la designación de tutor».<sup>27</sup> La doctrina majoritària coincideix amb aquestes definicions descriptives a destacar la necessitat d'atorgament per part d'un major d'edat capaç amb l'objectiu de configurar la seva tutela i nomenar el seu tutor davant la possibilitat de ser incapacitat en el futur. Des d'aquesta perspectiva, tal legitimació només se centra en el que s'anomena *autotutela positiva*, sense incloure la negativa.

En consideració precisament a aquest tractament parcial de la matèria i sense obviar-lo, Pérez de Vargas ofereix una conceptualització en la qual s'integren ambdues modalitats d'autotutela, i per aquest motiu la defineix com «la facultad de que disfruta una persona para designar a su propio tutor, o para excluir a alguien de este cargo, en previsión de su eventual incapacitación».<sup>28</sup> En aquest mateix sentit, en

23. A. V. GARCÍA-GRANERO COLOMER, «La autotutela en el derecho común español», *Boletín del Colegio Notarial de Granada* (gener 1998), p. 200.

24. F. BADOSA COLL, «La autotutela», a *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 903.

25. E. DÁVILA HUERTAS, «Autotutela», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 227 (abril 2000), p. 1311.

26. O també «la legitimació d'una persona per regular el mecanisme protector de la seva tutela en contemplació d'una eventual incapacitació». Vegeu J. J. RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacitación», *Revista Jurídica del Notariado* (abril-juny 1998), p. 156.

27. E. MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60 (octubre-desembre 2006), p. 173.

28. VEGEU J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, núm. 85 (desembre 2001), p. 944, i J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos», a José Pérez de Vargas Muñoz (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, p. 69, el qual defineix l'autotutela com «la facultad que tiene una persona, con capacidad de obrar suficiente, para designar, en documento público notarial, a su propio tutor, o para excluir a alguien de este cargo, en previsión de su futura incapacitación».

estudiar l'autotutela en la legislació catalana, Garrido Melero<sup>29</sup> la conceptua com «la posibilidad de que cualquiera, en previsión del caso en que pueda ser declarado incapaz, puede nombrar en escritura pública a los organismos tutelares que estime oportuno, así como excluir a determinadas personas de estos cargos».<sup>30</sup>

Pel que fa a la conceptuació legal, l'article 222-4.1 CCCat assenyala que «en el cas que sigui declarada incapaç, tota persona amb plena capacitat d'obrar pot nomenar o excloure, en escriptura pública, a una o més persones perquè exercixin els càrrecs tutelars. També pot fer disposicions respecte al funcionament i el contingut del règim de protecció que pugui ser adequat, especialment pel que fa a la cura de la seva persona». Sens dubte, aquesta forma de procedir d'alguns autors en la conceptuació àmplia de la figura de l'autotutela i en la línia de l'esmentat article 222-4.1 CCCat resulta més adequada, ja que ofereix una visió més completa de les opcions a qui, major d'edat i capaç, decideix regular de la forma que considera més oportuna la seva futura guarda, i a aquest efecte designa qui vol que sigui el seu tutor o simplement exclou les persones que no han d'integrar aquest càrrec. Aquesta forma de procedir coincideix amb la que disposen els pares en relació amb la designació en un testament o en un document públic de la persona que ha d'exercir la tutela dels seus fills.

En la configuració de la tutela, com a negoci jurídic de dret família, podem assenyalar els següents caràcters, d'elaboració pràcticament doctrinal:<sup>31</sup>

29. M. GARRIDO MELERO, «La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad del padre y la madre, y la tutela en Cataluña», *La Notaria* (Col·legi de Notaris de Barcelona) (1997), p. 21.

30. En la mateixa línia dels dos autors esmentats, vegeu I. CARPIO GONZÁLEZ, «Primera regulación de la autotutela en derecho español: la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio», *Boletín de Información de la Academia Granadina de Notariado* (Ilustre Colegio Notarial de Granada), núm. 189 (novembre 1996), p. 2811, que defineix l'autotutela com «la posibilidad de que una persona mayor de edad, para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)». Romero Candau s'hi refereix de forma concisa com la «posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien de tal cargo». Vegeu P. ROMERO CANDAU, «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado* (Madrid, Edersa), t. VIII (1995), p. 457.

Per la seva part, en la Sentència de l'Audiència Provincial de Navarra, Secció Tercera, de 14 de juny de 2005 (AC 2005/1813), el ponent Juan José García Pérez, en el fonament jurídic segon, assenyala que «[l]a autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente».

31. Vegeu el tractament d'aquests caràcters dut a terme per E. DÁVILA HUERTAS, «Autotutela», p. 1312 i 1313; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institución a regular», p. 959 i 960; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 69-72; A. J. JIMÉNEZ CLAR

1) Unilateral: la declaració negocial procedeix d'una sola persona, l'atorgant, i és suficient la seva sola voluntat per a entendre perfeccionat el negoci.<sup>32</sup> Aquest subjecte és l'únic que pot disposar, d'acord amb el dogma de l'autonomia privada, de la seva pròpia esfera jurídica. La designació del tutor per a un mateix, per tant, s'ha d'imposar sense necessitat d'acceptació del cridat a ser tutor.<sup>33</sup> La declaració de voluntat guanya substantivitat i independència, sense necessitat que hagi de ser rebuda per un destinatari especial.<sup>34</sup>

2) *Recepticio*: s'adreça a una o més persones cridades a ocupar el càrrec de tutor, l'acceptació de les quals resulta essencial per a la producció d'efectes. Cal, per tant, la notificació a aquestes de la declaració de voluntat perquè adquireixin coneixement de la declaració mateixa,<sup>35</sup> i no cal dir que tal declaració de vo-

---

«La autotutela y los apoderamientos preventivos», a Manuel Ángel RUEDA PÉREZ (coord.), *Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados, Valencia 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, València, IVEN-CGNE, 2005, p. 130 i 131; D. BELLO JANEIRO, «Autotutela e incapacitación voluntaria», a Domingo BELLO JANEIRO i Carlos MALUQUER DE MOTES i BERNET (coord.), *La tutela de las personas mayores*, Santiago de Compostela, Editorial Xunta de Galicia, 2004, p. 40; D. BELLO JANEIRO, «Autotutela e incapacitación voluntaria», a José PÉREZ DE VARGAS (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2007, p. 44; E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», p. 174, i J. M. BUSTOS LAGO, «La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia», *Actualidad Civil*, núm. 6 (maig 2007), p. 999 i 1000.

32. **Vegeu** J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institución a regular», p. 944, i E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», a E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, p. 63, si bé, respecte a la designació pels pares de tutors per als seus fills, vegeu C. ROGEL VIDE, «Comentario al artículo 223 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 698, el qual assenyala que «la designación de un tutor es también un negocio jurídico de derecho de familia, en cuanto implica una manifestación unilateral de voluntad y no recepticia, protegida por el ordenamiento jurídico».

33. **Vegeu** L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *La tutela*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 121, i A. V. GARCÍA-GRANERO COLOMER, «La autotutela en el derecho común español», p. 211, per a qui «la comparecencia del llamado a ser tutor no es necesaria ni conveniente». Vegeu també el segon paràgraf de l'article 223.2 CC («[...] cualquier persona [...] podrá [...]») i l'article 45 de la Llei de dret civil de Galícia.

34. J. J. RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones», p. 225.

35. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institución a regular», p. 944; D. BELLO JANEIRO, «Autotutela e incapacitación voluntaria», p. 40; E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Foro Galego. Revista Xurídica*, núm. 195 (primer semestre 2006), p. 138, i X. A. BARREIRO PEREIRA, «Autotutela e incapacitación voluntaria», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28 (juliol-setembre 2005), p. 84.

Per la seva part, C. ROGEL VIDE, «Comentario al artículo 223 del Código civil», p. 698, nega la necessitat d'aquest caràcter, si bé, com hem esmentat, en la situació similar de designació pels pares de tutor per als seus fills menors.

luntat, perquè produeixi efectes, cal que es doni a conèixer a l'autoritat judicial.<sup>36</sup>

3) Personalíssim: com la generalitat dels negocis de dret de família, només la persona titular d'aquest dret pot exercitar-lo sobre la base de la confiança i l'afecte que li mereix la persona que designi tutora, i com a regla general no pot fer-ho per mitjà d'un representant, enfront del que succeeix en els negocis de dret patrimonial.<sup>37</sup> No s'admet la delegació en una tercera persona, però aquesta nota es trenca en l'article 43 de la Llei de dret civil de Galícia, que possibilita que la facultat d'elecció del tutor es pugui delegar en el cònjuge o en una altra persona especialment determinada a aquest efecte.<sup>38</sup>

4) *Inter vivos*: la producció d'efectes i, per tant, l'eficàcia de la declaració de voluntat emesa pel titular del dret tenen lloc en vida d'aquest, i no amb la seva mort, si bé aquesta eficàcia queda suspesa fins que tingui lloc la seva declaració d'incapacitat.<sup>39</sup>

---

En el mateix sentit però per a l'autotutela, en nega la naturalesa receptícia J. M. BUSTOS LAGO, «La autotutela y la situación de ausencia», p. 999, que argumenta respecte a aquesta qüestió que «el carácter no recepticio es propio de los negocios de derecho de familia, y de los negocios con eficacia *mortis causa*, cuya eficacia no se deriva de la notificación o comunicación de la declaración de la voluntad negocial a otra persona, por más que, en el momento en que actúa la misma, la propia estructura del negocio determine la necesidad de conocimiento por el sujeto a favor del que se dispuso. Se trata de una declaración de voluntad cuya eficacia no exige que sea encaminada a nadie, perfeccionándose sin necesidad de que llegue a conocimiento de su destinatario, pretendidamente el designado para el ejercicio del cargo tutelar».

36. E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60 (octubre-desembre 2006), p. 174.

37. Tot i que la regla general és la seva substanciació en la doctrina, aquesta característica es troba recollida expressament en l'article 197 del Codi de família de Catalunya. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institució a regular», p. 944, n. 31.

Per la seva part, E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60 (octubre-desembre 2006), p. 174, assenyala que «el artículo 223 del Código civil establece que “cualquier persona [...] podrá [...] adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona [...]”, lo que nos conduce a los llamados derechos de la personalidad y su intransmisibilidad».

Tot i així, A. J. JIMÉNEZ CLAR, «La autotutela y los apoderamientos preventivos», p. 130, matisa que «sí parece posible la designación de un representante que atienda el cumplimiento de las disposiciones previamente establecidas para la autotutela, sin perjuicio de las facultades decisorias que corresponden al juez. En este caso, la función del representante tendrá una naturaleza muy cercana a la del albacea testamentario. Su oficio tendrá carácter temporal, que será el período de constitución de la tutela, y cesará en sus funciones una vez comience la actuación del tutor». I afegeix que «[a]simismo, se puede designar a un representante que promueva la incapacitación del otorgante».

38. L'article 43 de la Llei de dret civil de Galícia disposa que «[l]a persona interesada podrá también delegar en su cónyuge u otra persona, la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en la escritura pública».

39. M. A. CAMPO GUERRI, «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34 (abril-juny 2000), p. 22.

5) Gratuït: per regla general, si bé cal que es fixi una retribució i el contingut d'aquesta.

6) Solemne: sotmès, per a la seva validesa, al compliment de determinades formalitats legals, en concret la necessitat de plasmació en una escriptura pública.<sup>40</sup>

7) Revocable: com passa en les disposicions testamentàries, la declaració de voluntat emesa per la mateixa persona interessada es pot modificar tantes vegades com sigui necessari,<sup>41</sup> si bé aquesta revocació ha de tenir lloc mentre subsisteixi la situació de plena capacitat de la persona interessada i no s'hagi iniciat el procés d'incapacitació.<sup>42</sup> En el cas que una persona hagi fet diverses designacions, preval la posterior, solució expressament prevista en l'article 172.1 del Codi de família català, però que s'omet en l'article 223 del Codi civil.<sup>43</sup>

8) Principal: amb substantivitat pròpia, sense necessitat de dependre de cap altre subjecte per a la seva validesa i eficàcia.

---

Si es tractés d'una delació testamentària, estaríem, però, davant d'una espècie híbrida o mixta. Respecte d'aquesta qüestió, García Cantero diu que «nos hallaríamos ante una declaración de voluntad *inter vivos* destinada a producir efectos *post mortem* del disponente». Vegeu G. GARCÍA CANTERO, «Los principios de la normativa de la tutela», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (juliol 1985), p. 96.

És d'aquest mateix parer Rivas Martínez quan diu que en l'autodelació testamentària podem distingir els següents períodes: el primer va des de l'atorgament fins a la mort del seu autor, i el segon neix amb la defunció del testador. Vegeu J. J. RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones», p. 231.

40. Vegeu l'article 223 del Codi civil: document públic; l'article 222-4.1 del Codi civil de Catalunya: escriptura pública; i l'article 42 de la Llei de dret civil de Galícia: escriptura pública.

41. Vegeu J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institució a regular», i J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 944; E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60 (octubre-desembre 2006), p. 188; A. I. BERROCAL LANZAROT, «Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* (Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense), vol. 9 (2008), p. 63 i 64. Per la seva part, V. J. CASTILLO TAMARIT, «Tutela, autotutela, protecció de menors», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39 (juliol-setembre 2001), p. 42-43, disposa que no resulta admissible que el jutge nomeni tutor qui ha estat exclòs per la persona tutelada.

42. Vegeu L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *La tutela*, p. 121; tot i que fa referència al terme *renovació*, més que no pas al de *revocació*, assenyalava en el capítol titulat «¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho?», p. 350, que, en cas que s'admeti la delació voluntària de la tutela, el negoci ha de ser revocable mentre no s'iniciï el procediment sobre la capacitat de la persona, a causa del caràcter mudable de la voluntat humana fins a la mort.

43. Afegeix una solució similar J. M. BUSTOS LAGO, «La autotutela y la situación de ausencia», p. 1000: ha d'aplicar-se en cas que una persona hagi realitzat successives delacions amb clàusules incompatibles entre si.



9) Familiar: es tracta, com hem indicat en línies precedents, d'un negoci jurídic de família amb contingut no només personal, sinó també patrimonial.<sup>44</sup>

10) Típic: és una institució amb regulació pròpia recent en els articles 223 i 234 del Codi civil.

Pel que fa a les modalitats, la regulació de la nova figura comprèn tant l'anomenada *autotutela activa o positiva*, és a dir, la possibilitat que qualsevol persona, en previsió que pugui ser declarada incapaç, designi en una escriptura pública els organismes tutelars que estimi oportuns, com l'*autotutela negativa o passiva*, és a dir, l'exclusió per idèntic mitjà de determinades persones per a aquests càrrecs (art. 222-4.1 CCCat).<sup>45</sup>

Respecte a qui pot realitzar el negoci constitutiu de l'autotutela, l'article 222-4.1 CCCat es refereix a «tota persona amb plena capacitat d'obrar», la qual cosa restringeix la possibilitat de realitzar el negoci de l'autotutela exclusivament als majors d'edat que no han patit cap restricció de la seva capacitat d'obrar.<sup>46</sup>

44. Lete del Río disposa que aquest caràcter «le imprime una peculiar configuración, en cuanto que la autonomía de la voluntad encuentra su límite en un interés superior, cual es el de la familia, y, en definitiva, el de la sociedad. No admite determinaciones accesorias de la voluntad y la condición o el término se tendrán por no puestos». Vegeu J. M. LETE DEL RÍO, «Comentario al artículo 223 del Código civil», a Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentario del Código civil y compilaciones forales*, t. IV, 2a ed., Madrid, Edersa, 1985, p. 263.

45. Vegeu igualment l'article 42 de la Llei 2/2006, de dret civil de Galícia, i l'article 108 del Codi de dret foral d'Aragó.

En canvi, l'article 223.2 del Codi civil espanyol només es refereix amb claredat a l'autotutela positiva, la qual cosa significa que no s'admet la tutela negativa. La doctrina ha recorregut a diversos arguments per a admetre tal modalitat en l'ordenament jurídic espanyol, com el principi general del benefici de la persona incapacitada (art. 224, 233 i 234.2 CC), la declaració d'inhabilitat per a l'exercici de la tutela que el paràgraf segon de l'article 244 del Codi civil fa respecte «de los que tuvieren enemistad manifiesta con el [...] incapacitado», o l'argument analògic que proporciona l'article 245 del Codi, ja que si els pares poden, en un testament o en un document públic notarial, «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor», sembla raonable entendre que també poden decidir que determinades persones mai no puguin arribar a exercir la tutela respecte de qui així ho declara. Vegeu J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 73.

46. L'article 108 del Codi de dret foral d'Aragó assenyalava que, conforme al principi *standum est chartae*, pot portar a terme el negoci d'autotutela qualsevol persona major d'edat i amb la capacitat d'obrar suficient, de manera que no podrà fer-ho ni el més gran d'edat incapacitat judicialment de manera total, ni el menor emancipat. Per la seva banda, l'article 42 de la Llei 2/2006, de dret civil de Galícia, concedeix aquesta facultat només a «cualquier persona mayor de edad», sense tenir en compte si té o no la capacitat d'obrar suficient. L'apartat segon de l'article 223 del Codi civil espanyol atribueix la capacitat per al negoci de l'autotutela a «cualquier persona con capacidad de obrar suficiente», cosa que sens dubte comprèn el major d'edat o incapacitat o incapacitat només parcialment. Igualment, per a una part de la doctrina també té capacitat el menor emancipat, sobre la base que l'article 323 del Codi civil l'equipara amb el major d'edat, si bé amb unes determinades excepcions. A aquests arguments, caldria



Pel que fa a les persones que poden ser designades tutors, es considera que poden ser-ho tant les persones físiques que tinguin plena capacitat d'obrar (art. 222-15 CCCat) com les persones jurídiques sense ànim de lucre que es dediquin a la protecció de persones menors o incapacitades i que compleixin els requisits establerts per la llei, si bé aquestes últimes hauran de designar un o més professionals perquè es responsabilitzin del benestar de la persona tutelada (art. 222-16 CCCat). Caldrà aplicar a totes elles les regles establertes pel Codi civil de Catalunya per a ser tutor: capacitat, aptitud, excuses... (art. 222-15 i 222-17 a 222-19 CCCat).

A diferència del silenci de l'article 223 del Codi civil espanyol, l'article 222-4.1 del Codi civil de Catalunya no només considera la possibilitat de nomenar i excloure determinades persones com a futurs tutors, sinó que també possibilita que es designi una pluralitat de tutors que puguin actuar simultàniament o successivament o que s'opti pel nomenament de substituïts. Si es designa diverses persones

---

afegir-hi una altra regla general relativa a les incapacitats i prohibicions que han de ser interpretades restrictivament (art. 2 LO 1/1996, de 15 de gener), fet pel qual les limitacions de l'article 323 CC han de ser considerades *numerus clausus* i no susceptibles d'ampliació analògica. D'acord amb això, sobre una constatada suficient capacitat d'obrar del menor emancipat, res no impedeix afirmar que *lege data*, en l'àmbit del dret comú, aquests menors estan legitimats per a la realització del negoci de l'autotutela. En aquesta línia, vegeu J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La autotutela: una institució a regular», p. 951 i 952, que puntualitza, a més, en contra dels qui raonen que només els majors d'edat han de tenir capacitat per a realitzar el negoci jurídic de l'autotutela, que «cabria dir que una cosa es tener capacidad para realizar el negocio jurídico de autotutela y otra muy distinta la capacidad necesaria —la plena capacidad (artículo 241 del C.c.; también art. 242)— para ser tutor»; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 75.

Així mateix, vegeu E. CORRAL GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notariado como garante de la capacidad de los mayores», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46 (abril-juny 2003), p. 34; E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «La autotutela en el derecho civil común», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60 (octubre-desembre 2006), p. 178; M. PEREÑA VICENTE, «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?», *La Ley*, núm. 6665 (6 març 2007), any XXVIII, p. 2; D. BELLO JANEIRO, «Autotutela e incapacitación voluntaria», p. 43 i 44; A. I. BERROCAL LANZAROT, «Protección jurídica de las personas mayores», p. 87 i 88; R. SORIANO CAMPOS, «Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica», a *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad: Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8-9 de marzo de 2004*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, p. 133. Vegeu també la ja citada Sentència de l'Audiència Provincial de Navarra, Secció Tercera, de 14 de juny de 2005 (fonament jurídic segon).

Tot i així, García-Granero Colomer, encara opinant que el menor emancipat hauria de designar tutor per a si mateix, assenyalava que ho hauria de fer assistit dels seus pares o curadors i si és possible els seus pares haurien d'estar presents en el moment de l'atorgament. Vegeu A. V. GARCÍA-GRANERO COLOMER, «La autotutela en el derecho común español», p. 214.

Està clar que no tenen capacitat per a realitzar el negoci de l'autotutela els menors d'edat no emancipats.

i no s'especifica l'ordre de substitució, es preferirà la persona designada en un document de data posterior, i si hi ha més d'una persona designada, es preferirà la que es nomeni en primer lloc (art. 222-7 CCCat).<sup>47</sup>

Respecte al contingut, a més de la designació del tutor i la manera d'exercir les seves funcions, dins de l'ampli marge que concedeix l'article 222-4 del Codi civil de Catalunya a l'autonomia de l'individu en la configuració del negoci de l'autotutela, és possible establir també òrgans de fiscalització de la tutela, unipersonals o col·legiats, i convenir qualsevol altra disposició referent al funcionament i el contingut del règim de protecció més adequat, especialment pel que fa a la cura de la persona tutelada.

En referència a la forma, s'ha d'estipular en una escriptura pública i s'ha d'inscriure en el Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris, de manera que el notari que autoritzi l'escriptura ho ha de comunicar d'ofici al Registre esmentat d'acord amb la normativa específica (art. 222-8 CCCat). Si la persona interessada no compleix aquest requisit formal d'escriptura pública, el negoci jurídic d'autotutela serà radicalment nul.

Sobre si els nomenaments realitzats per la persona interessada vinculen o no el jutge, l'article 222-9 del Codi civil de Catalunya opta per considerar que el jutge ha de respectar la designació realitzada, si bé els nomenaments (i les exclusions) poden ser impugnats quan en constituir la tutela s'hagi produït una modificació sobrevinguda de les circumstàncies que van ser tingudes en compte en realitzar la designació o exclusió o quan l'acte de delació voluntària s'hagi fet dins l'any anterior a l'inici del procediment relatiu a la capacitat de la persona protegida. Aquesta impugnació només poden portar-la a terme les persones cridades legalment a exercir la tutela i el ministeri fiscal, però, en canvi, no es faculta el jutge perquè d'ofici pugui no respectar les designacions realitzades per la mateixa persona interessada.

En tot cas, tal com s'especifica en el preàmbul de la llei catalana per la qual

47. Vegeu així mateix els articles 112 i 113 del Codi de dret foral d'Aragó. L'article 112 disposa que «[e]n la delación voluntaria se puede designar titular del cargo tutelar o sustituto del mismo a una o dos personas para que actúen conjunta o solidariamente. Además, se puede encomendar la administración de los bienes a otras personas», i l'article 113 assenyala: «1. En caso de pluralidad sucesiva de disposiciones de una misma persona, prevalece la posterior en cuanto fueren incompatibles. 2. Cuando existieren disposiciones de varios titulares de la autoridad familiar, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez adoptarán las que consideren más convenientes para el menor o incapacitado. 3. Si los titulares de la autoridad familiar hubiesen designado distintas personas para el ejercicio de los cargos tutelares, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez elegirán al designado o designados por uno de ellos. A los no elegidos como tutores de la persona por la Junta o el Juez, corresponde la administración y disposición de los bienes que quien les designó haya atribuido por donación, herencia o legado al menor o incapacitado».

s'aprova el llibre segon del Codi civil de Catalunya, s'han fixat unes cauteles per a l'atorgament de les escriptures que contenen la delació feta per un mateix, ja que, com hem exposat, «s'ha detectat que, amb una freqüència excessiva, algunes escriptures de designació de tutor s'atorguen just abans d'instar la incapacitació, fet que fa sospitar que hi pot haver captació de la voluntat per part del designat o, simplement, que l'atorgant no era plenament capaç. Per això, d'una banda, es consideren ineficaces les delacions fetes per un mateix si l'escriptura que les conté s'ha atorgat després d'haver-se instat el procés sobre la seva capacitat o després que el ministeri fiscal n'hagi iniciat les diligències preparatòries; i de l'altra, es legitimen les persones cridades per la llei per a exercir la tutela o el ministeri fiscal per a oposar-se judicialment a la designació feta pel mateix interessat dins l'any anterior a l'inici del procediment sobre la capacitat». Tot això s'especifica en l'article 222-4.3 CCCat, que considera ineficaces les delacions fetes per un mateix i atorgades des que s'insta el procés sobre la seva capacitat o el ministeri fiscal n'inicia les diligències preparatòries, i es reforça amb el que disposa l'esmentat article 222-9.2b CCCat. Sobre això, Pérez de Vargas posa de manifest la seva disconformitat amb la redacció oferta per l'article 222-4.3 CCCat i diu que «el hecho de que se haya iniciado un proceso de incapacitación, o las correspondientes diligencias preparatorias por el Ministerio Fiscal, no debe significar en todo caso la ineficacia de la autotutela dispuesta por el interesado. Sólo debería producirse este radical efecto en relación con las delaciones hechas por uno mismo otorgadas en esos momentos, siempre que el proceso concluya con la incapacitación de la persona interesada. Pero no en los casos en que, finalizado el proceso, éste no concluya con la incapacitación del sujeto». La redacció d'aquest precepte «da cobertura a esta posibilidad, que le parece absolutamente irrazonable».<sup>48</sup>

Pel que fa als poders preventius o poders en previsió de la pèrdua sobrevinguda de capacitat, es regulen en el Codi civil de Catalunya en el capítol II, dedicat a la tutela, en la secció primera («Disposicions generals», art. 222-2) i secció segona («Delació voluntària», art. 222-8.3), a diferència del model dissenyat per la Llei 41/2003 respecte al Codi civil espanyol, que ha ubicat aquesta figura dins del contracte de mandat. Aquesta forma d'operar del legislador català determina que les llacunes que es puguin plantejar en relació amb la matèria es puguin integrar dins les normes pròpies de les institucions de protecció de la persona (títol II del llibre segon).

Es pretén un major reforçament de l'autonomia de la persona i una flexibilització de la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de les facultats cognitives i volitives, de manera que, quan tingui lloc tal pèrdua, no sigui necessària la incapacitació de la persona i la constitució de la tutela, ja que aquesta es concep, en

48. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 68.

la línia de les legislacions modernes i de la mateixa Convenció de l'ONU, com una mesura de protecció de caràcter més aviat residual, ja que l'àmbit més apropiat per a la incapacitació i la constitució de la tutela és el supòsit de desemparament de la persona incapaç que, a més d'una greu malaltia física, no té suport familiar o el que té no resulta adequat a les seves necessitats. En aquest context, quan s'ha atorgat un poder preventiu per al cas d'una eventual pèrdua de capacitat del subjecte, l'arribada d'aquesta pèrdua no comporta necessàriament l'extinció del poder, és a dir, es possibilita que l'apoderat pugui continuar exercint les seves funcions sense necessitat que s'hagi de constituir la tutela. En aquest sentit, no falten autors que qualifiquen aquests poders preventius d'*institució quasitutelar*.<sup>49</sup> No obstant això, si l'interès del poderdant que ha patit la manca de capacitat així ho aconsella, res no impedeix que es procedeixi a la incapacitació del subjecte i al nomenament de tutor. En tot cas, convé precisar que el jutge no pot decretar d'ofici, en constituir la tutela, l'extinció del poder preventiu, si bé aquesta extinció pot tenir lloc «si ho demana el tutor».

Per a Martínez García, que empra l'expressió *apoderament preventiu*, aquest poder preventiu es pot definir com «la declaración de voluntad unilateral y recepción por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar validamente en su nombre».<sup>50</sup> En termes similars, Fernández Lozano, que l'anomena de la mateixa manera, el defineix com «el negocio jurídico por el que una persona, en previsión de su (conocida o no) posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que le representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el juez después de la declaración judicial de su incapacidad».<sup>51</sup> D'aquestes definicions es po-

49. A. FERNÁNDEZ PIERA, «La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión», a *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 1, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, p. 511.

50. M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos», *La Notaría*, núm. 2 (febrer 2000), p. 58.

51. J. L. FERNÁNDEZ LOZANO, «La representación», a José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 1, *Personas*, vol. 2, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 879; M. ROVIRA SUEIRO, *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Madrid, Escuela Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 113, «Colección Llave», prefereix denominar-lo *representació voluntària preventiva*; V. M. de LUNA CUBERO, «Los poderes preventivos», a *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad, Logroño 7-8 de mayo de 2009*, Fundación Tutelar de la Rioja, 2009, p. 64 i 65, els conceptua com «aquellos negocios unilaterales por los que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra persona u otras para realizar, en su nombre, actos y negocios que produzcan sus efectos en la persona y bienes del poderdante, dentro de los límites y en la forma establecida».

den assenyalar com a característiques del poder preventiu com a negoci jurídic el seu caràcter unilateral, *recepticio*, revocable, causal i *inter vivos* (la producció d'efectes i, per tant, l'eficàcia de la declaració de voluntat emesa pel titular del dret tindran lloc en vida d'aquest), el seu caràcter personalíssim, ja que només la persona del poderdant pot atorgar-lo sobre la base de la confiança que li mereixi la persona que designi apoderat, i, per al cas del mandat representatiu, el seu caràcter gratuït per regla general, encara que cal que es fixin una retribució, el seu caràcter bilateral o unilateral, precisament segons si és o no retribuït, i el seu caràcter consensual, ja que és obligatori des que existeix el consentiment.

Per la seva banda, l'article 222-2 CCCat disposa: «1. 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 poden governar-se per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos. 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 posteriorment, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder». Encara que no es precisa en el text transcrit quines persones tenen capacitat per a atorgar un poder preventiu, sembla que, atès el que estableix l'article 222-4 CCCat per a l'autotutela, han de ser persones majors d'edat amb plena capacitat d'obrar, entre les quals es podrien incloure les persones incapacitades parcialment quan la sentència d'incapacitació no ho impedeixi. S'assenyala que no cal «posar en tutela» les persones majors d'edat, o, el que és el mateix, que no cal incapacitar les persones que pateixen una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic que els impedeix governar-se i han atorgat un poder en una escriptura pública, de manera que només el poder que s'hagi atorgat amb el caràcter de preventiu determina la no necessària incapacitació del subjecte, i no qualsevol altre poder atorgat per la persona afectada, ja que, a més de no impedir la incapacitació, s'extingeix amb la pròpia incapacitació del subjecte poderdant.

L'apartat segon del citat article 222-2 CCCat preveu dues modalitats de poder preventiu: el poder continuat amb ultraactivitat o subsistència d'efectes, que és aquell en el qual el poderdant ordena que el poder produeixi efectes des de l'atorgament i en el qual es considera de manera expressa que els efectes no s'extingiran ni en cas d'incapacitació ni en cas de pèrdua de la capacitat natural del poderdant, i el poder *ad cautelam* o específicament anomenat *poder preventiu*, en el qual el subjecte atorgant vol que el poder comenci a produir efectes quan es pro-

dueixin les circumstàncies convingudes per ell, de manera que l'apoderat no pot començar a exercir les seves facultats immediatament després que el poder li hagi estat atorgat, sinó que el moment en què el poder ha de desplegar els seus efectes és postergat pel poderdant al compliment de determinades circumstàncies habitualment vinculades a un cert grau de discapacitat.<sup>52</sup> En el primer supòsit, el que busca el poderdant és que la pèrdua de la seva capacitat, i no necessàriament la seva incapacitació, no comporti l'extinció del poder, mentre que en el segon cas el poderdant no vol que el poder produeixi efectes immediatament després del seu atorgament, sinó quan es donin les circumstàncies convingudes en el mateix poder, que habitualment coincidiran amb la seva pèrdua de capacitat, amb independència que aquesta finalitzi o no en incapacitació judicial. Ara bé, en qualsevol dels dos supòsits el poderdant pot fixar les mesures de control que consideri oportunes, com també les causes per les quals s'extingeix el poder. Respecte de les primeres, és convenient establir-les sobretot quan el poderdant no pot actuar perquè es troba en una situació d'incapacitat que li pot impedir, entre altres coses, revocar el poder eventual; no obstant això, a falta de mesures de control convencionals del mateix poderdant, per a totes les institucions de protecció l'article 221-5 CCCat, sota la rúbrica «Mesures de control», estableix: «1. L'autoritat judicial, d'ofici o a instància del ministeri fiscal, dels titulars de les funcions de protecció, de la mateixa persona assistida o de les persones cridades a l'exercici de la tutela d'acord amb l'article 222-10, pot acordar, en qualsevol moment, les mesures que estimi necessàries per a controlar el bon funcionament de la institució de protecció, sens perjudici de les mesures de control previstes per la persona interessada o pels progenitors del menor o incapacitat. 2. L'autoritat judicial, per al seguiment de l'evolució i de les condicions de vida de les persones i amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial, pot requerir la intervenció d'especialistes, que tenen la consideració d'auxiliars dels tribunals».

Correspon al jutge, d'ofici o a instància del ministeri fiscal o de qualsevol de les persones esmentades en el precepte, acordar les mesures de control necessàries per al bon funcionament d'aquesta institució de protecció; tot això, a falta d'altres mesures de control establertes pel mateix poderdant o en convivència amb les que s'haguessin convingut. Encara que el cert és que, quan la mateixa persona interessada ha fixat ja mesures de control i l'apoderament preventiu funciona, no serà necessari recórrer a mesures de control judicials, que caldran només quan aquelles faltin o siguin insuficients per a la salvaguarda de l'interès del poderdant.

52. M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia. El documento de voluntades anticipadas», a Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO i Sergio NASARRE AZNAR (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 140 i 141.

S'estableixen, a diferència del que passa en la legislació estatal, dues limitacions o cauteles que signifiquen mecanismes de control de l'apoderat: 1) la necessitat d'autorització judicial, llevat que el poderdant l'hagi exclòs expressament (art. 222-44.3 CCCat), per als mateixos actes en què s'exigeix al tutor i que s'especifiquen en l'article 222-43 CCCat; i 2) la necessitat d'acompanyar la sol·licitud, en el cas que l'autorització judicial sigui necessària, d'un informe tècnic elaborat per un agent de la propietat immobiliària, un economista, un censor jurat de comptes o un auditor independent, segons la naturalesa de l'acte o negoci, quan la repercussió econòmica de l'acte de disposició o gravamen que s'ha d'autoritzar superi els cinquanta mil euros (art. 222-44.4 CCCat).<sup>53</sup>

Pel que fa al contingut, la determinació d'allò que constitueix l'encàrrec, o, el que és el mateix, la gestió representativa, correspon a la discreció del poderdant. Pot circumscriure's a una gestió d'abast general o referir-se a un o diversos actes concrets, i operar tant en l'esfera personal com en la patrimonial. No oblidem que, com un acte personalíssim, qui decideix com vol gestionar el seu futur tant pel que fa a la seva persona com respecte al seu patrimoni, és qui atorga el poder. L'esfera personal del poderdant pot incloure tot allò relatiu a la seva cura personal (aliments, acolliment familiar o internament en una residència geriàtrica o de salut mental quan les circumstàncies així ho aconsellin), com també l'aplicació de determinats tractaments mèdics o la realització de determinades intervencions sanitàries. L'atorgament s'ha de fer davant d'un notari i en una escriptura pública i s'ha d'inscriure al Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris (art. 222-8.3 CCCat).<sup>54</sup>

Respecte de les causes d'extinció, a més de les determinades pel mateix atorgant, l'article 222-2.3 CCCat disposa que, quan en interès de la persona protegida s'hagi de procedir a la seva incapacitació i a la consegüent constitució de la tutela, correspon al tutor, en aquest moment o posteriorment, acordar l'extinció del poder. Encara que la redacció del precepte esmentat és una mica confusa, la veritat

53. M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia», p. 142 i 143.

54. L'article 222-8.3 CCCat pot entrar en contradicció amb la previsió introduïda per la Llei 1/2009, de 25 de març, del Registre Civil, l'article 46 *ter* de la qual imposa al notari autoritzant del poder l'obligació de notificar l'atorgament al Registre Civil on consti inscrit el naixement del poderdant. Així, atenent el règim del Decret 360/1996, de 12 de novembre, sobre organització, funcionament i publicitat en el Registre de Tutels i Autotutels (que després de l'entrada en vigor del Codi de família es va denominar Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris), com precisa M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia», p. 144 i 145, «el notario autorizante de la escritura de apoderamiento preventivo estará obligado a comunicar su otorgamiento dentro de un plazo de tres días al Decanato del Colegio de Notarios de Cataluña, extendiendo en el instrumento público la nota correspondiente a dicha comunicación. Este colegio será el encargado de transmitir dicha información al mencionado Registro Civil, no incluyéndose, entre la información a suministrar, en ningún caso, la identidad de los designados o excluidos para el ejercicio de los cargos tutelares».



és que, com aclareix el mateix preàmbul de la Llei 25/2010, el jutge no pot decretar d'ofici l'extinció del poder, a diferència del que estableix l'article 1732 del Codi civil espanyol, sinó que ho ha de fer sempre a instància del tutor.

Finalment, cal indicar, d'una banda, que, respecte als poders preventius atorgats abans de l'entrada en vigor el dia 1 de gener de 2011 (disposició final cinquena) del llibre segon del Codi civil de Catalunya, la disposició transitòria primera número 2 estableix que «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 resten subjectes, quant a llur eficàcia i a llur règim d'exercici, al que estableix el Codi civil», de manera que, abans de l'entrada en vigor del llibre segon del Codi civil de Catalunya, els poders que s'atorgaven a Catalunya ho eren conforme al que disposa l'últim paràgraf de l'article 1732 del Codi civil espanyol. Respecte d'aquests poders, un cop ha entrat en vigor el llibre segon esmentat, la referència que la disposició transitòria primera fa al Codi civil s'ha d'entendre en relació amb el Codi civil de Catalunya, ja que el Codi civil espanyol s'aplica com a «dret estatal supletori». D'altra banda, cal indicar que la regulació d'aquesta figura ha significat la modificació de l'article 121-16*f* del llibre primer del Codi civil de Catalunya en matèria de suspensió de la prescripció i la de l'article 531-26.1*c* del llibre cinquè del mateix Codi en matèria de suspensió de la possessió per a usucapir, atesa l'especial relació que sorgeix entre el poderdant i l'apoderat.<sup>55</sup>

Ara bé, altres ordenaments nacionals també contenen una regulació dels poders preventius. Com hem assenyalat, en el Codi civil espanyol, l'article 1732, reformat per la Llei 41/2003, es dedica a aquests poders, si bé en l'àmbit del contracte de mandat i no, com el Codi civil de Catalunya, en l'àmbit de les institucions tutelars, de manera que qualsevol llacuna en la regulació s'ha de suplir en l'ordenament espanyol amb la normativa aplicable al mandat. L'article 1732 CC disposa que «[e]l mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario. 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de in-

55. En la disposició final primera de la llei que aprova el llibre segon del CCCat es modifica el llibre primer del Codi civil de Catalunya, en el qual s'afegeix a l'article 121-16 CCCat una lletra *f* amb el text següent: «En les pretensions entre la persona protegida i l'apoderat, d'acord amb el que estableix l'article 222-2.1, en l'àmbit de les seves funcions». I en la disposició final tercera, per la qual es modifica el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, es modifica la lletra *c* de l'apartat primer de l'article 531-26 CCCat, que resta redactada de la manera següent: «Entre les persones vinculades per la potestat dels pares o per una institució tutelar, o entre la persona assistida i l'apoderat, d'acord amb el que estableix l'article 222-2.1, en l'àmbit de les seves funcions».



capacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».<sup>56</sup>

Es continua mantenint en aquesta nova redacció de l'article 1732 CC, a més de les altres causes d'extinció del mandat, la d'incapacitat del mandant, si bé per a aquest últim supòsit es dóna la possibilitat d'emetre, abans que la incapacitat tingui lloc i en previsió d'aquesta, una declaració de voluntat en la qual s'enervin els efectes de l'extinció sobre el poder i s'opti, en conseqüència, per la subsistència del mandat tot i la incapacitat del mandant (sigui aquesta declarada o no judicialment) en els termes que indica el precepte esmentat. Tanmateix, com veurem, l'efectiva existència i durada del poder depèn, a més de la voluntat del poderdant, de la discrecionalitat de l'autoritat judicial.

La doctrina, sobre la base del que disposa l'article 1732.3 CC, considera dos supòsits d'apoderament:<sup>57</sup> l'apoderament o poder preventiu en sentit estricte o *ad cautelam* (l'apoderament s'atorga en previsió de la incapacitat del mandant o del

56. La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Quarta, d'11 de febrer de 2008 (JUR 2008/130970) defineix el poder preventiu com «aquellos negocios jurídicos unilaterales en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios que produzcan sus efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos». Es tracta d'un mandat representatiu; vegeu les sentències del Tribunal Suprem, Sala Civil, de 17 d'octubre de 1932 (RJ 1932/1233), 14 de desembre de 1987 (RJ 1987/9429) i 14 de novembre de 1990 (RJ 1990/8957), i la Sentència de l'Audiència Provincial de València, Secció Vuitena, de 27 de març de 2007 (AC 2007/1601).

57. Vegeu A. J. JIMÉNEZ CLAR, «La autotutela y los apoderamientos preventivos», p. 148; F. PUENTE DE LA FUENTE, «El mandato preventivo», a Ignacio SERRANO GARCÍA (coord. i pròleg), *Protección Jurídica del Discapacitado: II Congreso Regional*, València, Tirant lo Blanch, 2007, p. 159-161; E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «El apoderamiento o mandato preventivo», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 69 (gener-març 2009), p. 255 i 256; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 100; C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del artículo 1732 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4 (octubre-desembre 2009), p. 674; A. I. BERROCAL LANZAROT, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», a Carlos LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 202; V. M. de LUNA CUBERO, «Los poderes preventivos», p. 65. Vegeu també la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Quarta, d'11 de febrer de 2008 (JUR 2008/130970), que, partint de l'article 1732.2 del Codi civil, assenyala que es poden distingir dues modalitats d'apoderament preventiu: l'apoderament normal o ordinari, en el qual es preveu la seva subsistència o continuació tot i la incapacitat sobrevinguda del poderdant, i l'apoderament previst expressament per al supòsit d'incapacitat del poderdant. En definitiva, si s'ha disposat que el poder continuï tot i la incapacitat sobrevinguda del poderdant, el poder desplega els seus efectes des del moment de l'atorgament, llevat que existeixi un altre tipus de previsió, i una vegada sobrevinguda la incapacitat del poderdant, es manté la vigència de l'atorgament.

poderdant, de manera que té efectes quan aquesta tingui lloc) i l'apoderament o poder continuat o amb subsistència d'efectes. Aquest últim es tracta d'un poder ja atorgat que es manté subsistent i eficaç tot i la incapacitat sobrevinguda de la persona, sigui aquesta declarada o no incapaç judicialment, ja que així ho ha previst qui ha atorgat el poder en l'ampli marge d'autonomia que l'ordenament li brinda per a planificar adequadament el seu futur mentre la seva capacitat d'autogovern li ho permeti. El poderdant ha disposat que l'eficàcia del poder tingui lloc des del mateix moment en què s'atorga i es mantingui subsistent encara que en un moment posterior sigui incapaç de fet o se l'incapaciï judicialment. D'aquesta manera, l'element principal, en paraules de Jiménez Clar, «blinda el poder y protege sus efectos ante su futura incapacitación».<sup>58</sup> Estem en presència d'un poder normal al qual s'afegeix com a qualitat específica la seva subsistència, és a dir, que no s'extingirà i continuarà produint tots els seus efectes tant en el cas d'incapacitat de fet com en el d'incapacitació judicial.<sup>59</sup>

Aplicant la normativa sobre el contracte de mandat a l'extensió de l'apoderament, resulta clàssica la divisió entre poders generals i poders especials. Els primers comprenen la totalitat dels assumptes corresponents al poderdant, excloent-ne els personalíssims, que no admeten representació, i els segons arriben només a un o a diversos actes concrets o a una operació concreta. Per la seva banda, l'article 1713 CC disposa que el mandat concebut en termes generals no comprèn més que els actes d'administració, mentre que el denominat *mandat exprés* es necessita per a transigir, alienar, hipotecar o executar qualsevol acte de rigorós domini. Combinant ambdues classificacions, la doctrina determina que la voluntat del poderdant pot operar amb els següents paràmetres:<sup>60</sup> 1) el mandat general, com l'especial, pot conferir-se en termes generals; així, el mandat general pot contenir una enumeració exhaustiva de tots els actes que pot exercir l'apoderat o pot no contenir aquesta enumeració però igualment abastar la totalitat dels assumptes del poderdant, si bé en tots dos casos circumscrit a l'administració ordinària en l'esfera jurídica del poderdant, i el mandat especial pot igualment contenir una enumeració de quins actes concrets pot dur a terme l'apoderat però amb la limitació que ha de comprendre només actes d'administració; 2) es pot atorgar un apoderament general conferit per a la totalitat dels assumptes del poderdant de manera expressa, la qual cosa significa que aquests actes poden consistir en transaccions, aliena-

58. A. J. JIMÉNEZ CLAR, «La autotutela y los apoderamientos preventivos», p. 148.

59. F. PUENTE DE LA FUENTE, «El mandato preventivo», p. 159.

60. Vegeu per tots C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil*, t. III, *Contratos*, 14a ed., Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 319 i 320; J. M. BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Navarra, Aranzadi, 1998, p. 143 i 144.

cions, hipoteques i qualssevol altres de rigorós domini; 3) es pot atorgar l'apoderament en termes generals i pot comprendre, a més d'actes d'administració, l'execució de tots o d'alguns actes de rigorós domini; 4) finalment, es pot tractar d'un poder especial que compregui únicament certs tipus d'operacions que pot realitzar l'apoderat (comprar, alienar, hipotecar, etcètera) o només una operació molt específica.

Així, el contingut d'un apoderament preventiu pot referir-se a la totalitat dels assumptes, a part dels assumptes o a operacions molt concretes que afectin essencialment l'esfera patrimonial del poderdant, i aquesta gestió pot abastar només actes d'administració *stricto sensu*, és a dir, la gestió només del patrimoni o de part d'aquest, pot ampliar l'esfera d'actuació de l'apoderat també a actes de disposició, com alienar o hipotecar, o pot executar qualsevol acte de rigorós domini (administració extraordinària); fins i tot pot contenir un mandat exprés per a la constitució d'un patrimoni especialment protegit, regulat en els articles 1-8 de la Llei 41/2003.

En referència a l'esfera personal, el fet que el mandat sigui un contracte ha portat la doctrina a considerar que el mandatari d'un apoderament preventiu no pot detentar la representació del mandant en relació amb les mesures de protecció de la persona, i no cal dir que en queden exclosos els negocis jurídics de caràcter personalíssim, com, per exemple, atorgar un testament. En aquest sentit, la professora De Amunátegui Rodríguez considera que «no asiste al representante ninguna posición exclusivamente patrimonial (se trata de un contrato) y no personal, por ello, a falta de regulación específica, tendrán que ser aplicables las reglas que disciplinan el mandato, argumento que parece coincidir además con la intención del legislador al haber regulado el apoderamiento preventivo de forma totalmente separada de las instituciones de guarda de la persona, procediendo a su inclusión en el título dedicado al citado contrato».<sup>61</sup> No obstant això, dins de l'ampli marge d'actuació que es concedeix a qui decideix atorgar aquests poders, resulta, com així vam exposar,<sup>62</sup> que pot formar part del contingut de tal apoderament tot el que afecti l'esfera personal del poderdant, sigui relatiu a la seva cura personal (aliments, acolliment familiar, internament en una residència geriàtrica o de salut mental quan les circumstàncies així ho aconsellin), a l'aplicació de determinats tractaments mèdics o a la realització de determinades intervencions sanitàries.

61. C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores», *Revista de Derecho Privado* (gener-febrer 2006), p. 62, i C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley, 2008, p. 262 i 263.

62. A. I. BERROCAL LANZAROT, «El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección».

D'altra banda, encara que l'últim paràgraf de l'article 1732 CC sembla referir-se a dos supòsits diferents, un fa referència al cas en què el mandant sigui «incapacitat» i l'altre, al cas en què el mandat s'hagi conferit específicament per al cas d'«incapacitat» del mandant apreciada de conformitat amb el que disposa aquest, i tot i que hi ha autors que entenen que el precepte només és aplicable als casos d'«incapacitació» judicial i, per tant, la referència que aquest precepte fa a la «incapacitat» cal entendre que fa al·lusió a la «incapacitació» del mandant,<sup>63</sup> la majoria de la doctrina considera que el mandat preventiu no només s'aplica quan es produeix la «incapacitació» judicial del mandant, sinó també quan el mandat es dóna «para el caso de incapacidad de aquel», apreciada segons el que disposa el mateix poderdant.<sup>64</sup> Així, mitjançant un certificat mèdic en el qual es fixi un determinat grau de discapacitat, cal fer dependre la incapacitació de l'apreciació de certes persones o parents o de la producció d'algun fet extern com ara l'internament o no en un centre mèdic, opció que sembla que té més partidaris, com la de deixar la determinació d'aquest moment a l'apreciació notarial.<sup>65</sup>

Pel que fa a la forma, com que el legislador guarda silenci, regeix el principi de llibertat de forma propi del contracte de mandat, tal com es desprèn de l'article 1710 del Codi civil espanyol.<sup>66</sup> Per la seva banda, la Llei 1/2009 ha afegit un article 46 *ter* a la Llei del Registre Civil, el qual disposa que «en todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante». S'imposa al notari autoritzant l'obligació de notificar al Registre Civil on estigui inscrit el naixement del poderdant «les es-

63. I. SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52 (octubre-desembre 2004), p. 256 i 257; P. REPRESA POLO, «Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces», a Silvia DÍAZ ALABART (dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermutuamur, 2004, p. 200.

64. C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Incapacitación y mandato*, p. 227-237; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 109; V. M. de LUNA CUBERO, «Los poderes preventivos», p. 66.

65. C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Incapacitación y mandato*, p. 232; M. ROVIRA SUEIRO, *Relevancia de la voluntad de la persona*, p. 135; M. PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacidad: Libertad de elección del curador o del tutor*, Madrid, Escuela Universitaria Ramón Areces, 2008, p. 97 i 98.

66. Assenyala la professora C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español y francés», a Silvia DÍAZ ALABART (coord.), *Familia y discapacidad*, Madrid, Editorial Reus, 2010, p. 46, que s'hauria d'haver exigit l'escriptura pública com a requisit essencial del negoci, en consonància amb el que passa en altres sistemes on regeixen forts formalismes. Per la seva banda, per a E. MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, «El apoderamiento o mandato preventivo», p. 262 i 263, no semblen admissibles els apoderaments preventius tàcits.

criptures» on es recullin els apoderaments preventius. Amb això no s'exigeix necessàriament que per a la seva validesa s'hagin d'atorgar en una escriptura pública, sinó que, si es recullen amb aquesta forma, el notari autoritzant ho ha de notificar al Registre Civil. Així, poden resultar vàlids els apoderaments continguts en un document privat sense que les parts intervinents tinguin l'obligació de notificar-ho al Registre Civil, tot i que tampoc se'ls impedeix fer-ho. Per la seva banda, la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil (que preveu una *vacatio legis* de tres anys a comptar des de la seva publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, d'acord amb la disposició final desena), disposa en l'article 77 que «es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil».

Pel que fa al Codi de dret foral d'Aragó, igual que el Codi civil de Catalunya, regula el mandat que no s'extingeix per la incapacitat o incapacitació. El trobem dins del capítol II («Delación») del títol III («De las relaciones tutelares»), on l'article 109 disposa que «[i]gualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación». Aquest precepte és a continuació del precepte que es dedica a l'autotutela o a la delació feta a un mateix, i tots dos signifiquen una manifestació clara de l'autonomia de la persona per a organitzar com vulgui tant la seva esfera personal com la patrimonial, incloent-hi el nomenament d'un tutor o curador per quan no pugui prendre decisions per si mateixa per manca de capacitat d'entendre o de voler o perquè està incapacitada judicialment. Pérez de Vargas considera que aquests poders exerceixen una funció quasitutelat.<sup>67</sup>

Cal destacar que la capacitat per a atorgar el mandat de protecció és per a qualsevol persona major d'edat i amb la capacitat d'obrar suficient. No només és necessària la majoria d'edat, sinó també tenir una suficient capacitat d'obrar, tot i que això no impedeix que qui hagi estat incapacitat parcialment no pugui convenir tals mandats o poders si la sentència d'incapacitació no diu el contrari.

De la mateixa manera que en el Codi civil de Catalunya i en l'espanyol, són dues les modalitats de poders a les quals fa referència l'article 109 del Codi de dret foral d'Aragó. Explícitament es refereix a la seva no-extinció tant per la incapacitat com per la incapacitació del poderdant. No s'estableix cap forma particular per al seu atorgament, però, tal com disposa l'article 111 respecte a la seva publicitat, «los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado», de manera que el notari autoritzant només ha de comunicar al Registre els documents públics (escriptures públiques).

67. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 133.

Finalment, l'article 114.2 determina que el jutge, en una resolució motivada (és l'únic ordenament on s'especifica aquesta exigència), pot declarar extingit el mandat tant en constituir la institució tutelar com posteriorment a instància del tutor o del curador. A diferència del que passa en el dret català i de forma similar en el dret estatal, el jutge pot per si sol, és a dir, sense petició del tutor, decretar l'extinció del mandat preventiu, de la mateixa manera que el tutor o curador pot sol·licitar posteriorment l'extinció de tal mandat.

Fora dels ordenaments nacionals, a França la *Loi n° 2007-308, du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, modifica cent quaranta articles del Codi civil (art. 388-515), en concret del llibre primer («De les persones»), el títol x («De la minoria d'edat i de l'emancipació»), que ara conté dos capítols, el primer amb la rúbrica «De la minoria d'edat», compost per quatre articles generals (388, 388.1, 388.2 i 388.3) i dues seccions («L'administració legal» i «La tutela», art. 390-413), i el segon anomenat «De l'emancipació» (art. 413-413.8), i el títol xi («De la majoria d'edat i dels majors protegits per la Llei»), que consta de tres capítols: el capítol i («Disposicions generals», art. 414-424), que conté una disposició general (art. 414) i dues seccions, la primera anomenada «De les disposicions independents de les mesures de protecció» i la segona amb la rúbrica «De les disposicions comunes als majors protegits»; el capítol ii («De les mesures de protecció jurídica dels majors»), que consta de cinc seccions (secció primera, «De les disposicions generals», art. 425-427; secció segona, «De les disposicions comunes a les mesures judicials», art. 428-432; secció tercera, «De la salvaguarda de la justícia», art. 433-439; secció quarta, «De la curatela i la tutela», art. 440-476; i secció cinquena, «Del mandat de protecció jurídica», art. 477-494); i el capítol iii («De les mesures d'acompanyament judicial», art. 495-495.9). Afegeix un nou títol xii («De la gestió del patrimoni dels menors i majors d'edat sota tutela») que es divideix en tres capítols: el capítol i («De les modalitats de gestió», art. 496-509), que s'ocupa de la gestió del patrimoni a través de les decisions del consell de família o del jutge de tuteles, així com dels actes que poden realitzar els tutors en matèria patrimonial; el capítol ii («De la rendició, verificació i aprovació dels comptes dels tutors», art. 510-514), en el qual es busca la protecció eficaç de la persona protegida permetent la intervenció de persones especialitzades, i el capítol iii («De la prescripció», art. 515), on es conserva el termini de prescripció de cinc anys a comptar des de la finalització de la tutela per a totes les accions relatives a la rendició de comptes, la reclamació o el pagament d'assumptes derivats de la tutela. A més del Codi civil, es modifica el Codi d'acció social i família (CASF), al qual s'afegeix un nou títol vii en el llibre segon sota la rúbrica «Acompanyament de la persona en matèria social i pressupostària», que consta d'un capítol únic titulat «Mesures d'acompanyament social» (art. 271-1 a 271-8 CASF), i també es

modifica el llibre quart, que du la nova rúbrica «Professions i activitats socials» i al qual s'afegeix un nou títol VI que es denomina «Mandararis judicials en la protecció de la gent gran» (art. 471-1 a 471-9 CASF).

Es mantenen les mesures tradicionalment contingudes en el Codi civil francès (*Code civil, Cc*), com la *sauvegarde de justice* (art. 433-439 *Cc*), de la qual ens ocuparem en l'apartat següent, la tutela i la curatela (art. 440-476 *Cc*). Així mateix, s'inclou per primera vegada entre aquestes mesures un nou mecanisme de protecció jurídica de caràcter contractual denominat per la llei *mandat de protection future* (mandat de protecció futura), del qual a continuació farem breument l'oportuna referència. Tot això s'ha d'encabir sota: el principi de necessitat (art. 428 *Cc*), ja que la mesura de la protecció judicial i, en conseqüència, la posada sota tutela o curatela no poden dur-se a terme sinó en cas de necessitat, és a dir, en el cas de persones amb problemes mentals o físics constatats mèdicament que els impedeixin atendre els seus interessos per si mateixes; el principi de subsidiarietat, ja que, com disposa igualment l'esmentat article 428 *Cc*, la mesura de la protecció judicial només és procedent quan no puguin ser prou atesos els interessos de la persona; i el principi de proporcionalitat, perquè, com estableix l'apartat segon d'aquest precepte, aquesta mesura ha de ser proporcionada i individualitzada en funció del grau d'alteració de les facultats personals de la persona interessada. El legislador francès opera en la línia de flexibilitzar l'adopció de mesures de protecció de la persona, adaptar-les i graduar-les a cada cas concret, i permetre, així mateix, la plena operativitat de l'autonomia de la voluntat mitjançant els esmentats mandats de protecció jurídica i recórrer només subsidiàriament a la tutela o a la curatela quan no existeix tal instrument convingut per la part afectada.

Per a Gallego Domínguez, el mandat de protecció es pot definir com «aquella figura de protecció jurídica contractual que permet a una persona con capacidad suficiente organizar su propia protección para un momento futuro en que no esté ya en condiciones de formar y expresar su voluntad», i afegeix que «mediante esta figura un sujeto con capacidad suficiente —mandante— otorga a uno o varios mandatarios su representación y la gestión de sus asuntos patrimoniales y/o la protección de su persona para el caso en que por una de las causas del artículo 425 del Código Civil—razones psíquicas o físicas, que le impidan la declaración de voluntad— no pueda atender por sí sola a sus intereses (artículo 477.1), evitando de esta manera el establecimiento de un medida de protección jurídica judicial».<sup>68</sup> Es tracta d'un contracte de mandat pel qual resulten aplicables supletòriament les disposicions relati-

68. I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés», a José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, p. 292.



ves a aquest contracte que contenen els articles 1984-2010 del *Code civil* i en tot allò que no sigui incompatible amb aquesta institució jurídica. Pot atorgar aquest mandat qualsevol persona física, major d'edat o menor emancipat, que no estigui sotmesa a tutela; si està sotmesa a curatela, necessitarà l'assistència del curador (art. 477.1 i 477.2 Cc).<sup>69</sup> No cal dir que no poden subscriure un contracte com el que ens ocupa els menors d'edat no emancipats. Respecte a qui pot ser mandatari, pot ser-ho tota persona física escollida pel mandant i les persones jurídiques inscrites en la llista de mandatariis judicials per a la protecció de majors que preveu l'article 471-2 CASF (art. 480.1 Cc). El mandant pot nomenar un o diversos mandatariis en un mateix contracte i pot distribuir o no entre ells les funcions (art. 477.1 Cc), però, en tot cas, durant tota l'execució del mandat els mandatariis han de gaudir de capacitat civil i han de complir les condicions exigides per als càrrecs tutelars en els articles 395 i 445, últim paràgraf,<sup>70</sup> Cc, tal com exigeix l'article 480.2 Cc. Per a l'efectivitat del mandat cal l'acceptació del mandatari (art. 489 i 492 Cc, 3r par.).

El *Code civil* considera dues modalitats de mandat: el mandat de protecció futura per a un mateix<sup>71</sup> i el mandat de protecció futura per a un altre. En aquest segon supòsit, s'atorga a favor del fill, tant menor com major d'edat, el progenitor o progenitors del qual tinguin assumida la càrrega material i afectiva. Perquè tingui lloc, cal que el fill no pugui vetllar tot sol pels seus interessos segons una de les causes que preveu l'article 425 del *Code civil* i que els pares o l'últim supervivent no es trobin sotmesos a tutela o curatela. La data en què començarà a tenir efecte el mandat serà la de la mort del mandant, és a dir, del progenitor que hagi efectuat la designació, o la del dia en què el mandant no pugui tenir cura del seu fill.<sup>72</sup> Així

69. Article 477.2 Cc: «La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur».

70. No podran ser tutors (mandataris): 1) els menors d'edat no emancipats, excepte si són el pare o la mare del menor sota tutela; 2) els majors d'edat que es beneficiïn d'una mesura de protecció jurídica prevista en aquest Codi; 3) les persones que han estat privades de la pàtria potestat; 4) les persones a les quals se'ls ha prohibit l'exercici de càrrecs tutelars en aplicació del Codi penal.

Per altra banda, l'article 445.2 del *Code civil* prohibeix als membres de professions mèdiques i de farmàcia i als auxiliars mèdics, que puguin exercir un càrrec de curador o de tutor en relació amb els seus pacients.

71. Article 477.1 Cc: «Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts».

72. Article 477.3 Cc: «Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé».

mateix, el mandat de protecció considera dues formes de celebració: en un document públic notarial (art. 489-491 *Code civil*) o en un document privat (art. 492-494 *Code civil*), amb els diferents efectes que comporten l'una i l'altra.<sup>73</sup> En relació amb aquest últim document, s'exigeix que estigui datat i signat pel mateix mandant, acceptat i signat pel mandatari i ratificat per un advocat, o que s'utilitzi el contracte tipus que ha de figurar en el corresponent decret, tal com estableix l'article 492 Cc.<sup>74</sup> Aquest contracte tipus ha estat aprovat pel *Décret n° 2007-1702, du 30 novembre 2007, relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé*, que ha estat substituït pel que conté l'annex del *Décret n° 2009-1628, du 23 décembre 2009, relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs*.

Quan ens trobem davant un contracte de mandat de protecció celebrat en benefici d'un tercer (fill menor o major d'edat), s'exigeix necessàriament documentació pública notarial (art. 477 Cc, últim par.). El mandat notarial, com a document privat, pot referir-se tant a l'àmbit patrimonial com al personal del mandant, o només a un d'aquests àmbits.

Respecte al contingut patrimonial, pot ser general o especial; ara bé, si és notarial i amb caràcter general, es refereix a tots els actes patrimonials que el tutor pot realitzar sol o amb autorització judicial (actes d'administració i actes de disposició a títol oneros, ja que per als actes de disposició a títol gratuït cal l'autorització del jutge de tuteles, tal com estableix l'article 490 Cc). Si, en canvi, és privat, es limita als actes de gestió de menor importància, en concret als actes que el tutor pot realitzar sense autorització judicial. Si és necessari en interès del mandant realitzar un acte per al qual el tutor necessita autorització judicial o un acte que no està previst en el mandat, el mandatari ha de sol·licitar l'autorització judicial (art. 493 Cc). Respecte a l'esfera personal, la intervenció del mandatari s'estén, tant si el mandat és notarial com si és privat, als drets i les obligacions establerts en els articles 457.1 a 459.2 Cc, i es considera no escrita tota clàusula contrària a aquests (art. 479.1 Cc). En principi, el mandant és qui ha de prendre les decisions personals que el concerneixen en relació amb el seu estat, després d'haver rebut tota la informació necessària adaptada a la seva capacitat de comprensió per part de la persona encarregada de la seva protecció. Només en cas d'impossibilitat del man-

73. Article 477.4 Cc: «Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié».

74. Articles 492.1 i 492.2 Cc: «Le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat.

»Le mandataire accepte le mandat en y apposant sa signature».

dant el jutge pot preveure l'assistència o fins i tot autoritzar la representació del mandatari envers la persona protegida (art. 479.1 Cc). Així mateix, el mandat pot autoritzar el mandatari a exercir les funcions que el Codi de salut pública i el Codi d'acció social i família confereixen al representant tutelar o a la persona de confiança (art. 479.2 Cc).

El mandat, en qualsevol modalitat, té efecte quan el mandant no pot atendre per si sol els seus interessos. Amb aquesta finalitat, el mandatari ha de presentar, al secretari del tribunal d'instància, el mandat i un certificat mèdic signat per un facultatiu escollit del llistat que té el fiscal i en el qual es constati l'alteració de les facultats del mandant que li impedeixen atendre per si mateix els seus interessos (art. 425 Cc). El secretari, un cop constatada aquesta situació, ha de visar el mandat i determinar la seva entrada en vigor, i ha de tornar després els documents al mandatari (art. 481 Cc). Mentre el mandat no s'hagi començat a exercitar, el mandant pot modificar-lo o revocar-lo, però s'ha de fer d'acord amb les mateixes formes;<sup>75</sup> per això, si el mandat és notarial, qualsevol modificació o revocació que faci el mandant s'ha de fer igualment en forma notarial (art. 489.2 Cc). Així mateix, el mandatari pot renunciar al mandat; si és notarial, ho ha de fer en els termes de l'article 489.2 Cc *in fine* i, si és privat, en els termes de l'article 492.3 Cc.

En qualsevol de les modalitats i formes, el mandat ha de ser executat personalment pel mandatari, encara que pot recórrer a un tercer quan es tracti d'actes de gestió patrimonial i en circumstàncies especials (art. 482.1 Cc). El mandatari ha de respondre d'acord amb les condicions que preveu l'article 1992 del Cc i pel tercer que el substitueix, en els termes de l'article 1994 Cc (art. 482.2 Cc). No obstant això, com que el mandat és de protecció futura i habitualment de caràcter gratuït, la responsabilitat del mandatari s'haurà de considerar amb certa benevolència, tal com recomana l'article 1999 Cc, però no si és a títol oneros.

El mandat es pot extingir per les causes que estableix l'article 483 Cc: 1) pel restabliment de les facultats personals de la persona interessada; 2) per la mort de la persona protegida o perquè aquesta passa a tutela o curatela, llevat que hi hagi una decisió contrària del jutge que ha establert aquesta mesura; 3) per la mort del mandatari; 4) per la revocació del jutge de tuteles a instància de qualsevol persona interessada, però en casos molt limitats.<sup>76</sup> Es poden, en tot cas, suspendre els efec-

75. Respecte al mandat en un document privat, l'article 429.3 Cc disposa: «Tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant».

76. Article 483.4 Cc: «Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de

tes del mandat durant el temps en què estigui en funcionament la mesura de la salvaguarda de la justícia (art. 483 Cc), i així mateix qualsevol persona interessada pot impugnar el mandat davant del jutge de tuteles o pot demanar que aquest es pronunciï sobre les condicions i modalitats de la seva execució (art. 484 Cc).

Pel que fa a la durada del mandat, no hi ha cap disposició que la concreti, de manera que estem davant d'un mandat per temps indefinit; tot i així, les mesures de protecció legal es limiten a cinc anys.<sup>77</sup>

El mandatari ha de retre comptes de la seva gestió anualment (art. 486.2 i 511 Cc) i en finalitzar el seu mandat (art. 486.2, 487 i 491 Cc). Així mateix, si resulta encarregat de l'administració dels béns del mandant, ha de fer un inventari dels béns d'aquest, inventari que s'ha d'actualitzar durant l'execució del mandat (art. 486.1 Cc).<sup>78</sup> Finalment, els actes realitzats pel mandant poden ser rescindits per lesió, reduïts per excés o anul·lables en virtut de l'article 414.1 Cc.<sup>79</sup> Tot i així, el dret francès està inspirat d'alguna manera en el denominat *Mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant*, regulat en el Codi del Quebec d'acord amb la modificació portada a terme per la Llei de 15 d'abril de 1990.

---

la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant».

77. Article 487: «A l'expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, le mandataire tient à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, de la personne protégée si elle a recouvré ses facultés ou de ses héritiers l'inventaire des biens et les actualisations auxquelles il a donné lieu ainsi que les cinq derniers comptes de gestion et les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée».

78. En un estudi més profund d'aquests preceptes, vegeu, entre altres, I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Consideraciones sobre el mandato de protección futura», p. 288-329; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés», a *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 1, *Colegio de Registradores de la Propiedad*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 515-580; M. PEREÑA VICENTE, «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703 (setembre-octubre 2007), p. 2235-2253; I. SERRANO GARCÍA, «El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4 (octubre-desembre 2008), p. 743 i seg.; J. COMBRET, «Las *personnes vulnérables* en el derecho francés», a Silvia DÍAZ ALABART (coord.), *Familia y discapacidad*, Madrid, Editorial Reus, 2010, p. 71-94.

79. Article 488: «Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304».

A Alemanya, el paràgraf 672 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)<sup>80</sup> estableix expressament la no-extinció del mandat per la incapacitat sobrevinguda del mandant, i, per tant, també la no-extinció del poder atorgat (§ 168 BGB),<sup>81</sup> sens perjudici del que disposa el paràgraf 1901 del BGB, en el qual s'indica que «qui es trobi en possessió d'un escrit en el qual s'ha apoderat una altra persona, ha de posar-ho en coneixement del jutge de tuteles una vegada l'atorgant tingui coneixement que s'ha iniciat un procediment per al nomenament d'un assistent legal. El Jutjat de Tuteles pot exigir sobre això la presentació d'una còpia». Aquests poders són els anomenats *Versorgevollmacht*.<sup>82</sup>

En altres drets de tall anglosaxó, com l'ordenament anglès, al costat del *power of attorney* (poder ordinari), que s'extingeix per la incapacitat del mandant, s'admet el *lasting power of attorney*, la regulació del qual es troba en la *Mental Capacity Act 2005* i el qual es caracteritza per ser un poder irrevocable per al cas d'incapacitat de l'atorgant i per estendre el seu contingut no només a l'esfera patrimonial d'aquest, sinó també a l'esfera personal del subjecte en tot allò referent a la seva atenció i alimentació. El control del compliment de les diferents formalitats que per a aquests poders s'exigeix en la *Mental Capacity Act 2005*, el porta a terme el *public guardian*; i si la persona no ha atorgat un poder preventiu, la determinació de la seva cura personal i patrimonial correspon a la Court of Protection.

En l'ordenament italià no és possible l'existència d'apoderaments o mandats preventius, ja que el *Codice civile* determina l'extinció del mandat per incapacitat del mandant en el seu article 1722.4.<sup>83</sup>

80. El paràgraf 672 BGB estableix que «en cas de dubte, el mandat no s'extingeix per la mort del mandant o per devenir aquest incapaç d'obrar. Si s'extingeix el mandat, el mandatari, si existís un perill vinculat a la demora, ha de continuar la gestió del negoci conferit fins que l'hereu o el representant legal del mandant pugui atendre d'una altra manera la gestió; mentrestant el mandat es considera prorrogat».

81. El paràgraf 168 BGB disposa en relació amb l'extinció del poder que «[l]extinció del poder es determina per la relació jurídica subjacent en la seva concessió. El poder és revocable tot i subsistir la relació jurídica, llevat que d'aquesta mateixa relació resulti una altra cosa. A la declaració de revocació s'aplica per analogia la disposició del § 167, apartat 1».

82. En relació amb el dret alemany, vegeu B. HOHL i M. VALDING, «Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand?», *Gazette du Palais. Doctrine*, núm. 99 (7-8 abril 2000), p. 635.

83. L'article 1722.4 del *Codice civile* estableix: «Il mandato si estingue: 4. Per la morte, l'interdizione o l'inhabilitazione del mandante o del mandatario. Tuttavia il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi».

### 3. L'ASSISTÈNCIA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

#### 3.1. CONCEPTE I NATURESA JURÍDICA

Com hem exposat en línies precedents, el legislador català pretén flexibilitzar la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de facultats cognitives i volitives de la persona, i encara que manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, també en regula d'altres que operen o poden operar eventualment al marge d'aquesta, ja que s'és conscient que en molts casos la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure la incapacitació. Aquests diversos règims sobre els quals opera el legislador i que es plasmen en el llibre segon del Codi civil de Catalunya es mostren d'acord amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de les persones i amb els principis de proporcionalitat, de temporalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció en la línia establerta en la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, de l'ONU. És per aquest motiu que el model dissenyat en el Codi civil de Catalunya està guiat per la idea de considerar la incapacitació com un recurs massa dràstic i a vegades poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida, i només adoptable quan sigui estrictament necessari i amb el màxim respecte a la voluntat, els drets i les preferències de la persona, i ofereix noves solucions, per a la gestió i la protecció de la persona i el patrimoni de les persones discapacitades, allunyades del rígid sistema tutelar.<sup>84</sup>

El binomi capacitat-incapacitat ha de ser objecte d'una revisió en la línia de la flexibilització i la proporcionalitat manifestada, atès que hi ha persones amb discapacitat que l'ajuda que necessiten a vegades és de representació o substitució de la seva actuació, de complement o, simplement, d'assistència. En aquest context, el nou instrument de l'assistència es regula dins del títol II («Les institucions de protecció de la persona»), en el capítol VI, anomenat «L'assistència» (art. 226-1 a 226-7 CCCat). Mitjançant l'assistència, una persona major d'edat en qui concorre una causa de disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques pot prendre la decisió de sol·licitar al jutge el nomenament, en un procediment de jurisdicció voluntària, d'un assistent perquè tingui cura de la seva persona i el seu patrimoni i exerceixi les funcions que li atribueixi la mateixa persona assistida i que es determinin en l'acte de nomenament.

Es tracta d'una institució a la mida de les necessitats de la persona assistida i que ella mateixa conforma segons les seves necessitats en el joc de l'autonomia de

84. Com a exemple d'això trobem la pretutela, l'autotutela o curatela i els apoderaments preventius, ja analitzats, o la progressiva regulació revitalitzadora de la guarda de fet.

la seva voluntat. La seva funció no és representar i suplir la voluntat de la persona assistida, sinó completar la seva capacitat en determinades actuacions que afecten la seva esfera personal i patrimonial i que apareixen contingudes en el corresponent acte judicial. No obstant això, com que l'assistent té facultats d'administració, té també una mica de capacitat de representació, si bé cal considerar-la excepcional.<sup>85</sup> Com que es tracta d'un instrument flexible en la seva confecció i susceptible d'adaptabilitat a les situacions concretes que sorgeixin, res no impedeix que la persona assistida, mentre tingui prou capacitat, pugui modificar-ne l'abast.

L'assistència no es vincula a la manca de capacitat o a la presumible pèrdua progressiva d'aquesta, sinó que opera sobre una persona capaç però amb una disminució de les seves facultats físiques o psíquiques no susceptible de constituir una causa d'incapacitació i que pot ser conseqüència de l'edat, d'un retard mental lleu o de qualsevol altre tipus de disminució, com, per exemple, com a conseqüència d'un accident o d'una llarga malaltia que limita la possibilitat d'actuació de l'individu; si aquesta institució no existís, determinaria la constitució d'una guarda de fet o donaria lloc a una incapacitació, amb el consegüent sotmetiment a tutela o curatela. No obstant això, l'apoderament preventiu en les dues modalitats que considera l'article 222-2.2 CCCat (l'apoderament preventiu en sentit estricte o *ad cautelam*, i l'apoderament continuat o amb subsistència d'efectes), si bé amb la novetat ja apuntada en el Codi civil de Catalunya sobre la seva eficàcia jurídica sense necessitat d'instar la incapacitació judicial del poderdant i constituir formalment la tutela, la guarda de fet o la constitució de la tutela o la curatela, parteix de l'existència d'una pèrdua progressiva de la capacitat.

La figura de l'assistent es pot assemblar a la del curador,<sup>86</sup> si bé probablement el legislador català ha tingut present la regulació alemanya de l'assistent («Be-

85. Vegeu, en aquesta línia, J. A. MARTÍN PÉREZ, «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña», a Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO i Sergio NASARRE AZNAR (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 162; J. A. MARTÍN PÉREZ, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación», a Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Mario E. CLEMENTE MEORO, Francisco Javier ORDUNA MORENO, Lorenzo PRATS ALBENTOSA i Rafael VERDERA SERVER (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, València, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1480.

86. M. PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas», p. 201, assenyala que pot assimilar-se a la curatela voluntària, «en la que el propio interesado designa una persona que debe asistirle en ciertos actos de especial trascendencia, autolimitando su propia capacidad de obrar con la finalidad de estar protegido frente a sus propios actos, que pueden ser gravemente perjudiciales para sus intereses». Vegeu J. A. MARTÍN PÉREZ, «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales», p. 163, i J. A. MARTÍN PÉREZ, «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar», p. 1481, qui precisa que el seu caràcter permanent fa que s'assembli més al curador que al defensor judicial.



treuung», par. 1896-1908 BGB). Tot i així, convé recordar que a Alemanya l'institut de l'assistència va anar acompanyat de l'eliminació de la incapacitació i de la derogació de la tutela i la curatela; a França, de la *sauvegarde de justice* (art. 433-439 Cc), i a Itàlia, de l'administració de suport (art. 404-413 *Codice civile*), que analitzarem posteriorment. Igualment, és capaç d'adaptar-se a les circumstàncies personals i patrimonials de la persona protegida amb un ampli marge d'actuació que fixaran els jutges. En tot cas, la constitució de l'assistència que preveu el Codi civil de Catalunya és voluntària, de caràcter gratuït i amb un abast personal i patrimonial, tot i que el seu nomenament és judicial.

### 3.2. CARACTERÍSTIQUES

Sobre la base de la seva regulació, la doctrina determina les següents característiques de l'assistència:<sup>87</sup>

a) És una institució de promoció sempre voluntària, ja que només es constitueix a petició expressa de la mateixa persona assistida, la qual sol·licita al jutge l'adopció de la mesura. Coincideix amb l'apoderament preventiu, i els supòsits d'autotutela i d'autocuratela són la seva determinació voluntària. Es diferencia de l'apoderament preventiu en la seva constitució judicial, i de l'autotutela i de l'autocuratela, en què no hi ha necessitat de declaració d'incapacitació prèvia i en què el procediment per a la seva adopció és voluntari i no contradictori.

b) És una institució que es constitueix per mandat judicial en l'àmbit d'un expedient de jurisdicció voluntària. La seva constitució judicial en els termes apuntats l'equipara amb la tutela, la curatela i el defensor judicial, i es distingeix de les dues primeres en què no requereix una declaració prèvia d'incapacitació i en què no cal un judici contradictori.

c) És una institució complementadora de la capacitat, i no supletòria d'aquesta, en la qual cosa s'assembla amb la curatela, si bé pel fet de dotar l'assistent de facultats administratives té quelcom de representació.

d) És una institució estable i de durada permanent. El fet que no es requereixi la intervenció de l'assistent de manera constant i continuada no predetermina el seu caràcter estable i la seva durada en el temps, mentre no concorri una causa d'extinció o de modificació.

e) Té un contingut tant personal com patrimonial, i correspon a l'autoritat

87. Vegeu, per totes, M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia», p. 146 i 147.

judicial fixar el moment de la seva constitució, sens perjudici que posteriorment es modifiqui.

f) És una institució de naturalesa gratuïta, llevat que la mateixa persona assistida hagi previst algun ingrés per a l'assistent de manera específica.

### 3.3. RÈGIM JURÍDIC

#### 3.3.1. *Elements personals*

La *persona assistida* o *promotora de l'assistència* és la persona major d'edat que no pot tenir cura de la seva persona o el seu patrimoni a causa d'una disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques. No es vincula necessàriament a la manca de capacitat, sinó que, basant-se en el lliure desenvolupament de la personalitat, permet que determinats col·lectius especialment vulnerables puguin decidir com protegir la seva persona i el seu patrimoni sense recórrer al dràstic instrument de la incapacitació. La persona assistida ha de ser major d'edat i ha de tenir plena capacitat d'obrar, ja que no pot promoure la constitució de l'assistència la persona que està afectada d'una discapacitat incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques o qui no té capacitat d'obrar, i, en tot cas, s'ha de veure afectada per una disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques que s'entendrà que té lloc quan no tingui un abast suficient per a provocar una manca d'autogovern de la persona. És cert que un autogovern limitat o minvat pot comportar la incapacitació del subjecte i la seva submissió a curatela, però, encara que aquí partim del fet que no hi ha una manca d'autogovern, com que és limitat o minvat pot determinar l'operativitat de l'assistència atesa l'excepcionalitat de la incapacitació i la necessitat d'arbitrar mesures de suport més respectuoses amb la capacitat natural del subjecte i amb els seus desitjos.

En tot cas, cal preguntar-se a qui correspon determinar aquesta disminució no incapacitant de les facultats físiques o psíquiques. Sembla que en una institució de constitució judicial correspon al jutge fer una valoració o un reconeixement de la persona sol·licitant de l'assistència, per la qual cosa el jutge pot recórrer, entre altres proves, als informes de facultatius que poden determinar l'existència d'una disminució de les facultats físiques o psíquiques per una malaltia o deficiència, encara que el reflex d'aquesta disminució en l'autonomia de la persona es deixa en última instància a la completa apreciació judicial. No obstant això, partint de la base voluntària de la institució, el promotor de l'assistència també pot proporcionar informes o qualssevol altres dades que puguin determinar aquesta disminució no incapacitant, coadjuvant d'aquesta manera en la tasca judicial.

Formen part d'aquest col·lectiu les persones grans o les persones discapacitades amb un retard mental lleu, els *borderline intel·lectual functioning* o *sub-average intellectual functioning* (o, com s'anomenen ara, les persones amb un funcionament intel·lectual límit [FIL])<sup>88</sup> i, en general, les persones majors d'edat en les quals pot concórrer alguna disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, per exemple, com a conseqüència d'un accident o de la convalsència d'una llarga malaltia.<sup>89</sup>

88. Com assenyalava J. ARTIGAS-PALLARÉS, «El funcionamiento intelectual límite en el marco de los trastornos del neurodesarrollo», a Luis SALVADOR-CARULLA, Mencía RUIZ GUTIÉRREZ-COLOSIÁ i Margarida NADAL PLA (coord.), *Manual de consenso sobre funcionamiento intelectual límite (FIL)*, Madrid, Fundación Aequitas i Caja Madrid (Obra Social), 2011, p. 80, el funcionament intel·lectual límit està pobrament definit en el DSM IV TR (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 4a ed., text revisat, American Psychiatric Association, 2000). S'inclou com una categoria denominada «Altres condicions que poden ser focus d'atenció clínica». Dins d'aquest apartat es defineix el FIL per a fer referència als individus el coeficient intel·lectual (CI) dels quals es troba dins la franja d'edat entre 71 i 85. No es fa cap altra consideració específica tret que s'ha d'establir el diagnòstic diferencial amb retard mental (RM). El *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) recomana que aquesta categoria es codifiqui en l'eix II, de manera que té la mateixa consideració que l'RM o que els trastorns de personalitat.

Per la seva part, J. GARCÍA IBÁÑEZ, R. MARTÍNEZ-LEAL i F. AGUILERA, «Funcionamiento intelectual. Límite y ciclo vital», a Luis SALVADOR-CARULLA, Mencía RUIZ GUTIÉRREZ-COLOSIÁ i Margarida NADAL PLA (coord.), *Manual de consenso sobre funcionamiento intelectual límite (FIL)*, p. 111, disposen que «el ciclo vital de una persona con FIL se va complicando con el paso de los años. Como personas fronterizas entre las personas con inteligencia normal y las personas con discapacidad intelectual, según las circunstancias que aparezcan en su vida y según sus capacidades de afrontamiento de las situaciones que podemos considerar como desfavorables, van a acercarse a un lado o a otro de esa frontera. Si la desviación se produce en el sentido de la discapacidad intelectual, las repercusiones emocionales de las situaciones de fracaso y las vivencias de la percepción de ser diferente van a complicar la evolución y se van a sumar aspectos que pueden repercutir en la salud mental de estas personas y en su conducta, facilitando la aparición en estas personas frágiles y vulnerables de algunos trastornos».

89. M. D. BARDAJÍ GÁLVEZ, «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)», a Sergio LLEBARÍA SAMPER (coord.), *Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme? (Estudis en commemoració del 50 aniversari de la Compilació)*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 193, n. 30, assenyalava que «la asistencia también puede presentarse como un medio de protección muy acorde para las situaciones de merma de las facultades físicas, incluso permanentes, que, sin afectar al grado de discernimiento de la persona y por tanto, sin impedir la posibilidad de gobernarse por sí misma, sí suponen una disminución de su aptitud para afrontar la vida social y jurídica. Quedaría siempre a salvo el supuesto en el que la enfermedad física excluyera la comunicación con el exterior en grado suficiente que impidiera la manifestación de la voluntad o querer interno»; i afegeix en una nota al peu: «junto a los tradicionales defectos físicos, van apareciendo en la realidad jurídica nuevas enfermedades con un origen físico, tales como la arteriosclerosis o progresiva disfunción de las facultades físicas de las personas que las padecen; la alexia, o ceguera de la palabra, cuando es de tal entidad que quien la padece no entiende ninguna información sensorial derivada de la palabra, siempre que afecte a la triple esfera auditiva, táctil y visual; la afasia, siempre que

L'assistent ha de ser una persona major d'edat amb capacitat d'obrar plena i en la qual no concorrin algunes de les causes d'inhabilitació previstes en l'article 222-15 CCCat en l'àmbit de la tutela. Aquesta remissió s'ha de modular atenent la diferent naturalesa de la tutela i l'assistència: mentre que la primera constitueix una institució de protecció respecte d'una persona que no té plena capacitat d'obrar i l'opinió de la qual pot no ser rellevant o simplement no existir, el promotor de l'assistència és, en principi, una persona capaç, per la qual cosa s'ha de respectar la seva voluntat pel que fa al nomenament o l'exclusió d'alguna persona per a exercir la funció d'assistència. Així, respecte de les causes d'inhabilitació o ineptitud a les quals fa referència l'esmentat article 222-15 CCCat relatives al fet d'estar, les persones que podien ser assistents, privades o suspeses de l'exercici de la potestat o de la guarda per una resolució administrativa o judicial ferma, per haver-ho estat durant cinc anys o per haver estat remogudes d'una tutela per una causa que els sigui imputable, i que determinen la inhabilitat per a ser nomenades tutores, en l'assistència aquestes causes han de ser apreciades pel jutge en cada cas concret per tal de considerar si constitueixen o no motius greus que desaconsellin l'elecció de la persona en qüestió com a assistent, atenent així mateix la voluntat i els desitjos del subjecte protegit. De la mateixa manera caldrà operar respecte de l'exclusió per conflicte d'interessos que conté l'article 222-17 CCCat, que estableix que «1. No poden ésser titulars de la tutela ni de l'administració patrimonial, ni executores materials de les funcions tutelars, les persones físiques o jurídiques privades que estiguin en una situació de conflicte d'interessos amb la persona protegida», ja que, si, tot i l'existència de tal conflicte, el promotor de l'assistència sollicita que sigui nomenada tal persona, aquesta no s'ha d'entendre automàticament exclosa, sinó que serà el jutge qui haurà d'adoptar la decisió a la vista de les circumstàncies i de la voluntat i els desitjos de la persona assistida.

Així mateix, com disposa l'article 226-6 CCCat, són aplicables a l'assistent les normes d'aquest Codi en matèria d'excusa i remoció dels tutors (art. 222-18 a 222-19, 222-33 i 222-34 CCCat), de manera que l'assistent pot ser remogut del càrrec per les causes previstes en el mateix nomenament o per les que conté l'esmentat article 222-33 CCCat en matèria de tutela (art. 226-6 CCCat). Així, per qualsevol de les causes d'inhabilitat previstes en l'article 222-15 CCCat, per una actuació negligent en l'exercici del càrrec o per l'existència de problemes de convivència o enteniment, correspon a l'autoritat judicial promoure tal remoció. En

---

el sujeto no pueda expresarse por escrito o por otros medios, y por ello esté impedido para manifestar su voluntad y ejercer su libertad; la agnosia, cuando las dificultades de comprensión hacen imposible el autogobierno; igualmente, podrían incluirse aquí aquellos estados de conciencia alterada originados por la deficiencia de los hemisferios cerebrales a consecuencia de neoplasias intracraneales».

tot cas, mentre es discuteix sobre una possible remoció de l'assistent o en el cas que aquest no exerceixi efectivament les facultats d'intervenció i/o administració que té atribuïdes, es pot nomenar un defensor judicial.

Pot ser assistent una persona física. I, per la remissió a les normes de la tutela en la mesura que siguin compatibles amb l'assistència, considerem que també es pot nomenar assistent una persona jurídica sense ànim de lucre que es dediqui a la protecció de menors o incapaços (art. 222-16.1 CCCat). Si es tracta d'una persona jurídica, s'ha de designar un o més professionals, responsables de l'exercici de les funcions encomanades a l'assistent (art. 222-16.3 CCCat). Com hem assenyalat, en principi no poden ser assistents les persones físiques o jurídiques privades que tinguin una situació de conflicte amb la persona protegida, llevat que, atenent el cas concret i la voluntat de la persona assistida, el jutge pugui decidir el seu nomenament. En particular, no poden ser nomenats assistents els qui tinguin amb la persona assistida una relació contractual de prestació de serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga (art. 222-17.1 CCCat), com seria el cas, per exemple, del titular d'una residència d'avis, de nou llevat que, atenent la voluntat del subjecte i les circumstàncies del cas, es determini una altra cosa. Tampoc no pot ser assistent la persona física que per raó d'edat, malaltia, falta de relació amb la persona assistida o manca dels coneixements adequats per a l'administració de patrimoni, es vegi impossibilitada per a exercir aquest càrrec. Igualment, pot excusar-se del càrrec d'assistent la persona jurídica que no té els mitjans personals i materials suficients per a exercir-lo adequadament.

Poden nomenar-se simultàniament diversos assistents perquè l'un actuï en l'àmbit personal i l'altre en el patrimonial o, successivament, l'un en substitució de l'altre. En aquest últim supòsit, si no s'especifica l'ordre de substitució, aplicant analògicament l'article 227-7 CCCat és preferible nomenar la persona designada en el document de data més recent, i si n'hi ha més d'una, la que es designi en primer lloc. No obstant això, es troba a faltar que no s'hagi aprofitat la regulació de l'assistència per a afrontar les situacions de desemparament de les persones amb discapacitat ni les necessitats d'assistència personal i material de moltes d'aquestes persones. A diferència dels menors d'edat, respecte als quals l'Administració assumeix automàticament la tutela en cas de desemparament, per a les persones majors d'edat tal automaticitat no opera i és exigència necessària la incapacitació prèvia en la qual es nomeni tutora l'Administració.

Creiem que la figura de l'assistència pot ser un instrument eficaç com a administració de suport, si bé, perquè sigui útil, cal que sigui immediata i que estigui a càrrec de les entitats públiques assistencials, i no és necessària en aquest cas la petició de la persona necessitada de protecció, sinó l'assumpció immediata per l'Administració i el control de la seva actuació per part de l'autoritat judicial.

### 3.3.2. *Contingut*

El respecte a la voluntat de la persona assistida i el deure d'informar tenen una rellevància particular, ja que la persona assistida és, en principi, una persona plenament capaç o que conserva bona part de la seva capacitat natural. L'assistent està sotmès a les mesures de control fixades per la mateixa persona assistida i homologades judicialment, i a les mesures concretes que el jutge pot adoptar durant el seu exercici. Les funcions que pot exercir l'assistent són bàsicament de naturalesa personal i patrimonial. En l'àmbit personal, l'assistència es dirigeix a procurar el benestar de la persona assistida respectant plenament la seva voluntat i la seva opció personal. En particular, i en relació amb la seva salut, la persona assistida té dret a rebre la informació i a donar el consentiment sobre la realització d'actuacions assistencials i/o l'aplicació de tractaments mèdics si no pot decidir per si mateixa i no ha atorgat un document de voluntats anticipades, o si l'ha atorgat però no conté el nomenament d'un representant (art. 226-2.2 CCCat).

En l'article 212-3 CCCat es preveu la designació d'un representant i s'entén per *document de voluntats anticipades* el document on una persona major d'edat amb plena capacitat d'obrar pot expressar «les instruccions per a la realització d'actes o tractaments mèdics, per al cas que es trobi en una situació en què no pugui decidir-ho per si mateixa». El document de voluntats anticipades pot, així mateix, contenir previsions referents a la donació d'òrgans o del cos i a les formes d'enterrament o incineració. Igualment, la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, preveu en l'article 11 que en un document d'instruccions prèvies es pot designar, a més, un representant perquè, arribat el cas, serveixi com a interlocutor amb el metge o l'equip sanitari per tal de procurar el compliment de les instruccions prèvies. En el document d'instruccions prèvies, una persona major d'edat, capaç i lliure manifesta anticipadament la seva voluntat a fi que aquesta es compleixi en el moment en què arribi a situacions en les quals no sigui capaç d'expressar-se personalment sobre les cures i el tractament de la seva salut, o, una vegada arribada la mort, sobre la destinació del seu cos o dels seus òrgans. Si no s'ha nomenat un representant en el document de voluntats anticipades, és l'assistent qui ha de rebre la informació clínica i mèdica sobre la salut de la persona assistida i ha de prestar el consentiment a qualsevol intervenció o tractament mèdic o manifestar la negativa a rebre'l, sempre que la persona protegida no pugui decidir per si mateixa.

En cas que la situació de la persona assistida ho exigeixi perquè es dóna una causa d'incapacitació, l'assistent està obligat, com a guardador d'aquella, a promoure la constitució de la tutela (art. 222-14.4 CCCat en relació amb l'art. 222-10

CCCat), i ell mateix pot ser designat tutor. Si és necessari, l'assistent també pot promoure l'internament de la persona protegida.

En l'àmbit patrimonial, l'assistent ha d'intervenir amb la persona assistida en els actes d'administració i gestió relacionats amb les funcions de l'assistència. No obstant això, a petició de la persona assistida, l'autoritat judicial pot conferir a l'assistent també funcions d'administració del patrimoni d'aquesta, sens perjudici que la persona assistida segueixi conservant les facultats de gestió del seu propi patrimoni i d'actuació amb o sense la intervenció de l'assistent, perquè, no ho oblidem, és una persona plenament capaç (art. 226-2.3 CCCat). Així, només cal que intervingui l'assistent en els supòsits específicament referenciats en la resolució judicial. Entre les atribucions de gestió es pot incloure la relativa a l'administració d'un patrimoni protegit (art. 227-3.2i CCCat).

En cas de tenir atribuïdes facultats de gestió, l'assistent ha de retre comptes de la seva administració aplicant per analogia el que es preveu en l'àmbit de la tutela en l'article 222-49 del Codi civil de Catalunya. Pel que fa als comptes que ha de retre, s'entén que es tracta tant del compte periòdic (en principi anual, llevat que es fixi un termini major), al qual fa referència l'article 222-31 del Codi civil, com de l'informe sobre la situació personal de la persona assistida que preveu l'article 222-32 CCCat, en el qual se n'ha d'indicar l'estat de salut, el lloc de residència i la situació personal i familiar, la qual cosa serà especialment important per a determinar si cal o no la substitució de l'assistència per una altra institució estable de protecció. La llei no estableix a qui ha de retre els comptes de la tutela, però sembla que ha de ser a la persona protegida que conserva prou capacitat i al jutge.

D'altra banda, en la norma tampoc no es diu res sobre si és aplicable o no l'obligació de formular inventari que s'estableix per al tutor. L'absència de remissió en aquest cas a les lleis del tutor i la diferent naturalesa de la institució respecte de la tutela fan que l'obligació de formular inventari només sigui exigible si la resolució de nomenament la imposa de forma expressa, en consideració a la major o menor amplitud de les facultats d'administració conferides.<sup>90</sup>

Com hem exposat, la intervenció de l'assistent és normalment complementària, de manera que cal també comptar amb el consentiment de la persona protegida a l'acte o contracte, llevat que la resolució judicial hagi atribuït a l'assistent facultats expressives d'administració en aquest sentit, per la qual cosa pot donar-se una situació de conflicte d'interessos entre l'assistent i la persona protegida en el supòsit que es requereixi també la intervenció del primer a l'acte o contracte; si bé, tenint present que l'assistent ha de respectar la voluntat de la persona protegida, si no ho fa és al jutge a qui en última instància correspon su-

90. M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia», p. 152.



plir l'assistent i autoritzar l'acte concret sempre que sigui beneficiós per a la persona assistida.<sup>91</sup>

### 3.3.3. *Elements formals. Procediment*

La sol·licitud de nomenament és voluntària i ha de partir de la persona interessada. Un cop sol·licitada, correspon al jutge, en un procediment de jurisdicció voluntària, procedir al nomenament i indicar les funcions concretes que ha de portar a terme l'assistent tant en l'esfera personal com en la patrimonial de la persona assistida. Com que és un càrrec voluntari, cal que l'assistent l'accepti. La iniciació del procediment en cap cas pot ser d'ofici, a diferència de la legislació alemanya, que, com veurem, la possibilita, ni tampoc tenen l'obligació de promoure'l ni la facultat de sol·licitar-lo les persones que el mateix Codi civil català considera legitimades per a promoure la constitució de la tutela (art. 222-14 CCCat).

Com precisa Martínez García, sens dubte sembla possible que «el promotor del expediente pueda otorgar un poder específico o nunciatura para que el apoderado pueda iniciar con especificación de unos límites, un procedimiento de asistencia e incluso solicitar el nombramiento o exclusión de alguna persona si el poderdante la ha designado expresamente; asimismo, en caso de que la persona haya otorgado un apoderamiento preventivo con subsistencia de efectos, dado que el apoderado es persona que puede promover la constitución de la tutela, podría defenderse que pudieran promover la adopción de una medida menos invasiva, cual es la constitución de la asistencia».<sup>92</sup>

Pel que fa al procediment, cal atendre, respecte a la seva iniciació, direcció i assistència lletrada, postulació, tràmits i resolució, les normes generals contingudes en la Llei d'enjudiciament civil de l'any 1881 en l'àmbit de la jurisdicció voluntària. L'oposició al procediment de nomenament de l'assistent no és possible per part de la persona sol·licitant, ja que ella és l'única persona legitimada per a la seva iniciació. No obstant això, sembla factible l'oposició d'algun familiar, motiu pel qual sembla oportú el procediment de jurisdicció voluntària en l'àmbit judicial amb possibilitat de contradicció.

És possible procedir al nomenament d'un assistent, a la constitució d'un apoderament preventiu i fins i tot a l'atorgament d'una escriptura d'autotutela, ja que

91. Per a M. D. BARDAJÍ GÁLVEZ, «Instituciones tutelares como formas de protección», p. 195 i 196, en situacions de col·lisió d'interessos, l'obligació d'actuar sempre respectant els desitjos de l'assistent sembla clara quan es tracta d'actes relatius a l'esfera personal, però quan es tracta d'assistir en l'àmbit patrimonial, per a l'autora la llei guarda silenci.

92. M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA, «Instituciones de protección: la asistencia», p. 149.

tots aquests instruments compleixen diverses funcions que coincideixen amb les diferents etapes en què es pot trobar una persona conforme es va desenvolupant el cicle de vida de l'individu i evoluciona la seva pròpia capacitat d'obrar. Una de les causes per les quals es pot extingir l'assistència és la desaparició de les circumstàncies que la van motivar, com una possible pèrdua progressiva de la capacitat. Precisament aquesta pèrdua de capacitat pot fer inoperatiu l'instrument de l'assistència i donar plena efectivitat a un apoderament preventiu o al nomenament d'un tutor davant la incapacitació judicial de l'individu. Pot ser la mateixa persona la que vagi ocupant els diversos càrrecs en aquest procés evolutiu, perquè, no ho oblidem, tots els càrrecs són nomenats durant l'exercici previ de l'autonomia de l'individu. El cert és que l'apoderament preventiu com a mecanisme de protecció extrajudicial es pot considerar una alternativa a l'assistència. En tot cas, els actes realitzats sense la intervenció de l'assistent són anul·lables a instància d'aquest o de la persona assistida. També ho són a instància del tutor, si es constitueix la tutela; i en cas de mort de la persona assistida, ho són a instància dels seus hereus en el termini de quatre anys a comptar des de la constitució de la tutela o des de la mort d'aquella (art. 226-3 CCCat).

Finalment, l'assistència, com a càrrec, és inscriptible en el Registre Civil. En concret, la presa de possessió del càrrec s'ha d'inscriure en el Registre Civil del domicili de la persona assistida mitjançant la comunicació de la resolució judicial. Si no s'inscriu, no és oposable a tercers (art. 226-7 CCCat).

#### 3.4. MODIFICACIONS DE L'ASSISTÈNCIA

És possible que, si varien les circumstàncies, a instància de la persona interessada (la persona assistida) es pugui procedir a una modificació de l'abast de l'assistència augmentant o disminuint les facultats atribuïdes; des del punt de vista de l'assistent, es poden ampliar o reduir les facultats i fins i tot determinar l'extinció de l'assistència quan així ho exigeixi la situació de la persona protegida.

#### 3.5. EXTINCIÓ DE L'ASSISTÈNCIA

L'assistència es pot extingir per les causes enumerades en l'article 226-5 CCCat:

- a) Per la mort o la declaració de mort o d'absència de la persona assistida.
- b) Per la desaparició de les circumstàncies que van determinar l'existència de l'assistència.
- c) Per la incapacitació de la persona assistida.

Per aplicació de les normes de la tutela, la remoció de l'assistent per qualsevol de les causes d'ineptitud que conté l'article 222-15 CCCat, per incompliment dels deures inherents al càrrec, per actuar amb negligència en l'exercici de les seves funcions o per l'existència de problemes de convivència greus i continuats amb la persona assistida, pot ser instada per la persona protegida, d'ofici, a sol·licitud del ministeri fiscal o fins i tot per les persones facultades per a instar la constitució de la tutela, perquè pot ser que la capacitat física o psíquica de la persona assistida estigui tan disminuïda que li impedeixi fer-ho per si mateixa.

Si la causa d'extinció és la desaparició de les circumstàncies que possibiliten l'existència de l'assistència, s'ha d'indicar de forma expressa aquesta circumstància per a deixar sense efecte el nomenament. Si l'assistent ha cessat però es manté la institució de protecció, s'ha d'iniciar un nou procés de nomenament i l'assistent cessat queda obligat a retre comptes. En tot cas, s'ha de comunicar al Registre Civil l'extinció o qualsevol modificació de l'abast del càrrec perquè s'hi doni l'oportuna publicitat amb eficàcia davant de tercers. Tanmateix, l'assistent té el deure de comunicar a l'autoritat judicial qualsevol canvi en les circumstàncies que van determinar el seu nomenament (com, per exemple, l'existència d'alguna causa d'incapacitació) i qualsevol modificació necessària en l'àmbit de les seves funcions.

### 3.6. LA REGULACIÓ DE LA INSTITUCIÓ EN ALTRES ORDENAMENTS JURÍDICS

La *sauvegarde de justice* francesa o protecció judicial francesa apareix regulada en la secció tercera del títol XI del *Code civil* («De la majorité et des majeurs protégés pour la loi», art. 433-439, reformats per la *Loi n° 2007-308, du 5 mars 2007*),<sup>93</sup> amb manifesta independència de la resta de mesures de guarda dels majors d'edat protegits. L'article 433 del *Code civil* (Cc) en recull els supòsits: «Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés».<sup>94</sup> El jutge de tuteles, amb caràcter previ a la tramitació d'un procediment de tutela o curatela, també pot sotmetre una persona a aquesta salvaguarda judicial perquè tingui efecte mentre duri tal procediment. Igualment, en relació amb la gestió de negocis en matèria de salut,

93. Aquesta figura va ser creada per la *Loi du 3 janvier 1968* (art. 491-491.6).

94. B. TEYSSIÉ, *Droit civil: Les personnes*, 3a ed., París, Litec, 1998, p. 244, afegeix que, a més dels majors d'edat, també s'aplica als menors emancipats quan les seves facultats mentals són alterades per una malaltia física o mental, per un debilitament per raó de l'edat o per facultats corporals disminuïdes des del punt de vista de l'expressió de la seva voluntat.

la protecció judicial francesa pot resultar de la declaració feta al procurador de la República (el ministeri fiscal) en les condicions previstes per l'article 3211-6 del Codi de salut pública (art. 434 Cc), de manera que, quan un professional sanitari que tracti una persona consideri que per algunes de les causes de l'article 425 del *Code civil* aquesta ha de ser protegida per als actes de la vida civil, pot fer una declaració en aquest sentit al fiscal del lloc on es duu a terme el tractament.

Aquesta protecció s'aplica, en conseqüència, a tota persona que presenti una alteració temporal de les seves facultats mentals constatada mitjançant un certificat mèdic, a les persones que necessitin la protecció per a concloure un acte jurídic i a les persones respecte de les quals s'ha iniciat un procediment de sotmetiment a tutela o a curatela com a mesura transitòria durant la tramitació del procediment. Es tracta d'una mesura provisional i urgent de protecció que no comporta ni assistència ni representació del major d'edat sota salvaguarda, tot i que pot comportar el nomenament d'un mandatari especial (art. 437 i 438 Cc).

En relació amb el procediment judicial de salvaguarda, la demanda s'ha d'acompanyar necessàriament d'un certificat mèdic detallat realitzat per un metge dels que estan inclosos en la llista del ministeri fiscal (art. 431 Cc), i és necessària l'audiència de la persona interessada per a la seva declaració, llevat que hi hagi motius que ho justifiquin, com una possible afectació de la seva salut, el fet de no poder expressar-se o una situació d'urgència (art. 432 Cc). S'amplia la legitimació per a sol·licitar aquesta mesura, ja que el mateix article 430.1 Cc, ubicat dins de la secció segona, dedicada a les disposicions comunes a les mesures judicials, assenyala que «La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique».

En tot cas, el major d'edat sotmès a aquesta mesura conserva la seva capacitat d'obrar i, per tant, resulten vàlids tots els actes que el subjecte protegit faci, tant de naturalesa patrimonial com de naturalesa extrapatrimonial, sempre que no necessiti la intervenció del mandatari especial (art. 435 Cc). Això no impedeix que els actes celebrats pel major d'edat sotmès a aquesta mesura puguin, si el perjudiquen, ser rescindits per lesió, reduïts en cas d'excés o anul·lats en virtut de l'article 414.2 Cc, atenent la utilitat o la inutilitat de l'operació, la importància o la consistència del patrimoni de la persona protegida i la bona o mala fe de les parts contractants (art. 435.2 Cc).

Es tracta d'una mesura de protecció generalment de naturalesa transitòria o temporal, ja que dura com a màxim un any, i és susceptible de renovació una sola

vegada (art. 439.1 Cc). S'adapta a la situació de persones l'estat de les quals no justifica que se les privi de la seva capacitat d'obrar, sinó que, en tot cas, se'ls ofereixi una certa protecció per a la realització de determinats actes de la vida civil.<sup>95</sup> Aquesta mesura de protecció ajuda les persones que pateixen malalties cícliques, les persones amb un nivell de discapacitat menys greu o amb una deficiència física i les persones de certa edat, motiu, aquest últim, pel qual fins i tot se la considera una mesura de precaució mentre es decideix sotmetre o no la persona gran que té limitades les seves facultats mentals a un règim de protecció més restrictiu.<sup>96</sup>

No hi ha dubte sobre la provisionalitat d'aquesta mesura de protecció, com hem assenyalat, però, en tot cas, el que és més significatiu d'aquesta mesura és que el subjecte protegit conserva intacte l'exercici dels seus drets. Pel que fa a la protecció del seu patrimoni i de manera anàloga al sistema anterior a la *Loi 2007*, sens perjudici de poder atacar els actes perjudicials per al major d'edat per les vies ja exposades, es consideren les vies següents: 1) mitjançant mandats convencionals, ja que l'article 436 Cc preveu que es pot atorgar un mandat pel qual la persona protegida encarrega a una altra la gestió dels seus béns, mandat que continua produint efectes mentre estigui sota protecció judicial, llevat que sigui revocat o suspès pel jutge de tuteles, i, de tota manera, durant la salvaguarda el major d'edat pot celebrar nous contractes de mandat; 2) a falta d'un contracte de mandat, entren en joc les disposicions del *Code civil* en matèria de gestió de negocis aliens (art. 436.2 Cc); 3) totes les persones que estan legitimades per a sol·licitar l'inici d'un procediment de tutela o curatela, tant des que tinguin coneixement de la seva urgència com de l'estat de salvaguarda, tenen l'obligació de realitzar els actes de conservació que siguin necessaris per a la persona protegida; aquesta obligació també és aplicable a les persones i els establiments que allotgen les persones sotmeses a guarda (art. 436.3 Cc); 4) si cal actuar fora dels casos que assenyalava l'article 436 Cc, qualsevol persona interessada pot posar-ho en coneixement del jutge de tuteles (art. 437.1 Cc) i aquest ha de designar un *mandatari especial* en les condicions i amb les modalitats previstes en els articles 445 i 448-451 Cc, a l'efecte d'efectuar en nom de la persona un o diversos actes relatius a la gestió del patrimoni; aquests

95. B. TEYSSIE, *Droit civil: Les personnes*, p. 243 i 244; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil: Les personnes*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, p. 487; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD i J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tom 1, vol. III, *Les personnes*, 6a ed., París, Éditions Montchrestien, 1976, p. 791; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, París, PUF, 2004, p. 656.

96. M. M. HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismo de protección jurídico-asistencial», a José PÉREZ DE VARGAS (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2007, p. 610 i 611; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, p. 656.

actes queden fora de l'esfera d'actuació del subjecte protegit i seran nuls si aquest els realitza per si mateix (art. 437.2 Cc). Com a novetat, també es poden atribuir a aquest mandatari especial facultats dispositives quan sigui necessari per a l'adequada gestió del patrimoni de la persona protegida (art. 437.2 Cc) i també se li pot conferir una missió de protecció de la persona, sens perjudici del que disposen els articles 457.1-463 Cc (art. 438 Cc). En tot cas, el mandatari té l'obligació de retre comptes de la seva gestió a la persona protegida i al jutge de tuteles en les condicions previstes en els articles 510-515 Cc.

Finalment, si la salvaguarda té lloc en aplicació de l'article 433 Cc, en qualsevol moment el jutge pot ordenar-ne la fi si la necessitat de protecció temporal ha cessat. Així mateix, quan la salvaguarda s'ha establert en aplicació de l'article 434 Cc, es pot posar fi a aquesta amb una declaració del ministeri fiscal si la necessitat de protecció ha cessat o amb un informe mèdic. De tota manera, la salvaguarda de justícia finalitza si té lloc el sotmetiment de la persona a tutela o a curatela (art. 439 Cc).

Respecte a la legislació alemanya, es considera la figura de l'assistent («*Betreuung*», par. 1896-1908 BGB),<sup>97</sup> capaç d'adaptar-se a la situació personal de la persona protegida només quan sigui estrictament necessari i amb un ampli marge d'actuació que fixen els jutges, que són els que determinen l'àmbit concret d'actuació. Es tracta d'una mesura que únicament apareix quan s'estima estrictament necessària i quan no sigui possible atendre o defensar els interessos de la persona necessitada de cura d'una altra manera, d'acord amb el principi de necessitat (*erforderlichkeitsgrundsatz*) que va informar tota la reforma en matèria d'incapacitació.

El paràgraf 1896 BGB disposa: «1. Si un major d'edat, com a conseqüència d'una malaltia psíquica o d'una discapacitat física, psíquica o mental, no pot tenir cura totalment o parcialment dels seus assumptes, el jutjat de tuteles, a petició seva o d'ofici, li nomena un assistent legal. La petició la pot fer també un incapaç

97. Abans de la Llei de reforma de la tutela i la curatela, la *Betreuungsgesetz*, d'1 de gener de 1992, el BGB regulava la figura de l'*Entmündigung*, que equivalia, en termes generals, a la nostra incapacitació, de tal manera que la persona que tenia una malaltia mental era considerada com a incapaç negocial. Ara bé, si la incapacitació (*Entmündigung*) tenia altres causes, com la debilitat mental, la prodigalitat, l'alcoholisme o la drogoaddicció, la persona afectada s'equiparava amb els subjectes amb capacitat negocial limitada (majors de set anys i menors de divuit).

Al seu torn, aquesta Llei d'1 de gener de 1992 ha estat modificada per la Llei de 25 de juny de 1998, la *Betreuungsrechtsänderungsgesetz*, que va entrar el vigor l'1 de gener de 1999 i en la qual s'estableix l'obligació de designar *Betreuer* un professional, el qual té dret a una retribució amb càrrec a l'erari públic. És per aquest motiu que, per a controlar el cost financer que representa aquesta institució i per a evitar possibles abusos, s'han modificat els preceptes relatius a la retribució del tutor, que s'apliquen també al *Betreuer* (paràgrafs 1836-1836e i 1908 BGB). Així mateix, s'afegeixen els apartats 6 i 7 al paràgraf 1897 i es deroguen els paràgrafs 1908e, 1908b i 1908k BGB.

d'obrar. Si el major d'edat no pot tenir cura dels seus assumptes a causa d'una discapacitat física, l'assistent legal només pot ser nomenat a petició seva, llevat que no pugui manifestar la seva voluntat. 1. Contra la lliure voluntat del major d'edat no pot ser nomenat un assistent legal. 2. L'assistent legal només pot ser nomenat per a un àmbit de funcions en què és necessària l'assistència legal. L'assistència legal no és necessària quan els assumptes del major d'edat puguin ser gestionats, de manera tan eficaç com ho faria un assistent legal, per un apoderat, sempre que aquest no sigui cap de les persones esmentades en el § 1897, apartat 3, o a través d'altres mitjans que no comporten el nomenament d'un representant legal. 3. Com a àmbit d'actuació de l'assistent legal pot també determinar-se l'exercici de drets de la persona assistida enfront del seu apoderat. 4. La decisió sobre les comunicacions telefòniques de la persona assistida i sobre la recepció, l'obertura i la retenció del seu correu, només forma part de les funcions de l'assistent legal si el jutjat ho ha ordenat expressament».

Els pressupòsits per a la constitució de la *Betreuung* s'estableixen en l'esmentat paràgraf 1896 BGB: per una banda, la majoria d'edat, si bé aquesta mesura, com disposa el paràgraf 1908 BGB, pot ser adoptada fins i tot per un menor d'edat que ja ha complert els disset anys sempre que es pugui suposar que quan arribi a la majoria d'edat aquesta mesura serà necessària, però, en tot cas, aquesta no serà eficaç fins que s'assoleixi la majoria d'edat; i, per altra banda, una malaltia psíquica o una discapacitat física, psíquica o mental. La petició del nomenament d'un assistent legal pot venir de la mateixa persona interessada o d'ofici. En relació amb la primera possibilitat, en una mena d'autoassistència, el paràgraf 1901 BGB estableix que «qui es troba en possessió d'un escrit en el qual algú manifesta, per al cas d'assistència legal, propostes sobre l'elecció de l'assistent legal o desitjos sobre com s'ha de dur a terme l'assistència legal, l'ha de posar sense demora en poder del jutjat de tuteles, una vegada té coneixement que s'ha iniciat un procés per al nomenament d'un assistent legal».

El jutjat de tuteles ha de nomenar assistent una persona física que resulti idònia per a la cura dels assumptes compresos per decisió judicial en l'àmbit funcional d'aquest per tal d'assistir la persona necessitada de forma personal en la mesura que resulti oportú (cura personal de la persona assistida i gestió dels seus assumptes). Quan és el major d'edat qui proposa una persona, s'ha de tenir en compte aquesta proposta sempre que no sigui contrària al seu benestar; s'ha de procedir de la mateixa manera si el que proposa és que determinada persona no sigui nomenada.<sup>98</sup> Si la persona proposada és un treballador d'un centre residencial privat

98. Aquesta mesura pot ser adoptada fins i tot per un menor d'edat que ja hagi fet els disset anys, sempre que es pugui suposar que en arribar a la majoria d'edat serà necessària. En qualsevol cas, la mesura no serà eficaç fins que arribi a la majoria d'edat (§ 1908a BGB).



reconegut pel paràgraf 1908f BGB que exerceix una activitat assistencial de forma parcial o completa, només pot ser nomenat assistent amb el consentiment del centre (*assistent institucional*). Si és un treballador d'una institució pública, és d'aplicació per analogia el que s'ha vist per als qui treballen en la privada (*assistent funcionari públic*), tal com s'estableix en el paràgraf 1897(2) BGB.

Si el major d'edat no proposa ningú per a ser nomenat assistent legal, s'han de tenir en consideració en l'elecció d'aquest les relacions de parentiu i altres relacions personals del major d'edat especialment amb els pares, els fills, el cònjuge i la parella de fet, així com els possibles conflictes d'interessos, segons el que expressa el paràgraf 1897(5) BGB. Es poden nomenar diversos assistents legals per als assumptes de la persona assistida si així queden més ben administrats els seus interessos; en aquest cas, s'ha de decidir de quin àmbit de funcions s'ha d'ocupar cadascun dels assistents legals. Tot això, amb l'excepció dels supòsits regulats en els apartats 2 i 4 del paràgraf 1898 BGB, així com del que disposa el paràgraf 1908i, apartat 1, incís 1 BGB, en relació amb el paràgraf 1792 BGB. En cas que siguin diversos els assistents que s'ocupen d'un mateix conjunt de funcions, han d'actuar de forma solidària a l'hora de prendre decisions, llevat que el tribunal decideixi una altra cosa (§ 1899(3) BGB). El tribunal, però, pot nomenar diversos assistents perquè un actuï en substitució d'un altre en l'administració dels assumptes de la persona assistida sempre que l'anterior els hi transmeti o resulti impedit per a allò (§ 1899(4) BGB).

En el cas que es nomeni assistent una associació o un centre residencial, el nomenament requereix el consentiment de l'associació, la qual haurà de delegar en persones físiques concretes l'exercici de l'assistència. L'associació ha de comunicar de seguida la designació al jutjat, tal com s'estableix en el paràgraf 1900(2) BGB. Quan el major d'edat no pugui ser assistit per un conjunt de persones físiques o per una associació, s'ha de nomenar assistent l'autoritat judicial competent (§ 1900(4) BGB). La persona o les persones seleccionades com a assistents pel tribunal tutelar tenen el deure d'acceptar el càrrec quan resultin idònies per al seu exercici i els sigui exigible a la vista de la seva situació familiar i professional. La persona escollida com a assistent no pot ser nomenada assistent fins que s'hagi declarat disposada a acceptar el càrrec (§ 1898 BGB).

Encara que la *Betreuung* no afecta la capacitat de negociar de la persona sotmesa a aquesta, cal assenyalar que entre les funcions de l'assistent hi ha la d'administrar els assumptes del major d'edat assistit a favor del benestar d'aquest. El benestar del major d'edat assistit comprèn, així mateix, la possibilitat que la seva vida transcorri, dins les seves capacitats, segons els seus propis desitjos i aspiracions, desitjos que han de ser manifestats pel major d'edat assistit abans del nomenament de l'assistent legal, llevat que sigui manifest que no vol mantenir-los. De tota manera, abans de gestionar assumptes de certa importància l'assistent ha de trac-

tar-los amb la persona assistida sempre que això no sigui contrari al seu benestar. En qualsevol cas, encara que el *Betreuer* tingui conferida la representació legal del *Betreute* i que l'un i l'altre puguin celebrar negocis que entrin en conflicte, aquest conflicte ja no existeix en imposar-se al *Betreuer* l'obligació de respectar els desitjos del *Betreute*.

Dins l'àmbit de les seves funcions, l'assistent legal ha d'emprar tots els mitjans possibles al seu abast per a procurar la millora en la malaltia de la persona assistida, evitar el seu empitjorament o, en tot cas, atenuar-ne les conseqüències (§ 1901 BGB),<sup>99</sup> i l'ha de representar en el judici i fora d'aquest (§ 1902 BGB).

Si l'assistència legal és exercida professionalment, a l'inici d'aquesta i en els casos en què es consideri oportú l'assistent legal ha de presentar un pla d'assistència legal que ha de ser aprovat pel jutge de tuteles i en el qual s'han d'exposar els objectius de l'assistència legal i les mesures que ha d'aportar per a la seva consecució (§ 1901(4) BGB).

En tot cas, l'internament de la persona assistida per l'assistent legal, que, com sabem, queda vinculada a una privació de llibertat, només és lícit si és necessari per al benestar de la persona assistida a causa d'una malaltia psíquica, d'una discapacitat psíquica o mental, si hi ha perill que se suïcidi o es causi danys greus a la seva salut, si cal una revisió, una cura o una intervenció mèdica que no es pot dur a terme sense l'internament, i si la persona assistida, a causa d'una malaltia psíquica o una discapacitat psíquica o mental, no pot percebre la necessitat d'internament o no pot actuar de conformitat amb aquesta percepció. L'internament només es pot dur a terme amb l'autorització del jutjat de tuteles; i, sense aquesta, només si l'ajornament de l'internament significa un perill per a la persona assistida, cas en el qual l'autorització s'haurà d'obtenir sense demora posteriorment. L'assistent ha de posar fi a l'internament quan desapareguin les causes que el van motivar i ha de comunicar tal finalització al jutge de tuteles (§ 1906 BGB). D'altra banda, l'assistent només pot rebre una remuneració a càrrec del patrimoni de la persona assistida amb l'autorització del jutge de tuteles (§ 1908 BGB).

Pel que fa a la remoció de l'assistent legal, el jutge de tuteles pot procedir a aquest acte quan l'assistent legal no està en condicions de gestionar els assumptes de la persona assistida, quan després del seu nomenament tenen lloc determinades circumstàncies que li impedeixen exercir el càrrec, quan ha fet una rendició de comptes falsa, quan la remoció és necessària o, finalment, quan hi ha qualsevol altre motiu rellevant per a adoptar-la. El jutjat ha de dur a terme la remoció de

99. Vegeu un estudi més ampli de l'institut a M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, núm. 2 (1999), p. 553-581.

l'assistent legal nomenat d'acord amb el que disposa el paràgraf 1897, apartat 6, BGB, quan la persona assistida és, valgui la redundància, assistida per una o diverses persones de manera no professional, tot i que l'assistent legal d'una associació també ha de ser remogut quan l'associació ho sol·licita. Així mateix, tant aquesta com l'autoritat pública poden ser remogudes tan aviat com es pugui nomenar assistent una o diverses persones físiques (§ 1908*b* BGB).

Igualment, l'assistència legal pot ser modificada quan sigui necessari i pot ser revocada si desapareixen els seus pressupòsits. Si aquests desapareixen només en relació amb una part de les funcions de l'assistent legal, el que es limita és l'àmbit de les seves funcions. Si l'assistent legal és nomenat a petició de la persona assistida, també ha de ser revocada a petició seva l'assistència legal, llevat que sigui exigible l'ordenació d'una assistència d'ofici; aquesta petició pot efectuar-la fins i tot la persona incapaç d'obrar (§ 1908*d* BGB). En tot cas, si arriben a coneixement de l'assistent legal determinades circumstàncies que permeten el cessament de l'assistència, això s'ha de comunicar al jutjat de tuteles, i el mateix ocorre si es tracta de circumstàncies que permeten una limitació de les seves funcions o requereixen la seva ampliació, el nomenament d'un altre assistent legal o l'ordre d'una reserva de consentiment (§ 1901.5) BGB). Si l'assistent legal mor o és remogut del càrrec, s'ha de procedir a nomenar-ne un de nou (§ 1908*c* BGB).

Pel que fa al dret italià, s'ha previst en el *Codice civile* l'administració de suport (*amministrazione di sostegno*) dins el títol XII, en el capítol I, articles 404-413.<sup>100</sup> La seva finalitat és oferir a qui es troba impossibilitat parcialment o temporal per a atendre adequadament els seus propis interessos, un instrument d'assistència que sacrifiqui el mínim possible la capacitat d'actuació del subjecte, instrument que es distingeix d'altres instituts de tutela de l'incapaç, com ara la *interdizione* o la *inabilitazione*.<sup>101</sup> Encara que el legislador italià conserva els tradicionals instituts d'incapacitació i inhabilitació, els confereix un caràcter residual. Efectivament, l'article 414 del *Codice civile* (CCit) estableix que «el major d'edat i el menor emancipat que es trobin en condicions d'habitual malaltia mental que els incapaciti per a proveir els propis interessos, seran incapacitats quan això sigui necessari per a assegurar la seva adequada protecció», de manera que la incapacitació es configura, no com una mesura obligatòria, sinó com una possibilitat d'acudir a aquesta només quan resulti estrictament necessària per a garantir una protecció

100. Introduïda per la Llei núm. 6, de 9 de gener.

101. Vegeu P. RESCIGNO, *Codice civile*, t. I, *libri* I-IV, Milà, Giuffrè Editore, 2006, p. 568; L. CIAFARDI i F. IZZO, *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*, 9a ed., Simone, 2006, p. 359. Així mateix, vegeu Tribunale de Modena, Sez. II, Ord. de 15 de novembre de 2004, i Tribunale de Milano, Sez. Civ. IX, Sentència de 21 de març de 2005.

adequada al malalt mental i mitjançant la qual s'ha de determinar la incapacitat absoluta de la persona, que queda substituïda pel tutor en la realització de tots els actes jurídics. Pel que fa a la inhabilitació, l'article 415 CCit estableix que poden ser inhabilitats els majors d'edat afectats per una malaltia mental l'estat dels quals no és prou greu per a donar lloc a la seva incapacitació, els que per prodigalitat o per abús habitual de begudes alcohòliques o d'estupefaents puguin causar-se a si mateixos o a la seva família greus perjudicis econòmics, i els sords o els cecs de naixement o des de la primera infància que no han rebut educació suficient. A la persona inhabilitada se li nomena un curador per a la realització dels actes d'administració ordinària, llevat que excepcionalment el jutge l'autoritzi a realitzar determinats actes sense l'assistència del curador.

És per això que l'article 404 CCit configura aquesta figura de l'administració de suport com una mesura de suport i d'assistència respecte de la persona que «per efecte d'una malaltia o d'una disminució física o psíquica, es troba en la impossibilitat, fins i tot parcial o temporal, d'atendre els seus propis interessos», i ha de ser nomenada pel jutge de tuteles del lloc de residència o domicili. A més, és una mesura respectuosa amb el beneficiari d'aquesta i cal pensar sempre en el seu interès. És per això que, com així mateix indica l'article 409 CCit, el beneficiari de l'administració de suport conserva la capacitat d'obrar per a tots els actes que no requereixin la representació exclusiva o l'assistència necessària de l'administrador de suport. En tot cas, el beneficiari pot també realitzar els actes requerits per a satisfer les necessitats de la seva vida quotidiana.

Sobre aquestes bases, l'àmbit d'aplicació de l'administració de suport és individualitzat amb relació no tant al diferent grau de malaltia o impossibilitat d'atenció dels propis interessos per part del subjecte que no té autonomia, sinó amb relació a la major capacitat de l'instrument per a adequar-se a les exigències del subjecte; és per això que té més flexibilitat i major agilitat en la seva aplicació al cas concret. Des d'aquesta perspectiva, el destinatari de l'administració ha de mantenir almenys, encara que sigui en un grau mínim, una certa autonomia i capacitat.

El recurs a aquesta institució pot ser proposat pel mateix beneficiari, a més del cònjuge, pels parents per consanguinitat fins al quart grau, pels parents afins fins al segon i pel ministeri fiscal. Cadascun d'aquests subjectes té atribuïda una legitimitació autònoma en la proposició d'aquesta mesura.<sup>102</sup>

Aquest instrument té com a consideració exclusiva els interessos de la persona beneficiària, de manera que pot designar-se administrador de suport qui el subjecte

102. P. RESCIGNO, *Codice civile*, p. 571, amplia el nombre de legitimaris a la persona «stabilmente convivente», que pot ser tant un convivent heterosexual com un d'homosexual, o fins i tot un amic.

major d'edat hagi previst, en previsió de la seva futura incapacitat, mitjançant un acte públic o una escriptura privada autèntica.<sup>103</sup> A falta de designació pel mateix beneficiari o per motius greus, el jutge pot designar, després d'una resolució motivada, un administrador de suport diferent (art. 408 CCit). Podran triar, quan sigui possible, el cònjuge no separat legalment, la persona que conviu de manera estable amb el beneficiari, el pare, la mare, el fill, el germà o la germana o un parent fins al quart grau.<sup>104</sup> En tot cas, la designació de l'administrador pel mateix beneficiari també pot ser revocada amb les mateixes formalitats.

Com precisa Giovanna Savorani, l'acte de designació «tiene naturaleza de negociación. Consiste en una manifestación natural de la voluntad, dirigida a obligar al juez tutelar a nombrar al designado cuando haya que designar un administrador de apoyo. Sólo en presencia de “graves motivos”, podrá el juez desatender la indicación que le ha manifestado el beneficiario en las formas prescritas, haciendo que en el decreto de nombramiento se elija a un sujeto distinto del designado». I afegeix que «el acto de designación es un negocio jurídico *inter vivos*, unilateral, que no necesita ser notificado, unipersonal, que no puede ser realizado por el representante legal, de naturaleza personal, solemne y revocable con las mismas formalidades que se creó».<sup>105</sup>

En aquest context, el jutge tutelar, una vegada se sol·liciti aquest nomenament, té un termini de seixanta dies per a procedir a aquest. S'ha d'indicar, en l'escrit on se sol·licita aquest nomenament, el motiu pel qual s'opta per aquesta mesura, el nom i el domicili del beneficiari, els del seu cònjuge o parella de fet, els dels seus descendents o ascendents o els dels seus fills. El jutge pot donar audiència tant al beneficiari com a les altres persones esmentades i hi ha d'intervenir el ministeri fiscal. En la resolució en la qual es procedeix al nomenament de l'administrador de suport s'ha d'indicar: 1) la persona del beneficiari i de l'administrador de suport; 2) la durada

103. Com assenyala G. SAVORANI, «La designación del administrador de apoyo en previsión de la futura incapacidad en el derecho italiano», a José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, p. 334, la designació «es un acto de previsión del interesado, expresión de libertades fundamentales, y con mayor precisión, del derecho de autodeterminación de la persona, que, al llevar a cabo esta opción, obliga al juez a nombrar como administrador a un sujeto en el que confía, que respetará el conjunto de valores que connotan su identidad», i afegeix que aquest dret d'autodeterminació «está incluido implícitamente en una serie de normas de la Constitución italiana, entre ellas, en concreto, el artículo 2, que promueve en general los derechos fundamentales; el artículo 13, que proclama la inviolabilidad de la persona, y el artículo 32, que tutela el derecho a la salud».

104. Alguns autors assenyalen que l'article 408.1 *in fine* del *Codice civile* estableix un ordre preferencial. Vegeu D. SIMEOLI, «Amministrazione di sostegno. Profili sostanziali», a *Enciclopedia Giuridiche Treccani*, Roma, 2007, p. 9, par. 4.4.2, i, en sentit contrari, P. CENDON i R. ROSSI, «Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche», t. II, Torí, UTET, 2009, p. 943.

105. G. SAVORANI, «La designación del administrador de apoyo», p. 337 i 339.

de l'encàrrec, que pot ser un temps indeterminat; 3) l'objecte de l'encàrrec i els actes que l'administrador de suport pot dur a terme en nom i per compte del beneficiari; 4) els actes que el beneficiari pot complir només amb l'assistència de l'administrador de suport; 5) els límits, també diaris, de les despeses que l'administrador de suport pot fer amb la suma sobre la qual el beneficiari té o pot tenir disponibilitat; 6) la periodicitat amb què l'administrador de suport s'ha de dirigir al jutge per a retre comptes de la seva activitat i de les condicions de vida personal i social del beneficiari (art. 405 CCit).

No obstant això, el jutge en qualsevol moment pot modificar o ampliar d'ofici la decisió assumida amb el decret de nomenament de l'administrador de suport (art. 407 CCit). Si la durada de l'administració de suport és un temps determinat, el jutge pot, així mateix, prorrogar-la mitjançant una resolució motivada. La resolució per la qual es procedeix al nomenament d'administrador de suport, igual que la que dóna lloc al seu cessament, s'ha d'inscriure en el Registre Civil en el termini de deu dies per a la seva inscripció al marge de la inscripció de naixement (art. 406 CCit).

Es pot designar un o diversos administradors de suport: un, per exemple, per a la cura de la persona i un altre per a la gestió del patrimoni. Igualment es pot fer una designació successiva o en substitució, o també una designació en negatiu sobre la base del que preveu l'article 350.2 CCit.<sup>106</sup> En tot cas, l'administrador de suport pot fer funcions de representació, d'assistència o de representació per a determinats actes i d'assistència per a altres, però cal precisar que les funcions que s'encomenen a l'administrador de suport no són les mateixes per a tots els casos en què es constitueix aquest instrument de protecció. És el jutge qui, en cada cas concret i tenint en compte la idea de procurar el menor sacrifici possible de la capacitat d'obrar del beneficiari, ha de fixar els actes que l'administrador de suport pot realitzar en nom i per compte de la persona afectada, els que pot exercitar per si sola i la durada de l'encàrrec. En tot cas, com que el beneficiari conserva la capacitat d'actuar en tots els actes que no requereixin la representació exclusiva o l'assistència necessària de l'administrador de suport, el jutge ha de procurar que només quedi limitada la seva capacitat en aquells actes respecte dels quals sigui necessària la intervenció de l'administrador de suport per tal de garantir la protecció dels interessos personals i patrimonials del beneficiari (art. 409 CCit). En aquesta línia, els articles 410.1 i 410.2 CCit preveuen que «en el desenvolupament de les seves tasques, l'administrador de suport ha de tenir en compte les necessitats i les aspiracions del beneficiari» i «ha d'informar immediatament al beneficiari sobre els actes a celebrar, així com al jutge tutelar en cas de divergència amb el mateix beneficiari». De tota manera, l'administrador de suport no està obligat a romandre en el càrrec més de deu anys,

106. G. SAVORANI, «La designación del administrador de apoyo», p. 340 i 341.

excepte quan aquest ha recaigut en el cònjuge, en la parella de fet o en els ascendents o els descendents del beneficiari (art. 410.3 CCit).

Encara que qui designa l'administrador de suport habitualment és la persona interessada, és possible, sobre la base del que preveu l'article 408, paràgraf 1 *in fine*, CCit, que ho pugui fer també «el pare supervivent en testament, acte públic o escriptura privada autenticada». En aquest cas, l'acte de designació és *mortis causa*, ja que només té efecte després de la mort del disposador.

Finalment, a Àustria, la Llei 136/1983, de 2 de febrer, la *Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*, ha substituït, com a Alemanya, el règim d'incapacitació vigent fins ara mitjançant la regulació en el Codi civil (BGB) d'un sistema alternatiu, *Sachwalterschaft*, que significa atribuir al jutge el nomenament d'un assistent o administrador encarregat de realitzar, en nom i per compte de la persona interessada, els actes que aquest li encomani, si bé la persona necessitada de suport conserva la plena capacitat en tots aquells àmbits que no han estat confiats a l'administrador. En relació amb els actes personalíssims, el beneficiari d'aquest sistema requereix l'assentiment de la persona que l'assisteix per a contraure matrimoni, però no per a atorgar testament en un document privat, encara que sí si ho fa davant de jutge o notari.<sup>107</sup>

Al Quebec, el Codi civil aprovat l'any 1991 possibilita que, a més d'un tutor o d'un curador per a representar el major incapaç, es pugui nomenar un *conseiller* per a realitzar tasques d'assistència (art. 258). Tot i que la persona assistida continua tenint capacitat d'obrar, es pot nomenar judicialment un *conseiller* per a determinats actes o situacions en què aquesta necessita ser assistida en l'administració dels seus béns (art. 291).

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de. *Incapacitación y mandato*. Madrid: La Ley, 2008.
- «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del artículo 1732 del Código civil». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4 (octubre-desembre 2009).
  - «Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español y francés». A: DÍAZ ALABART, Silvia (coord.). *Familia y discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2010.
  - «Los poderes preventivos en el derecho español: luces y sombras». A: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.). *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011.

107. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «Las reformas del derecho español», p. 52 i 53.



- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de. «¿Crisis de la incapacidad? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores». *Revista de Derecho Privado* (gener-febren 2006).
- *Incapacitación y mandato*. Madrid: La Ley, 2008.
- ARTIGAS-PALLARÉS, J. «El funcionamiento intelectual límite en el marco de los trastornos del neurodesarrollo». A: SALVADOR-CARULLA, Luis; RUIZ GUTIÉRREZ-COLOSÍA, Mencía; NADAL PLA, Margarida (coord.). *Manual de consenso sobre funcionamiento intelectual límite (FIL)*. Madrid: Fundación Aequitas: Caja Madrid (Obra Social), 2011.
- BADENAS CARPIO, J. M. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Navarra: Aranzadi, 1998.
- BADOSA COLL, F. «La autotutela». A: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*. Barcelona: Bosch, 1993.
- BARDAJÍ GÁLVEZ, M. D. «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)». A: LLEBARÍA SAMPER, Sergio (coord.). *Un codi per al dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme? (Estudis en commemoració del 50 aniversari de la Compilació)*. Barcelona: Bosch, 2011.
- BARREIRO PEREIRA, X. A. «Autotutela e incapacitación voluntaria». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28 (juliol-setembre 2005).
- BELLO JANEIRO, D. «Autotutela e incapacitación voluntaria». A: BELLO JANEIRO, Domingo; MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos (coord.). *La tutela de las personas mayores*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2004.
- «Autotutela e incapacitación voluntaria». A: PÉREZ DE VARGAS, José (coord.). *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: La Ley, 2007.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. «El *apoderamiento* o *mandato preventivo* como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad». A: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (dir.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 2007.
- «La protección jurídica de los mayores en situación de desamparo: ¿extensión de la guarda y la tutela pública a estos supuestos?». A: *La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio - agosto 2007*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- «Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela». *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* [Madrid: Instituto de Derechos Humanos: Facultad de Derecho. Universidad Complutense], vol. 9 (2008), p. 15-141.
- BUSTOS LAGO, J. M. «La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia». *Actualidad Civil*, núm. 6 (maig 2007).
- CAMPO GÜERRI, M. A. «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34 (abril-juny 2000).
- CARBONNIER, J. *Droit civil*. Vol. I: *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*. París: Presses Universitaires de France (PUF), 2004.
- CARPIO GONZÁLEZ, I. «Primera regulación de la autotutela en derecho español: la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio». *Boletín de Información de la Academia Granadina de Notariado* [Ilustre Colegio Notarial de Granada], núm. 189 (novembre 1996).

- CASTILLO TAMARIT, V. J. «Tutela, autotutela, protección de menores». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39 (juliol-setembre 2001), p. 39-53.
- CENDON, P.; ROSSI, R. *Ammnistrazione di sostegno: Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*. T. II. Torí: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2009.
- CIAFARDI, L.; IZZO, F. *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*. 9a ed. Simone, 2006.
- COMBRET, J. «Las *personnes vulnérables* en el derecho francés». A: DÍAZ ALABART, Silvia (coord.). *Familia y discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2010.
- CORRAL GARCÍA, E. «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el derecho civil: en especial, el papel del notariado como garante de la capacidad de los mayores». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46 (abril-juny 2003).
- CREHUET DEL AMO, D. M. «La tutela fiduciaria». A: *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sesión del día 23 de mayo de 1921*. Madrid, 1921.
- DAVILA HUERTAS, E. «Autotutela». *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 227 (abril 2000).
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; ROGEL VIDE, C.; CAFFARENA LAPORTA, J.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*. Madrid: Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM): Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales: Patronato para Ayuda a Subnormales: Fundación General Mediterránea, 1977.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J. L. «La representación». A: MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel (coord.). *Instituciones de derecho privado*. T. I: *Personas*. Vol. 2. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2003.
- FERNÁNDEZ PIERA, A. «La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión». A: *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I. Pamplona: Thomson-Civitas, 2008.
- FERRER I RIBA, J. «Les institucions tutelars en el Codi de família (I)». *La Llei de Catalunya*, núm. 239 (18 gener 1999).
- GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I. «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés». A: *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I: *Registradores de la Propiedad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- «Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el derecho francés», A: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011.
- GARCÍA CANTERO, G. «Los principios de la normativa de la tutela». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (juliol 1985).
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V. «La autotutela en el derecho común español». *Boletín del Colegio Notarial de Granada* (gener 1998).
- GARCÍA IBÁÑEZ, J.; MARTÍNEZ-LEAL, R.; AGUILERA, F. «Funcionamiento intelectual. Límite y ciclo vital». A: SALVADOR-CARULLA, Luis; RUIZ GUTIÉRREZ-COLOSIÁ, Mencía; NADAL PLA, Margarida (coord.). *Manual de consenso sobre funcionamiento intelectual límite (FIL)*. Madrid: Fundación Aequitas: Caja Madrid (Obra Social), 2011.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo». *Actualidad Civil*, núm. 2 (1999), p. 553-581.

- GARRIDO MELERO, M. «La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad del padre y la madre, y la tutela en Cataluña». *La Notaria* [Col·legi de Notaris de Barcelona] (1997).
- GOUBEAUX, G. *Traité de droit civil: Les personnes*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. «La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismo de protección jurídico-asistencial». A: PÉREZ DE VARGAS, José (coord.). *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: La Ley, 2007.
- HOHL, B.; VALDING, M. «Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand?». *Gazette du Palais. Doctrine*, núm. 99 (7-8 abril 2000).
- «Instrument de ratificació de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006». *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96 (21 abril 2008), p. 20648-20659.
- JIMÉNEZ CLAR, A. J. «La autotutela y los apoderamientos preventivos». A: RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel (coord.). *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados, Valencia, 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004*. València: IVENCGNE, 2005.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones». A: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Estudios de derecho civil: Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Reus, 1978.
- LAMARCA MARQUÉS, A. (coord.). *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. «Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 19 de abril». A: BLASCO GASCÓ, Francisco de P.; CLEMENTE MEORO, Mario E.; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; VERDERA SERVER, Rafael (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. T. I. València: Tirant lo Blanch, 2011.
- *Principios de derecho civil*. T. III: *Contratos*. 14a ed. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- LETE DEL RÍO, J. M. «Comentario al artículo 223 del Código civil». A: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.). *Comentario del Código civil y compilaciones forales*. T. IV. 2a ed. Madrid: Edersa, 1985.
- LUNA CUBERO, V. M. de «Los poderes preventivos». A: *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad, Logroño, 7-8 de mayo de 2009*. Logronyo: Fundación Tutelar de la Rioja, 2009.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña». A: BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NASARRE AZNAR, Sergio (coord.). *El nuevo derecho de la persona y de la familia*. Barcelona: Bosch, 2011.
- «Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación». A: BLASCO GASCÓ, Francisco de P.; CLEMENTE MEO-

- RO, Mario E.; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; VERDE-  
RA SERVER, Rafael (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*.  
T. II. València: Tirant lo Blanch, 2011.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. «Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos pre-  
ventivos». *La Notaria*, núm. 2 (febrer 2000).
- «La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas». A:  
*La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo Ge-  
neral del Notariado en la UIMP en julio - agosto 2007*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á. «Instituciones de protección: la asistencia. El documento de vo-  
luntades anticipadas». A: BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NA-  
SARRE AZNAR, Sergio (coord.). *El nuevo derecho de la persona y de la familia*. Barcelona:  
Bosch, 2011.
- «La autotutela en el derecho civil común». *Foro Galego. Revista Xurídica*, núm. 195  
(primer semestre 2006).
- «La autotutela en el derecho civil común». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60  
(octubre-deseembre 2006).
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E. «El apoderamiento o mandato preventivo». *Revista Jurí-  
dica del Notariado*, núm. 69 (gener-març 2009), p. 249-267.
- MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J. *Leçons de droit civil*. Tom I. Vol. III: *Les person-  
nes*. 6a ed. París: Éditions Montchrestien, 1976.
- PABLO CONTRERAS, P. de. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril  
de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre Derechos de las Perso-  
nas con Discapacidad». A: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil  
y mercantil)*. Vol. 3. Madrid: Dykinson, 2009, p. 555-580.
- PARRA LUCÁN, M. Á. «La familia en el derecho civil de Aragón». A: YZQUIERDO TOLSADA,  
Mariano; CUENA CASAS, Matilde (dir.). *Tratado de derecho de familia*. Vol. VII: *La  
familia en los distintos derechos forales*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.
- «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?». *La Ley*, núm. 6665 (6 març 2007),  
any XXVIII.
- «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de  
marzo de 2007». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703 (setembre-octubre  
2007), p. 2235-2253.
- *Dependencia e incapacidad: Libertad de elección del curador o del tutor*. Madrid: Editori-  
al Universitaria Ramón Areces, 2008.
- PEREÑA VICENTE, M. «La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Perso-  
nas con Discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?». *La Ley* (9 setembre  
2011), p. 8-14.
- «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica». A:  
PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapaci-  
dad*. Madrid: La Ley, 2011.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29  
de abril de 2009». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82 (gener-abril  
2010), p. 317-350.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil». *Revista de Derecho Privado*, núm. 85 (diciembre 2001), p. 937-974.
- «Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos». A: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011.
- PUENTE DE LA FUENTE, F. «El mandato preventivo». A: SERRANO GARCÍA, Ignacio (coord. i pròleg). *Protección Jurídica del Discapacitado: II Congreso Regional*. València: Tirant lo Blanch, 2007.
- REPRESA POLO, P. «Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces». A: DÍAZ ALABART, Silvia (dir.). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Ibermutuamur, 2004.
- RESCIGNO, P. *Codice civile*. T. I. Vol. I-IV. Milà: Giuffrè Editore, 2006.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad». *Revista Jurídica del Notariado* (abril-juny 1998).
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. *La tutela*. Barcelona: Bosch, 1954.
- ROGEL VIDE, C. «Comentario al artículo 223 del Código civil». A: *Comentarios al Código civil*. Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- ROMERO CANDAU, P. «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad». *Anales de la Academia Sevillana del Notariado* [Madrid: Edersa], t. VIII (1995).
- ROVIRA SUEIRO, M. *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005. (Llave)
- RUBIO TORRANO, E. «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados: la Convención de Nueva York». *Aranzadi Civil*, any 2009, núm. 2.
- SAVORANI, G. «La designación del administrador de apoyo en previsión de la futura incapacidad en el derecho italiano». A: PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011.
- «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52 (octubre-diciembre 2004).
- «El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4 (octubre-diciembre 2008), p. 743 i seg.
- SERRANO GARCÍA, I. «La autotutela». A: *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad, Logroño 7-8 de mayo de 2009*. Logroño: Fundación Tutelar de la Rioja, 2009.
- SIMEOLI, D. «Amministrazione di sostegno. Profili sostanziali». A: *Enciclopedia Giuridiche Treccani*. Roma, 2007.
- SORIANO CAMPOS, R. «Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica». A: *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad: Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8-9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004.
- TEYSSIE, B. *Droit civil: Les personnes*. 3a ed. París: Litec, 1998.