

La asistencia como institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad

Estudio comparativo con el modelo italiano

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES

Profesora Contratada

Doctor de Derecho civil de la Universidad de Lleida¹

RESUMEN

La regulación en vigor desde 2011 en Cataluña pretende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar. En este contexto, la institución de la asistencia se define como un medio de protección a disposición de las personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y los mecanismos subsiguientes de protección arbitrados por el sistema jurídico, ni son posibles ni tan solo aconsejables. Este artículo pretende trazar las líneas maestras de esta nueva institución a partir del estudio comparado con el Derecho civil italiano.

PALABRAS CLAVE

Asistencia, capacidad natural, esfera personal y patrimonial de la persona protegida, responsabilidad del asistente.

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado «derecho civil catalán y derecho privado europeo» financiado por la Generalitat de Catalunya (2009SGR689), y del Centro de Investigación de la UdL, Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Mediación, CEJEM. Asimismo, constituye el resultado de una estancia de investigación en la Universidad de Padua durante el mes de junio de 2012, financiada parcialmente por el programa de Movilidad para la Formación de personal docente ERASMUS (STT), y parcialmente por el Centro de Investigación propio de la Universidad de Lleida, CEJEM. Mi agradecimiento a estas instituciones que han hecho posible la estancia de investigación. Las referencias bibliográficas y jurisprudenciales contenidas en el trabajo se cierran a fecha junio de 2013 con el envío del original a la revista.

ABSTRACT

Catalan disability law passed in 2011 emphasizes the natural capacity of disabled and aged people aiming at respecting their personal and family autonomy. In this context, the institution of Assistenza or Amministrazione di sostegno is defined as a protective measure for people that both incapacitation and related protective mechanisms developed by the legal system, are not possible or advisable. This article analyzes the new institution comparing the Catalan regulation with Italian civil law.

KEY WORDS

Assistance, natural capacity, disabled and aged people's personal and patrimonial sphere, assistant's liability.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Presupuestos para que proceda la institución de la asistencia. 2.1 Presupuesto subjetivo. 2.2 Presupuesto objetivo.–3. El nombramiento del asistente. 3.1 Procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Juez competente. 3.2 La cuestión de la legitimación activa para solicitar esta medida de protección. 3.3 Contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente. 3.4 Publicidad registral.–4. El asistente. Criterios para la elección de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección. 4.1 La voluntad de la persona asistida. 4.2 La idoneidad de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección.–5. El ejercicio de la asistencia. 5.1 Estatuto del asistente. 5.2 Actuación del asistente en el ámbito personal y patrimonial de la persona vulnerable. 5.2.1 Las funciones del administrador de apoyo en la norma italiana y en su aplicación judicial. 5.2.2 La actuación del asistente en la esfera personal y patrimonial de la persona protegida.–6. Modificación y extinción de la figura de protección. 6.1 Modificación de la asistencia. 6.2 Extinción de la figura de protección. La temporalidad de la medida.–7. La impugnación de los actos jurídicos del asistente y del asistido.–8. La responsabilidad de quien ejerce el cargo de protección.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña², relativo a la persona y la familia, afirma con solemnidad en su Preámbulo: «el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social». En consecuencia, la regulación en vigor desde 2011 en Cataluña pre-

² En adelante CCCat.

tende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. Este es el contexto en el que se inserta la institución de la asistencia, concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo ni son posibles ni tan solo aconsejables. Sigue la Exposición de motivos que el capítulo VI incluye la asistencia como una institución dirigida al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, mira más bien a ciertas situaciones de vulnerabilidad que pueden precisar una protección jurídica. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera adecuado un modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela, que no implique incapacitación del beneficiario. Esta tendencia también aparece sustentada en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español el 3 de mayo de 2008³.

³ Artículo 12.3 de la Convención ONU: «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». De hecho, tal y como afirman los autores, la recepción de la Convención ONU por el Estado español está obligando a proceder a una íntegra revisión legislativa del sistema tuitivo en todas las normativas civiles vigentes en el Estado, *cfr.* GARCÍA CANTERO, G., «Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad», *Revista de Derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, p. 22; VIVAS TESÓN, I., «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», *Revista de Derecho Privado*, 2012, núm. 5, p. 4. En cualquier caso, la tendencia a la revisión de las instituciones de protección de la persona y el análisis crítico del derecho civil vigente en esta materia es algo que viene de antiguo, y que la doctrina ha ido reiterando hasta la actualidad, véase, como una pequeña muestra, comenzando después de la reforma del Código civil operada mediante Ley 13/1983, de 24 de octubre, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 199 del Código civil», en AMORÓS GUARDIOLA, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1984, p. 178 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo no incapacitado*, Barcelona, 1993; MARTÍNEZ DÍE, R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 2001, núm. 6, especialmente la p. 939; PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en SERRANO GARCÍA, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, pp. 60 y ss.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 1, pp. 9-67; TORRES GARCÍA, T., «Discapacidad e incapacitación», en PÉREZ

Esta explicación oficial de la introducción de la figura del asistente tiene que situarse en la realidad fáctica de la reticencia de muchas familias a incapacitar a sus miembros que están afectados por alguna causa que de alguna manera les limita, puesto que la incapacitación judicial conlleva cierto matiz negativo que puede afectar a la autoestima, dignidad y posible curación o rehabilitación del afectado. Por su parte el legislador, al socaire de los últimos desarrollos internacionales, deja cada vez más claro que la incapacitación ha de ser el último recurso, puesto que en muchos casos es una solución demasiado radical, en la medida en que supone la privación de la capacidad de obrar. No se puede modificar el estado civil de la persona ni asumir el riesgo de deterioro de sus derechos fundamentales, aunque sea por causa legal y en interés del afectado, si hay otros medios menos gravosos⁴.

Desde este planteamiento, la tarea del legislador catalán ha sido, entre otras, la de analizar y ponderar las opciones posibles provenientes del Derecho comparado, esto es, examinar qué hay en otros ordenamientos, cómo han abordado y resuelto problemas semejantes, con qué técnicas legislativas, cuál ha sido la regulación efectiva y su crítica. Señalan los autores del Libro II que la figura de la asistencia catalana está inspirada, fundamentalmente en la *Betreuung* del Derecho alemán (§ 1896 a 1908i BGB)⁵. Se trata de

DE VARGAS MUÑOZ, J., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pp. 437-460; DE SALAS MURILLO, S., «Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, 63, núm. 2, pp. 677-717; MEDINA ALCOZM, M., «La ancianidad en el derecho civil», *Revista de Derecho Privado*, 2011, núm. 5, pp. 73-101; SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Valencia, 2012; DÍAZ ALABART, S., «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado*, 2013, núm. 2, pp. 3-24.

⁴ Este es el sentir, no sólo del legislador catalán sino de la entera sociedad, autonómica y estatal. Y de ello se hacen eco instituciones como la Fundación AEquitas que reiteradamente han propuesto nuevas alternativas a la incapacitación de las personas vulnerables. Véase por ejemplo la ponencia presentada en las Jornadas del 25 y 26 de abril de 2013 del Centro de Estudios Jurídicos: «La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención» consultable en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=12772&groupId=10228&folderId=415214&name=DLFE-93321.pdf

⁵ El profesor Francisco Rivero Hernández, uno de los principales artífices de las aportaciones doctrinales en el proceso legislativo de elaboración del Libro II del CCCat, señala los ordenamientos alemán y francés como de referencia para el legislador catalán en la regulación de la asistencia: «el mismo planteamiento y parecida situación y realidad social –se refiere a la catalana– ha llevado al legislador alemán a crear la figura de la *Betreuung* (Ley de 12 de diciembre de 1990, modificada en 1998 por razones prácticas y económicas), y en Francia la *sauvegarde de justice* (Ley de 5 de marzo de 2007)» RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La reforma del Derecho de familia en el Código civil de Cataluña», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 69. Y en otro lugar: «Para el Libro II han sido menos influyentes que otrora los Códigos francés (salvo muy recientes reformas) e italiano, aunque no han sido desestimados. Se han tomado en consideración las últimas reformas de los Códigos germánicos de inicios de este siglo (alemán, holandés), sin preocupación mimética, y anglosajones» (*La reforma...*, cit., p. 50).

una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia, pero que, sin embargo, no hay necesidad de incapacitar judicialmente. Porque la idea básica de la asistencia es que se dota a la persona necesitada de una institución de protección estable sin declarar la incapacitación judicial. Los principios que presiden la institución alemana son los de necesidad (sólo si es estrictamente necesario se ha de recurrir al nombramiento de un asistente) y de subsidiaridad (sólo se atribuirán funciones al asistente en relación con lo que el asistido no pueda hacer por sí mismo), todo ello con exquisito respeto de la personalidad y voluntad del asistido, así como de sus decisiones anteriores. De este modo se produce la quiebra de la tradicional dicotomía capacidad/incapacitación, ofreciendo una alternativa a las tradicionales instituciones de la tutela y la curatela, que parten de la incapacitación, aunque sea parcial, de la persona. Con la ley de 12 de diciembre de 1990 desaparece en Alemania la incapacitación y la tutela o curatela de los mayores de edad. La asistencia no afecta el estado civil de las personas que necesitan ayuda para el cuidado de su persona y/o bienes, y sin embargo se les proporciona una institución protectora estable que velará por sus intereses. El contenido de la asistencia lo establece el tribunal en cada caso al tiempo del nombramiento del asistente con la posibilidad, incluso, de nombrar representante legal del asistido para determinados actos jurídicos⁶.

La Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la «administración de apoyo»⁷, también con una fuerte influencia germáni-

⁶ Cfr. LAMARCA I MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán y ley de introducción al Código civil*, Barcelona, 2008. Con respecto a Francia, que también ha sido citado como ordenamiento inspirador de la figura catalana de la asistencia, cabe destacar su reciente creación mediante reforma del *Code* en 2007, con un marcado carácter temporal (plazo máximo de un año renovable una sola vez), y en régimen de compatibilidad con otras figuras de protección de la persona, como el tutor o el curador. Cfr. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés», en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo I, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 515-580; CARON-DEGLISE, A. (traducido del francés por E. Ernoult) «La capacidad de la persona protegida en la esfera personal en el Derecho francés tras la ley de 5 de marzo de 2007: ¿Respeto del principio fundamental de capacidad natural o capacidad parcial», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, 2011, pp. 221-230.

⁷ *Amministrazione di sostegno*, la traducción es mía. Cabe citar como antecedente legislativo inmediato la propuesta de Ley C2189 presentada en la Cámara legislativa en el año 2001, que experimentó un largo y conflictivo *iter* legislativo hasta convertirse en la vigente Ley de 9 de enero de 2004. No obstante, desde mediados de los años 80 se intentaba establecer en Italia una reforma del derecho de la persona en esta dirección, llegándose a presentar en la Cámara entre 1993 y 1997, hasta cuatro proyectos de ley que contemplaban la introducción de la nueva figura de protección. Todo empezó, como señalan algunos autores, aun antes, con la reforma psiquiátrica operada mediante Ley 180 de 1978, cfr. FERRANDO, G. (traducido del italiano por J. M. López López) «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de

ca, introdujo la figura equivalente al asistente en el Código civil italiano, y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados ahora por el legislador catalán en la Exposición de Motivos del Libro II⁸. Cumplido un tiempo desde la entrada en vigor de la normativa catalana sobre la asistencia, siendo aún incipiente su aplicación a la realidad jurídica de este territorio⁹, considero interesante el análisis comparativo con la regulación italiana, más incluso que su parangón con el modelo alemán o el de otros países europeos¹⁰. Y ello por dos motivos. En primer lugar, la opción de instaurar la asistencia o la administración de apoyo como una institución más de protección de la persona, sin optar por la supresión de la tutela o de la curatela o de ambas, identifica las dos legislaciones, que inciden en el poder de decisión de juez en cada caso, y le proporcionan un instrumento más al que podrá recurrir en su tarea de elaborar un «traje a medida» que encaje perfectamente en la situación particular de la persona vulnerable a la que haya de proporcionar protección. Esta es una diferencia esencial respecto al sistema legal alemán que aleja profundamente el ordenamiento catalán de su

enero», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., p. 155.

⁸ Artículo 1 Legge 9 gennaio 2004: «*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persona prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permante*». La reforma del Código civil italiano se entendió en el sentido de introducir nuevos fines y nuevos instrumentos en favor de las personas privadas total o parcialmente de su capacidad de autogobierno. Se operaba, así, un significativo cambio, no solo en el contenido regulado sino también en la propia terminología y en la concepción de la discapacidad. Cfr. VOCATURO, S., «L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap», *Rivista del Notariato*, I, 2004, p. 242.

⁹ La única Resolución que he podido encontrar de las audiencias provinciales catalanas a fecha de cierre del presente artículo es el Auto núm. 121/2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, de 26.10. 2012, por el que se estima el Recurso de apelación formulado tanto por el solicitante de la medida (una persona adulta que padece síndrome de *down*) como por el Ministerio Fiscal, contra la denegación en primera instancia de la solicitud de nombramiento de un asistente. Señala la Audiencia provincial que debe accederse a la petición formulada y nombrarse como asistente al hermano del solicitante, con funciones estrictamente patrimoniales que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa de su patrimonio, y con obligación de rendir cuentas anualmente al Juzgado sobre su tarea como asistente. A pesar de lo incipiente de su aplicación en la provincia de Lleida, lo cierto es que la figura de la asistencia ha sido ampliamente aceptada por los Fiscales de esta demarcación (véase <http://www.sindromedown.net/index.php?idMenu=12&pag=17&int1=867>) lo cual redundará en nuevas solicitudes y nombramientos en tiempos venideros, especialmente entre el colectivo de personas que padecen síndrome de *down*.

¹⁰ Otros autores han planteado también la equiparación de ambas normativas, cfr. VIVAS TESON, I., *Una propuesta de reforma del sistema tuitivo...*, cit., p. 38, y también su obra *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Badajoz, 2012; GARCÍA LÓPEZ, P. y CASAS PLANES, D., «La amministrazione di sostegno del derecho italiano y el asistente del derecho catalán: análisis comparativo», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., pp. 199-218 (contenida en el CD-Rom de la obra).

principal fuente inspiradora, al menos en cuanto a las consecuencias prácticas de la incorporación de la figura.

En efecto, parece que en el proceso legislativo del Libro II CCCat, la opción por la supresión de la incapacitación de la persona fue tomada en consideración, incluso muy seriamente, siendo eludida finalmente por resultar un poco prematura en nuestra sociedad y sistema jurídico¹¹. El resultado es una cierta acumulación de cargos de protección de la persona en el Libro II del CCCat¹², que provoca concurrencias no siempre fáciles de delimitar. En realidad, las figuras de la tutela y la curatela ya eran y siguen siendo susceptibles de gradación flexible, permitiendo adaptar la sentencia de incapacitación a las condiciones particulares de cada persona. Además, el artículo 760.1 LEC advierte que la sentencia que declare la incapacitación debe determinar su extensión y límites, dejando meridianamente claro que debe acomodarse a las circunstancias específicas de cada caso¹³. Y, en fin, como intentaré poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, la regulación legal de la asistencia contiene algunas dificultades que tampoco ayudan a que una institución protectora en principio bien pensada, goce de un régimen jurídico claro.

Hay un segundo motivo por el que considero interesante analizar el modelo italiano y es la ventaja temporal que presenta esta

¹¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La reforma...*, cit., p. 52.

¹² Es preciso, de nuevo, transcribir el Preámbulo de la Ley 10/2005: «La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla».

¹³ A este respecto, cabe mencionar la propuesta de Santos Urbaneja en relación con los procedimientos judiciales de incapacitación, la llamada doble vía de carácter procesal que propone para los casos –muy frecuentes en la práctica– en los que el motivo desencadenante que conduce a presentar la demanda de incapacitación es la necesidad de realizar un acto determinado de carácter patrimonial al que la persona mayor o enferma ya no puede prestar el consentimiento. Este autor propone que se arbitre un procedimiento tipo para evaluar la capacidad de decidir de las personas respecto de ese acto concreto, y que se mantenga el procedimiento de evaluación general para los casos más complejos, que se acuda al Juzgado para someter al Juez si la persona cuya capacidad se cuestiona posee en el momento del examen la necesaria capacidad de autogobierno en relación al acto concreto que se pretende realizar. De esta forma, el examen será muy preciso porque se ajusta al acto concreto, y la resolución se centrará en resolver quien puede suplir la capacidad de obrar de la persona, en ese acto concreto, o si basta un complemento de capacidad o una asistencia para llevarlo a cabo. Así, la sentencia tendría unos efectos mucho más concretos, no produciría el efecto de constituir el estado de incapacitación; la persona mantendría la presunción de capacidad, excepto para el acto concreto en que se ha valorado que carece de capacidad para decidir. Se conseguirían los fines pretendidos y una vez rendidas las cuentas ante el Juez por la persona habilitada para suplir la capacidad de la persona «inhábil», se procedería al archivo del procedimiento. Cfr. SANTOS URBANEJA, F., «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (Actas de las II Jornadas celebradas en Logroño), 2007, pp. 155 y ss., consultable en http://www.fundaciontutelardelarrija.org/archivos/libro_IJornadas.pdf.

legislación en su aplicación práctica. En efecto, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 2004 de la ley italiana han servido, entre otras cosas para poner de manifiesto problemas con los que se han encontrado los tribunales de este país, y las respuestas que han dado a los mismos. También la doctrina italiana ha sido prolífica en sus aportaciones¹⁴. No cabe duda que la experiencia italiana puede resultar una importante aportación para los juristas, prácticos, investigadores, jueces, que hayan de aplicar la figura de la asistencia en Cataluña. Es previsible que aquí como ha ocurrido en Italia se recurra a partir de ahora cada vez más a esta figura de protección de la persona, en detrimento de los procedimientos de incapacitación parcial y total, que dan lugar al nombramiento de un tutor o un curador¹⁵. Su mejor aceptación social y su mayor sintonía con los principios de la Convención de Nueva York, pueden perfectamente conducirnos a una nueva topografía normativa, con el desplazamiento progresivo y el carácter cada vez más residual de la incapacitación. De manera que es interesante adelantarse a los problemas que, sin duda, surgirán en la aplicación de la figura de la asistencia en Cataluña, especialmente teniendo en cuenta lo escueta de la regulación contenida en el CCCat, que deja abiertos muchos

¹⁴ Cfr. entre otros, FERRANDO, G., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milán, 2005; CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo I, Milán, 2009; TAGLIAFERRI, C., *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, Límene, 2010. F. GARLISI, *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, Milán, 2012; ATTISANO, M. O., *Tutela ed amministrazione di sostegno*, Padua, 2012; GIOVANNINI, D., «La tutela dei soggetti deboli nell'amministrazione di sostegno», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, 2, 2006, pp. 541-543; CIAN, G., «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di Diritto Civile*, 2004, 50, II, pp. 481-495; MASONI, R., «Comentario artículo 404-408», en CENDON, P., *Commentario al Codice civile*, Milán, 2009, pp. 545-709; ALPA, G., *Manuale di Diritto privato*, Padua, 2005, pp. 229-233; BESSONE, M., *Istituzioni di Diritto Privato*, Turín, 2011, pp. 116-122; PALADINI, M., «Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno», *Rivista di diritto civile*, 2005, 51, V, pp. 585-602; LAVEDINI, G., «Prime brevi considerazioni sul ruolo dell'ente locale nell'amministrazione di sostegno: L. 9 Gennaio 2004» *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 36, 1, pp. 482-498; ANTONICA, M. C., «L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inhabilitazione», *Famiglia e diritto*, 2004, p. 258 y ss.; COSCIONI, «L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, 10, pp. 798-805; BONILINI, «Filiazione, e amministrazione di sostegno», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, 3, pp. 198-201; LANDINI, «Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, 11, pp. 910-918; CENDON, ROSSI, «Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inhabilitazione», in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 7, pp. 662-666.

¹⁵ Giovanni Bonilini previó esta situación para Italia tras la entrada en vigor de la nueva figura: «Non si è mancato di rilevare, peraltro, come sia facile pronosticare una progressiva, sotterranea, inespresa, disapplicazione dell'interdizione giudiziale e, a maggior ragione, dell'inhabilitazione», BONILINI, G., «Comentario al artículo 404 Amministrazione di sostegno», en SCHLESINGER, P., y BUSNELI, F. D. (dirs.), *Il Codice Civile Commentario, articoli 404-413*, Milán, 2008, p. 64.

interrogantes. Asimismo, considero que la normativa italiana sobre la administración de apoyo puede proporcionar un modelo para los demás ordenamientos civiles españoles.

2. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA INSTITUCIÓN DE LA ASISTENCIA

2.1 PRESUPUESTO SUBJETIVO

La asistencia se presenta como útil en el caso de personas con discapacidades físicas de cierta envergadura, personas mayores con deterioro físico importante o con alteraciones cognoscitivas, especialmente si no se hallan ya en fase terminal, o personas con impedimentos intelectuales –retrasos mentales no severos, analfabetismo– etc. El artículo 226-1 CCCat se refiere a la persona asistida como «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas». Por consiguiente, no cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. Es lo que la doctrina alemana llama «principio de necesidad», que implica el carácter restrictivo tanto del nombramiento del asistente como de las funciones que, en cada caso, se le atribuyan. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al «cuidado» en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera material de la persona. En este sentido, el asistente no debe ser confundido con el cuidador de una persona dependiente¹⁶. De conformidad con el artículo 404 del *Codice civile italiano*¹⁷, la persona susceptible de beneficiarse de la administración de apoyo es aquella que «como resultado de una enfermedad o de una discapacidad física o mental se encuentra imposibilitada aunque sea parcial o temporalmente, para proveer a sus propios intereses»¹⁸. Muestra, así, el ordenamiento civil italiano una total similitud con

¹⁶ Cabe traer a colación el § 1896(2) del Código Civil alemán, en adelante BGB, que establece que «un asistente legal sólo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal».

¹⁷ En adelante CCI.

¹⁸ Señala al respecto ZAMBRANO, «Al faltar la dicotomía entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (una, presupuesto de la interdicción, y la otra de la inhabilitación) se confirma la finalidad del administrador de apoyo legal quien deberá tutelar todas las situaciones de desamparo posibles, independientemente de la tipología de la incapacidad» *cf.*: «La protección de los mayores entre el Código civil y la Ley Especial. La experiencia italiana» en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007.

la normativa catalana, en tanto que ambas regulaciones extienden su ámbito de protección sobre la persona que cumple los dos requisitos: es mayor de edad y está afectada por una disminución no incapacitante, por ejemplo, como concreta el legislador italiano, porque su limitación es temporal o es parcial. Ambas legislaciones se fundamentan, además, de una manera global en el principio de necesidad –no más protección que la necesaria y sólo en lo necesario–, concibiendo, no sólo la asistencia sino todas las instituciones de protección de la persona desde esta perspectiva¹⁹.

En la literalidad del precepto catalán sólo las personas mayores de edad pueden ser dotadas de un asistente, lo que excluye a los menores de edad incluso aunque estén emancipados. Sin embargo, es perfectamente imaginable la necesidad de nombrar preventivamente un asistente, en determinados casos como por ejemplo el del menor afectado de síndrome de down leve que, sin embargo, es capaz de llevar una vida independiente de sus progenitores²⁰, o para un emancipado por resolución judicial por imposibilidad de convivencia con sus padres o tutores²¹. El código sí prevé que pueda adelantarse la necesidad de acudir a la tutela cuando llegue la mayoría de edad en el artículo 236-33 CCCat cuando regula la prórroga de la potestad parental que se puede acordar en la declaración de incapacitación del hijo menor con efectos para cuando llegue a la mayoría de edad y, sin embargo, no contiene esta previsión en el caso de la asistencia. El derecho civil italiano, más coherente y correcto técnicamente en este punto, sí contempla en su artículo 405 CCIt que se pueda nombrar a un asistente para el menor no emancipado que se encuentra en el último año de su minoría de edad. Tal nombramiento preventivo sólo adquirirá ejecutividad en el momento en que el beneficiario alcance la mayoría de edad²².

¹⁹ Véase el artículo 221-1 CCCat que aboga por un ejercicio de las funciones de protección de carácter personalista y en función de los intereses de la persona sobre la que recaen, permitiendo al máximo en cuanto sea posible el propio ejercicio de sus derechos. En Italia la ley de 2004 llevó consigo la reforma del artículo 414 CCIt titulado, «personas que pueden ser incapacitadas», con la eliminación del carácter obligatorio de la incapacitación, que se subordina al hecho de que el mayor de edad o menor emancipado se encuentre en condiciones de enfermedad mental habitual que le convierta en absolutamente incapaz de proveer a sus propios intereses, y solo si tal medida es necesaria para asegurar su adecuada protección. Cfr: FERRANDO, G., «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, 2011, p. 162.

²⁰ Artículo 211-11 CCCat.

²¹ Artículo 211-10 CCCat.

²² Ya he comentado que también la legislación italiana se inspiró en 2004 en el precedente alemán, en concreto, respecto a este aspecto, en el § 1908a BGB, que autoriza el nombramiento de un asistente para los mayores de 17 años aunque la asistencia solo desplegará sus efectos con la mayoría de edad. Cfr: LAMARCA MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán, cit.*, p. 439.

En cuanto a la disminución no incapacitante que padece el beneficiario de la asistencia, parece que la idea clave radica en que se trata de personas que no tienen afectada su capacidad de obrar o que la tienen afectada en un grado que no justifica la incapacitación²³. Como consecuencia de sus concretas circunstancias, estas personas no pueden cuidar de sí mismas o de sus bienes, pero aún así conservan una capacidad de discernimiento suficiente. Un ejemplo claro para el legislador es el retraso mental leve y así lo expone en el preámbulo de la Ley 25/2010 del Libro II CCCat. Sin embargo, la variedad de situaciones que pueden plantearse en la práctica plantea muchos interrogantes.

En los supuestos de existencia de una discapacidad psíquica, puede ocurrir que la persona vulnerable presente una importante dificultad o sea incapaz de expresar su voluntad o relacionarse con los demás, de manera que es ciertamente difícil o imposible la comunicación con el asistente a los efectos de que éste pueda respetar sus deseos e intereses en el desempeño de su función. Resulta difícil, en concreto, el ejercicio de esa capacidad de obrar de la que no se le quiere privar. El artículo 226-2 CCCat y, en sede de disposiciones comunes, el artículo 221-4 CCCat, mencionan expresamente la obligación de informar y respetar la voluntad y las opciones personales de quien, por su vulnerabilidad, precisa de esta medida de protección. Se han planteado multitud de supuestos dudosos en la jurisprudencia italiana en los que el papel del juez tutelar se torna decisivo en su valoración del caso concreto. Tan es así que, muy tempranamente, apenas iniciada la andadura de la institución de la administración de apoyo, se planteó la cuestión de constitucionalidad del artículo 404 CCIt por entender que no establece unos criterios claros para la distinción entre el presupuesto de una administración de apoyo y el de un tutor o un curador. Junto a ello, la doctrina criticó duramente la redacción de una norma que obligaba al juez ya no a rellenar lagunas sino más bien a delimitar conceptos legales confusos y oscuros²⁴. La Sentencia de la Corte

²³ En esta dirección la doctrina empieza a realizar distinciones entre los términos jurídicos incapacidad e incapacitación, señalando que si bien en algún extremo responden a la misma idea, en cambio no son totalmente equivalentes. Cabe que una persona presente incapacidad para la realización de determinado o determinados actos jurídicos, lo cual significa que en ese aspecto concreto le falta capacidad natural (ausencia de las condiciones necesarias de inteligencia, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica y para asumir las consecuencias). Por el contrario, el término jurídico incapacitación es una condición jurídica de la persona que afecta a su capacidad de obrar y constituye un estado civil, se opone no a capacidad natural sino a capacidad de obrar. Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en GARCÍA GARNICA, M.^a C., *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 56.

²⁴ STANZIONE, P., «Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione», en <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/stanzio->

Constitucional de 9 de diciembre de 2005, insistió, no obstante, en la potestad del juez para decidir en cada caso concreto mediante la comparación y diferenciación entre el presupuesto subjetivo para la aplicación del artículo 404 CCIt *–l'amministrazione di sostegno–* y del artículo 414 CCIt *–l'interdizione–*. Ratificó el carácter subsidiario de la incapacitación, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas, que aunque vulnerables, no son incapaces. Literalmente señalaba la sentencia que el juez puede recurrir a la medida más invasiva de la incapacitación *«solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione»*²⁵. A partir de este momento se multiplicaron los Decretos de nombramiento de administrador de apoyo para supuestos muy diversos de minusvalías físicas y psíquicas²⁶. Incluso aunque esta opción haya exigido una cuidadosa y específica interpretación del artículo 410 CCIt, que, como en Cataluña, prevé una continua interacción entre el administrador y la persona asistida y la obligación del primero de respetar la voluntad del asistido en el ejercicio de su función protectora.

Un caso significativo es el de la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 26 de octubre de 2011²⁷, que estima el recurso presentado contra la resolución dictada en fase de apelación por el tribunal de Turín, que a su vez confirmaba la decisión del juez tutelar de instar la apertura un procedimiento para la incapacitación de una persona para la que se había solicitado el nombramiento de un administrador de apoyo. El caso contempla la situación de una persona que padece síndrome de down grave, con una persistente dificultad para desarrollar las tareas y las funciones propias de su edad.

ne_sostegno.pdf (fecha de la consulta: junio 2013). p. 24, FAILLA, M. C., «I poteri del giudice tutelare», en FERRANDO, G., *L'Amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., p. 249; y Ferrando, G., *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Turin, 2006, p. 184.

²⁵ Cfr. Sentencia 440/2005 de la Corte Constitucional de 9.12.2005, que también dejaba claro el criterio según el cual *«in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore»*. Esta sentencia puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10151> (fecha de la consulta junio de 2013). Confirma Tagliaferri el carácter residual de la incapacitación en Italia: «Non pare potersi dubitare della volontà del legislatore di assegnare a l'amministrazione di sostegno il ruolo di strumento generale e prioritario di protezione delle «persone prive in tutto o in parte di autonomia» (art. 2), riservando agli antichi istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione un ruolo meramente residuale, limitato cioè alle sole ipotesi nelle quali il nuovo istituto si riveli «inidoneo a realizzare la piena tutela del beneficiario» TAGLIAFERRI, C., «L'amministrazione di sostegno», *Teoria e Storia del Diritto Privato*, III, 2010, p.11.

²⁶ Cfr. Sentencias de 10 de enero de 2006 (Tribunal de Venecia), 18 de julio de 2006 (Tribunal de Mesina), 17 de julio de 2007 (Tribunal de Trani), 3 de febrero de 2007 (Tribunal de Trieste) entre otras, cfr., referencias en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Dogana (Repubblica di San Marino), 2008.

²⁷ Disponible en http://www.territorioaslmilano.progettoads.net/allegati/ADS_t2_allegati/337/FILE_Allegato_sentenza.pdf (fecha de la consulta junio 2013).

Su hermano, con el que convive solicita ser nombrado administrador de apoyo del discapacitado para asistirle en el cumplimiento de algunos actos ordinarios y reemplazarle en los actos de extraordinaria administración de los bienes. Por el contrario el juez tutelar propone la apertura del procedimiento contencioso para la incapacitación, decisión que es ratificada en fase de apelación por el Tribunal de Turín. Con base en el examen y reconocimiento del propio interesado durante el procedimiento se había razonado por el juez *a quo* que, al tratarse de una persona con una situación estable de discapacidad que no tiene cura, y dado que no es capaz de referir sus propios datos personales y de comprender ni siquiera una pregunta sobre su domicilio habitual, no va a resultar posible la comunicación e interacción constante que ha de producirse entre el administrador y el beneficiario de la medida, luego ésta no es posible. Se entiende que precisa de una asistencia tanto para los actos extraordinarios de administración como para los de ordinaria administración, y que ello implicaría la atribución al administrador de apoyo de los mismos poderes –unidos a los correspondientes deberes–, que la ley atribuye al tutor, cuestión que quedó vedada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2005. Precisamente por este motivo se considera que la medida de protección adecuada es la de la *interdizione* o incapacitación.

Sin embargo la Corte de Casación estima que el juez no ha valorado la mayor capacidad de la administración de apoyo de conformarse a las exigencias reales de la vida de este sujeto vulnerable, teniendo en cuenta la flexibilidad de la medida y la mayor agilidad del procedimiento en orden a la obtención efectiva de la ayuda. Señala literalmente la sentencia que en este supuesto «debe tenerse en cuenta de forma prioritaria, el tipo de actividad que desarrolla el beneficiario». Se trataba de una actividad mínima, extremadamente simple, sin que hubiera una amenaza real de que pudieran perjudicarse los intereses del discapacitado, titular de un exiguo patrimonio, fácilmente gestionable. Ante la previsión de que el sujeto protegido no iba a poner en discusión en absoluto la actividad de su hermano como administrador de apoyo, el cual por otra parte ya venía ocupándose de todo desde su minoría de edad, el tribunal considera más idónea en conjunto esta medida de protección que no precisa incapacitar al sujeto protegido.

Añade, por último, la Corte de Casación que la comunicación entre el administrador de apoyo y la persona vulnerable (en este caso eran dos hermanos que habían convivido toda la vida) prevista en el artículo 410 CCIt no es necesaria en todo caso, y no ha de darse en los supuestos en que una discapacidad de carácter psíqui-

co lo haga imposible²⁸. Porque la administración de apoyo no está concebida, únicamente, para los supuestos de discapacidad de tipo físico, sino también psíquica o intelectual.

En Cataluña, la distinción del presupuesto subjetivo que conduzca al nombramiento de un asistente o, por el contrario, a la incapacitación y posterior nombramiento de un tutor se fundamenta en el significado del concepto «disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas» recogido en el artículo 226-1 CCCat, que habrá de confrontarse con el de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico» del artículo 200 CC español²⁹. La clave está en valorar si la disminución que se presenta a examen en cada caso es incapacitante o no. Ello dentro del contexto actual en que nos encontramos y en el que se inscribe el Libro II CCCat, de respeto a los principios de la Convención de Nueva York, en virtud de los cuales habrá de procurarse la protección a las personas siempre con la menor limitación posible de su autonomía personal. Hay autores que defienden radicalmente la circunscripción voluntaria de la asistencia por parte del legislador sólo a determinados casos³⁰, sin embargo, la proximidad que puede producirse en la práctica entre supuestos de disminuciones físicas y sobre todo psíquicas incapacitantes, y las que no lo son, es evidente, y no lo pone nada fácil al órgano jurisdiccional que ha de aplicar la norma. El Libro II del CCCat ha introducido la figura de la asistencia, que ha de convivir y buscar su espacio respecto a la incapacitación y las figuras de la tutela y la curatela³¹. Y no es descabellado pensar que, ante una petición cursada por vía de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un asistente, el juez que opta por elegir esta medida de protección –menos cercenante e invasiva de la capacidad natural de las personas– aún a riesgo de equivocarse, juega con la ventaja de que siempre podrá promover de oficio, a través de la correspondiente información al Ministerio Fiscal, la incapacitación de la persona asistida si comprueba –piénsese que

²⁸ Cfr. otras sentencias que aplican esta figura de protección a personas con una grave deficiencia psíquica, por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Varese de 17.11.2009, estado vegetativo permanente, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=48298&idstr=20> (fecha de la consulta: junio 2013).

²⁹ No existe en el Codi civil de Catalunya una definición del presupuesto para la incapacitación.

³⁰ Afirma tajante RIBOT IGUALADA, J., «*l'assistència és un complement i no una alternativa a la incapacitació de la persona, que escau quan la disminució que afecta la persona compromet de forma greu i reiterada el seu autogovern*». Cfr. «*L'assistència: abast i limitacions de la nova institució*», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 24 de la ponencia).

³¹ Cfr. MARTÍN PÉREZ, J. A., «La asistencia como institución de protección», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 162.

el asistente tiene obligación de notificarle cualquier cambio de circunstancias que afecten al asistido (art. 226-4.2 CCCat)—, que el desarrollo de la enfermedad o disminución padecida se torna incapacitante. Ello derivará en la extinción de la figura de protección que no ha afectado al estado civil de la persona vulnerable, para dar paso al procedimiento de incapacitación que culminará con el nombramiento de un tutor o de un curador. Porque la incapacitación constituye una de las causas de extinción de la asistencia conforme al artículo 226-5 CCCat.

En Italia el arrinconamiento o progresivo abandono de la medida de la tutela se ha producido, de este modo, por decisión de los jueces, no del legislador que proponía un sistema complementario. Han sido los jueces tutelares los que masivamente han optado por el administrador de apoyo obviando, *a priori*, el juicio sobre la capacidad de la persona vulnerable necesitada de protección. Y a estas alturas también el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de este país consideran adecuada esta opción. Por ello empieza a solicitarse por la doctrina, cada vez con más insistencia, una nueva reforma legal por la que se suprima la interdicción o incapacitación y se desarrolle la figura del administrador de apoyo hasta sus últimas consecuencias, al estilo de lo que ha ocurrido en Alemania o Austria³². En efecto, el legislador italiano no llegó tan lejos en su reforma del año 2004, quizá ni siquiera previó lo que iba a suceder a partir de la instauración de este nuevo mecanismo de protección de las personas vulnerables. En el artículo 405 CCIt se regula el tránsito en sentido inverso, desde la incapacitación a la administración de apoyo. El propio incapacitado total o parcialmente tiene legitimación activa para acudir a la jurisdicción voluntaria y solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo, aunque además, deberá instar el procedimiento de revocación de la anterior sentencia que ordenaba su incapacitación total o parcial. El decreto de nombramiento de un administrador de apoyo que, en su caso, pudiera dictarse solo será

³² Véase, entre los más recientes, TESCARO, M., «I confini applicativi dell'amministrazione di sostegno comparato con quelli della sachwalterschaft austriaca e betreuung tedesca», en BUSNELLI, F. D., PATTI, S., SCALISI, V., y ZATTI, P., *Parte generale e persone, Liber amicorum per Dieter Henrich*, tomo I, Turín, 2012, p. 169; también MASONI, R., «Commentario artt. 404-408», en CENDON, P., *Commentario al Codice civile*, Milán, 2009, p. 562 y ss.; BONILINI, G., *Comentario al artículo 404...*, cit., p. 25; CENDON, P., y ROSSI, R., «L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata», *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 2897 y ss. De hecho, existe un proyecto de reforma sobre la materia titulado *Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione* (propuesta de ley 510 presentada en la Cámara en 2008).

ejecutivo desde la publicación de la referida sentencia de revocación de la incapacitación³³.

2.2 PRESUPUESTO OBJETIVO

Esta cuestión, que no parece plantearse en el ordenamiento catalán³⁴ ni tampoco en el italiano, se torna importante al estudiar las resoluciones de los tribunales de este país. Así es, ¿influye o ha de influir en la decisión del juez sobre la conveniencia de nombrar un asistente, la complejidad del patrimonio de la persona vulnerable? ¿Qué papel desarrolla la valoración de elementos objetivos como la profesión que desempeñaba o las actividades previas que realizaba el que ahora se ha quedado limitado?

Las resoluciones italianas nos permiten defender que, efectivamente, el presupuesto objetivo también es tomado en consideración en los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo. Así, en el caso mencionado resuelto por la Corte de Casación el 26 de octubre de 2011 se considera más que suficiente, para las necesidades patrimoniales y la vida que lleva el sujeto vulnerable, que su hermano sea su administrador de apoyo y se ocupe de sus cuentas y de cuidar de él como venía haciendo desde que era un niño. Pero si esta persona que padece un síndrome de Down severo desde su nacimiento fuera titular de un cuantioso patrimonio y, sobre todo, si este patrimonio precisara de una actuación de administración ordinaria o extraordinaria de cierta complejidad, ¿qué habría resuelto la Corte de Casación? Porque lo cierto es que con la administración de apoyo existe el riesgo de que, manteniendo intacta su capacidad de obrar, el sujeto privado de autonomía o de capacidad de autogobierno pueda realizar actos gravemente perjudiciales para sí mismo y para su patrimonio.

La resolución de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006 hace constar que, a los efectos de la distinción entre supuestos en los que procede la administración de apoyo y aquellos en los que es mejor incapacitar al beneficiario, el criterio cuantitativo (grado o intensidad de la enfermedad o imposibilidad para atender a sus

³³ Véase también el § 1896 del BGB, que contempla que la petición inicial en el proceso de nombramiento de un asistente legal sea presentada por un incapaz de obrar.

³⁴ Del texto literal contenido en el artículo 226-1 CCCat cabría entender que los presupuestos objetivos de la figura se refieren también a las condiciones del sujeto vulnerable, esto es, que como consecuencia de la referida disminución no incapacitante, primero no pueda cuidar de sus propios intereses y, segundo, necesite contar con un asistente. Pero en este apartado, bajo el nombre de presupuesto objetivo, voy a referirme a los elementos ajenos al sujeto vulnerable: patrimonio, profesión o actividad profesional, entorno social y familiar etc.

propios intereses) no es el determinante, incluso cabe la posibilidad de que se ordene el nombramiento de un administrador de apoyo para una persona que padece una importante limitación. Porque, junto con el criterio cuantitativo es esencial considerar el funcional, es decir, pertenece a la apreciación del juez la evaluación de la conformidad de esta medida teniendo en cuenta el tipo de actividad que se ha de llevar a cabo en nombre del beneficiario: a una actividad mínima y muy simple que no ponga en peligro los intereses del sujeto (bien por la escasa consistencia del patrimonio disponible, bien por la simplicidad de las operaciones a realizar, como por ejemplo la gestión ordinaria de los ingresos de la pensión) corresponderá la administración de apoyo; sin embargo, y siempre respecto a una persona incapaz de proveer a sus intereses, a una actividad de cierta complejidad, o a una situación que requiera evitar que la persona cometa actos perjudiciales para sí misma, le corresponde la incapacitación como medida adecuada de protección³⁵. Así, en cuanto al presupuesto objetivo a valorar a la hora de nombrar un administrador de apoyo el juzgador italiano tiene en cuenta no tanto, o no únicamente, la cuantía del patrimonio de la persona vulnerable, sino sobre todo la complejidad de la gestión de este patrimonio que pueda requerir de unos conocimientos técnicos específicos³⁶. Esta reflexión nos lleva directamente hasta el tercer apartado de este trabajo, puesto que la pregunta que cabe hacerse es sobre el procedimiento, sobre los mecanismos con que el legis-

³⁵ «Tuttavia, il dispositivo del decreto impugnato risulta conforme a diritto, avendo la Corte d'appello valorizzato, ai fini della propria decisione, non già la sola condizione fisica del soggetto di cui si tratta –peraltro descritta come totalmente, pur se non irreversibilmente, invalidante, e tale da non consentirgli di provvedere autonomamente ad alcun atto della vita– ma altresì la complessità degli atti da compiere per suo conto, avuto anche riguardo alla pregressa attività professionale svolta dall'infermo sino al momento precedente l'insorgenza della patologia dalla quale lo stesso risulta affetto: si da indurre a ritenere che solo un provvedimento di interdizione possa, nella specie, tutelare adeguatamente gli interessi del F.» Sentencia de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006, núm. 13584, que puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10523> (fecha de la consulta: junio 2013). Al respecto, comenta Leonardo Lenti que a pesar de la razonabilidad y autoridad de estos argumentos, lo cierto es que existen señales de insatisfacción ante esta interpretación de la Corte de Casación, y que no se puede decir que se haya alcanzado una interpretación unitaria, *cfr.* LENTI, L., «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación» (traducido del italiano por López López, J. M.), en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, *cit.*, p. 500, también se muestra crítico PALADINI, M., «Amministrazione di sostegno e interdizioni giudiziale: profili sistematici e funzionali della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno», *Rivista di Diritto civile*, 2005, tomo II, p. 592.

³⁶ Se refiere a esta cuestión Vaquer cuando realiza el comentario del artículo 222-12 CCCat que permite al juez nombrar, junto con el tutor, a un profesional que ejerza como administrador patrimonial de un incapacitado escindiendo así las funciones tutelares en aras de lograr una mayor protección de los intereses patrimoniales del incapacitado. *Cfr.* VAQUER ALOY, A., «Comentario al artículo 222-12», en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 194.

lador ha previsto que se pueda designar a la persona idónea para desempeñar el cargo de protección de la persona vulnerable.

3. EL NOMBRAMIENTO DEL ASISTENTE

3.1 PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. EL JUEZ COMPETENTE

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-1 CCCat el nombramiento de un asistente para quien tenga necesidad de ello se efectúa a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Siendo ésta una cuestión netamente procesal, no por ello ha de considerarse ajena a nuestro estudio, en tanto que esta opción del legislador catalán puede afectar radicalmente al desarrollo práctico de la figura de protección. Así es, de la misma manera que se prevé en el ordenamiento jurídico italiano³⁷, el establecimiento de un procedimiento no contencioso como mecanismo para la obtención de una resolución judicial de nombramiento de un asistente se entiende en el contexto de la voluntad expresa de ambos legisladores de simplificar, abaratar y facilitar el acceso de los ciudadanos a la asistencia o administración de apoyo. Precisamente porque no se trata de modificar el estado civil de una persona, ni de privarle, ni total ni parcialmente, de su capacidad de obrar, ha de ser suficiente con acudir a la jurisdicción voluntaria justificando la existencia de los presupuestos necesarios y solicitando de la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Este planteamiento, absolutamente coherente en principio, se queda después corto en su eficacia, primero por el contexto competencial que afecta al desarrollo de la normativa procesal, que está en manos del legislador estatal³⁸, y segundo porque el legislador catalán no ha realizado un mayor esfuerzo de desarrollo de la norma sustantiva, por ejemplo regulando el contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente, los aspectos sustantivos sobre los que ha de pronunciarse en relación a esta figura de protección, todo ello a fin de salvaguardar suficientemente la seguridad jurídica de las personas necesitadas de protección. El legislador italiano sí se detuvo en 2004 a delimi-

³⁷ Artículos 405-407 CCIt.

³⁸ Téngase en cuenta que el procedimiento de jurisdicción voluntaria, está regulado en España por los artículos 1811 a 1824 del Libro III, Título I de la LEC de 1881, breve regulación, obviamente obsoleta, que aún no ha sido objeto de renovación por parte del legislador español.

tar algunos aspectos importantes³⁹ que, considero, significan una aportación del modelo italiano con respecto a la escueta regulación del derecho catalán.

Como punto de partida, en Italia existen los jueces tutelares encargados de conocer de los procedimientos para el nombramiento de un administrador de apoyo. También en Alemania hay juzgados de tutelas, que conocen de los procedimientos de tutela de menores, así como de la institución de la asistencia para proteger a los mayores. Sin embargo, en Cataluña, el nombramiento de un asistente será llevado a cabo mediante Auto por el juez de primera instancia del domicilio de la persona que lo solicita. Qué duda cabe de que la especialización en este ámbito sólo podría beneficiar a los «justiciables» de la misma manera que ha ocurrido con respecto a los procesos de familia⁴⁰. Se ha argumentado que no existe esta especialidad por no haber un número significativo de procedimientos que la justifique, aunque tal razonamiento desmerece bastante la necesaria prioridad que se ha de otorgar a la calidad del servicio por encima de los criterios cuantitativos, máxime cuando afecta a personas vulnerables. De hecho, éste es el razonamiento en el caso de los tribunales tutelares de menores, cuya existencia está de sobra justificada en atención al colectivo al que afecta su intervención. La realidad irrefutable es que cada vez hay más población mayor o en situaciones de vulnerabilidad, no es un problema de número sino de que no se acude a los procedimientos judiciales para el nombramiento de un cargo de protección, básicamente porque hoy día no están resultando eficaces.

El artículo 405 CCI y siguientes establecen cómo ha de ser el procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un administrador de apoyo: «*el juez tutelar proveerá dentro del plazo de sesenta días desde la fecha de presentación de la solicitud, al nombramiento de un administrador de apoyo mediante un Decreto fundamentado que será inmediatamente ejecutivo*»⁴¹. El

³⁹ La ley de 6/2004 no sólo modificó el *Codice civile* para introducir normas de derecho sustantivo –y también alguna de carácter procesal– sobre la administración de apoyo, sino que además reformó la ley procesal civil italiana, con un nuevo artículo 720 bis titulado «Normas aplicables al procedimiento en materia de administración de apoyo». Cfr. DOVANI, F., «Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno», *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, pp. 805 y ss.

⁴⁰ Así lo entienden unánimemente los fiscales cuando refieren su experiencia en estos procedimientos. Cfr. VENTURA MAS, S., «L'assistència: una perspectiva pràctica», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 7 de la ponencia); GANZENMÜLLER ROIG, C., «Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles», ponencia presentada dentro del curso sobre *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*, p. 9.

⁴¹ Cfr. artículo 405 CCI.

escrito de solicitud de un administrador de apoyo tiene que indicar los datos personales del beneficiario, su domicilio habitual, las razones por las que se solicita esta medida de protección, y la información pertinente, si se conociera por el solicitante de la medida, sobre la pareja, los descendientes, ascendientes y demás parientes de la persona que ha de ser objeto de la protección. El juez tutelar tiene que escuchar personalmente a la persona a la que el procedimiento se refiere, yendo a su encuentro si hiciera falta y siempre debe tener en cuenta –si no son contrarios a sus propio bienestar y necesidad de protección– los deseos y solicitudes manifestadas por la persona vulnerable.

Una vez recabadas las necesarias informaciones y oídas las personas más allegadas al sujeto vulnerable o, incluso aunque éstas no comparecieran, el juez tutelar deberá resolver en todo caso sobre la solicitud de jurisdicción voluntaria. Puede disponer de oficio la práctica de todas las comprobaciones o pruebas de naturaleza médica o de cualquier otro orden que estime pertinentes para fundamentar su resolución. Además puede, en cualquier momento, modificar o completar también de oficio, la resolución adoptada en el Decreto de nombramiento del administrador de apoyo. Por último, el legislador italiano se ha ocupado de establecer que, en todo caso, en este procedimiento para el nombramiento de un administrador de apoyo habrá de intervenir el Ministerio fiscal⁴².

Con todo, la cuestión del procedimiento no ha resultado exenta de opiniones críticas entre la doctrina italiana, así como de resoluciones contradictorias de los diferentes tribunales tutelares del país, siendo el primer elemento de discordia el que el legislador se haya remitido con carácter subsidiario a las normas procesales que ordenan la incapacitación total o parcial. Se entiende que éste es un procedimiento contencioso por definición, y que no debería ser asimilable a la jurisdicción voluntaria elegida como mecanismo para el nombramiento del administrador de apoyo. En consonancia con este planteamiento, también se ha discutido sobre la conveniencia o no de que el sujeto vulnerable goce de asistencia técnica (abogado y procurador) en el procedimiento de jurisdicción voluntaria⁴³.

⁴² Artículo 407 CCIIt.

⁴³ La necesidad de contar con defensa técnica es sostenida en el Decreto de 21 de mayo de 2004, por el Tribunal de Padua (en *Familia i diritto*, 2004, p. 609, comentado por TOMMASEO, F., «Amministrazione di sostegno e difesa tecnica»), y especialmente por la jurisprudencia lombarda [cfr. Sentencias de 9 de enero de 2006 (Tribunal de apelación de Milán) en *Familia i diritto*, 2006, pp. 275 y ss.; 11 de octubre de 2005 (Tribunal de apelación de Milán)], en *Giurisprudenza Italiana*, 2006, pp. 2611 y ss., comentado por R. MASONI, «Amministrazione di sostegno e onere del patrocinio»; 15 de febrero de 2005 (Tribunal de Apelación de Milán), en *Famiglia, persone e successione*, 2005, pp. 23 y ss.; 2 de marzo de 2005 (Tribunal de Milán) en *Giurisprudenza Italiana*, pp. 2070 y ss. En contra, Sentencias de 16 de enero de 2006 (Tribunal de Apelación de Venecia), en *Familia*

La Ordenanza de 19 de abril de 2007 de la Corte Constitucional⁴⁴ resolvió sobre la cuestión de constitucionalidad planteada respecto a los artículos 407 y 408 CCIt que regulan el procedimiento de nombramiento del administrador de apoyo, y entró en estos aspectos siquiera sea tangencialmente. En efecto, rechazando la censura de inconstitucionalidad de los citados artículos el Tribunal Constitucional determinó que la necesidad o no de una defensa técnica para la persona vulnerable quedará vinculada, dependerá, en cada caso, del concreto contenido del decreto que el juez tutelar pretenda dictar. Es decir que será necesaria la intervención de un letrado cuando el propio juez considere que el decreto de nombramiento incidirá en los derechos fundamentales de la persona vulnerable⁴⁵.

En Cataluña, y a falta de una mayor concreción por parte del legislador, se ha señalado por la doctrina que el procedimiento de jurisdicción voluntaria tiene como objeto la constatación judicial de la existencia de una disminución, la evaluación de la misma, y también de la conveniencia de la asistencia para solucionar el impacto que esta disminución produce en la autonomía de la persona. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal hay cierto consenso a favor de la misma⁴⁶, dado que se trata de proteger a una persona que padece una disminución no incapacitante pero que puede ser lindante o, incluso, una persona eventualmente necesitada de un procedimiento de incapacitación. Junto a ello, se ha defendido la innecesariedad de intervención de abogado y procurador en el procedimiento, así como la aplicación analógica de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al menos en cuanto a la actuación del juez y del fiscal en interés del solicitante de la asistencia, con la posibilidad de practicar de oficio

i diritto. 2006, pp. 275 y ss. comentada por VULLO, E., «Ancora sull'onere del patrocinio di nomina dell'amministratore di sostegno»; 22 de febrero de 2005 (Tribunal de Modena), en *Familia i diritto* 2005, pp. 178 y ss., con nota crítica de TOMMASEO, F., «Ancora sulla difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno».

⁴⁴ Consultable en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=1557>. Fecha de la consulta: junio 2013.

⁴⁵ Concluye Berti que el Tribunal Constitucional ha dejado abierta la cuestión, que no se resolverá hasta que no se consolide una línea interpretativa que solucione definitivamente el problema, o tenga lugar una intervención legislativa *a hoc* que modifique la normativa en vigor, en el sentido de imponer la defensa técnica de la persona vulnerable o de obviarla en todo caso, *cfr*: «L'amministrazione di sostegno. Aspetti giuridici e sociologici», consultable en <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/beriti/> (fecha de la consulta: junio 2013), p. 15.

⁴⁶ Aunque cabe hacer constar que Rivero Hernández, por ejemplo, considera sobre la presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento: «(...) *creo que deberá estar presente, no como parte procesal, sino para defender la legalidad y para evacuar el oportuno informe*», *cfr*: RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia...*, *cit.*, p. 418, mientras que la fiscal Sra. Soriano no duda en propugnar la intervención procesal del Ministerio Fiscal en el procedimiento, *cfr*: SORIANO, R., «Perspectiva práctica des del punt de vista de la fiscalía», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 2 de la ponencia).

todas las pruebas y diligencias que se estimen adecuadas, y con la posibilidad de asesorarle sobre sus derechos y el modo de rectificar los defectos de que pueda adolecer la solicitud inicial⁴⁷. La relación entre este procedimiento de jurisdicción voluntaria y el contencioso de incapacitación total o parcial es de absoluta incompatibilidad, no podrá iniciarse el primero si existe en trámite un procedimiento de incapacitación del solicitante de la medida de protección y, en sentido inverso, según establece el artículo 226-5.1.c) CCCat, la incapacitación de la persona vulnerable es causa de extinción de la figura de la asistencia.

3.2 LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR ESTA MEDIDA DE PROTECCIÓN

La legitimación activa para solicitar la medida de protección constituye la primera y esencial diferencia entre los ordenamientos italiano y catalán, puesto que el sistema italiano refleja un planteamiento bastante más flexible tanto de las propias figuras de protección, como de los procedimientos destinados a proveerlas. En el sistema catalán el nombramiento de un asistente solo se puede producir a instancia de la persona que no puede cuidarse a sí misma o a sus bienes por la disminución no incapacitante que sufre, ninguna otra persona goza de legitimación para solicitar el nombramiento de un asistente y tampoco cabe que la autoridad judicial abra de oficio un procedimiento destinado al nombramiento de un asistente. La persona asistida no está privada de su capacidad de obrar, razón por la que no puede imponérsele la asistencia. Además, el fundamento del poder de actuación que, en su caso, pueda otorgársele al asistente por la autoridad judicial, es precisamente esta voluntad expresa de la persona en situación de vulnerabilidad que, plenamente capaz ante el Derecho, busca la asistencia y el apoyo de terceros, aunque tal ayuda represente una merma de su propia capacidad de obrar.

Por su parte, Italia sigue fielmente el modelo alemán y legitima en primer lugar al propio beneficiario o persona necesitada de protección⁴⁸, opción que ha sido aplaudida por la doctrina⁴⁹. Sin

⁴⁷ Cfr. SORIANO, R., *Perspectiva pràctica...*, cit., p. 3. Véase también la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 29 de diciembre de 2009, sobre la organización de las secciones de lo civil y régimen de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. Consultable en <http://www.fiscal.es>.

⁴⁸ Artículo 406 CCI.

⁴⁹ Cfr. CENDON, P., «La domanda do protezione», en CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo I, Milán, 2009, p. 503; TOMMASEO, F., «Commentario artículo 406», en BONILINI, G., TOMMASEO, F., *Commentario Codice civile*.

embargo, yendo más allá que el legislador catalán, otorga legitimación, no sólo al mayor de edad con capacidad de obrar plena que padece la limitación sino también al menor no emancipado⁵⁰, o aquella persona que está sometida a tutela o a curatela y desea solicitar una modificación de su sistema de protección⁵¹. Se entiende que es posible que una persona incapacitada inste la modificación de su situación, por ejemplo en los casos de recuperación de una enfermedad en que se pueda justificar ante el juez encontrarse en una situación de mejoría física o psíquica que le permita recuperar su capacidad de obrar, bastándole el apoyo de un asistente para cuidar de su persona y bienes. Ello obliga al incapacitado a instar, paralelamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de un administrador, la revocación de la sentencia judicial de incapacitación ante el juez competente para conocer del asunto. Los procedimientos se ensamblan y se relacionan. En este supuesto se desarrollan uno junto al otro, pero también podría suceder que un único procedimiento se iniciara de un modo y se terminara de otro, es decir, es frecuente en la práctica judicial italiana que un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado para solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo se torne en un procedimiento contencioso de incapacitación, cuando el juez estima que es más procedente para la protección de la persona vulnerable proceder a su incapacitación total o parcial⁵², o viceversa⁵³.

Así, la interrelación entre los procedimientos de protección de las personas tiene mucho que ver con la decisión del legislador italiano de 2004 de ampliar al máximo el elenco de personas legitimadas para solicitar el nombramiento de un administrador de

Dell'amministrazione di sostegno, Milán, 2008, p. 174.; MELONI, E., y PUSCEDDU, M., *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Milán, 2010, pp. 37 y ss.; PARENTE, F., «Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi», en *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, p. 708.

⁵⁰ En Alemania se prevé el nombramiento del asistente legal a favor del menor que haya cumplido los 17 años, con efectos al llegar a la mayoría de edad (§1908 a BGB).

⁵¹ En el Derecho alemán, como estas figuras ya no existen para el mayor de edad, el §1896 BGB hace referencia a la posibilidad de que la petición de un asistente sea instada por quién es incapaz de obrar.

⁵² Por ejemplo en el caso de la Sentencia de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006, ya citada en este trabajo. Véase también, la Sentencia de 21 de marzo de 2005 (Tribunal de Milán), comentada por PANUCCIO DATTOLA, F., «L'amministratore di sostegno: una figura dai contorni ancora incerti», en *Intersticios. Revista sociológica de Pensamiento crítico*, vol. 4 (1), 2010, p. 260 consultable en <http://www.intersticios.es/article/view/5300> (fecha de la consulta: junio 2013); Sentencias de 30 de agosto de 2004 (Tribunal de Santa María Capua Vetere) y 25 de junio de 2005 (Tribunal de Roma), ambas referenciadas en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Dogana San Marino, 2008, pp. 137 y 266.

⁵³ Sentencia de 24 de febrero de 2005, del Tribunal de Módena, citada por PANUCCIO DATTOLA, F., *L'amministratore di sostegno...*, cit., p. 260-261; 15 de noviembre de 2004 (Tribunal de Módena) y 18 de enero de 2005 (Tribunal de Bolonia), en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, cit., pp. 178 y 202.

apoyo. Se pretende implicar a todos los agentes que de alguna manera tienen o pueden llegar a tener conocimiento de la existencia de personas necesitadas de este concreto mecanismo de protección. De este modo, junto con la persona interesada, está legitimado en primer lugar el juez, tanto el juez tutelar como el que está conociendo de un procedimiento de incapacitación si estima que es más adecuado no privar a la persona vulnerable de su capacidad de obrar y que es suficiente con el nombramiento de un asistente, incluso el juez que conoce de cualquier clase de procedimiento y constata la necesidad de instar el nombramiento de un administrador de apoyo porque una de las partes en litigio está necesitada del mismo, en aras de asegurar su efectivo derecho de defensa y contradicción en el procedimiento⁵⁴. Además, también pueden instar el procedimiento, por remisión a lo dispuesto en el artículo 417 CCIt en sede de tutela, los familiares del beneficiario, parientes hasta el 4.º grado por consanguinidad y hasta el 2.º grado por afinidad, así como el cónyuge o la pareja de hecho⁵⁵ y, en general, todos los legitimados para solicitar la incapacitación de la persona afectada, tutores, curadores o el Ministerio Fiscal. Por último, se establece también por el legislador italiano la responsabilidad de los servicios sanitarios y de los servicios sociales si no solicitan esta medida de protección, teniendo a su cargo una persona que lo necesita. Se trata, qué duda cabe, de una opción arriesgada que tiene mucho que ver con la proliferación masiva de nombramientos de administradores de apoyo por parte de los tribunales tutelares italianos. No son ni mucho menos predominantes los casos en los que el solicitante de la medida de protección es el propio beneficiario de la misma, y eso que en Italia, como en Cataluña, a diferencia de lo que ha ocurrido en Alemania, la introducción de esta medida que no implica incapacitación del sujeto, coexiste con el mantenimiento de otras medidas de protección, la tutela y la curatela, que sí llevan consigo la determinación de su falta de capacidad. Luego, si la persona es capaz solo ella debería poder decidir sobre su situación de vulnerabilidad e instar un procedimiento para resolverla. En el derecho alemán, excepcionalmente, sí se puede nombrar un asistente contra la voluntad de la persona si por razón de su enfermedad o discapacidad tiene afectadas sus facultades volitivas y por este motivo no reconoce la necesidad de tratamiento o ayuda. En

⁵⁴ Véase la Sentencia de 6.3.2006, del Tribunal de Módena, comentada por Cendon, en un caso en que se reclamaba contra una persona vulnerable, por morosidad en el pago de una deuda, en CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Milán, 2009, I, pp. 508-509.

⁵⁵ El citado artículo 417 CCIt relativo a las personas que pueden pedir la incapacitación fue también objeto de reforma por cuanto hasta 2004 no estaba legitimada la pareja de hecho. El sistema alemán no contempla la legitimación activa de estas personas.

cuanto a las personas con discapacidad física, solo se les puede nombrar un asistente si ellas mismas lo solicitan⁵⁶. De esta forma, se intenta separar los supuestos de las personas que tienen afectada, aunque no sea suficiente como para incapacitarlas, su capacidad volitiva, de aquellas que únicamente sufran deficiencias físicas que les impidan autogobernarse completamente. Parece una solución ecuánime, a caballo entre la opción amplísima del legislador italiano y la reducidísima del legislador catalán. Parece claro que si la discapacidad es física la legitimación ha de ser, únicamente, del propio beneficiario. Pero si el problema es psíquico, la cuestión se torna más compleja. Hay quien sugiere una interpretación amplia de esta normativa para que la cuestión de la legitimación no se convierta en el motivo de la total inaplicabilidad de la figura. Así, para los casos de disminución psíquica del sujeto solicitante de la medida, y dada la interpretación legal restrictiva de las causas limitativas de la capacidad de obrar (art. 211-3 CCCat), se entiende que sólo en los supuestos de una evidente incapacidad inhabilitante podrá el juez desestimar la solicitud presentada por falta de legitimación⁵⁷. También se ha de contemplar la posibilidad de que la persona vulnerable hubiera delegado mediante un poder notarial específico, la iniciación de un procedimiento de solicitud de nombramiento de asistente cuando llegara el momento en que esta medida se hiciera necesaria⁵⁸. Esta sería una opción interesante especialmente para las personas con graves dificultades para expresar su voluntad, o para aquellas que, por efecto de la enfermedad o la discapacidad, hayan visto afectadas sus capacidades volitivas y en el momento de precisar un asistente se nieguen a reconocer su limitación y su necesidad de apoyo material y jurídico. Además

⁵⁶ § 1895.1 B. G. B., «Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal solo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad».

⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2011, p. 147.

⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Instituciones de protección...*, cit., p. 149. Se refieren también a los poderes notariales como una medida válida para autogobernar las posibles futuras limitaciones, entre otros, Amunátegui y muchos notarios además de Martínez García. Cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *¿Crisis de la incapitación? La autonomía de la voluntad...*, cit., p. 45; TORTOSA MUÑOZ, A., «La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad. La autotutela y los poderes preventivos», en GARCÍA GARNICA, C., *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, cit., p. 113 y ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. B., «Disposiciones de protección mortis causa del discapaz», en MARTÍNEZ DÍE, R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000, p. 236 y ss.; CORRAL GARCÍA, C., «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», *Revista Jurídica del Notariado*, 2003, 2, p. 27 y ss.

sería una solución exenta de riesgos, por cuanto en el curso del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el juez sigue estando obligado a explorar a la persona solicitante, entrevistarse con ella y, sobre este conocimiento directo, determinar la conveniencia o no de esta medida, y qué alcance ha de tener⁵⁹.

Encaja este planteamiento con la regulación de otra figura novedosa en el Libro II CCCat, los poderes preventivos, que ofrece al «futuro incapaz» amplias facultades para la constitución de una suerte de tutela privada, es decir, le permite crearse una institución de protección a medida, al margen de toda intervención judicial o administrativa⁶⁰. En el mismo orden de cosas, y con el convencimiento de que las personas podemos autogobernar nuestras posibles o futuras situaciones de vulnerabilidad, el legislador potencia al máximo en el Libro II la delación voluntaria de la tutela⁶¹. Por tanto, si es posible que uno mismo realice un apoderamiento o designe a su futuro tutor para el caso de incapacidad⁶², también habría de ser posible que apodere a una persona concreta para que inste el procedimiento de nombramiento de un asistente, en un momento dado, si se dan una serie de condiciones. Además, también podría pasar que el futuro beneficiario de una asistencia hubiera otorgado un poder general o particular para que terceras personas se hicieran cargo de sus intereses. La pregunta sería: ¿excluyen estos apoderamientos o, cuanto menos, los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad, la posibilidad de solicitar de un juez que nombre un asistente para el poderdante? A mi juicio no, básicamente por el tenor literal del 222-2 CCCat que solo excluye la tutela⁶³ y por el hecho de que el poder preventivo se

⁵⁹ Por contra, para Rivero Hernández no hay posibilidad de que pueda solicitarlo otra persona que no sea el propio beneficiario, ni nombrarlo el juez de oficio, en ningún caso: «Convenzan quienes lo crean necesario al interesado de la conveniencia de la asistencia, con la alternativa de la incapacitación para otro caso» (en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, cit., p. 72).

⁶⁰ Según el artículo 222-2 CCCat los poderes preventivos hacen innecesaria la constitución del régimen de tutela. Cfr. MARÍN SÁNCHEZ, J. A., «Comentario al artículo 222-2», en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 154.

⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ PIERA, A., «La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión» en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 491-513; y en la misma obra SERRANO GARCÍA, I., «El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*», pp. 785-802.

⁶² Cabe mencionar en este punto que el Parlamento de Cataluña ha previsto la publicidad de estos mecanismos autogobierno de la propia incapacidad mediante el «*Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del Registre de patrimoni protegits*», en el que se inscriben las escrituras de delaciones tutelares; de poderes preventivos otorgados en previsión de una situación de incapacidad, o escrituras públicas relativas a patrimonios protegidos.

⁶³ Sobre este particular y los avatares del proceso legislativo al redactar los artículos sobre la asistencia, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 226-1 CCCat»,

refiere a la pérdida de la capacidad y el nombramiento de un asistente no implica tal pérdida de capacidad, ni alteración alguna del estado civil de la persona asistida, luego en cualquier momento, con asistente o sin él, tiene capacidad para revocar los poderes, lo mismo que tiene capacidad para realizar por sí mismo los actos para los que había otorgado el poder. También está claro que la existencia de estas manifestaciones expresas ante notario, del solicitante de la asistencia, han de ser tomadas en consideración por el juez a la hora de tramitar el procedimiento de nombramiento, y de asignar a la persona elegida para desempeñar el cargo de asistente, las tareas de las que debe ocuparse.

3.3 CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE NOMBRAMIENTO DEL ASISTENTE

La asistencia es una institución de protección típica y de constitución judicial, de manera que la resolución por la que se nombra el asistente y se determina el alcance de sus funciones resulta de una gran importancia. Es la hoja de ruta o el elemento definitorio de la medida de protección, en cada caso. El control de la correcta gestión de los intereses de la persona vulnerable se fundamenta en esta protección legal que va vinculada al establecimiento de la medida mediante resolución judicial. El nombrado asistente ha de llevar a cabo un oficio, un encargo del que responderá ante la autoridad judicial. Los intereses de la persona vulnerable quedan bajo un régimen de protección que en Cataluña se concreta en la ineficacia de determinados actos de la persona asistida, ineficacia oponible *erga omnes* en interés de la persona vulnerable. Ninguno de estos efectos cabe atribuir a los sistemas de protección y apoyo de origen voluntario.

Si volvemos la mirada al modelo italiano, cabe destacar el artículo 405 CCIt como la más importante aportación, en tanto que desglosa pormenorizadamente el contenido que ha tener el Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo, que será inmediatamente ejecutivo.

En efecto, en primer lugar se contempla la posibilidad de que el decreto contenga las medidas cautelares necesarias o urgentes para el cuidado o atención del beneficiario, y para la conservación y la administración de su patrimonio. Igualmente, puede el juez tutelar proceder al nombramiento de un administrador provisional, indi-

en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 416.

cando los actos que está autorizado a cumplir. Junto a ello, el decreto de nombramiento del administrador de apoyo tiene que contener, necesariamente: primero, los datos personales de la persona beneficiaria y del administrador de apoyo; segundo, la duración del encargo, que puede ser también por tiempo indeterminado⁶⁴; tercero, el objeto del encargo y los actos que el administrador de apoyo tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario; cuarto, los actos que el beneficiario puede realizar, únicamente con la asistencia del administrador de apoyo; quinto, el límite (también periódico), de gastos en los que el administrador de apoyo puede incurrir recurriendo al patrimonio del beneficiario; y sexto, la periodicidad con que el administrador de apoyo ha de informar al juez acerca de la actividad y las condiciones de vida personal y social del beneficiario.

Frente a esta extremada concreción del texto legal italiano, el artículo 226-2.1 CCCat se refiere, en general, a la obligación del juez de determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia, y los intereses de los que habrá de cuidarse el asistente. Fórmula legal que ha de entenderse en el sentido que tiene esta medida de protección, es decir, únicamente se ordenará aquello que sea estrictamente necesario para la atención de la persona vulnerable, para paliar las dificultades derivadas de su disminución de facultades, y para evitar riesgos para su persona y bienes. Se ha de esperar, por tanto, en la línea de la personalización de todas las medidas de protección, que las decisiones judiciales, en cada caso, sean bien concretas, especialmente en la determinación de los ámbitos sobre los que recae la protección, y de los que ha de ocuparse el asistente. Y que respete al máximo la voluntad manifestada por el propio solicitante de la medida, si bien excepcional y razonadamente, el juez podría desatenderla⁶⁵.

3.4 PUBLICIDAD REGISTRAL

El artículo 226-7 CCCat prevé de manera indirecta la inscribibilidad en el Registro Civil de la asistencia, por cuanto establece que la asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros. Esta norma es prescindible, pues es obvio que aquello que no está inscrito en el Registro Civil no es oponible a

⁶⁴ Si la duración del encargo es limitada, el juez tutelar también puede prorrogarlo posteriormente mediante una resolución fundamentada que habrá de dictarse antes de que finalice el primer plazo de duración del encargo (art. 405 CCI).

⁶⁵ Así lo entiende también Rivero Hernández, *cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-2 CCCat*, *cit.*, p. 421.

terceros. Lo único que pretende hacer notar el precepto es que la inscripción en el Registro Civil no es constitutiva e, indirectamente, está indicando que la asistencia puede ser inscrita pero a los solos efectos de obtener su publicidad. El problema es que el cargo de asistente no está previsto en el Código Civil español ni tampoco en la Ley del Registro Civil⁶⁶. Por eso habrá que acudir al artículo 88 de la Ley todavía vigente cuando dispone que en la Sección 4.^a se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones, así como al criterio del artículo 89 según el cual las inscripciones relativas al organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse ésta, y por último al más genérico artículo 283 del Reglamento del Registro Civil. La nueva Ley del Registro Civil de 2011, por su parte, prevé en su artículo 73.1, tras indicar la inscripción de los nombramientos de tutor y curador, que también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares, inciso a través del cual podemos entender que también ha de ser inscrita la constitución, modificación o extinción de la asistencia.

Por su parte, la legislación italiana, coherente con el hecho de que el nombramiento de un administrador de apoyo no altera el estado civil de la persona beneficiaria, establece que la publicidad registral se produzca mediante nota marginal. No es precisa una inscripción registral porque no hay modificación del estado civil: «el decreto de constitución de la administración de apoyo, el decreto de extinción y cada una de las medidas ordenadas por el juez tutelar durante la vigencia de la administración de apoyo serán objeto de anotación en el Registro pertinente. El decreto de constitución de la administración de apoyo y el decreto de extinción tienen que ser comunicados, dentro de los diez días desde su emisión, al Registro Civil para que sea anotado al margen en la partida de nacimiento del beneficiario. Si la duración del encargo es por tiempo determinado, las anotaciones marginales deberán ser eliminadas una vez transcurrido el plazo indicado en el decreto de constitución o en otro eventual de prórroga de la administración de apoyo»⁶⁷.

La cuestión de la inscribibilidad de la asistencia a efectos de su oponibilidad a terceros no es menor, puesto que, como el asistente puede asumir funciones de administración de los bienes de la persona asistida, cabe que para realizar determinados actos precise

⁶⁶ Cfr. al respecto, DE SALAS MURILLO, S., *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 181.

⁶⁷ Traducción del artículo 405 CCIt.

acreditar su condición de asistente. Además, los terceros tienen derecho a conocer la existencia de esta figura de protección, entre otras cosas a los efectos de poder hacer efectiva si fuera necesario, la sanción de anulabilidad de determinados actos realizados por el asistido sin su intervención. Por ello, el juez encargado del Registro Civil no solo debería hacer constar el nombramiento del asistente, sino también el ámbito de sus funciones, y el CCCat debería haber previsto la comunicación al Registro Civil de las resoluciones judiciales de las funciones del asistente a que se refiere el artículo 226-4.1 CCCat (reducción o ampliación de las funciones del asistente), de la misma manera que lo ha previsto el legislador italiano.

4. EL ASISTENTE. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE LA PERSONA QUE HA DE DESEMPEÑAR EL CARGO DE PROTECCIÓN

Para ilustrar esta importante cuestión, voy a relatar brevemente el supuesto recogido en el Decreto de 26 de enero de 2009⁶⁸ del juez tutelar de Módena, por el que se nombra a un abogado colegiado en la ciudad como administrador de apoyo de una mujer, Claudia, de unos cuarenta años; licenciada en lengua y literatura extranjera; que había residido en Alemania, Friburgo, durante más de trece años. Sus padres refieren en la demanda de solicitud que en los últimos años se había obsesionado con la alimentación macrobiótica, hasta el punto de que tuvieron que recogerla y trasladarla de vuelta a Capri por la gravedad de la situación física en que se encontraba. Acreditan documentalmente que su hija padece una forma de esclerosis múltiple, además de observar ciertos comportamientos incontrolados al borde del delirio. Argumentan que necesita un administrador no sólo para cobrar la pensión mensual de invalidez y emplear estas rentas en su atención personal, sino también para la gestión de su patrimonio, ya que sus padres desarrollan una actividad de empresa que gira a nombre de la hija, ella es la nudo-propietaria siendo el usufructo de los padres, de la buhardilla donde vive, de un piso en el mismo inmueble en Capri donde residen los padres y de un local. Es titular de cuentas corrientes; tiene pendiente el pago de deudas no insignificantes acumuladas durante su permanencia en Alemania, dónde todavía mantiene

⁶⁸ Puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=45271> (fecha de la consulta: junio 2013).

arrendado en Friburgo un alojamiento por el que sus familiares están pagando un canon mensual.

El juez sopesa la gravedad de la situación física y psíquica de la persona necesitada de protección, mantiene una entrevista con ella en la que percibe que no admite en absoluto esta situación, y que reivindica su autonomía respecto a unos padres que –afirma– interfieren constantemente en su vida y no le permiten actuar con libertad. Concluye que, por la peculiaridad de la enfermedad y las características del patrimonio y ante la exigencia de garantizar la integridad de éste, y teniendo en cuenta, además, la edad de la beneficiaria, lo más procedente para su protección es privarle durante un plazo de tiempo breve de su capacidad de actuar en la vida jurídica para la realización de ciertos actos económico-patrimoniales que se encomendarán –dado que la relación con los padres no es buena, ni siquiera aceptable– a un profesional de la confianza del juez. Sin embargo no hay razón para impedirle, en la medida en que su salud se lo permita, llevar una vida autónoma e independiente de sus padres, de manera que podrá realizar por sí sola todos los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana, y todos aquellos que no se encomienden expresamente al administrador de apoyo. El nombramiento es por un plazo breve, doce meses y sólo para la realización de ciertas concretas tareas tales como determinar con los médicos la terapia a la que habrá de someterse la persona vulnerable, manteniendo en todo momento informado al juez e informando también a los padres de la beneficiaria, valorar la oportunidad de rescindir el contrato de arrendamiento del piso de Friburgo con presentación de una propuesta al juez tutelar, y administrar y gestionar los inmuebles propiedad de la persona beneficiaria. El administrador deberá rendir cuentas ante el juez transcurrido el plazo para el ejercicio de su cargo y plantear, en su caso, una propuesta razonada sobre la conveniencia de una prórroga.

Son varias las cuestiones que surgen a partir de este caso de la práctica jurídica italiana, en el que queda de manifiesto el esfuerzo del juzgador por encontrar el necesario equilibrio entre el respeto a la voluntad de la persona asistida, el interés por menoscabar lo menos posible su capacidad de obrar y la necesidad de nombrar a la persona idónea para el ejercicio del cargo.

4.1 LA VOLUNTAD DE LA PERSONA ASISTIDA

En la legislación catalana no existe una disposición que regule los criterios de elección de la persona que ha de designarse como

asistente en cada caso. Por el contrario nuestro legislador ha preferido incidir más, y sin que haya lugar a la excepción, en el respeto que la autoridad judicial ha de mostrar de la voluntad de la persona a proteger. La persona necesitada tiene la posibilidad de decidir directamente quién quiere que sea su asistente, y el juez deberá respetar esa decisión, con la única excepción de que el designado no sea apto para el ejercicio del cargo, en aplicación de las normas sobre la aptitud del tutor por remisión contenida en el artículo 226-6 CCCat. Por aplicación de esta remisión a la tutela podría acudir al artículo 222-15 CCCat sobre falta de aptitud en los supuestos en que concurran casos de enemistad, cumplimiento de penas de privación de libertad o imposibilidad de hecho, situaciones que permiten al juez postergar la voluntad de la persona necesitada. A partir de aquí cabe plantearse si, en tal eventualidad, lo procedente es que el juez desestime de plano la petición de nombramiento de un asistente o, por el contrario que nombre como asistente a persona diferente que la designada por la persona necesitada de protección. Podría pensarse que no ha de nombrarse a ningún asistente⁶⁹, en tanto que la persona necesitada es capaz. Pero lo cierto es que ella misma ha puesto en evidencia que requiere apoyo para el cuidado de su persona o bienes, por lo que parece más aconsejable, sobre la base de la propia voluntad de la persona protegida, acceder a la petición de nombramiento de un asistente, pero con persona distinta a la inicialmente propuesta. La voluntad de la persona asistida de solicitar esta medida de protección es el fundamento del cargo que, en su caso, ejercerá el nombrado asistente: la persona capaz, libremente, se desprende de la posibilidad de ejercer ciertos aspectos o ámbitos de su capacidad de obrar y lo deja en manos de un tercero, cuya elección constituye una responsabilidad del juez que conoce del asunto.

También en Italia, el artículo 408 CCIt determina la persona a la que ha de nombrar el juez tutelar como administrador de apoyo, con clara preferencia sobre cualquier otra para aquella que el propio asistido haya designado⁷⁰, en principio que sea persona física y familiar del beneficiario. Se considera que este derecho de autode-

⁶⁹ Al respecto el profesor Ribot ha señalado taxativamente, aunque sin dejar claro si se refiere a este supuesto de falta de aptitud del elegido o también al supuesto en el que, siendo jurídicamente apto, el juez no considera oportuno nombrar a la persona designada por el solicitante de la medida, que la única opción del juez es la de no acordar la medida de la asistencia, nunca la de designar a una persona diferente para que ocupe el cargo de protección, *cfr.* RIBOT IGUALADA, J., *L'assistència: abast i limitacions*, *cit.*, p. 36 de la ponencia.

⁷⁰ Véase al respecto el Decreto de 25 de agosto de 2010 del Tribunal de Varese (consultable en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=321&idnot=50851> Fecha de la consulta junio 2013).

terminación está ligado intrínsecamente a la tutela de la dignidad de la persona⁷¹, y, en concreto se prevé que el beneficiario de la medida pueda designar a quién desea ejerza el cargo de administrador de apoyo en previsión de una eventual y futura incapacidad, y que lo haga o bien a través de un documento notarial, o en documento privado *auténticado*, en cuyo caso el juez tutelar queda sujeto por esta designación. Se entiende que el acto de designación es un negocio jurídico *inter vivos*, unilateral, unipersonal, solemne y revocable con las mismas formalidades con las que se creó. La doctrina ha señalado las diferencias entre este acto de designación y el ya mencionado poder preventivo en atención a una posible futura situación de incapacidad, que está previsto en el ordenamiento catalán y que, sin embargo, queda vedado en Italia por aplicación de los artículos 1.722.4 y 1.728 del *Codice civile*, en los que se prevé la extinción del mandato por la sobrevenida incapacidad del mandante o el mandatario⁷².

Sin embargo, el último apartado del artículo 408 CCIIt se refiere a la libertad del juez para no seguir la voluntad del beneficiario de la medida, y a su facultad para nombrar a alguien de su confianza. Permite al juez una mayor capacidad de maniobra que en el sistema catalán, quizá para evitar los casos en los que el beneficiario «elige» sometido a una cierta presión o manipulación por parte de sus familiares. Se utiliza el término «causa grave» como motivo suficiente para que pueda desatender la solicitud expresa de la persona beneficiaria de la medida de protección⁷³. Pero cuidado, esta máxima discrecionalidad del órgano jurisdiccional italiano se podrá ejercer con ciertas cautelas. Por una parte, el artículo 410 *in fine* CCIIt establece un plazo máximo de 10 años para el ejercicio del cargo de administrador de apoyo si quien lo desempeña es un profesional y no un familiar y, sobre todo, el artículo 405 CCIIt⁷⁴ detalla hasta el extremo el contenido que ha de tener el decreto de nombramiento de un administrador de apoyo, obligando de esta forma al juez a concretar y delimitar mucho, tanto el objeto de la

⁷¹ Cfr. SAVORANI, G. (traducido del italiano por LÓPEZ LÓPEZ, J. M.), «La designación del administrador de apoyo en previsión de la futura incapacidad en el derecho italiano», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., p. 334.

⁷² Señala Savorani que la diferencia esencial entre una y otra figura es que el mandato confiere el encargo, directamente a la persona designada, sin la intervención del juez, que es por el contrario esencial para activar la administración de apoyo. Esta institución de protección es de constitución judicial, mientras que el mandato tiene como fuente exclusiva la voluntad del mandante. Cfr. SAVORANI, G., *La designación del administrador...*, cit., p. 338.

⁷³ Artículo 408 CCIIt: «*In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso*».

⁷⁴ Véase el apartado 3.3 de este trabajo.

protección como las condiciones en que se ha de llevar a cabo el encargo.

Cabe mencionar que en el anteproyecto de libro II CCCat, el artículo 226-1, 2.º tenía un redactado similar al del artículo 408 CCIIt, pero en su versión definitiva se suprimió la referencia a la causa grave para incumplir los deseos del beneficiario de la medida de protección, optando con ello por el máximo respeto a los deseos de la persona asistida, aun a riesgo de perjudicarlo⁷⁵. En efecto, la asistencia que regula nuestro Código civil pone voluntariamente el énfasis en la legitimación exclusiva del propio beneficiario para solicitar el nombramiento de un asistente, así como para la elección del mismo, y ello porque se trata de una institución configurada en torno a la voluntad de la persona asistida, lo cual justificaría la imposibilidad del juez de obviar esta voluntad, que sólo sería posible en los supuestos de falta de aptitud legal del elegido para desempeñar el cargo de protección. Pese a todo, hay que ser conscientes de que, en muchos casos, las personas vulnerables en las que el legislador piensa al regular la asistencia no eligen a nadie, ni otorgan poderes, ni realizan acto formal alguno anterior al escrito de solicitud de la asistencia. En ocasiones se encuentran en situaciones que dificultan enormemente la selección correcta de la persona idónea, cabe que esta decisión les suponga un esfuerzo adicional o una ansiedad excesiva por razón de su edad o enfermedad, o que la elección sea motivo de desavenencias y discusiones familiares. Parece claro que en los supuestos en los que el solicitante de la medida no designa a nadie, o se limita a excluir a alguna persona concreta para el cargo, la discrecionalidad del juez se incrementa considerablemente a la hora de designar a quien considere más idóneo, porque no rige para la asistencia la previsión existente en el artículo 222-10 CCCat⁷⁶ de un orden de preferencia en la elección de la persona que ha de ser tutor⁷⁷.

Si volvemos al caso expuesto, queda claro que el juez tutelar italiano se hace eco de la mala relación existente entre la persona necesitada de protección y sus padres. Pretende respetar la volun-

⁷⁵ Cfr. BOPC núm. 384, *Projecte de Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, de 19 de gener de 2009*, p. 35. Esta solución fue criticada por el profesor Rivero, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-1, cit.*, p. 419.

⁷⁶ Así lo entiende sin dudarle Rivero Hernández, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-1, cit.*, p. 417.

⁷⁷ Insiste Vaquer en que no es una lista cerrada e inamovible pero que sin duda condiciona la elección de la persona del tutor por parte del juzgador. Cfr. VAQUER, A., *Comentario al artículo 222-10 CCCat, cit.*, p. 189. Por su parte, Martínez García defiende la conveniencia e interés de que el juez que ha de elegir al asistente recurra a esta lista, aunque sin estar vinculado legalmente por ella, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia, cit.*, p. 150.

tad de Claudia, que no había designado una persona concreta para que le asista –básicamente porque no reconocía siquiera sus propias limitaciones, por razón de la propia enfermedad psíquica que padecía–, pero había señalado que no deseaba ser controlada por sus progenitores. Por ello encomienda la tarea a un tercero ajeno a la familia, en concreto a un profesional del derecho, a tenor de las tareas que decide encomendarle, es decir, con un criterio de especialización en la gestión de este concreto patrimonio.

4.2 LA IDONEIDAD DE LA PERSONA QUE HA DE DESEMPEÑAR EL CARGO DE PROTECCIÓN

La redacción del capítulo sexto del CCCat dedicado a la asistencia se refiere siempre al asistente en singular, dando a entender que solo puede ser una la persona que ocupe el cargo, a diferencia del derecho alemán, en que cabe el nombramiento de una pluralidad de personas⁷⁸ Si bien teóricamente podría admitirse una pluralidad de asistentes para aquellos cometidos específicos para los que la persona requiriera la asistencia, lo cierto es que la complejidad de la regulación catalana por lo que concierne al contenido de la asistencia y al régimen de la anulabilidad aconseja el nombramiento de un único asistente que haga más sencillo el funcionamiento del cargo. Ahora bien, si por la complejidad de las tareas a realizar, fuera necesario recurrir a un profesional, ¿qué tipo de profesional debería nombrar el juez?, ¿personas físicas o personas jurídicas? El artículo 226-1.2 CCCat habla de «persona» de manera genérica, sin ulterior concreción. Ante el silencio legal entiendo que por remisión al artículo 222-16 CCCat –normas sobre aptitud del tutor, aplicables según el artículo 226-6 CCCat–, sólo las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán ejercer como asistentes en Cataluña, las cuales deberán designar a la persona física que ejercerá directamente la labor de asistente⁷⁹, que será diferente en función de la concreta tarea que se le encomiende a la institución por parte del juez –en esto precisamente radica la profesionalización del cargo–, quedando excluidas expresamente aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren en una situación de conflicto de intereses⁸⁰.

⁷⁸ § 1899(1) BGB.

⁷⁹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Instituciones de protección...*, cit., p. 148.

⁸⁰ El artículo 222-17 CCCat dispone que no pueden ser tutores las personas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. A partir de la aplicación analógica de esta norma no deberá nombrarse como asistente en Cataluña al cuidador profesional de la persona asistida si se le encomiendan funciones de administración del patrimonio.

El legislador italiano, ya lo he mencionado, opta claramente por las personas físicas, preferentemente los familiares del beneficiado. Si bien, la redacción del 408 CCIt no descarta la conveniencia de que en algunos casos sea un experto o profesional quien ejerza como administrador de apoyo⁸¹. Una o varias personas, físicas o jurídicas, siempre bajo el argumento fundamental de la búsqueda del bien de la persona protegida, máxime en los casos en los que el patrimonio del asistido es importante o difícil de gestionar, y también el de aquellos supuestos en los que la relación del asistido con sus familiares no es buena, antes al contrario, la implicación de carácter emocional con la persona que precisa la protección se convierte en un obstáculo para el correcto desempeño de las funciones del administrador de apoyo⁸². Incluso se planteaba para algunos autores, como más idónea, la solución que propugna el régimen francés que llega a regular una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de protección de una persona mayor⁸³. Con la consecuente y necesaria determinación de unos criterios para fijar la remuneración derivada del ejercicio del cargo cuando es ejercido por estos profesionales, sean personas físicas o jurídicas⁸⁴. Sin embargo, a mi juicio la norma italiana no deja excesivo margen a la interpretación, de modo que lo habitual será que el administrador de apoyo sea una sola persona física, familiar cercano del beneficiario de la medida. Solo en el supuesto excepcional en que se demuestre su necesidad, el juez deberá encargar esta actividad a un profesional⁸⁵. Esta es la solución que parece adecuada

⁸¹ Cfr. CALICE, E., «Commento agli articolo 404 ss. Codice Civile», en BONILINI, G., CONFORTINI, M., GRANELLI, C., *Codice civile ipertestuale*, Torino, 2005, epígrafe 1; BERTI, F., «L'amministrazione di sostegno. Aspetti giuridici e sociologici», consultable en <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/berti/> (fecha de la consulta junio 2013), p. 15. Véase también la Sentencia de 19 de febrero de 2005 del Tribunal de Roma, citada en *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 271.

⁸² Se afirma que ante situaciones caracterizadas por un alto grado de complejidad, o bien frente a panoramas delicados en el plano personal, o de salud la elección ha de recaer en personas (si es preciso más de una) expertas en los sectores de los que han de ocuparse. Cfr. CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, tomo II, Turín, 2009, p. 942.

⁸³ La ley francesa de 5 de marzo de 2007 de protección de mayores regula una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor (art. 471-1-8, y 472.1-4 del Código de Acción Social y de Familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán llamadas *mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM)*. Cfr. FOSSIER, T., La réforme de la protection des majeurs (guide de lecture de la loi du 5 mars 2007), *La Semaine Juridique* 11, 14 de marzo de 2007, pp. 15-17.

⁸⁴ La Ley francesa de 2007 prevé que la financiación de la actividad de estos profesionales se unifique y siga criterios precisos y claros. En concreto, la persona protegida participará en los gastos derivados de su protección en función de sus ingresos; si bien, a falta de recursos suficientes, un sistema de financiación pública subsidiaria garantizará la retribución de los mandatarios en cuestión.

⁸⁵ En el supuesto fáctico comentado en el texto, el juez tutelar de Módena establece una duración muy corta para el ejercicio del cargo por parte del letrado. Además, se abstie-

también para Cataluña, porque encaja absolutamente con el fundamento o razón de ser de la figura de la asistencia, y dado que en el nombramiento del asistente o del administrador de apoyo no sólo debe considerarse el factor de la necesaria especialización del nombrado para el cargo, sino también la importante cuestión de la confianza que aquél genera en la persona vulnerable.

5. EL EJERCICIO DE LA ASISTENCIA

5.1 ESTATUTO DEL ASISTENTE

El nombramiento de un asistente, en tanto que cargo de protección de la persona establecido judicialmente, hace necesario que el designado tome posesión del mismo. Entre las normas de tutela aplicables a la asistencia por remisión del artículo 226-6 CCCat, no se cuenta ni la norma sobre prestación de caución del artículo 222-20, ni la norma que obliga a realizar un inventario de los bienes del incapaz –en este caso del asistido–, del artículo 222-21. No obstante lo cual, y dado que es la resolución judicial la que en cada caso determina cuáles son las tareas y los deberes que afectan al asistente, en la medida en que se le atribuyan funciones de administración del patrimonio del asistido, el requerimiento de confección de un inventario parece ineludible, básicamente a los efectos de que en su momento pueda procederse cabalmente a la rendición de cuentas de la tarea realizada. En cuanto a la excusa para ejercer el cargo, no parece que exista dificultad alguna para aplicar el artículo 222-18.1 CCCat, de manera que puede afirmarse que son excusas la edad, la enfermedad, la falta de relación con la persona que debe ser protegida, las derivadas de las características del empleo o profesión del designado, o cualquier otra que haga el ejercicio especialmente gravoso o que pueda afectarlo. Aunque las funciones del asistente son menos exigentes que las del tutor, pues no abarcan la completa esfera jurídica de la persona necesitada, el llamado al cargo de asistente debe poder excusarse por las razones mencionadas.

Una vez aceptado el cargo, el asistente queda sujeto a un régimen jurídico similar al del resto de instituciones de protección

ne de fijar una remuneración por sus servicios. Parece que la intención es más bien que el abogado estudie el asunto, encauce los temas más urgentes e informe cumplidamente al juez. Después de un año y de poner en orden los asuntos patrimoniales de Claudia, podría no ser necesaria la figura del administrador de apoyo, o que este cargo sea desempeñado por un profesional. En cualquier caso, parece evidente que el abogado designado devengará unos honorarios por la tarea a realizar en favor de Claudia y de su patrimonio, patrimonio con el que habrá que atender al pago de dicha remuneración.

establecidas judicialmente, en primer lugar, por la aplicación de los artículos 221-1 a 221-5 CCCat, comunes a todas las instituciones de protección. Así, hay que referirse a la obligación de ejercer su función en interés de la persona vulnerable recogida en el artículo 221-1 CCCat, según el cual las funciones de protección de las personas que requieren asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida y de acuerdo con su personalidad. Van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos. También esta norma queda recogida en la legislación italiana, si bien de forma más específica en el artículo 410 CCIIt, sobre los deberes que afectan al administrador de apoyo. En el derecho alemán también resulta irrefutable que la asistencia tiene que permitir la libre determinación de la persona asistida tanto como sea posible, y por eso el asistente tiene que atender por mandato legal sus deseos⁸⁶. En segundo lugar y vinculado directamente está el deber de informar y escuchar a la persona asistida, que el legislador italiano concreta de la siguiente manera: «el administrador de apoyo debe informar oportunamente al beneficiario acerca de los actos que ha de cumplir, ello además de informar al juez tutelar en caso de disenso con el beneficiario»⁸⁷. En un acto expreso de respeto a la condición de persona capaz del sujeto vulnerable, se obliga al administrador de apoyo a notificarle todos sus pasos en el ejercicio de sus funciones, y se prevé la posibilidad de que la beneficiaria de la medida no se muestre conforme con su actuación, en cuyo caso la última palabra la tiene el juez, y por ello debe ser informado siempre que se de una situación de desacuerdo.

En Cataluña, las funciones del asistente son personalísimas y no cabe su delegación. En cuanto a su posible remuneración, el artículo 221-3 CCCat, en sede de disposiciones comunes, exige que de forma expresa se altere la regla general de la gratuidad, de la misma manera que ocurre en Italia⁸⁸, es decir, que queda en manos del juez la decisión de establecer expresamente una remuneración en la resolución que ordene el nombramiento del asistente. En cualquier caso, sí es claro que la ley concede al asistente el derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los

⁸⁶ Cfr. § 1896 B.G.B. En concreto, el § 1901 señala literalmente: «El asistente legal debe cuidar de los asuntos del asistido de tal manera que procure su bienestar. El bienestar del asistido implica también la posibilidad de que su vida transcurra, según sus capacidades, de acuerdo con sus propios deseos y aspiraciones», cfr. LAMARCA MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán*, cit., p. 436.

⁸⁷ Artículo 410.2 CCIIt Cfr. PELOSO, P. F., y FERRANNINI, L., «Sofferenza psichica e amministrazione di sostegno», en Ferrando, G., *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 77.

⁸⁸ Artículo 379 CCIIt. Cfr. BONILINI, G., «L'amministratore di sostegno», en BONILINI, G., Y TOMMASEO, F., *Commentario Codice civile*, cit., p. 318.

daños que el ejercicio del cargo le haya provocado, e incluso cabe que el asistido, al solicitar el nombramiento, prevea ya una retribución para su asistente con cargo a su patrimonio⁸⁹.

5.2 ACTUACIÓN DEL ASISTENTE EN EL ÁMBITO PERSONAL Y PATRIMONIAL DE LA PERSONA VULNERABLE

Para analizar las concretas funciones que competen al administrador de apoyo o al asistente es preciso interrelacionar las funciones reguladas expresamente en la norma con la capacidad del juez de delimitar en cada caso. Esto es, ponderar cómo opera, en uno y otro sistema jurídico, la necesaria personalización de la institución de protección, el famoso traje a medida que la autoridad judicial confecciona en beneficio de cada persona vulnerable. En Italia, por el tiempo de vigencia de la norma desde 2004 y la abundante aplicación que de la misma se ha realizado, existe una importante práctica de los tribunales tutelares en cuanto a la determinación de las concretas funciones de cada administrador de apoyo que se nombra. Porque lo cierto es que tanto en el *Codice civile* italiano como en el *Codi civil* catalán, la fórmula legal es muy amplia, de modo que las tareas encomendadas al administrador de apoyo y al asistente pueden ser variadísimas. Aunque no se busca en principio la sustitución de la persona vulnerable en la toma de decisiones, sino solo proporcionarle el soporte y apoyo que pueda necesitar, es claro que pueden plantearse situaciones complejas, porque la institución de protección invade en mayor o menor medida la esfera de actuación de la persona vulnerable, y ello tiene consecuencias no menores para la propia persona necesitada de protección y para los terceros.

Así pues, y únicamente con respecto a esta cuestión de enorme trascendencia, realizaré mi análisis examinando en primer lugar el sistema legislativo y la práctica judicial italiana para después referirme a la escueta y amplia fórmula legal del derecho civil catalán, realizando en la medida de lo posible una previsión de cómo y por dónde deberán circular las resoluciones judiciales que apliquen esta normativa en Cataluña.

⁸⁹ MARTÍN PÉREZ, J. A., «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo Derecho de la persona en Cataluña», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona...*, cit., p. 151.

5.2.1 Las funciones del administrador de apoyo, en la norma italiana y en su aplicación judicial

En Italia la norma, siendo amplia en su formulación es clara e inteligible en cuanto a los conceptos jurídicos empleados, deja claro que el administrador de apoyo en ocasiones o respecto a determinados actos puede representar al beneficiario de la medida, para otros actos le presta asistencia, es decir complementa su capacidad, y, finalmente, hay otros ámbitos –todos aquellos que no le hayan sido atribuidos expresamente por el juez tutelar– en los que, simplemente, no puede intervenir en modo alguno porque corresponden de forma exclusiva a la persona asistida, que sigue siendo capaz⁹⁰. En los supuestos en que se encomienda al administrador de apoyo la representación del sujeto vulnerable, la doctrina entiende que el administrador reemplaza totalmente al beneficiario, obviamente solo con respecto a los ámbitos expresamente señalados en el decreto de nombramiento, porque la representación es exclusiva, de modo que el beneficiario no podrá actuar en ningún caso en la operación que resulta completamente delegada al administrador⁹¹. Por último, se prevé la necesidad de autorización del Tribunal o juez tutelar para la realización de ciertos actos de naturaleza extraordinaria, ex artículo 374 y 375 CCIt aplicables al tutor y que también afectan al administrador de apoyo por remisión⁹². Es precisa la autorización judicial para la realización de determinados actos extraordinarios tales como la adquisición de bienes de

⁹⁰ Señala el artículo 405 CCIt que el decreto de nombramiento del administrador de apoyo, necesariamente deberá especificar el objeto del encargo y los actos que el administrador tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario; así como aquellos actos que el beneficiario puede realizar únicamente si cuenta con la asistencia de su administrador de apoyo. Por su parte, el artículo 409 CCIt también es claro en cuanto a los efectos del nombramiento de un administrador de apoyo.

⁹¹ Cfr. CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo II, Milán, 2009, pp. 699 y ss. No se esconde a nadie que esta decisión legislativa afecta frontalmente a la capacidad de la persona beneficiaria de esta medida de protección, en principio, no incapacitante. Señala Bonilini: «Dalle norme affidate alla L. n. 6/2004, emerge, anziutto, la preoccupazione di nonfare, del beneficiario di amministrazione di sostegno, un nouvo incapace (...) Non può negarsi, del resto, che, per quanti sforzi si facciano, per quanti equilibri si escogitino, per quante perifrasi s'impieghino, la sostanza rimane immutata: può sì riconoscersi che il beneficiario di amministrazione di sostegno non è un incapace, ma è anche certyoche lo stesso non è neppure pienamente capace, ché, pèr gli atti che debbono essere compiuti dall'amministratore di sostegno, il quale ne abbia la rappresentanza esclusiva, o pei quali occorra la sua assistenza, la sua capacità è compromessa», BONILINI, G., «Commentario artt 409 e 410», en TOMMASEO, F., y BONILINI, G., *Commentario Codice Civile*, cit., p. 336. En la misma línea, otros autores como DOSSETI, M., «Effetti dell'amministrazione di sostegno», en DOSSETI, M., MORETTI, M., y MORETTI, C., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inhabilitazione*, Milán, 2004, pp. 75 y ss.; MORETTI, M., «La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno» en *Rivista del Notariato* 2005, pp. 423 y ss.; BORTOLUZZI, A., *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Turín, 2005, p. 20.

⁹² Cfr. artículo 411.1 CCIt.

cierto valor, cobrar capitales, constituir hipotecas o prendas, asumir obligaciones (salvo que sean las ordinarias para el mantenimiento de la persona protegida o a la ordinaria administración de su patrimonio), aceptar o renunciar una herencia, etc.

A partir de esta normativa, los tribunales tutelares han procurado atender las concretas exigencias de cada caso que habían de proveer. Resulta ilustrativa, a estos efectos, la parte dispositiva del Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo dictado por el Tribunal de Varese el 7 de diciembre de 2011⁹³. El supuesto de hecho era el de una señora mayor que, por motivo de una grave enfermedad, ha de trasladarse a vivir a una residencia geriátrica y solicita que se le nombre un administrador de apoyo para que se encargue de la administración de sus bienes. Tiene un animal de compañía, un perro que había dejado al cuidado de su mejor amiga al ingresar en la residencia, solicitando durante el procedimiento que sea esta misma persona la que siga ocupándose del animal y que se lo lleve de vez en cuando para que pueda verlo. El juez tutelar razona en su resolución que, aunque la regulación sobre la administración de apoyo no prevé expresamente el nombramiento de un coadministrador, ninguna norma excluye que para el desarrollo de alguna concreta tarea de gestión el administrador pueda valerse de asistentes, antes al contrario, el artículo 411 CCIt, que remite expresamente a los artículos que regulan la tutela permite la aplicación del artículo 379, cuyo inciso segundo prevé la posibilidad del tutor de valerse de una o más personas para que le auxilien y para cuyo nombramiento ha de contar con la autorización del juez tutelar. Después, en una larguísima parte dispositiva de su resolución, el juez tutelar dispone, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Nombra como administrador de apoyo a XXX y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 379 CCIt, nombra como auxiliar de éste a doña YYY con las siguientes concretas tareas: cuidar de las necesidades materiales de la beneficiaria de la medida y de su perro, al que debe llevar a la residencia geriátrica con regularidad y de acuerdo con los deseos del propio beneficiario. Preparar, en forma mensual, una relación de los gastos derivados del cuidado del animal siendo el administrador el encargado de reembolsarle dichos gastos.

Segundo. Asigna al administrador la tarea de velar por los intereses personales y patrimoniales de la beneficiaria, con la obligación de realizar, sin necesidad de autorización previa, todos los actos de conservación y protección del patrimonio, incluido el

⁹³ Consultable en <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1961986.pdf> (fecha de la consulta: junio 2013).

pago de todos los gastos necesarios para el cuidado de la persona beneficiaria. El administrador de apoyo dispone del plazo de treinta días desde que acepte el cargo, para presentar inventario completo del patrimonio de esta persona ante el juez tutelar.

Tercero. Dispone que, para realizar su tarea, el administrador tiene las siguientes facultades y obligaciones:

A) En representación exclusiva (art. 409, I, CCIIt).

El administrador tiene el deber de hacer una declaración precisa y detallada de la situación actual del patrimonio de la beneficiaria, para lo que tendrá acceso a toda la información necesaria, incluida las de entidades financieras, presentando el poder que ahora se le confiere. El administrador tendrá la posibilidad de intervenir y llevar a cabo cualquier actividad que sea necesaria para la gestión ordinaria del patrimonio. Con respecto a los bienes inmuebles, el administrador, con la ayuda de los Servicios Sociales, verificará las necesidades económicas de la persona protegida en atención al coste de la residencia geriátrica y formalizará un programa de disposición de bienes necesario para obtener la liquidez necesaria con la que hacer frente a estos gastos. En este sentido, el administrador tiene la potestad para administrar la pensión que recibe la persona protegida y utilizarla en su propio interés. Tiene poder para intervenir, representándola, en la tramitación instada ante los organismos pertinentes. Sin embargo, para cada cobro que se obtenga, deberá ser autorizado por la persona destinataria de estas ayudas. El administrador podrá celebrar contratos en nombre de la persona protegida, si fuera necesario para sus intereses y con el límite de la administración ordinaria del patrimonio.

B) En calidad de asistencia o complemento de capacidad (art. 409, I, CCIIt).

El administrador tiene el poder y el deber de asistir a la persona beneficiaria en relación con el consentimiento informado que ha de prestar para el tratamiento de sus datos personales, y para el tratamiento médico que se le proponga. El beneficiario no puede suscribir préstamos hipotecarios ni otra clase de préstamos, excepto con la firma del administrador, tampoco puede otorgar préstamos gratuitos excepto con la firma del administrador.

Cuarto. Establece que se priva a la beneficiaria de su capacidad jurídica para la realización de actos de administración extraordinaria de su patrimonio, recordando que el administrador tiene la obligación de pedir autorización al juez tutelar para poder realizar este tipo de actos (*ex arts. 374, 375 y 376 CCIIt*), y de informar a la

beneficiaria sobre las acciones que lleve a cabo, y de informar al juez tutelar siempre que haya desacuerdo de la beneficiaria con su actuación.

Quinto. El administrador deberá presentar informe por escrito al juez tutelar a finales de junio de cada año, refiriendo las actividades realizadas y las condiciones de vida de la beneficiaria, con la rendición de cuentas correspondiente.

Sexto. La beneficiaria podrá realizar por sí misma sin intervención alguna del administrador apoyo, todos los actos necesarios para cumplir con las exigencias de la vida cotidiana y de todos aquellos para los que su capacidad de obrar no ha sido expresamente limitada en esta resolución.

Séptimo. Dispone que se dé cuenta al Registro civil para la anotación de este Decreto como nota marginal en la partida de nacimiento de la beneficiaria⁹⁴.

Este largo ejemplo sirve para ilustrar una gran realidad del actual sistema civil italiano de protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad: se configura a partir del principio de necesidad y de proporcionalidad y se articula su eficacia a partir del poder reservado al juez tutelar para que pueda atender, con la máxima individualización, las concretas exigencias de cada caso del que tenga que conocer⁹⁵.

5.2.2 La actuación del asistente en la esfera personal y patrimonial de la persona protegida

Sería deseable encontrar este nivel de concreción y detalle en las resoluciones que puedan dictarse por los tribunales de primera instancia en Cataluña, con base en la aplicación del artículo 226 CCCat⁹⁶. La jurisprudencia italiana sí ha potenciado mayoritaria-

⁹⁴ Otras resoluciones analizadas sobre las funciones atribuidas al administrador de apoyo son las siguientes: Decreto de 11 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), 21 de enero de 2006 (Tribunal de Milán), 3 de julio de 2006 (Tribunal de Milán), 24 de febrero de 2005 (Tribunal de Módena), 4 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), 30 de julio de 2008 (Tribunal de Lodi), 14 de diciembre de 2007 (Tribunal de Roma), consultables en la web www.personaedanno.it.

⁹⁵ Cfr. VISINTINI, G., «Le ragioni della riforma», en FERRANDO, G., *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 17.

⁹⁶ La única resolución encontrada a fecha de terminación del trabajo, el Auto de 26 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, determina en cuanto a las funciones del asistente, como señalábamos en la nota 9, que son estrictamente patrimoniales y dentro de éstas solo las actuaciones que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa del patrimonio del asistido, y que el asistente deberá rendir cuentas anualmente al Juzgado de su tarea. De lo que se deduce un interés por limitar en lo posible la tarea a realizar por el asistente, así como por asegurar el control externo de la misma. No se entra a delimitar el alcance jurídico de dichas funciones, ni si éstas quedan vedadas a la

mente el recurso a la figura del administrador de apoyo, precisamente a través de este recurso a la clasificación detallada de los actos, del objeto de la protección a la persona vulnerable. Se expresa lo que ésta no puede hacer y lo que sí puede hacer, se concreta lo que ha de hacer con asistencia del administrador de apoyo. Se asignan directamente una serie de cometidos al administrador para que actúe en representación exclusiva de la persona vulnerable y, por último, se detallan las actuaciones que precisan de autorización judicial. Y esto es posible, entre otras cosas, porque la normativa es clara en cuanto a los términos jurídicos empleados. No puede decirse lo mismo de la normativa catalana, en la que debemos preguntarnos en primer lugar, qué ha querido decir exactamente el legislador con la propia palabra *asistencia*, puesto que dentro del propio Libro II, se utiliza para referirse a figuras distintas. Además de las funciones atribuidas al asistente en el artículo 226-2 CCCat, la asistencia tiene otro significado en los artículos 222-42 y 223-1.a) (así como en los arts. 223-4.2, 223-4.3 o 223-8), en los que se invoca la función de «asistencia» que corresponde a tutor y curador sobre la persona tutelada o en curatela⁹⁷. En estos artículos, «asistencia» significa complemento de capacidad para que el acto sea plenamente eficaz cuando lo realiza una persona sometida a tutela o curatela, es decir, la intervención del tutor o del curador en el ejercicio de sus funciones, y no el cargo de protección específico del artículo 226-1 y ss. Por consiguiente, hay que ir con cuidado para no mezclar ni confundir estas dos acepciones del término «asistencia», aunque, como se verá, no dejan de tener muchos puntos de coincidencia.

En segundo lugar, está el verbo *intervenir*, que se emplea como definitorio de las actividades que realiza el asistente en el ámbito patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-2.3 CCCat. Se ha dicho que el recurso a tal vocablo ha causado cierta perplejidad en la doctrina⁹⁸, ¿cómo habría de ser de otra

persona asistida, aunque es razonable pensar que Tribunal está estableciendo que el asistente las realizará «en representación» del asistido.

⁹⁷ Artículo 222-42 CCCat: «el menor tutelado que adquiere bienes con su actividad tiene, a partir de los dieciséis años, facultad para administrarlos, con la *asistencia* del tutor en los supuestos a que se refiere el artículo 222-43». Artículo 223-1.a) CCCat: «los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la *asistencia* prescrita por la ley, salvo el menor emancipado por matrimonio con una persona plenamente capaz».

⁹⁸ Me refiero a las alusiones expresas de Ribot al artículo publicado en 2011 por quien suscribe (DE BARRÓN ARNICHEs, P., «La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi civil de Catalunya», en FLORENSA I TOMÀS, C., y FONTANELLAS MORELL, J. M. (coords.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, 2011, p. 231), en su ponencia presentada en Tossa de Mar el 20 de septiembre de 2012, en prensa (RIBOT IGUALADA, J., *L'assistència: abast i limitacions*, cit., p. 39).

manera? El legislador catalán crea una nueva figura de protección, sin precedentes en nuestro derecho, y para definir su contenido decide acudir a una terminología «jurídicamente neutra (...) que no corresponde a ninguna categoría jurídica tipificada legalmente»⁹⁹. A la espera de que se vaya extendiendo la aplicación práctica de la figura y, con ello, de que tenga lugar una interpretación judicial del término, la doctrina comienza a razonar sobre cuál deba ser el significado de la palabra *intervenir*, como función que se atribuye al asistente en el ámbito patrimonial del asistido. De la lectura detenida del apartado tercero del artículo 226-2 CCCat, cabe sostener que la *intervención* del asistente siempre y solo se refiere al ámbito patrimonial, y puede consistir en actuar conjuntamente con el asistido o actuar sólo en la realización de ciertos actos de administración del patrimonio. Con respecto al primer supuesto, se sostiene que lo más coherente es aproximar esta *intervención* a la *asistencia* que presta el curador, es decir, a modo de complemento de capacidad¹⁰⁰. En coherencia con este planteamiento, el artículo 226-3 CCCat predicaría que la falta de intervención del asistente desemboca en la anulabilidad del acto. Ciertamente, esta interpretación tiene la dificultad de explicar cómo se puede complementar la capacidad de alguien que no está incapacitado ni siquiera parcialmente, sin embargo considero que es la que mejor se compadece con el resto de la regulación, lo que probablemente pretendió el legislador al redactar este precepto¹⁰¹. Es coherente también con el artículo 226-6 CCCat que obliga al asistente –verdadera obligación y no facultad del juez de solicitarlo, a diferencia de la guarda de hecho– a rendir cuentas si ha administrado los bienes de la persona asistida. No se trata de un complemento por falta de suficiente capacidad de obrar, sino fundamentada en la propia voluntad de la persona que solicita del juez un complemento o una asistencia¹⁰². Cabe pensar en el complemento de capacidad de los menores emancipados que regula el artículo 211-12 CCCat, porque según el artículo 211-7 CCCat, el emancipado actúa jurídicamente

⁹⁹ Palabras textuales del profesor Rivero, *cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, *cit.*, p. 423.

¹⁰⁰ *Cfr.*, DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., «Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya, novembre 2010, consultable en http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/179315/institucions_proteccio_dretcivil.pdf?sequence=1. Véase también, COROMINAS MALET, A., «L'assistència», en LUCAS ESTEVE, A., *Dret civil català, vol II, Persona y Familia*, Barcelona, 2012, p. 175.

¹⁰¹ Y con ello, doy un paso adelante respecto a la opinión vertida en mi artículo del año 2011, véase DE BARRÓN ARNICHES, P., *La acumulación de instituciones...*, *cit.*, p. 232.

¹⁰² De nuevo, se percibe poca distancia entre la figura de la asistencia y la del apoderamiento voluntario para determinados supuestos de enfermedad o disminución, salvo la muy relevante del control de la medida por parte de la autoridad judicial. *Cfr.* entre la doctrina italiana que ha tratado la cuestión, BONILINI, G., *Commentario artt. 409 e 410, cit.*, p. 356, y SAVORANI, G., *La designación del administrador...*, *cit.*, p. 338.

como si fuese mayor de edad, o sea, con plena capacidad de obrar pero necesita la intervención para complementar su capacidad, del cónyuge mayor de edad si está casado, de los progenitores o, en su defecto, del curador. Insisto, no siendo una solución absolutamente válida en su aplicación al asistido, porque éste es plenamente capaz y el menor emancipado sólo se asimila al mayor de edad, es decir aún no lo es, sí parece ser la solución que el legislador catalán ha querido establecer en el artículo 226-3, en nada comparable con el artículo 405 y concordantes del *Codice civile*¹⁰³.

Habría una segunda *intervención* de asistente, que se refiere a su actuación en solitario –sin la persona asistida– para realizar ciertos y determinados actos de administración ordinaria del patrimonio de ésta. El juez, a petición del propio asistido, le da potestad para llevar a cabo estos actos, aunque sin privar por ello de capacidad para realizarlos también al propio beneficiario de la medida. Por último, habría que plantearse la calificación que cabe otorgar a la actuación del asistente en el ámbito personal del asistido, especialmente cuando se refiere a cuestiones relacionadas con la salud.

Sobre estas dos actuaciones del asistente, y a los efectos de cooperar en cuanto sea posible a la compleja tarea que se le presenta al órgano judicial de interpretación del artículo 226-2 CCCat, podemos preguntarnos si en Cataluña cabe que el asistente, además de los supuestos en que *intervenga* complementando la capacidad del asistido (aunque es una persona capaz y actúa por sí), pueda tener también en algún caso la facultad de representarle ante terceros, de actuar por su cuenta con plena eficacia jurídica.

En primer lugar respecto al ámbito personal de la persona asistida, como la definición legal habla de «velar por su bienestar» las funciones que puede atribuir el juez pueden ser muy amplias y variadas, y referirse tanto a aspectos materiales como jurídicos, en función del tipo de apoyo que precise la persona vulnerable. Pero en relación al aspecto muy sensible de la salud el legislador ha concretado bastante: «corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas». El asistente suple, es decir, representa, actúa en nombre de o por cuenta del

¹⁰³ Ya hemos comentado que el apartado quinto de este artículo detalla, en cuanto al contenido del decreto de nombramiento del administrador de apoyo, que el juez deberá especificar el objeto del encargo, y contempla, por un parte ciertos actos que el administrador tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario, y por otra ciertos actos en los que es el beneficiario quien actúa pero ha de contar necesariamente con la asistencia de su administrador de apoyo. Cfr: BONILINI, G., *Commentario artículo 405*, cit., p. 159.

asistido para recibir información médica y para prestar consentimiento a los tratamientos médicos, pero solo si la persona asistida no ha manifestado una voluntad opuesta por escrito, según lo dispuesto en el artículo 212-3.1 CCCat, y tampoco está en condiciones de decidir por sí misma en el momento en que ha de prestarse el consentimiento informado a los tratamientos médicos¹⁰⁴. La fuente de este poder de representación atribuido al asistente tendría que buscarse en la propia voluntad del asistido, una persona completamente capaz que en su momento decidió solicitar el nombramiento de un asistente con plena constancia de las consecuencias legales del otorgamiento de esta medida de protección. El asistente le puede representar en las decisiones relativas a su salud, pero siempre subsidiariamente, es decir, si la persona ya manifestó en un documento de voluntades anticipadas quién debía ser, en sustitución suya, el que recibiera la información y decidiera sobre los tratamientos médicos, no procede nombrar a un asistente o, al menos, no procede asignarle esta tarea. A diferencia de esta solución legal prevista en Cataluña, en Italia no se reguló nada sobre el papel del administrador de apoyo en relación con temas de salud del asistido y este vacío legal ha generado, como mínimo, soluciones diversas de los diversos tribunales tutelares¹⁰⁵.

En el ámbito patrimonial cabe plantearse también la representación del asistente en relación a la administración de los bienes a que hace referencia el artículo 226-2.3 CCCat. Literalmente dice este artículo: «A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma». Y el fundamento es el mismo que en el caso del complemento de capacidad: la voluntad de la persona asistida –nunca puede ordenarlo el juez de oficio–, que en el momento de la interposición de la demanda, solicita que el asistente asuma funciones

¹⁰⁴ Señala Rivero Hernández que la cuestión más delicada que puede plantearse en la práctica es la que atañe a la delimitación de los casos en que la persona protegida está en condiciones de decidir por sí misma y cuándo no, situación esta que transfiere la competencia al asistente. Cfr: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 422, con referencia expresa a los artículos 6 y 7.2.a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre el Derecho de información concerniente a la salud y la Autonomía del paciente. Véase también, BARDAJÍ GALVEZ, M.ª D., «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)», en LLEBARÍA SAMPER, S. (coord.), *Un codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?*, Barcelona, 2011, p. 194.

¹⁰⁵ Lo más habitual es que los jueces determinen que el administrador de apoyo realice una función de asistencia al beneficiario, que es quien presta el consentimiento informado en los temas concernientes a su salud, pero con complemento de capacidad. Cfr. Decretos de 21 de enero de 2006 (Tribunal de Milán) y 11 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), arriba citados.

de administración de su patrimonio. El paralelismo con los poderes preventivos vuelve a plantearse con claridad, el legislador catalán ha pretendido poner en manos de las personas vulnerables pero no incapaces, un instrumento con el que –contando con el auxilio de la autoridad judicial–, puedan diseñar una solución a medida para su disminución, solución que lleva consigo la voluntaria dejación, siempre parcial, de su capacidad de actuar en el tráfico jurídico. La administración que cabe atribuir al asistente se limita a la ordinaria, sin que se pueda ampliar a la administración extraordinaria, como resulta no solo de este precepto sino también del artículo 226-6 CCCat¹⁰⁶. Sin embargo, si la administración atribuida al asistente implica su capacidad de representación del asistido, parece una contradicción que estos mismos actos para los que existe la asistencia pueda llevarlos a cabo por sí solo el asistido. Esto es, que la legitimación para administrar que se confiere al asistente no sea incompatible, sino todo lo contrario, con la facultad de la persona asistida de seguir administrando sus bienes en consonancia con su inmodificada capacidad de obrar. Nada de esto ocurre en Italia, donde la legislación ordena al juez delimitar cuales son los actos que no podrá ya realizar el beneficiario de la medida de protección, porque han sido atribuidos al administrador de apoyo que ostenta la representación exclusiva de éste con respecto a tales actos relacionados en el decreto de nombramiento. Es evidentemente que la aplicación de la norma catalana puede causar importantes disfunciones, por una parte por la posibilidad de actos incompatibles realizados por asistente y asistido¹⁰⁷ y, por otra, porque el artículo 226-3 CCCat contempla la anulabilidad de los actos de la persona asistida realizados sin la intervención del asistente, con lo que parece que se está presuponiendo una falta de capacidad en el asistido.

La primera solución que podría apuntarse hace referencia a la relación interna entre ambos sujetos de derecho. La persona asistida debe contar con que si solicita que su asistente ejerza funciones de administración, éste va a poder actuar en su nombre y, en consecuencia, es indispensable la mutua información y toma de decisio-

¹⁰⁶ En este sentido, cabe entender que la administración ordinaria que ha de realizar el asistente es muy similar a la que ejerce el guardador de hecho, sobre la que ya se han pronunciado los tribunales españoles, *cfr.*, por ejemplo, SAP de Huelva, 4 de marzo de 2009 (JUR 275451), en la que se declara que el guardador puede cobrar las pensiones de la beneficiaria de la protección y aplicar su importe a cubrir las necesidades personales de la misma. Según la SAP Valladolid, 1 de febrero de 2005 (AC 550), el guardador tiene legitimación para rescatar un plan de pensiones y dedicarlo al sostenimiento de la persona en guarda.

¹⁰⁷ Ocurre lo mismo en el derecho alemán, *cfr.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, 1999, p. 579.

nes conjuntas respecto de los actos que el asistido pretenda realizar por sí mismo. De la misma manera, se muestra decisivo conocer con exactitud cuáles son los actos en los que es necesaria la intervención del asistente, solo o complementando la actuación legítima del asistido, para evitar posibles impugnaciones de los actos realizados. Por ello, parece conveniente la interpretación de esta norma en el sentido de exigir del juez que concrete cuáles son los actos de administración ordinaria que va a realizar el asistente y, entonces sí, la administración corresponde en exclusiva al asistente respecto a dichos actos, mientras que la persona asistida, en uso de su capacidad de obrar, puede realizar por sí sola el resto de los actos de administración y todos los de disposición, a la manera en que se prevé para el incapacitado parcialmente y su curador en el artículo 223-6 CCCat: unos actos de administración ordinaria del patrimonio los realiza el curador –en nuestro caso el asistente– por disposición judicial, y otros actos –diferentes, el resto de los no atribuidos expresamente– los realiza el asistido¹⁰⁸.

En el ejercicio de las funciones de administración, por analogía con el artículo 222-40 CCCat, debe exigirse la diligencia de un buen administrador al asistente, con la correspondiente responsabilidad si no alcanza ese estándar. El artículo 226-6 CCCat al remitirse al régimen jurídico de la tutela, lo hace expresamente a la normativa sobre rendición de cuentas ante el juez. Hay otras normas de tutela que es factible aplicar al asistente que administra el patrimonio del asistido, por ejemplo, el artículo 222-23 CCCat que dispone que se debe «depositar o tener en lugar seguro los valores, joyas, obras de arte y demás objetos preciosos (...), y debe comunicarlo al juzgado».

En todo caso, la asistencia debe tener un ámbito no solo parcial sino también reducido, es decir, no tiene que referirse a todos los actos jurídicos de la persona asistida. Es una consecuencia directa del principio de necesidad, y de la coexistencia que se pretende con otros cargos de protección más definidos en cuanto a su contenido, como el del tutor y el curador. Las funciones del asistente deben ser las necesarias para el cuidado de la persona o los bienes de quien solicita la medida. El principio de necesidad demanda que la esfera de libertad y autonomía de la persona asistida no quede más

¹⁰⁸ Artículo 223-6 CCCat: «la sentencia de incapacitación puede otorgar al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma». Cabe que un curador solo asuma algunas funciones de representación de la persona protegida, que seguiría gozando de capacidad para los otros actos jurídicos. *Cfr.* ZURITA MARTÍN, I. y su análisis sobre los negocios inter vivos realizados por ancianos no incapacitados, en su obra, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, pp. 222 y ss.

afectada de lo estrictamente necesario. Ahora bien, tratándose de enfermedades degenerativas, a la vez es oportuno prever, en la medida de lo posible, la evolución psíquica o física futura de la persona necesitada, al tiempo de constituir la asistencia para otorgarle la máxima flexibilidad, sin perjuicio, por supuesto de ulteriores modificaciones futuras, si fueran necesarias. Así, aunque es la persona que necesita asistencia para el cuidado de su persona o bienes quien solicita el nombramiento de asistente, el artículo 226-2.1 CCCat establece que es el juez quien, en la resolución de nombramiento, «determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente». Queda claro, pues, que compete solo al juez fijar el contenido de la asistencia, aunque esta conclusión hay que interpretarla con la suficiente laxitud, puesto que como ya hemos comentado, la fuente de la capacidad de actuación que se otorga mediante este procedimiento al asistente, es la propia voluntad de la persona que solicita la asistencia, la cual expresa cuáles son los actos para los que precisa al asistente, y el juez debe atender esta manifestación. Bajo estas premisas, el arbitrio judicial se extiende tanto a la decisión de si la asistencia comprende el ámbito personal, el patrimonial, o ambos, y dentro de cada uno de los ámbitos, los concretos intereses que debe cuidar el asistente, al modo en que los jueces italianos vienen delimitando, de acuerdo con las peculiaridades de su propia normativa, las funciones del administrador de apoyo.

6. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA FIGURA DE PROTECCIÓN

6.1 MODIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA

La modificación y la extinción de la asistencia quedan expresamente previstas en el CCCat y se explican conjuntamente por la propia flexibilidad de la figura, así como por el principio de proporcionalidad que preside todas las medidas de protección. De manera que si las circunstancias que motivaron el nombramiento de un asistente cesan o son objeto de una modificación relevante es claro que la medida de protección también deberá sufrir la misma suerte, siempre bajo el criterio del interés de la persona sujeta a una discapacidad o disminución.

La asistencia puede ser modificada en el alcance de sus funciones. Esta modificación puede consistir tanto en la reducción como en la ampliación de las funciones del asistente, siempre que ello

sea necesario en atención a las circunstancias o, lo que es lo mismo, al interés de protección de la persona asistida¹⁰⁹. La asistencia, pues, no se presenta como una institución rígida ni en su constitución ni en su desarrollo, pudiendo acomodarse a la evolución de la persona asistida, ya sea reduciendo o ampliando los actos en que la intervención del asistente deviene necesaria o confiriéndole más ámbitos de administración ordinaria exclusiva. Solo la autoridad judicial puede acordar la modificación.

La modificación de la asistencia puede producirse a instancia de parte, incluida la persona asistida, según dispone el artículo 226-4.1 CCCat, pero no sólo de la persona asistida, con lo que se produce una diferencia radical con el proceso de constitución de la asistencia en el que solo goza de legitimación activa la persona necesitada. Literalmente, cualquiera podría interesar la modificación de la asistencia de otra persona, pero eso no sería razonable. Puede apuntarse que el legislador debe estar pensando en los familiares de la persona asistida o cualquiera de las personas que, conforme al artículo 222-14 CCCat, está obligada a promover la constitución de la tutela, incluido el Ministerio Fiscal. El asistente, por su parte, sólo está obligado a comunicar las circunstancias que aconsejen una modificación de la asistencia a la autoridad judicial. En cualquiera de los dos casos, a petición de parte legitimada o sobre la base de la comunicación presentada por el asistente, la modificación es ordenada mediante resolución judicial. Y parece que, en el segundo caso, nos encontraríamos ante una actuación de oficio, por cuanto el asistente no insta la modificación sino que cumple su obligación de notificar, y es el juez quien actúa. Esta situación, por otra parte, será previsiblemente la más frecuente, pues lo lógico es que sea el asistente el que sepa cómo está la persona asistida, si ha empeorado su salud, o se ha mermado su facultad volitiva. A través de esta información proporcionada al juez se articula una vía para la adaptación de la asistencia a las nuevas situaciones de la persona, que vayan produciéndose.

En Italia el planteamiento parece ser justo el contrario, a mi parecer excesivamente alejado de nuestra normativa que configura esta medida de protección desde el más escrupuloso respeto a la voluntad del beneficiario de la misma. En efecto, en el contexto de la máxima flexibilidad en que se desarrolla la administración de apoyo, la modificación es una parte connatural de la misma y se

¹⁰⁹ Rivero Hernández apunta que, además de la ampliación o reducción de funciones, cabría por esta vía, la modificación consistente en la mejora de la forma de ejercer el cargo o de obtener una mayor eficacia de las funciones ejercidas por el asistente, todo ello a la vista de las relación que se haya dado hasta ese momento entre asistente y asistido. *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, *cit.*, p. 430.

configura como una potestad que corresponde al órgano judicial. La legislación prevé que el juez pueda adoptar medidas urgentes incluso antes de nombrar al administrador de apoyo si las circunstancias lo aconsejan, que pueda prorrogar un nombramiento caducado y, por supuesto, según reza literalmente el artículo 407 CCIt que, en cualquier momento, pueda modificar o completar, también de oficio, las resoluciones del Decreto de nombramiento. Dentro de esta capacidad de actuación del órgano judicial, de su tarea de gestionar la propia figura de protección durante su vigencia¹¹⁰, quedaría incluida también la modificación consistente en el nombramiento de un nuevo administrador de apoyo cuando se ha procedido a la remoción de quien había sido nombrado en un principio¹¹¹. Aunque todo ello no excluye que se puedan acordar modificaciones a instancia de parte no parece ser éste el supuesto que se plantea el legislador.

6.2 EXTINCIÓN DE LA ASISTENCIA. LA CONVENIENCIA DE FAVORECER LA TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA

Respecto a la duración de la asistencia, podemos destacar en primer lugar la aportación del Derecho italiano que prevé expresamente la temporalidad de esta medida de protección, de hecho el juez ha de indicar por cuánto tiempo nombra al administrador, aunque después esté prevista la prórroga o incluso que el nombramiento se fije por tiempo indeterminado¹¹². Este planteamiento de la figura como temporal parece adecuado porque resulta acorde con el principio de proporcionalidad y con los criterios marcados desde la Unión Europea¹¹³, así como con lo dispuesto en otras legislacio-

¹¹⁰ Téngase en cuenta que la legislación italiana obliga a fijar en el decreto de nombramiento, la periodicidad con que el administrador de apoyo ha de ir informando y dando cuentas al juez del desempeño de su tarea, además debe ser informado siempre que haya desacuerdos entre el beneficiario y el administrador. *Cfr.* artículos 405 y 410 CCIt. Resulta ejemplificativa, en este sentido, la modificación parcial del Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo que ordenó el Tribunal de Módena mediante resolución de 10 de octubre de 2005, en la que se establecía la suspensión temporal del encargo a la persona designada como administrador de apoyo, durante el plazo de 60 días. En concreto se suspendía su encargo de administrar la pensión del beneficiario, de 500 € mensuales, y ello a partir del informe presentado por el propio administrador en el que refería la oposición constante del anciano al que tenía el encargo de proteger, y advertía del grave peligro para su salud, que la situación de tensión generada entre ambos podía llegar a provocar. *Cfr.* CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, *cit.*, p. 336.

¹¹¹ *Cfr.* el procedimiento de remoción que prevé el artículo 413 CCIt, al que me refiero más en concreto en el apartado octavo de este trabajo.

¹¹² Artículo 405 CCIt.

¹¹³ *Cfr.* Principio 14 de la Recomendación núm. R 99 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

nes del entorno, como la alemana o la francesa¹¹⁴. Sin embargo, lamentablemente en Cataluña no cabe el transcurso de un plazo como causa de terminación de esta institución, sino que es necesario poner de manifiesto el cambio de la situación objetiva o subjetiva que haga innecesaria la permanencia de la figura de protección.

Así, el artículo 226-5 CCCat determina en su apartado primero tres causas de extinción: a) el fallecimiento y la declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida; b) la desaparición de las circunstancias que determinaron su constitución; c) la incapacitación de la persona asistida. La primera de las causas es estrictamente objetiva: si muere la persona asistida o se declara su ausencia, la asistencia pierde su sentido, pues no hay funciones que cumplir. La tercera es una consecuencia del carácter no incapacitante de la asistencia: si la persona queda sin facultades intelectivas y resulta incapacitada, la asistencia no es el cargo protector idóneo, sino que procede la tutela o la curatela. Pero la ley no habla de incapacidad natural sobrevinida como causa de extinción. Expresamente exige que se incapacite a la persona que antes estaba sujeta al régimen de la asistencia. Lo cual permite entender que esa falta de capacidad no declarada en un procedimiento de incapacitación, encaja mejor en la segunda de las causas previstas, esto es, la desaparición de las circunstancias por las que se constituyó la asistencia. Así, la pérdida de facultades intelectivas lo mismo que la remisión de la disminución física o psíquica de la persona conducen a la innecesariedad de la asistencia, o bien porque es preciso una medida de otro orden, o bien porque ya no es procedente ninguna medida de protección: la persona puede actuar por sí sola en todos sus ámbitos y el asistente, que recordemos tiene carácter subsidiario, deviene prescindible. El artículo 226-5.2 CCCat indica que la autoridad judicial debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la extinción de la asistencia, de nuevo se establece que la autoridad judicial pueda decidir «a instancia de parte», es decir, de persona que no sea ni la asistida ni el asistente, pues la legitimación de este ya la especifica el artículo 226-4.2 CCCat, limitándola a la obligación de comunicar al juez cualquier modificación de las circunstancias que afectan

¹¹⁴ Según el artículo 69 de la Ley de Jurisdicción voluntaria de Alemania, la duración de las medidas de protección ha de ser limitada, y han de ser sometidas a revisiones periódicas. En sentido parecido, la Ley francesa de Protección de Mayores de 2007 pone de manifiesto que el criterio rector de la proporcionalidad implica, no sólo que las medidas hayan de adaptarse a cada caso en particular y revisarse regularmente, sino que tengan un tiempo de caducidad; en concreto la salvaguarda de justicia caduca al año (pudiéndose renovar por otro nuevo año).

a la persona asistida. Por consiguiente, en consonancia con cuanto he dicho antes, entiendo que están también legitimados los familiares más próximos de la persona asistida, quizá pensando en los casos en que la persona protegida ya no se encuentra en condiciones de solicitar la extinción. Si la causa de la extinción es la mejoría física o psíquica de la persona asistida, lo lógico es que fuera ella misma quien lo solicitara, pero si no lo hiciera, de la misma forma que cuando me refería a la modificación de la figura de protección, cabe entender que, a partir de la obligación de informar que afecta al asistente, pueda articularse una extinción de oficio por parte del juez, para adaptarla a la nueva situación de la persona capaz, entre otras cosas porque tal solución está en consonancia con el principio de mínima intervención y, además, establece un cauce para que el asistente pueda liberarse de una responsabilidad que ya no procede por causas objetivas. Si la causa fuera, en sentido inverso, la incapacidad natural sobrevinida de la persona asistida, el informe del asistente previsto en el artículo 226-4.2 CCCat puede conducir al juez al convencimiento de que ya no concurren las circunstancias para la asistencia y, en consecuencia, a decidir, por un lado la extinción de la figura por desaparición de las circunstancias que motivaron su constitución y, por otro, el traslado del preceptivo informe al Ministerio Fiscal para que inste la incapacitación de la persona vulnerable¹¹⁵.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la asistencia es una institución de protección de constitución judicial, luego sólo por este cauce podrá extinguirse. En este punto, la asistencia se aleja del mandato o de los poderes preventivos con los que la equiparábamos en el momento de su constitución. La asistencia se constituye por la sola voluntad de la persona que precisa de protección pero no puede extinguirse sólo por esta causa, sino que ha de concurrir alguno de los motivos tasados en la norma y que el juez lo determine mediante la correspondiente resolución.

7. LOS ACTOS DEL ASISTENTE Y DEL ASISTIDO EN EL TRÁFICO JURÍDICO. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Cabe plantearse en este apartado las consecuencias de la actuación del asistente y del asistido en el tráfico jurídico, esto es, desde la perspectiva de la defensa de los intereses de los terceros que

¹¹⁵ En el derecho italiano esta posibilidad queda expresamente recogida en el artículo 413 CCI.

interactúan con uno y con otro, la posibilidad de impugnación de los actos jurídicos contrarios a Derecho. Así, son varios los problemas que pueden plantearse, especialmente si el juez no ha delimitado con total precisión el contenido de su resolución, qué actos de administración ordinaria de los bienes corresponden a uno o a otro, qué requisitos ha de observar el asistido para realizar válidamente ciertos actos por ejemplo de disposición de los bienes etc. En primer lugar, podría darse el solapamiento de actos del asistente con los del propio asistido y, en segundo lugar, podría ocurrir que fuera necesario anular ciertos actos realizados sin la intervención del asistente impuesta por el juez.

Con respecto al primer problema apuntado, la doctrina ha defendido que si se dan solapamientos entre los actos del asistente y del asistido deberán aplicarse las reglas generales sobre doble disposición válida¹¹⁶ y, además, es evidente que el tercero perjudicado por la incompatibilidad de los actos simultáneos del asistente y del asistido, podrá instar la acción de responsabilidad y solicitar una indemnización por daños y perjuicios al asistido, que es plenamente capaz y que, en su caso, podrá repetir contra el asistente, si no le ha informado adecuadamente de los actos realizados en su representación, o por haber actuado en contra de sus deseos o intereses.

Por su parte la anulabilidad de los actos del asistido realizados sin la intervención –cuando es necesaria– del asistente, queda expresamente prevista en el artículo 226-3 CCCat, de un modo muy similar al que se prevé para la anulación de los actos de quien está incapacitado parcialmente y sometido a curatela (art. 223-8 CCCat). Tiene legitimación para solicitar la anulabilidad de estos actos la propia persona asistida o el asistente, el tutor –si se llega a incapacitar a la persona vulnerable–, y los herederos de la persona asistida –si esta fallece–. En todo caso, el plazo para entablar la acción de anulación es el habitual de cuatro años, que se cuenta desde la celebración del acto jurídico –para la anulación instada por el asistente o por el asistido–, desde el fallecimiento de la persona asistida –para los herederos– o desde la constitución de la tutela –para el tutor–. Así pues, la norma, tal y como está redactada, podría permitir al asistido ir contra sus propios actos, de una manera que incluso cabría calificar de contraria a la buena fe, por lo que se hace necesaria una interpretación correctora de la norma de manera que la legitimación del asistido sólo nazca en el momento en que se extinga la asistencia, si esto llega a suceder, a la mane-

¹¹⁶ Habría que recurrir al criterio de la prioridad en el tiempo y al de la buena fe, entre otros. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 425.

ra en que se prevé para el menor emancipado o para el sujeto a curatela.

Es claro que esta norma exige una interpretación restrictiva, básicamente porque la anulabilidad presupone la falta de capacidad de obrar y la persona asistida conserva su capacidad de obrar plena. Tal contradicción no puede salvarse fácilmente, y el juez no tiene la facultad de obviar esta consecuencia impuesta por el legislador, cuando se dan los presupuestos de la misma. Se muestra imprescindible, por tanto, la concreción máxima de la resolución judicial para saber cuáles son los actos que requieren la intervención del asistente, pues solo estos podrán ser anulados. Solo pueden serlo aquellos que estén relacionados con las funciones de la asistencia, y siempre que se trate de actos jurídicos, por lo que se puede sostener que siempre serán actos relacionados con la administración del patrimonio de la persona asistida, y que ésta haya realizado por sí sola sin la intervención del asistente¹¹⁷. Con respecto a los terceros, el régimen de anulabilidad implica que el negocio jurídico viciado que ha concertado con una persona sujeta a este régimen de protección resulta válido y eficaz, produce todos sus efectos jurídicos mientras no se inste la acción, o si transcurre el plazo de prescripción sin que se interponga.

En este punto conviene analizar la solución que propone el derecho italiano en el artículo 412 CCIt, que regula conjuntamente los actos del administrador de apoyo y del beneficiario de la medida y establece el remedio de la anulabilidad en los siguientes términos: «Los actos realizados por el administrador de apoyo con violación de disposiciones legales o extralimitándose con respecto del objeto del encargo recibido o a los poderes otorgados por el juez, puede ser anulados a instancia del administrador de apoyo, del Fiscal, del beneficiario o de sus herederos o causahabientes. Pueden ser igualmente anulados a instancia del administrador de apoyo, del beneficiario, o de sus herederos los actos realizados personalmente por el beneficiario con violación de las disposiciones legales o de las contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo. Las acciones descritas prescriben en el plazo de cinco años. El plazo se inicia en el momento en que cesa la sujeción al régimen de protección de la administración de apoyo»¹¹⁸. El sistema italiano prevé un régimen de anulabilidad más completo que el catalán, que afecta a los actos contrarios a la ley o a las instrucciones del juez tutelar tanto del asistente como del asistido, inspirado en el

¹¹⁷ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 423. El remedio de la anulabilidad nunca puede afectar al ámbito personal del sujeto asistido.

¹¹⁸ Artículo 412 CCIt, la traducción es mía. Cfr. CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, cit., pp. 89-102.

régimen de anulabilidad de la curatela y del menor¹¹⁹ con legitimación del ministerio público en orden a una eficaz sanción de cualquier incumplimiento, en cualquier sentido, que pueda producirse durante el desarrollo de la figura de protección¹²⁰. Con ello se produce, obviamente, un incremento sustancial de la protección, del control de los actos, pero también un mayor acercamiento de esta figura a las que llevan consigo la limitación de la capacidad de actuar de la persona vulnerable.

En Cataluña ninguna norma prevé la impugnación de los actos realizados por el asistente. Ello no es un problema en el caso de los actos que se han de realizar conjuntamente por el asistente y el asistido, porque sin la participación de ambos el acto no será completamente eficaz. La dificultad aparece con respecto a los actos que realiza en exclusiva el asistente, en los que, he sostenido, puede darse la representación o actuación por cuenta del asistido, siempre referida a la administración de los bienes. Tampoco hay disposición alguna sobre los actos que, en este ámbito, han de quedar sujetos a la obtención de autorización judicial por parte del representante. Por ello, es difícil defender directamente la aplicación analógica del artículo 222-46 CCCat, sobre la anulabilidad de los actos realizados por el tutor sin contar con la preceptiva autorización judicial. De modo que solo cabe pensar en la acción de responsabilidad para solicitar indemnización por los daños que pueda llegar a ocasionar el asistente en su actuación como administrador. La legitimación para su ejercicio será, obviamente, de la persona asistida, sus herederos y el tutor que, en su caso, pudiera ser nombrado si el asistido resultara finalmente incapacitado. Pero frente al tercero con el que se ha contratado, el acto realizado por el asistente debe considerarse plenamente válido y eficaz.

8. LA RESPONSABILIDAD DE QUIEN EJERCE EL CARGO DE PROTECCIÓN

En la línea de lo que se viene exponiendo sobre los problemas a que el ejercicio de la asistencia tal y como está regulada en Cataluña puede dar lugar, parece conveniente reflexionar sobre la responsabilidad de quién ejerce el cargo de protección. Como punto de

¹¹⁹ Cfr. BONILINI, G., «L'amministratore di sostegno», en BONILINI, G., y TOMASEO, F., *Commentario Codice civile, cit.*, p. 465.

¹²⁰ Señala Lenti que en estos casos se puede dictar la anulación incluso cuando no hay mala fe por parte del otro contratante, cfr. LENTI, L., *Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado...*, cit., p. 503.

partida, hay que considerar la aplicación por remisión de las normas de la tutela, que contemplan tanto la posibilidad de remoción del incumplidor como la rendición de cuentas, la cual en el caso de la asistencia solo podrá exigirse, señala el artículo 226-6 CCCat, en el supuesto de que el asistente haya administrado los bienes de la persona asistida.

La rendición de cuentas, según la dicción del artículo 222-49 CCCat, ha de efectuarse por el asistente en el plazo de seis meses desde la extinción de la medida de protección, prorrogables tres meses más por resolución judicial si hay causa justa. El asistente rendirá cuentas de sus actuaciones y, en este contexto, deberá hacerlo de todos aquellos actos de administración que no hayan redundado en beneficio de la situación patrimonial del asistido, aunque tales actos se consideren plenamente válidos frente a los terceros intervinientes en el negocio jurídico, también de todos aquellos actos que, aún siendo beneficiosos, se hayan realizado sin observar el deber de informar al asistido, o sin respetar en la medida de lo posible, sus deseos o intereses. Si el asistente muere sin haber procedido a la rendición de cuentas, se transmitirá esta obligación sus herederos. Asimismo, según el apartado siguiente del precepto, si no se observa esta obligación en el plazo previsto, el representante legal de la persona asistida o sus herederos dispondrán de tres años desde el vencimiento del plazo para reclamar la rendición de cuentas. Los gastos que se generen por al rendición de cuentas son a cuenta del patrimonio del asistido. Igualmente la rendición de cuentas será aplicable en los supuestos de cese por remoción del asistente, según se dispone en el artículo 222-50 CCCat. La propia remoción se regirá por las normas de la tutela (art. 222-33 CCCat), por cuanto el artículo 226-6 CCCat no la regula en sede de asistencia. Ahora bien, hay que resolver cómo se alega la concurrencia de la causa de remoción, pues no hay tutor ni administrador patrimonial, y es difícil que el juez de oficio pueda conocer la situación tratándose de una persona que está afectada por una disminución que no es incapacitante. Por ello, deben jugar un papel activo las personas obligadas a solicitar la constitución de la tutela, además por supuesto de la posibilidad que asiste a la misma persona asistida de poner en marcha este proceso para la remoción del asistente. Probablemente el legislador catalán debiera haber previsto un sistema más ágil de sustitución de la persona del asistente, en atención tanto a las concretas funciones que realiza el asistente en comparación con las del tutor, como a la propia situación de capacidad de discernimiento de la persona asistida evitando, así, un proceso largo como el de remoción que posee carácter judicial.

El derecho italiano sí que ha regulado más concretamente, tanto las responsabilidades que afectan al administrador de apoyo¹²¹, así como la posibilidad de adopción de diferentes medidas, incluida la revocación del cargo, en caso de que incurra en actos o decisiones perjudiciales, prescinda de su obligación de informar, o actúe con negligencia en la defensa del interés o las necesidades o deseos del beneficiario¹²². Éste, el Ministerio Fiscal o los otros sujetos designados en el artículo 406¹²³ pueden recurrir ante el juez tutelar, para que adopte mediante decreto motivado las oportunas medidas. Ello, al margen del recurso a la anulabilidad de los actos realizados por el administrador de apoyo con violación de lo dispuesto en el decreto de nombramiento o en la norma legal que ya prevé el artículo 412 CCIt, lo cual sitúa ya a la persona vulnerable en una situación de mayor protección que la prevista en Cataluña, frente a cualquier actuación en el tráfico jurídico que pudiera perjudicarlo.

El procedimiento es breve y está previsto tanto para la extinción de la propia figura de la administración de apoyo si ya no es necesaria, como para el cese o sustitución de la persona que ejerce el cargo, también por causa de haber incurrido en algún incumplimiento: se dirigirá solicitud motivada al juez tutelar la cual se notificará también al beneficiario y al administrador de apoyo, y el juez resolverá sobre esta petición mediante decreto motivado, ordenando si lo estima necesario que se le proporcione la información necesaria o que se practiquen determinadas pruebas. Por remisión al 384 CCIt sobre la remoción del tutor, se entiende que el administrador no puede ser cesado sin haber sido oído por el juez, y que éste puede pedirle toda la información que precise sobre el modo en que ha desempeñado su tarea, todo ello a los efectos de la posterior acción de responsabilidad contra el administrador doloso o negligente.

¹²¹ *Cfr.* artículo 410 CCIt.

¹²² *Cfr.* artículo 413 CCIt.

¹²³ El artículo que designa a las personas que tienen legitimación para solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo.