



TREBALL FINAL DE GRAU

MEMÒRIA

GRAU EN DRET

CURS 2017-18

La Prodigalitat

Autor/a: María Asunción Gutiérrez Cuenca

Tutor/a: Núria Coch Roura

Data: 29 de maig 2018

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Declaro que sóc l'autora d'aquest treball. El seu contingut és original i totes les fonts utilitzades han estat degudament citades sense incórrer en frau o plagi.

En cas contrari, conec i accepto les mesures disciplinàries o sancionadores que corresponguin d'acord amb la normativa aplicable.

Lleida, a 29 de maig de 2018

Signatura:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Anna Felicitat', written over a horizontal line.

RESUM

La prodigalitat és un concepte jurídic que apareix a les XII Taules, la qual tenia com a objecte la prohibició d'una persona per administrar el seu patrimoni i l'exercici del comerç, com a conseqüència de la seva actitud en dissipar els seus béns, en detriment de la seva família i d'ella mateixa. Aquesta prohibició venia determinada per una ordre pretoriana, que en cas que no fora obeïda, el magistrat feia una resolució declarativa amb la qual es fixava l'extensió i els límits d'actuació que quedava el pròdig alhora d'emprar els actes jurídics, quedaven equiparats als impúbbers¹, els quals no podien fer negocis que els perjudiquessin, així com la constitució d'un curador, que, amb la seva intervenció seria l'encarregat de complementar la capacitat d'obrar que estigués afectada per dita resolució. La modificació de la capacitat perduda només es podia recuperar mitjançant un nou decret pretorià.

PARAULES CLAU

- Prodigalitat: Institució de complement. Sentència. Curatela
- Implementació en el Dret Romà i en el Dret Civil Català

¹ FERNÁNDEZ BUJÁN A., Derecho Privado Romano p.213. 10ª Ed. IUSTEL. Madrid 2017

ÍNDEX O SUMARI

1. Introducció.....	4
2. Contextualització de la Prodigalitat en el Dret Privat Romà.....	5
2.1. La persona física. Concepte.....	7
2.2. La capacitat jurídica i la capacitat d'obrar.....	10
2.3. La Prodigalitat: concepte, característiques i conseqüències	12
2.4. El Pretor.....	14
2.5. La Declaració de la Prodigalitat en el Dret Romà.....	16
2.6. La Cura prodigi.....	18
2.7. Les accions processals de la Cura prodigi.....	20
2.8. Les excusationes dels curadors.....	23
2.9. La remotio dels curadors.....	25
3. Contextualització de la Prodigalitat en el Dret Civil Català.....	26
3.1. La persona física: capacitat jurídica i capacitat d'obrar.....	29
3.2. La situació del pròdig a l'àmbit de la Medicina actual.....	30
3.3. La Declaració de la Prodigalitat a la LEC	32
3.4. La Sentència de la Declaració de Prodigalitat.....	36
3.5. Reintegració ó modificació de la capacitat. Sentència	37
3.6. La Curatela.....	38
3.7. La Convenció sobre els Drets de les persones amb discapacitat	42
3.8. Altra figura de protecció: l'assistència	44
4. Conclusions	47
Bibliografia.....	48

1. Introducció

Aquest treball és el fruit de l'estudi realitzat entorn a la institució jurídica de la Prodigalitat, vist amb la perspectiva dels temps, des de la seva inclusió dins del Dret privat Romà i com es troba regulada al Dret civil català a l'actualitat.

La curiositat juntament amb la preferència acadèmica en l'elecció d'aquest tema, és en virtut a la manca d'informació que existeix al voltant d'aquesta institució i a més de ser una figura complexa, té un misteri entre místic i religiós, el que li dona encara més un aura que un concepte relacionat amb la modificació de la capacitat d'obrar d'un subjecte.

Els objectius d'aquesta dicotomia no són fer una comparativa entre els dos Drets, sinó un anàlisi de la institució als seus inicis i com es veu reflectida amb les noves directrius expressades en el Dret Civil Català actual.

La idea central d'aquest estudi és assenyalar, com els mecanismes de protecció dels béns patrimonials es van establir en un context primitiu; i que, com a una herència transportada, a través dels segles, va passar d'un Dret a un altre, aconseguint, que ara sigui un règim especial i amb una normativa establerta.

Quant a l'estructura d'aquest treball és situar la figura de la prodigalitat en el Dret Romà, com s'origina i quin és el resultat, i com es veu reflectit, a través de la recepció, i com s'ha adaptat a les normes europees, als convenis internacionals i la seva regulació dintre del Dret civil català.

Per tant, el repte a assolir, es esbrinar les diferències o similituds que té la institució de la declaració de Prodigalitat, entre les normes que regien en el Dret Romà i les que estan en vigor en el Dret Civil Català, amb un lapsus en el temps de quasi 2500 anys.

2. Contextualització de la Prodigalitat en el Dret Privat Romà

Per introduir el tema de la Prodigalitat i la seva contextualització dintre del Dret Romà hem d'anar a les XII Taules 454 aC, que és la primera Compilació escrita de lleis (*leges regiae*) i de costums (*mores maiores*), i que va ser instaurada per complementar la capacitat d'obrar d'una persona, a la qual se l'havia vetat, mitjançant una resolució, per l'administració del seu patrimoni i per l'exercici del comerç: «*commercio interdito*²».

El text que va incloure Ulpia³ al Digest: (...*el que en un principi es va introduir per costum. Però, solen avui els pretors i governadors si troben qui no es capaç de portar compte i límit de les seves despeses...sota curatela en tant no hagi recuperat els bons costums...*) ens duu a una conclusió, que la prodigalitat es pot classificar en tres fases: el costum (*mores maiores*) com l'origen de la institució, la sanció legal (*leges regiae*) amb la seva inclusió a les XII Taules, ja formalitzada i l'última, el seu desenvolupament on apareix vinculada a la figura del Pretor⁴.

La figura del pròdig en principi es relacionava amb els que dilapidaven els béns rebuts *ab intestato* del pare o avi patern (*bona paterna avitaque*), amb la constitució de la curatela legitima es protegia a la família, no al *prodigus*⁵. En aquest sentit, la professora Domínguez relaciona *l'estreta vinculació de la curatela legitima del prodigus amb la successió hereditària dintre del període arcaic (...) i per altre (...) l'expectativa que amb dita institució el que es pretenia protegir les pretensions dels eventuais hereus legítims respecte del patrimoni familiar*⁶. Més tard s'afegeixen els béns rebuts per testament⁷, aquesta mesura acaba estenent-se a les pròpies adquisicions patrimonials, a través del *decretum* del Pretor en interès dels membres del grup familiar, ja en l'època postclàssica⁸.

La principal característica de la Prodigalitat és la de la habitualitat reflectida en una conducta reiterativa, realitzada per una persona física, que consistia en la dilapidació del seu patrimoni; la qual, era fruit de la realització d'uns actes d'esbutxacar-se diners, d'una

² FERNÁNDEZ BUJÁN, «Derecho Privado Romano, 10a ed. 2017 Iustel. Madrid, p.212

³ D.27.10.10

⁴ <https://app.vlex.com/#vid/prodigalidad-derecho-romano-407365762>

⁵ DOMINGUEZ TRISTÁN P. «el prodigus y su condición....CEDECS Ed. Barcelona, p.78

⁶ DOMINGUEZ TRISTÁN P. «el prodigus y su condición....Ed. CEDECS 2000. Barcelona, pp.80-81

⁷ SOLLAZZI, *Studi Bonfante*, 1, p. 47 ss.

⁸ <https://app.vlex.com/#vid/prodigalidad-derecho-romano-407365762>

manera desordenada. Cícero⁹ va descriure al pròdig com: «els que consumeixen els seus béns en banquets, gladiadors, festes, i en coses com aquestes, i espectacles, que o s'obliden o duren poc en la memòria, aquests són pròdigs». Com qualsevol altre dispendi que dugués a terme la pèrdua dels seus béns en perjudici de la seva família i d'ella mateixa.

Aquest comportament reiteratiu estava desacreditat per la societat romana antiga, i duia a terme unes conseqüències jurídiques, que afectaven a l'actor, modificant-li la capacitat d'obrar (*interdictio bonorum*) i amb unes prohibicions econòmiques, que només, podia realitzar a través d'un curador (*curator bonorum*), el qual era l'encarregat d'executar en els diferents àmbits econòmics, on aquell estava vetat.

Gai va afirmar que la declaració d'un subjecte com a pròdig (Gai 1,53) pel mal ús que feia de la seva fortuna, per l'interès de la família i en la conservació del patrimoni¹⁰ econòmic.

Analitzant la institució de la Prodigalitat ens trobem, que només, podia ser declarada pròdiga una persona física a través d'una resolució dictada pel Pretor, en la qual, hauria d'estar reflectida l'extensió i els límits de la capacitat d'obrar del subjecte afectat, i el nomenament d'un curador, que seria l'encarregat de complementar aquesta restricció. Però, Audibert i Ubbelohde van més enllà alhora de definir al pròdig i el separen amb dues figures, i dos règims jurídics: un tipus que reuniria els pressupòsits exigits a les XII Taules i un segon al que el pretor nomenaria un curador, sense cap *decretum d'interdictio*¹¹, amb la prohibició del comerç i l'equiparació amb el boig (*furiosus*). El que volen dir, és que per analogia molts juristes romans van equiparar al pròdig amb el boig, com a principi, que inspiren les seves decisions, i sobre la que es fonamenta la institució de la curatela del pròdig.¹² La professora Domínguez¹³ fa un estudi exhaustiu de la condició jurídica del pròdig partint de la base de Paulo (SP. 3.4a-7) i d'Ulpià (D. 27.1010 pr.) afirmant que al pròdig no li manca capacitat sinó poder de disposició, (no podia disposar dels seus béns), i que l'*interdictio* arribava a la totalitat del seu patrimoni (*omnium bonorum*), amb la finalitat d'impedir qualsevol forma d'alienar o d'assumir obligacions.

⁹ C.2.16 «Homes pròdigs i liberals: en les despeses s'han de buscar dignitat»

¹⁰ IUSTEL Revista Derecho Romano (28) «El abuso de derecho: creación dogmática moderna con origen en el Derecho Romano», Carmen Jiménez Salcedo, p. 41, 2016,

¹¹ DOMINGUEZ TRISTÁN Paula, «El prodigus y su condición ...»Ed. Cedecs S.L., Barcelona 2000, p.98

¹² DOMINGUEZ, Paula, el prodigus p. 95 i 96

¹³ DOMINGUEZ TRISTÁN Paula, «El prodigus y su condición ...»Ed. Cedecs S.L., Barcelona 2000

2.1. La persona física. Concepte

El concepte de persona no tenia el sentit que té avui dia, ja que coexistien dos tipus d'individus: el que era subjecte de dret¹⁴ i el que no ho era, com era el cas de la institució dels esclaus. Fins al punt que, es podia ser persona i no ser titular de drets i obligacions.

Per considerar-lo com a subjecte de dret, havia de complir tres condicions, les quals estaven relacionades amb els tres *Status* que feia referència a la posició d'una persona en relació amb l'Ordenament Jurídic Romà:

- 1) **Status libertatis**: coincidia en ser una persona lliure. Ja que hi havia dos status:
 - ser persona lliure: no depenia de ningú, gaudint de plena llibertat;
 - ser persona esclava: quan una persona tenia amo i pertanyia a aquest.
- 2) **Status civitatis**: ser ciutadà romà. Al principi només eren ciutadans romans els habitants de Roma, amb l'arribada de l'Emperador Caracal·la a l'any 212, que va promulgar la Constitució Antoniana, la qual declarava a tots els habitants lliures de l'Imperi Romà, com a ciutadans romans, conclouent un procés iniciat pels emperadors Severs.
- 3) **Status familiae**: era la situació que gaudia un home lliure i ciutadà. Aquest status es componia de dues vessants: la primera i més important era l'anomenada *sui iuris* que era la persona que no depenia de ningú i, la segona era l'*alieni iuris*, que pertanyia al *paterfamilias*.

El *paterfamilias* era el paradigma per antonomàsia de subjecte de dret, perquè complia totes les condicions que requerien els tres estatus, a més, alhora de descriure'l, era el subjecte que posseïa el poder dins de l'estructura familiar, el qual es trobava representat en la figura principal del pare i espòs, com a cap de la família. Disposant d'aquest dret, era un individu privilegiat, amb plens poders, sobre l'esposa (*manus maritalis*), els fills (*potestas o patria potestas*), els fills adoptius (la *mancipium*) i els esclaus, aquests últims no gaudien de cap de les tres condicions. Gai el va descriure com: *cap altre poble té sobre els seus fills un poder com nosaltres tenim*¹⁵ ».

¹⁴ Gai, 1,9 *Ius personarum*: incloïa també als esclaus que no eren subjectes de dret

¹⁵ Gai, 1,55

En l'època clàssica l'únic subjecte de dret era l'home (*paterfamilias*) disposant de la plena capacitat d'obrar i jurídica per administrar els seus béns i els negocis, pel fet ser titular de drets i d'obligacions¹⁶, els quals venien donats com a: *capax doli o culpa*, és a dir, que n'era apte per emprar actes amb dol o culpa¹⁷. Amb el pas dels temps l'esposa i els fills van adquirint un estatus de poder que els habilitarà per poder realitzar accions en benefici d'ells mateixos i en contra del *paterfamilias*, per protegir el patrimoni econòmic familiar.

Hi havia una segona classificació: el *sui iuris*, que eren les persones (dret propi): homes o dones que no tenien ascendents homes vius, o que estaven emancipats; i l'*alienis iuris* (dret aliè): segons la relació que tinguessin amb el *paterfamilias* o al *sui iuris*, podien ser persones in potestate, in *manu* o in *mancipiu*; a més de les persones que podien estar sota tutela o curatela.

La paraula *caput* (cap) era un terme per expressar a un individu integrat en un grup¹⁸. Quan una persona sortia del cos orgànic del que formava part, o canviava la seva posició jurídica dintre del grup familiar, i, que duia a terme la pèrdua de qualsevol d'un dels tres status es coneixia com la *capitis deminutio*¹⁹, la qual es distingia en tres classes:

- 1) *Capitis deminutio màxima*: era la pèrdua de la condició dels tres status, que duia a terme l'empitjorament de la personalitat jurídica, amb la manca de llibertat, de ciutadania, i de família, la qual cosa significava que el subjecte afectat no podia gaudir dels drets de successió, i l'inhabilitava per a ser curador, entre altres, etc.
- 2) *Capitis deminutio media*: era la pèrdua que comportava a un subjecte el fet de ser desterrat, també se'ls podia aplicar a les persones afectades per un interdicte, cas dels pròdigs.
- 3) *Capitis deminutio mínima*: estava considerada com la pèrdua del status *familiæ*, el qual suposava una manca dels drets que tenien els *sui iuris*, que els convertia en *sui alienis*, amb la corresponent mancança de ser titulars en dret successori i tampoc els permetia ser tutors o curadors.

¹⁶ D. 47.2.3

¹⁷ FERNANDEZ BUJÁN, A. «Derecho Privado Romano» p. 189, 10a ed Madrid 2017

¹⁸ IUSTEL, revista general derecho romano 11, 2008, AGUDO RUIZ, Alfonso: «A propósito de derecho romano del profesor Fernández Bujan

¹⁹ IGLESIAS, JUAN. «Derecho Romano, p. 104, 105 i 106. 18ª ed. Selloeditorial. 2010 Barcelona

Aquestes situacions, podien donar-se *a sensu contrari*, que un *alienis iuris* es convertís en *sui iuris* a través de l'*emancipatio*, és a dir, que una persona que estava sota la protecció del seu pare (paterfamilias) passés a ser un subjecte amb els tres status adquirint la plenitud de capacitat jurídica, millorant la seva condició. D'altra banda, un subjecte que era *sui iuris* podia passar a ser *alienis iuris*, quan era donat en *adrogatio*²⁰, patia una *capitis deminutio*²¹ *minima* al quedar tots els seus béns sobre l'adoptant. La situació es podia donar a la inversa que un *alienis iuris* passés a ser *sui iuris*. En conseqüència, el *capite minutus*²² o *deminutio*, és aquella posició que veu empitjorada la seva situació en relació al grup al que pertanyia.

A Roma hi havia tres tipus de família:

- 1) La família agnàtica: depenien directament del poder absolut del paterfamilias, que era el que l'organitzava.
- 2) La família gentilícia: estaven lligades entre elles per un avantpassat comú.
- 3) La família cognàtica: vinculades biològicament. La família agnàtica perd força a favor de la família cognàtica que és la que va pujant més en l'escala social, adaptant-se aquest tipus de família sobre l'agnàtica.

El fet de no complir les tres condicions dels status del *capitis deminutio* o estar afectat per qualsevol d'un d'ells, ja no es podia parlar d'un subjecte de dret, entraven a formar part d'uns altres col·lectius, així com les persones amb limitacions de capacitat d'obrar, tant per l'edat com per la condició de ser dona o les concrecions que calien d'una protecció, aquesta venia donada per unes institucions jurídiques com eren: la tutela amb la major protecció, quan la capacitat d'obrar estava totalment minvada i la curatela, quan era per complementar o assistir a la persona necessitada d'aquesta, que només estava minvada de manera parcial.

²⁰ IGLESIAS JUAN Adrogatio, p.354, «Derecho Romano, 18ª ed. Selloeditorial. 2010 Barcelona

²¹ FERNÁNDEZ BUJÁN A., «Derecho Privado Romano. P.242, Ed. Iustel 10a. ed, 2017 Madrid

²² CANTARELLA Eva, «Instituciones e Historia del Derecho...», p. 164, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia 2017

2.2. La capacitat jurídica i la capacitat d'obrar

Hem de conceptuar la capacitat jurídica (poder de titularitat) com la capacitat abstracta i inherent a tota persona per a ser subjecte dret i obligacions i la capacitat d'obrar (poder d'exercir-la) com l'aptitud per realitzar els actes jurídics²³.

No és el mateix tenir capacitat jurídica (adquirida amb el naixement), que la capacitat d'obrar (adquirida amb l'edat), que implica una sèrie d'actuacions amb força vinculant. Per tant, una persona pot ser titular d'uns drets i d'unes obligacions (capacitat jurídica) i els pot exercir fent un negoci jurídic (capacitat d'obrar).

Ser «*capax*²⁴» (capaç) era al·ludir a la idoneïtat d'un subjecte per a ser titular de drets i obligacions en relacions concretes, aquesta capacitat jurídica²⁵ podia modificar-se per:

1. La degradació de l'honor civil: determinada per les lleis i els costums. Es donava quan es produïa una degradació jurídica, la qual incidia, fins i tot, en la cancel·lació del nom de la llista dels senadors.

Aquesta situació s'havia de relacionar amb la *capitis deminutio màxima o media*, on la degradació era l'equivalent a la infàmia, que duïa a terme la pèrdua de capacitat per exercir com a càrrec públic, a més, durava tota la vida.

2. La religió: en èpoques més antigues no tenia cap importància. A partir de l'Emperador Constantí, afectava als subjectes que no seguien el cristianisme alhora d'exercir càrrecs públics o posseir esclaus, i als matrimonis (no es podien casar jueus amb dones cristianes). Els més perseguits eren els maniqueus que mancaven de capacitat jurídica i no podien fer cap acte: entre vius i mortis causa.

3. La condició social i professional: depenen a la classe social a la qual es pertanyia, així era la capacitat jurídica. Exemple: els patricis i els plebeus, no es podien casar entre ells, cosa que va canviar abans de finals de la República.

Hi havia una sèrie de professions privilegiades com:

- magistrat provincial: no podien adquirir béns immobles, ni rebre regals dins del territori que exercien el càrrec.
- senador: no es podien casar amb noies llibertes,

²³ FERNANDEZ BUJAN Antonio, «Derecho Privado Romano» p. 187, 10 ed. Madrid. 2017

²⁴ capax = capaç

²⁵ IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano», p.102 i ss..18ª ed. Selloeditorial. 2010 Barcelona 2010

- militars: (època clàssica) no podien casar-se, ni *manumitto*²⁶ als esclaus.
4. Sexe: la capacitat jurídica en la dona era molt baixa, enfront de la de l'home. No podien participar en la política, ni exercir la *pàtria potestas*, ni ser testimoni d'un testament, ni heretar. La dona estava sotmesa:
- Filiafamilias: com a filla a la *pàtria potestas* del pare,
 - Manus: com esposa al marit,
 - Tutela: si era *sui iuris* amb qualsevol edat, fins l'arribada de Justinià, cas de no estar sotmesa a tutela també podia ser declarada pròdiga²⁷.
5. L'edat: era la circumstància modificativa més important, que distingia a²⁸:
- *Infans*: posseïa incapacitat d'obrar: eren nens de 0 a 5/7 anys, segons l'època.
 - *Impuberes*: els homes de 7 a 14 anys i les dones de 7 a 12. Eren incapaços de fer negocis que els perjudiquessin.
 - *Puberes*: 12/dones, 14/homes a 25 anys i *minores* (eren els menor de 25 anys, podien actuar amb la *cura minorum*) i els majors de 25 anys sense limitació.

En el cas de la prodigalitat, el patrimoni protegit, no era el subjecte de dret, encara que era ell, el que veia disminuïda la seva capacitat d'obrar, sinó, que era l'economia familiar, la que quedava protegida per l'*interdictio bonorum*, fonamentat en el perill d'empobriment dels fills/herets.

²⁶ Manumitto = donar la llibertat a un esclau

²⁷ D. 27.10.15 pr., p. 292 (Paul. 3 sent. = Paul. Sent. 3, 4a, 6)

²⁸ FERNANDEZ BUJÁN A., «Derecho Privado Romano», p. 204 Ed. Iustel 10ª ed. Madrid 2017

2.3. La Prodigalitat. Concepte, característiques i conseqüències

La institució de la prodigalitat és un concepte jurídic que expressava una conducta habitual, principal característica, realitzada per un subjecte de dret, consistent en *no portar compte i límit en les seves despeses, sinó que s'arruïna dilapidant els seus béns*²⁹ en detriment del patrimoni familiar. Això vol dir que, en un principi tenia tant capacitat negocial com delictual, en atenció al perill que suposava pel patrimoni familiar, la seva capacitat es veia limitada en virtut d'una *interdictio* i la seva *cura* confiada per Llei als agnats, quedant exclòs de contraure obligacions i celebrar negocis dispositius³⁰, però quedava habilitat pels que li foren beneficiosos.

Les característiques més importants que definien la prodigalitat, corresponien a:

- Ser un subjecte de dret: amb obligacions i deures tant familiars com de negocis
- Tenir al seu càrrec familiars directes amb deures i obligacions tant d'aliments com de manera econòmica
- Tenir una conducta habitual³¹: un comportament reiteratiu de dissipació dels seus béns, en despeses inútils, de manera irreflexiva i desordenada, posant en perill l'economia familiar
- Una condició jurídica desaprovada per la societat davant de les despeses, a la que declarava essencialment condemnable.
- Situació econòmica familiar ruïnosa, per la repercussió dels actes del cap de família
- Havia de ser declarada per una resolució anomenada «*decretum*» pel Pretor.

Les conseqüències jurídiques de la declaració de prodigalitat:

- Modificació de la capacitat d'obrar del subjecte de dret
- Constitució d'una curatela amb la finalitat d'emparament econòmic de la família, vinculada amb un curador que seria l'encarregat d'intervenir i complementar tant en l'administració dels béns com en els negocis, que haguessin estat restringits.
- Prohibició de realitzar qualsevol acte econòmic que fóra perjudicial, per ell i la seva família. Estava permès els actes de comerç que milloressin la seva situació.
- Prohibició d'atorgar testament i ser testimoni en un testament: hi ha textos jurídics relatius a la *testamentatio factio activa*³² referents als pròdigs, manifestant fins on

²⁹ Ulpia D.20.10.10 pr

³⁰ <https://app.vlex.com/#vid/prodigalidad-derecho-romano-407365762> El concepto de pródigo

³¹ <http://atelierlegal.wordpress.com/2017/05/10/que-es-la-prodigalidad-definición-características-y-efectos/> bl

arribava el vet: tant, per atorgar testament, (si l'hagués fet abans de ser declarat pròdig seria vàlid), com per a ser testimoni en un testament³³. Contemplats per Ulpia³⁴ i per Julià, aquest va escriure: *les persones que havien estat privades d'administrar els seus béns no podien transmetre res, perquè no disposaven de res*³⁵. El pròdig quedava habilitat per a la *testamentatio factio passiva*. El vet arribava a les *actiones processals*³⁶, perquè relacionant *D. 27.10.10 pr Ulp. 16 ad. ed.* i *D. 28.8.7 Ulp. 60 ad ed.*, els quals expressaven que la *deminutio sit interdicta*, connectava amb les conseqüències jurídiques derivades del decret del Pretor, i que, per poder-les realitzar, el pròdig havia de fer-les, sota la intervenció del seu curador.

- Aquesta declaració, només podia ser modificada per una altra resolució dictada pel Pretor.

El professor d'Ors va presentar una tesi minoritària expressant una crítica, ja que segons ell: «la incapacitació del pròdig amb l'excusa de defensar les expectatives hereditàries dels seus fills resulta contradictòria, amb la, al seu judici, absoluta llibertat de disposició –tant inter vius com mortis causa– que originàriament es va reconèixer als *cives Romanii*». Ja que només es podria justificar en un ordenament jurídic que limités la llibertat de disposició del paterfamilias sobre els seus béns, i que conegués i practiqués la successió forçosa material, obligant al testador, no només a mencionar als seus hereus (*heredes sui*) sinó a deixar-les una determinada quota de béns, adquirint justificació jurídica amb una mentalitat a la que correspon la *querela inoficiosi testamenti* (queixes/demandes descortès del testament)³⁷.

La recuperació de la capacitat d'obrar calia un altre «*decretum*» del Pretor o de l'autoritat competent³⁸.

³² DOMINGUEZ TRISTÁN, Paula «El pròdigus su condición jurídica...» p.144. CEDECS 2000. Barcelona

³³ D. 28.1.18, (Ulp. 1. Sab: Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure no valet...)

³⁴ Ulp. Ep. 20.13

³⁵ D. 10. 27.10. Julià pr.

³⁶ DOMINGUEZ, TRISTÁN, Paula «el pròdig y su condición jurídica...» p.154. CEDECS 2000. Barcelona

³⁷ <https://app.vlex.com/#vid/prodigalidad-derecho-romano-407365762>

³⁸ FERNÁNDEZ BUJÁN A. «Derecho Romano Privado» Ed. Iustel. 2017 Madrid, p.212

2.4. El Pretor

La figura del Pretor apareix a les *Lleis Licinias Sextias*³⁹ a l'any 367 aC. amb el nom de *collega minor* que actuava al costat dels còsols, aquests eren els encarregats d'administrar justícia. La durada d'aquesta magistratura estava assignada en un any, durant aquest període el Pretor no podia assumir ni la tutela ni la curatela, com tampoc podia defensar una causa pròpia, fins acabada la seva magistratura, així com actuar contra els seus deutors, i també aquests contra ells⁴⁰.

Paulo va descriure el Dret aplicat pel Pretor com: « .. *decisiones de dret natural, i en segon lloc, que tots o en la majoria dels casos per cada estat per ser útil com un dret civil o menys (4) es diu un dret civil és el dret honorari ...*».

A ell, li devem l'acció que feien els familiars quan demanaven ajuda al Pretor per protegir-se de les actuacions fetes pel seu parent malgastant el patrimoni i afectant-les a ells directament: «*el mateix que el pretor va concedir l'acció⁴¹ en nom dels membres d'un municipi, entén que també ha de concedir-la contra ells. Crec que ha de concedir-se acció contra el municipi inclòs al llegat que va gastar diners en una gestió pública*».

La feina que exercia el Pretor consistia, entre altres, la de dictar ordres i fer-les complir. Aquestes ordres es coneixien amb el nom d'interdictes que estaven dirigides a solucionar una controvèrsia en el termini més curt possible⁴², i es dividien en: prohibitoris, exhibitoris i restitutoris.

Cap l'any 242 aC. es crea una doble vessant del Pretor dirigida a dirimir les controvèrsies ocasionades pel *comercium* que es desenvolupa en aquesta època, i sorgeix:

- 1) La figura del *Prætor peregrinus*⁴³ encaminat a resoldre els litigis originats entre els estrangers i els ciutadans romans i els estrangers mateixos, aplicant l'*ius gentium*⁴⁴.

³⁹ JOAN MIQUEL. «Historia del Derecho Romano» p.36. PPU Barcelona. 1995

⁴⁰ D.5.1.48 Paulo, Respostes, llibre II

⁴¹ <http://deontos.blogspot.com.es/2009/03/digesto-libro-iii.html>

⁴² FERNANDEZ Buján A., p. 161 i 162 «*Derecho Romano Privado*» Ed. Iustel, Madrid 2017

⁴³ D.1.2.28 in fine

⁴⁴ Ius Gentium = dret romà aplicable als estrangers

D.1.2.28 «...perquè un gran nombre d'estrangers van venir a la ciutat va ser creat un altre Pretor, que va ser anomenat Pelegrí i que era per aplicar el dret als estrangers ».

- 2) El Pretor original passaria a anomenar-se *Prætor urbanus* que seria l'encarregat de dirimir les controvèrsies ocasionades entre els romans aplicant *l'ius civile*⁴⁵.

El Pretor pelegrí administrava *l'ius gentium* que era el dret dels estrangers, mitjançant el procés formulari, eren unes petites fòrmules, caracteritzat per la novetat que representava, el Pretor l'adaptava al contenciós que es litigava, encaminat a regir les relacions entre els estrangers. Aquest procediment es va anar ampliant als ciutadans romans, cosa que va ser permesa per la *Lex Æbutia* de dret civil (any 130 aC) i la *Lex Iulia* que va derogar les *legis actiones* i el procés formulari va ser, l'únic, reconegut per a tot el Dret Romà.

El dret pretorià o *honorarium*⁴⁶ era el que administrava el magistrat de manera gratuïta i la durada era anual. Per aquest motiu, cada vegada que entrava un nou pretor, dictava el seu edicte, creant el Dret Pretorià, alguns pretors van afegir comentaris amb la idea d'ajudar, suplir o corregir *l'ius civile*⁴⁷ o feien de nous, fins a l'*Edicte Perpetuum*, que va redactat el jurista Salvi Julià sota el mandat de l'Emperador Adrià (any 130 dC) donant per acabada la feina creadora del Dret pel Pretor.

Els Edictes que dictava el Pretor eren unes normes dirigides a seguir en la seva magistratura en relació amb la protecció jurídica judicial i administrativa, que van ser comentats pels grans juristes com van ser el cas d'Ulpià que va escriure: 81 llibres *ad edictum prætoris*, 2 *ad edictum ædilum curulium*⁴⁸.

El Pretor va estendre el concepte de prodigalitat a tot tipus de conducta que consistís en malbaratament i dilapidació del patrimoni, amb independència de la seva naturalesa i procedència dels béns dilapidats⁴⁹. Segons d'Ors, podia ser declarada prodiga qualsevol subjecte que tingues persones depenent econòmicament d'ell.

⁴⁵ *Ius civile* = dret romà aplicable als romans

⁴⁶ D. 1, 2, 2, 10.

⁴⁷ IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano» p. 43. 18a. ed. Selloeditorial, Barcelona- 2010

⁴⁸ IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano» p. 147, 18ª ed. Selloeditorial, Barcelona-2010

⁴⁹ DOMINGUEZ TRISTÁN Paula, Op. Cit., p.82 « El prodigus... » CEDECS Barcelona

2.5. La Declaració de la Prodigalitat en el Dret Romà

Pel que fa a la declaració de la Prodigalitat, el Pretor dictava una ordre, amb caràcter provisional administrativa urgent⁵⁰ que estava determinada a prohibir una conducta, sota el supòsit hipotètic d'una realitat com era la pèrdua de patrimoni a mans del presumpte pròdig, el que vol dir, és que no era una declaració automàtica de prodigalitat, sinó que era una mesura encaminada a protegir els seus béns, ja que no era una resolució definitiva.

Era una mesura dissuasiva, on el presumpte pròdig podia acatar-la, si l'acatava passava a ser definitiva, però si el subjecte al que anava dirigit aquesta prohibició «*interdictio*⁵¹ d'*administrar els béns*» no l'acceptava, com ja hem dit, que la prodigalitat està basada en la habitualitat, el presumpte pròdig no obeïa l'ordre del Pretor, aquest dictava una resolució anomenada «*decretum*⁵²» amb la qual li prohibia, a més, de l'administració del seu patrimoni, l'exercici del comerç: «*comercio interdicto*».

El «*decretum*» es relacionava amb les resolucions de caràcter positiu, com: restituir o exhibir, tot el contrari amb «l'*interdictum*» on el seu contingut era negatiu o prohibitori⁵³. En la declaració de prodigalitat, la prohibició anava dirigida a l'administració dels seus béns, imposant-li un curador elegit entre els seus familiars més propers, que eren els agnats, cas que aquests no poguessin o el pròdig no tingués aquests familiars disponibles, passava als gentils⁵⁴.

Aquesta qüestió va ser tractada per Paulo a les seves «*Sentencies*⁵⁵», on va quedar palès que, la declaració de prodigalitat que duia a terme la prohibició d'administrar els seus béns i deixar d'actuar en el comerç havia de ser mitjançant un «*decretum*», i la recuperació de la capacitat perduda, havia de ser formalitzada igualment amb un nova resolució «*decretum*», que li retornés al seu estat anterior, donant-li la plenitud de la capacitat d'obrar.

⁵⁰ IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano» p. 147, selloeditorial. Madrid -2010

⁵¹ IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano» p. 212, selloeditorial. Madrid -2010

⁵² FERNANDEZ DE BUJAN, A. «Derecho Privado Romano» p. 212, 10a ed., Madrid 2017,

⁵³ FERNANDEZ DE BUJAN, «Derecho Privado Romano» p. 164, 10a ed. Madrid 2017

⁵⁴ Tit ex corp Ulp. 12,2; Iust Inst. 1,23,3.

⁵⁵ Paul.Sent.. 3,4-a,7

Troblem la frase que va dictar Paulo⁵⁶ a les seves *Sententiæ*, eren unes paraules que feia servir el Pretor per declarar la Prodigalitat, com:

«*Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberos que tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi eare commercio que interdico*»*.

*«*Ja que amb la teva ineptitud dilapides els béns paterns i condueixes als teus fills a la pobresa et retiro el poder de disposició d'ells*».

Aquestes paraules eren, segons va descriure Cf. Rudolph Sohm⁵⁷, (Instituciones, op. Cit p. 303) on dictava que: «*la cura prodigi es remunta a les XII Taules i recau sobre els pròdigs, subjectes a interdictio, és a dir, que se'ls prohibia de l'administració del seu patrimoni i el commercium aquí dilapida els béns heretats pel seu pare*».

Quan les persones calien o volien fer un negoci jurídic, i una de les parts estava vetada a realitzar-lo, en aquell moment era quan actuava el representant (curador)⁵⁸. Aquest representant necessari o legal, provenia d'una resolució «*decretum*» dictada pel Pretor, per assistir al pròdig en la realització del negoci.

Els actes que no contemplava el «*decretum*», com adir una herència, el pròdig la podia acceptar sempre que fos avantatjosa per ell i els seus parents, mai *damnosa*⁵⁹. Aquesta és una conclusió treta de D. 29.2.5.1 feta per Ulpia i que demostra que el pròdig tenia una posició jurídica privilegiada davant altres figures com la del *furiosus* o la del *pupillus infantia minor*, que no se'ls permetia tal acte.

⁵⁶ PS. 3.4-7

⁵⁷ Cf. SOHM RUDOLPH

https://books.google.es/books?id=XTF_BgAAQBAJ&pg=PT2721&lpg=PT2721&dq=Quando+tibi+bona+paterna+avitaque&source=bl&ots=2IOgMZrckJ&sig=6G5Hlq756krsVYliUeF9yQ2gVQQ&hl=ca&sa=X&ved=0ahUKEwj3s2XvrnaAhVKbRQKHcXHC0MQ6AEIKTAA#v=onepage&q=Quando%20tibi%20bona%20paterna%20avitaque&f=false

⁵⁸ FERNANDEZ BUJAN ANTONIO, «Derecho Privado Romano» p. 298, ed 10a Madrid. 2017

⁵⁹ DOMINGUEZ TRISTÁN, Paula «El prodigus y su condición jurídica...» p.169 CEDECS. 2000, Barcelona

2.6. La cura prodigi

Dintre del Dret Romà, les XII Taules es trobaven recollides les dues institucions de protecció i d'assistència, com eren la tutela i la curatela, que van ser creades per substituir i complementar a les persones que tenien minvada la seva capacitat d'obrar i que havien d'exercir els parents més pròxims com eren els agnats. En el cas que aquests no existissin o no poguessin exercir la tasca encomanada pel Pretor, aquesta passava als gentils, que realitzaven unes funcions bàsiques d'auctoritats⁶⁰ i de gestió negotiurum.

La primera institució de protecció és la tutela que exercia un poder i una potestat sobre una persona que per la seva edat o circumstàncies no podia valer-se per si mateixa. La segona és la *cura* que estava dedicada a complementar la capacitat d'obrar que es trobava limitada per la malaltia com era el cas de la *cura furiosi*⁶¹ i per la mala administració com era la *cura prodigi*, coexistent amb la *cura dels minores*, que va ser posterior.

La *cura prodigi*, forma part d'aquest estudi, era una institució jurídica vinculada a la declaració de prodigalitat, que els juristes encomanats per l'Emperador Justinià van incloure al Digest⁶², com va ser el cas de l'insigne jurista Ulpià, proclamant que al pròdig se l'havia de nomenar un curador per controlar els seus béns i remarcant la seva inclusió a les XII Taules, i que va definir al dictar: «...*si trobem qui no és capaç dur compte del temps i límit de les seves despeses, sinó que s'arruïna dilapidant i malgastant els seus béns, nomenar-li un curador a exemple del que es fa amb el boig, i quedaran ambdós sota curatela en tant el boig no hagi recuperat la seva cordura o aquest altre els bons costums, ocurrent el qual deixin d'estar de propi dret en potestat de curadors...*⁶³».

En un principi aquesta figura va ser introduïda pel costum, amb la transformació en llei, va ser adoptada pel Dret honorari o Dret del Pretor dirigida als subjectes incapaçs d'administrar el seus béns, i amb la finalitat de protegir altres subjectes que realitzaven negocis jurídics i que no resultessin perjudicats per persones que no estaven autoritzades per actuar en tals actes, i que havien de ser assistides en l'administració del patrimoni i en

⁶⁰ auctoritas = autorització que donava el tutor/curador

⁶¹ dedicada als malalts mentals

⁶² D.27.10.1 pr. (Ulpià 1.Sab) p. 290

⁶³ DOMINGUEZ TRISTÁN Paula, El prodigus y su condición jurídica...» Ed. CEDECS, 2000 Barcelona p.83

l'exercici del comerç per tal d'obtenir una seguretat jurídica en els negocis dels comerciants.

La figura del curador venia donada per la voluntat expressada en un testament, (curador testamentari), quan provenia de la determinació⁶⁴ de la llei (curador legítim) i si eren assignades pel Pretor, (curador datiu o atilià). Segons Paulo, la persona més idònia per tenir la curatela dels béns d'un pare era el seu propi fill⁶⁵, aquesta afirmació coincidia amb la que va fer Ulpià⁶⁶ en reconeixement al rescripte d'Antonino Pio, que donava la curatela al fill, aquesta només es podia negar en cas que el fill no fos una persona honorada.

La tutela dativa va sorgir a partir de la *Lex Atilia* i les *Lex Iulia i Titia*, era concedida pel pretor tutelarís (*urbanus*) i va ser adoptada per la curatela, passant a ser la curatela dativa, que era l'encarregat dels assumptes dels ciutadans romans⁶⁷. Tant la curatela dativa com la legitima estaven vinculades al *decretum* sobre els béns del pròdig⁶⁸. Ja, *Ulp. Ep 12.3* va manifestar que el Pretor assignava lliurement el curador: «*el pretor constituïa un curador, a qui el volia*», «*...pròdig...testament dels pares hereta fa mal dissipant els béns*»⁶⁹.

Així mateix, Gai va recollir la curatela dativa, dient que el Pretor podia donar la curatela a una persona distinta de la que havia estat legitimada per testament, si el creia que aquella persona no era idònia per portar l'administració⁷⁰. Com també va contemplar la declaració de prodigalitat, per raons d'interès públic:... «*male enim nostro iure uti non debemus que ratione et prodigus interdicitur bonorum suorum administratiu*»⁷¹.

El Pretor tenia l'obligació de nomenar un curador amb plenes facultats, i no fer-ho de manera temerària, era molt important, triar-lo sense prèvia *cognició de causa* (coneixement de causa), ja que havia persones que fingien estar bojos amb la finalitat de lliurar-se de les càrregues civils⁷².

⁶⁴ IGLESIAS J. Derecho Romano p.378

⁶⁵ D.27.10.2 (Paul.1 de off. proc.)

⁶⁶ D.27.10.1 in fine (Ulpià l.Sab)

⁶⁷ MARTINEZ DE MORATIN M^a Lourdes «*de la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psiquico en el derecho actual*» (A propósito de STS de 20 de noviembre de 2002 p.19

⁶⁸ DOMINGUEZ Paula, «El prodigus y su condición jurídica», p. 84-85CEDECX ED. Barcelona 2000

⁶⁹ DOMINGUEZ Paula, «El prodigus y su condición jurídica». P.82-83CEDECX ED. Barcelona 2000

⁷⁰ D.27.10.13. (Gai. 3 ed. Prov.)

⁷¹ Gai. l. 1.53 = *el que fa mal al nostre dret, queda prohibit en l'administració dels seus béns*

⁷² D.27.10.6 (Ulp. 1 de omn. Trib)

2.7. Les accions processals de la *cura prodigi*⁷³

Acabada la curatela, es podien utilitzar unes accions provinents de la tutela, que van ser adaptades per aquesta institució: *l'actio de rationibus distrændis*, *l'actio tutelæ* i *l'actio tutelæ contraria* i *l'actio negotiorum gestorum directa (pròdig) i contraria (curator)*.

*L'actio de rationibus distrændis*⁷⁴: (D.26.7.55.1), contemplava la rendició de comptes: el pròdig reclamava al curador, per si hagués malversat els seus béns. Aquell podia demanar amb l'acció el *duplum* del perjudici ocasionat, amb la indemnització corresponent. La fórmula era la següent:

<p>«<i>Si paret Numerium Negidium Auli Ageri curator esset, vas argentum cælatum, pondo tot, ex bonis Auli Ageri abtulisse, quanti ea res est, <eius iudex> tantae pecuniae in duplum Numerium Negidium Aulo Agerio condemn, si non paret absolvito</i>⁷⁵»</p>	<p>«<i>Si resulta que Numerius Negidio, quan fou curador d'Aulo Agerio va sotraure dels béns d'Aulo Agerio un got de plata cisellat de tants lliures, <tu, jutge> condemna al doble quant valgui l'assumpte a Numerio Negidio, sinó resulta així absolut</i>».</p>
---	--

*L'actio tutelæ*⁷⁶ creada per la Llei *Atilia* (curator datiu) a l'any 210 aC, era una acció de responsabilitat que exigia el pròdig contra el curador, dirigida a reclamar els beneficis obtinguts o la reparació dels danys ocasionats mentre havia exercit el curatela. La fórmula era la següent:

<p>«<i>Quod Numerius Negidius Auli Ageri curatela gessit, quidquid ob eam Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium a Aulo Agerio, condemna, si non paret, absolvito</i>».</p>	<p>«<i>Ja que Numerio Negidio va administrar la curatela d'Aulo Agerio (pròdig), tot el que resulti d'aquesta causa que ha de donar o ha de fer Numerio Negidio a favor d'Aulo Agerio segons la bona fe, tu, jutge, condemna a Numerio Negidio a favor d'Aulo Agerio, si no</i></p>
---	---

⁷³ BETANCOURT Fernando «Derecho Romano Clásico», p.455 i ss, 4a. ed, 2010

⁷⁴ BETANCOURT Fernando. « Derecho Romano Clásico», 4a ed. 2010 p.455 i ss.

⁷⁵ RUDORFF, EP (1869) p.132 i LENEL, EP (1927) p.320

⁷⁶ FERNANDEZ BUJAN, A. «Derecho Privado Romano», P. 208 , 10 ed. .IUSTEL Madrid 2017

	<i>resulta així, absol-li».</i>
--	---------------------------------

L'*actio tutelæ contraria*⁷⁷ va ser inclosa en la curatela, per solucionar el detriment sofert en el patrimoni del curador. Amb aquesta acció⁷⁸, el curador podia reclamar al pròdig les despeses o la reparació dels danys ocasionats mentre va realitzar la tasca ordenada pel Pretor. La fórmula era la següent:

<i>«Quod Aulus Agerius Numeri Negidi curatelam gessit, quidquid obe am Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito».</i>	<i>«Ja que Aulo Agerio va administrar la curatela de Numerio Negidio (pròdig), tot el que resulti per aquesta causa que ha de donar o ha de fer Numerio Negidio a Aulo Agerio segons la bona fe, tu, jutge, condemna a Numerio Negidio a favor d'Aulo Agerio, si no resulta així absol-li».</i>
--	---

L'*actio negotiurum gestorum*⁷⁹ directa (pròdig) i *contraria* (curator): aquesta acció contemplava la clàusula edictal que es refereix a l'acció de negocis sense mandat⁸⁰. Aquesta clàusula contenia uns termes molt amplis, com la gestió dels negocis en els casos de protecció a les persones, (els negocis d'un difunt, d'un absent), i fins i tot, la representació processal en el cas del procurador, etc. La fórmula que dictava el Pretor era:

<i>«Ait Prætor: Si quis negotia Alterius, sive quis negotia quæ Cuisque, cum is moridor, fuerint gesserint, iudicium eo nomine dabo»</i>	<i>«Diu el Pretor: «Donaré acció quan algú hagués gestionat els negocis d'altri, o els negocis pendents propis d'un difunt».</i>
--	--

L'*actio negotiurum gestorum* es donava en funció directa, sense haver donat cap mandat, exigint, la responsabilitat al gestor, i en funció *contraria* quan era el gestor el que demandava al pròdig exigint la indemnització per les despeses ocasionades per la gestió. El pròdig està legitimat activament a l'*actio negotiorum gestorum*. La fórmula era la següent:

⁷⁷ D. 27.4.1 «Títol IV, sobre l'acció de tutela *contraria*» (Ulp. 36 ed.) + BETANCOURT p. 457

⁷⁸ BETANCOURT Fernando. «Derecho Romano Clásico», 4a ed, 2010 p. 457

⁷⁹ D. 27.5.1 «sobre la gestió de negocis de procurador» (Ulp. 36 ed.)

⁸⁰ D. 3,5,3 pr (Ulp 10 ad ed)

<p><i>«Quod Numerius Negidius negotia) Auli Ageri gessit, qua de re agitur quidquid ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito».</i></p>	<p><i>«Ja que Numerio Negidio (curador) va gestionar els negocis d'Aulo Agerio (pròdig), en tot el que resulti per aquesta causa que ha de donar o ha de fer Numerio Negidio a favor d'Aulo Agerio si no resulta ser així absol-li».</i></p>
--	--

Pel que fa al curador, la legitimació activa de *l'actio negotiurum gestorum contraria* contra el pròdig, era pel detriment personal propi que l'havia pogut ocasionar la gestió del negoci o negocis, la fórmula processal era la següent:

<p><i>«Quod Aulus Agerius negotia Numeri Negidi gessit, qua de re agitur quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito».</i></p>	<p><i>«Ja que Aulo Agerio (curador) va gestionar els negocis de Numerio Negidio (pròdig), en tot el que resulti per aquesta causa que ha de donar o ha de fer Numerio Negidio a Aulo Agerio, segons la bona fe, tu, jutge, condemna a Numerio Negidio a favor d'Aulo Agerio, si no resulta ser així absol-li».</i></p>
--	--

Les fórmules de *l'actio tutelæ*, i de *l'actio negotiurum gestiorum* fan referència a *l'oportet ex bona fide*, que eren pròpia de les fórmules processals dels contractes, on la gestió dels negocis s'aproximava al mandat, a l'època justiniana es tipificarà com a «*quasicontracte*» en quant obligava recíprocament tant al curador com al pròdig, en el cas de la curatela i altres actes jurídics de representació sense mandat. A l'època postclàssica, les regles de la tutela s'estenen a la curatela fonamentalment com la remoció, les excuses, etc.

3.2. Les *excusationes* dels curadors

L'*excusatio* era una figura que contemplava la tutela amb una sèrie de raons per tal de no adquirir la condició de tutor, aquestes raons van ser adoptades per la curatela amb el mateix sentit. Per tant, quan la persona assignada pel Pretor com a curador, si aquest no volia o no podia adquirir aquesta condició, expressava les següents raons:

- No podien ser elegits com a curadors⁸¹: ni els libertos⁸² orfes (de pare i mare), ni el promès de la seva promesa.
- La quantitat de fills homes, depenen del lloc on vivien⁸³: A Roma: tres, a Itàlia: quatre, a les províncies: cinc. Els nets, quan aquests foren els successors del seu pare, (no en el cas dels fills d'una filla). Es partia d'un càlcul on s'havia de tenir en compte els fills vius i els morts perduts⁸⁴ a l'exercit per les guerres, aquests últims es consideraven que vivien perpètuament degut a la gloria que se'ls concedia.
- Amb la promulgació del Rescripte de Marc Aureli i Comodo: es dispensava a una persona d'exercir la curatela a les persones que estaven encarregades del subministrament de blat⁸⁵.
- En absència del curador per defensar la república, el temps que estigués fora s'anomenava a un altre curador. Papinià va dictar en les seves *Respostes* que el curador al tornar a la ciutat, s'havia de fer càrrec de les càrregues adquirides abans de l'absència, tornava a ser curador del pròdig que tenia assignat, sempre que no hagués passat el termini que tenia adjudicat i es tingues que nomenar amb un altre curador.
- El fet d'existir una controvèrsia sobre una herència o sobre els béns patrimonials entre curador i pròdig. Tanmateix no estava permès que existís una aversió entre el pròdig i el curador, o una enemistat encara que fóra amb el seu pare.
- Tenir tres tuteles o tres curateles ja assignades, sempre que el curador no l'hagués sol·licitat ser ell, el nou controlador d'una nova⁸⁶.
- El rescripte de Sever i Antonino va establir: que el tutor no podia ser compel·lit com a curador contra la seva voluntat, mentre que el marit donat per curador a l'esposa, es podia excusar encara que controlés la curatela.

⁸¹ D.27.1.1 (Mod. 1 excus., en grec)

⁸² Un liberto era un subjecte que havia aconseguit ser lliure a través de la manumissió, (havia nascut esclau).

⁸³ D.27.1.2 (Mod. 2 excus, en grec)

⁸⁴ D. 27.1.7 (Ulp. 29 ad leg Iul et Pap.)

⁸⁵ D. 27.1.26 (Paul., de excus.)

⁸⁶ D.27.1.5 (Ulp. De off praet. Tut. = Frag. Vat.190)

- Quedaven incloses com a excusa: la malaltia del curador, ja que no podia ni administrar llurs béns, la pobresa⁸⁷, l'edat⁸⁸ no podia sobrepassar els 70 anys..
- Tampoc estaven permeses l'exercici de certes professions per a ser curador, com a: metges, gramàtics, sofistes, retòrics, etc⁸⁹. L'Emperador Antonino Pio va escriure una «*Epistola*» dirigida al comú d'Àsia, que deia: «*les ciutats menors poden tenir cinc metges eximits de càrregues, tres sofistes i altres tants gramàtics. Les ciutats una mica més grans, set que exercissin la medicina i quatre que ensenyessin cadascun dels dos ensenyaments. Les ciutats més importants, deu metges, cinc retòrics i altres tants gramàtics. Mes enllà d'aquest número no doni exempció ni en la ciutat més gran*⁹⁰». Recollit al D.27.1.6 (2).

La tutela va introduir una diferència molt important, vetava per a ser tutor una persona que fóra incapaç de llegir, mentre que, per la curatela no era cap obstacle el dur a terme l'administració dels negocis amb aquest impediment: «*Similiter eum, qui literas nesciret, excusandum esse divus Pius rescripsit, quamvis et imperiti literarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere*⁹¹». Una afirmació corroborada, si tenim en compte que, per a fer negocis es feia de manera verbal, *stipulatio*⁹², demostrant que en diferents èpoques no calia que el curador sàpigues llegir, ja que fins a l'època justiniana no es va convertir en un contracte escrit (*cautio, instrumentum, scriptura*)⁹³.

Els motius per excusar-se se'ls donava uns 50 dies per fer-ho, a través d'un recurs d'apel·lació des que van ser nomenats els que vivien en un radi⁹⁴ de menys de 100 milles romanes⁹⁵, cas de ser superior se'ls afegia 30 dies més, presentaven les al·legacions que creien més idònies per aconseguir l'excusa per revocar el nomenament. El curador que hagués apel·lat contra el seu nomenament i hagués estat declarat injusta la seva apel·lació, o que l'excusa no hagués estat admesa, quedava obligat a fer-se càrrec de l'administració⁹⁶. Hi havia persones que presentaven falses al·legacions perquè fossin excusats; i, a més, que no s'acceptaven, tampoc quedaven lliures de la càrrega.

⁸⁷ D. 27.1.7 (Ulp. excus. = Frag. Vat.185,240).

⁸⁸ D. 27.1.2 (Mod. excus.pr = Frag. Vat.185,240)

⁸⁹ D.27.1.6 (Mod. 2 excus, en grec)

⁹⁰ D.27.1.6 (Mod. 2 excus, en grec)

⁹¹ I.1.25,8

⁹² Stipulatio = contracte verbal

⁹³ COCH, NURIA. «La fórmula estipulatoria. Una aproximación del lenguaje directo en el Digesto», p.8

⁹⁴ D. 27.1.13 (Mod. Excus, en grec)

⁹⁵ milla romana = a mil pasos, cada pas = dos pasos actuals

⁹⁶ D.26.7.20 (Ulp. 5 de off. proc.)

2.9. La *remotio* dels curadors

La remoció dels curadors era una clàusula de l'Edicte⁹⁷ realitzada pel Pretor a Roma, així com a les províncies era un treball assignat als governadors de les mateixes, on rebien les acusacions del possible sospitós. Les XII Taules ja contemplaven aquesta figura, es parlava de l'*actio suspectis curatoris*, que era com la garantia de la gestió prestada.

Sever i Antonino van dictar un *Rescripte* on deixava l'acció pública de l'acusació com a sospitós de no fer bé la seva tasca de curador a qualsevol persona que estigués implicada per estima, en protegir a la persona curatelada, aquestes persones podien ser⁹⁸: la mare, germana o una dona que pogués expressar amor per a la persona protegida, en aquests casos el Pretor admetrà l'acusació.

Aquesta remoció anava dirigida a qualsevol tipus de curador testamentari, legítim, etc. El curador al cocurador tant si hagués deixar de ser-ho com si continua sent-ho. D. 26.10.3. (*Ulp..35 ed.*) (3) «...*Sinó també curador del pròdig podia ser remogut com a sospitós*⁹⁹». Quan la remoció es feia per dol, el curador al que se l'acusava obtenia la infàmia, que era com perdre l'honor o la reputació, que estava lligada al status ciutadà, que podia afectar-li en la seva vida personal, no només, quan a la curatela, sinó que, fins que no acabava el judici se'l prohibia l'administració.

S'havia incoat el judici de sospitós i el curador moria, també ho feia la causa. Quedaven tant marcats que el curador que emprava una curatela de manera fraudulenta, se'ls podia condemnar, encara que haguessin presentat una caució o garantia¹⁰⁰, ja que amb la seva actuació encara es dilapidava més el patrimoni del pròdig.

El costum de jutjar al curador que fóra sospitós, per només en la manera d'emprar les seves accions, no pel fet de ser pobre, però, el que si que calia era demostrar que era fidel i diligent; llavors no se li practicava la remoció i podia continuar la seva tasca d'administrador, complementant al pròdig, assignat pel Pretor.

⁹⁷ D.26.10.1 «Sobre els tutors i curadors sospitosos» (*Ulp. 35 ed.-2-3= Inst.1,26 pr.*)

⁹⁸ D.26.10.1 (*Ulp.35 ed.-Inst.1.26 pr*)

⁹⁹ D.26.10.3. (3) (*Ulp.35 ed.*)

¹⁰⁰ I.1.24,2

3. Contextualització de la figura de la prodigalitat en el Dret Civil Català

Per poder entendre aquesta institució actualment, hem de vincular el Codi Civil Català¹⁰¹, (endavant CCC) que conté la Llei amb la normativa material que la regula amb la Llei d'Enjudiciament Civil¹⁰², (en endavant LEC) que és l'encarregada de les normes processals, determinant la relació jurídica entre l'Administració de Justícia i les parts.

El Dret positiu no contempla la definició de prodigalitat¹⁰³, encara que sigui coneguda com la que vam rebre del Dret Romà, amb la seva característica essencial de la habitualitat d'un comportament dissipador: *«un subjecte de dret que dilapida el seu patrimoni en detriment de la seva família a la que se'l constituirà una curatela per complementar les actuacions que va ser vetat»*.

Hem d'anar a la jurisprudència, i trobarem en diferents sentències el concepte de prodigalitat:

1. El Magistrat José Castán Tobeñas el 25 de març de 1942 va definir com: *«la declaració de prodigalitat, més que caràcter sancionador, té el de una mesura preservativa o preventiva del perill o risc de ruïna»*.

2. La Sentència¹⁰⁴ SAP Barcelona, que defineix la prodigalitat: *«com una conducta falta de contenció de la persona que habitualment dissipa o compromet seriosament el seu patrimoni, dins de l'àmbit econòmic. Caracteritzada pels actes o l'actitud de la persona mostren un nul o molt deficient control de les despeses fins el punt de posar en perill la seva situació econòmica o la de la seva família, quan s'adverteix l'existència d'un perill o d'un perjudici per la forma que l'individu gestiona de forma lleugeresa i desordenada els béns que disposa, compromentent seriosament la conservació del seu patrimoni»*.

3. El Magistrat ponent Antonio Fernández Carrión va deixar palès el concepte de prodigalitat al Fonament Jurídic Primer de la SAP de Còrdova¹⁰⁵, dictant: *«conducta socialment condemnable de la persona que de manera habitual posa en risc injustificat el seu patrimoni, en perjudici de la seva família més íntima (cònjuges, descendents i ascendents). Es evident que el significat que té en la seva ment el legislador es que prenent*

¹⁰¹ CCC: arts 211 i segts

¹⁰² LEC: arts. 756 i següents

¹⁰³ INVESTIGACIÓ: «Les Institucions de protecció en el Dret Civil Català», BOSCH E., VAQUER A., del POZO. 2010 Barcelona, p.88

¹⁰⁴ SENTÈNCIA SAP, secció 18ª, 26.02.2008

¹⁰⁵ SENTÈNCIA N° 223/2003 DE AP CÒRDOBA, SECCIÓ 1ª, 29.04.2003.

com a base la jurisprudència consolidada es pot dir que pròdiga és la persona que de forma habitual gasta patrimoni de forma desordenada i irreflexiva. El pròdig no és un incapacit en el sentit de l'art. 200, és a dir, no pateix deficiències físiques o psíquiques que l'impedeixin governar-se per sí mateix, si la seva conducta desordenada en la seva esfera patrimonial fora deguda a aquelles malalties haurà de ser incapacitat, per això és contradictori que qui és capaç de governar-se per si mateix, sigui però, sotmès a una restricció de la seva capacitat d'obrar. En resum, la prodigalitat suposa la realització, de forma reiterada, d'actes de contingut econòmic desproporcionats tant en la relació amb el volum patrimonial del qui els realitza com amb la finalitat perseguida que el conjunt de la societat considera inapropiats. Per això la conducta aïllada o la realització d'actes de cost econòmic és desigual amb el resultat obtingut però que estan justificats no determinen la qualificació de prodigalitat. Això és un concepte relatiu, no hi ha cap mòdul o arquetip de prodigalitat; la seva determinació ha d'emprar-se en cada situació concreta i depenen només de la finalitat de l'acte realitzat, sinó també del volum patrimonial del que el realitza, de manera que si aquell acte no posa en perill les responsabilitats patrimonials en relació a obligacions d'aliments, encara que objectivament sigui desproporcionat o sense justificació, no determinarà la declaració de prodigalitat. Les notes principals i característiques de la prodigalitat... són degudament matisades per la jurisprudència són:

a) Es requereix una conducta habitual «atès que els actes més o menys irregulars o despeses excessives, però aïllats o purament circumstancials no poden ser qualificats com constitutius de la condició jurídica de prodigalitat» (sentència de 25 de març de 1942). B) Que dita conducta sigui essencialment condemnable. El que succeeix quan segons l'opinió comuna, la persona es considerada com «malgastador» «dilapidador dels seus béns», «que consumeix la seva hisenda en coses vanes, inútils o supèrflues», en desproporció amb les seves possibilitats», sense cap finalitat avantatjosa per a ell i la seva família».

4. La SAP Pontevedra¹⁰⁶: «La conducta ha de crear un risc injustificat pel patrimoni, que ha repercutir en perjudici de la seva família més íntima (cònjuge, descendents o ascendents) que percebin aliments del presumpte pròdig o es trobin en situació de reclamar-se-los), el que vol dir que la declaració de prodigalitat no es dona en benefici de la societat, sinó per protegir un interès privat familiar». Aquesta sentència deixa clar qual

¹⁰⁶ SAP Pontevedra, 12.11.2004 (JUR 2006, 23394)

és el bé jurídic protegit: els interessos econòmics referents a l'entorn familiar. No és la persona declarada pròdiga.

5. La STS de 24 d'abril de 2000 (RJ 2000,3378)¹⁰⁷, que presentant la legitimació del cònjuge en ordre a la reclamació d'aliments del pròdig a favor dels fills majors d'edat, no independitzats personal i econòmicament dels pares: «4. *Per quant es refereix a la legitimació dels descendents o ascendents alimentistes, està compresa en ella qualsevol persona emparentada en línia recta amb el presumpte pròdig. Res importa que es tracti de descendents o ascendents matrimonials, no matrimonials (sempre que estigui determinada legalment la filiació) o adoptius*».

Per tant, la conducta habitual, descarta fets puntuals o aïllats, la qual ha de ser susceptible de crear un veritable risc pel patrimoni i, que protegeix persones amb drets d'aliments, considerats indispensables per la sustentació, habitació, vestit, assistència mèdica. A més, contempla l'educació¹⁰⁸ de l'alimentista, tant quan sigui menor d'edat, com quan no hagi acabat la seva formació per causa que no li sigui imputable, entre altres.

El Dret reconeix a totes les persones el principi de presumpció de capacitat, tothom té capacitat, per tant, l'excepció és la incapacitat¹⁰⁹. El CCC distingeix entre els *incapacitats* i els *pròdigs* (art. 223.1) inclosos al mateix article (en endavant art) i separats per l'apartat c) dedicat al pròdig, dintre de la curatela, que regula, que tant uns com altres, només poden ser declarats per sentència i que els designarà un curador per assistir-lis en les necessitats que es vegin afectades per tal resolució (223.3).

La LEC regula als arts. 756 i ss. els processos de modificació de capacitat, amb la facultat d'expressar l'enfocament processal sense alterar, *el contingut substantiu dels anteriors articles que deroga*¹¹⁰. El per què de la protecció del patrimoni del pròdig en benefici de tercers, la resposta pot ser en una addició al joc, que suposi un detriment econòmic per les persones que estan al seu càrrec, l'Ordenament Jurídic té un instrument per impedir les conseqüències negatives de aquestes conductes amb la declaració de la prodigalitat¹¹¹.

¹⁰⁷ IDIBE. CARRIÓN OLMOS S, «*Interés protegido en la prodigalidad y legitimados para instar su declaración*».

¹⁰⁸ LEGALIK, «*Incapacitació judicial per prodigalitat*»

¹⁰⁹ IUSTEL, revista de derecho romano p.1 (17) Fernández de Buján A., 2011

¹¹⁰ CARRIÓN OLMOS Salvador, «*Sección Jurídica*» pdf

¹¹¹ CARRION OLMOS, Salvador, revista española de drogodependencias p. 238

3.1. La persona física: capacitat jurídica i la capacitat d'obrar

La persona física és un concepte jurídic que prové de la dogmàtica alemanya del segle XIX (*Pandectística*), i el CCC la descriu com l'eix de tot l'Ordenament Jurídic civil, la qual s'adquireix la personalitat civil de manera inherent amb el seu naixement i la perdrà amb la mort (art. 211-1 CCC).

El Dret civil català distingeix la capacitat natural, la capacitat jurídica i la capacitat d'obrar. La capacitat d'obrar es fonamenta en la seva capacitat natural, i aquella queda consolidada plenament amb la majoria d'edat, que està fixada en els 18 anys, les limitacions que puguin afectar a la capacitat d'obrar també estan relacionades amb la capacitat natural.

La capacitat d'obrar és la capacitat de voler i entendre, per aquesta raó tant important, no la tenim des del moment del naixement sinó que l'anem adquirint amb el pas del temps i la plenitud arriba amb la majoria d'edat.

La capacitat jurídica és inherent a tota persona des del seu naixement, a diferència amb el Dret Romà¹¹², que pel mer de néixer no es reconeixia, ja que era un privilegi que gaudia el paterfamilias. En l'actualitat la capacitat jurídica: és l'atribució per llei d'un subjecte de ser titular de drets i d'obligacions. Tanmateix en el Dret Romà i en el Dret català: *la capacitat d'obrar és l'aptitud del subjecte d'exercir vàlidament aquests drets i obligacions dels que n'és titular.* (art. 211-3 CCC).

Amb l'arribada a la majoria d'edat, la persona queda habilitada en plenitud, queda consolida la seva capacitat d'obrar, per exercir els actes jurídics amb validesa legal, cosa que no pot fer un menor d'edat que té la capacitat d'obrar limitada i caldrà una substitució de capacitat per poder emprar-los. Altres persones poden tenir minvada la seva capacitat d'obrar per tenir afectades les seves facultats tant de voler com d'entendre, per malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixen governar-se per si mateixes (art.200 CC) i altres que tinguin restringida la seva capacitat d'obrar com és el cas de la prodigalitat.

¹¹² CANTARELLA EVA. «Instituciones e Historia del Derecho...» Tirant lo Blanch. Valencia 2017 p.168

3.2 La situació del pròdig a l'àmbit de la Medicina actual

A l'any 1975 la societat mèdica es planteja si amb la ludopatia ens trobem davant d'una malaltia psiquiàtrica, doncs el resultat és que sí, que està considerada com a malaltia mental ja que és fruit d'una addicció i la Societat de Psiquiatria Espanyola, l'emmarca dintre del seu quadre DSM-IV ludopatia¹¹³, que es la que es coneix com trastorns dels controls dels impulsos.

El plantejament d'aquest enunciat ens porta a tractar d'una manera diferent al pròdig, si tenim en compte, que és un malalt per la seva addició al joc, ja no és un simple concepte de dilapidador, com el que provenia del Dret Romà, que separava el *furiosi* del pròdig.

Des del punt de vista de l'observança a les Sentències actuals, també reflecteixen una disfunció representada en la figura del ludòpata, que necessita cada vegada gastar més diners¹¹⁴ i que, com hem dit, la reiteració o habitualitat és la causa de prodigalitat.

L'estudi realitzat per l'autor Elisardo Becoña Iglesias¹¹⁵, demostra que la ludopatia o joc compulsiu és una malaltia mental, que dur a terme un subjecte amb els seus diners, el que vol dir, és que ens trobem amb una malaltia que crea addicció i per tant, una persona es pot jugar els seus recursos o inclòs la seva vivenda¹¹⁶. Una notícia que va a aparèixer a molts mitjans de comunicació, on una senyora de Murcia va perdre la seva vivenda per un préstec relacionat amb el joc, del seu ex marit¹¹⁷.

Altres estudis, relacionen l'addicció al joc amb altres addicions com és el cas de

¹¹³ **Críteris pel diagnòstic de F63.0 Joc patològic (312.31)**

A. Comportament de joc desadaptatiu, persistent i recurrent, com indiquen almenys cinc (o més) dels següents ítems: 1. Preocupació pel joc (p. ex., preocupació per reviure experiències passades de joc, compensar avantatge entre competidors o planificar la pròxima aventura, o pensar formes d'aconseguir diners amb el que jugar) 2. Necessitat de jugar amb quantitats creixents de diners per aconseguir el grau d'excitació desitjat. 3. Fracàs repetit dels esforços per controlar, interrompre o detenir el joc. 4. Inquietud o irritabilitat quan intenta interrompre o detenir el joc. 5. El joc s'utilitza com a estratègia d'escapament dels problemes o per alleujar la disfòria (p. ex., sentiments de desesperança, culpa, ansietat, depressió). 6. Després de perdre diners en el joc, es torna altre dia per intentar recuperar-lo (tractant de «caçar» les pròpies pèrdues). 7. S'enganya als membres de la família, terapeutes i altres persones per ocultar el grau d'implicació amb el joc. 8. Es cometen actes il·legals, com falsificació, frau, robatori, o abús de confiança, pel finançament del joc. 9. S'han arriscat o perdut relacions interpersonals significatives, treball i oportunitats educatives o professionals degut al joc. 10. Es confia que els altres proporcionin diners que alleugi la desesperada situació financera causada pel joc. B. El comportament de joc no s'explica millor per la presència d'un episodi maníac.

¹¹⁴ <http://www.cop.es/colegiados/m-13641/diagnostico.htm>

¹¹⁵ Iustel revista: Elisardo Becoña Iglesias, «El juego patológico» 2004

¹¹⁶ <http://www.laverdad.es/murcia/lastorresdecotillas/amenazaron-firmara-contrato-20171130181252-nt.html>

¹¹⁷ http://cadenaser.com/emisora/2017/11/30/radio_murcia/1512061152_041510.html

l'alcoholisme. Tenint en compte aquests estudis, la capacitat d'obrar en la que està continguda l'aptitud de voler i d'entendre, queda molt minvada tant la primera com la segona accepció.

Enrique Echeburua i P.J. Amor Andrés¹¹⁸, a través d'un treball científic, intenten precisar i justificar l'oblit que en té el Codi Penal sobre la ludopatia: descrivint tres elements que vinculen la ludopatia amb la prodigalitat:

- L'element quantitatiu: despeses excessives i desproporcionades.
- L'element qualitatiu: unes despeses inútils i injustificades.
- L'element cronològic: unes despeses habituals.

Aquesta ludopatia pot ser fruit d'una addició, el que la converteix en una malaltia reflectida en els criteris diagnòstics del DSM-IV, caracteritzada per un joc sense

¹¹⁸ Enrique Echeburua i P.J. Amor Andrés i J Yuste, «atenuació de la responsabilitat penal en la ludopatia: bases psicopàtiques». p.8

3.3. La declaració de la Prodigalitat a la Llei d'Enjudiciament Civil

És un procediment judicial, contenciós i plenari amb caràcter inquisitiu i amb efectes constitutius que es troba regulat als arts. 756 a 763 de la LEC, al Capítol II del Llibre IV, dintre dels qualificats com a processos declaratius especials. La sentència, cas de ser estimatòria, extingeix una situació jurídica existent i crea una nova condició de la capacitat d'obrar de la persona, limitant-la o prohibint-la, és a dir que produeixi efectes de cosa jutjada, sense que esdevinguin les limitacions que caracteritzen el procés civil sumarial.

Aquests articles contempen quatre procediments: el procés d'incapacitació, el procés de prodigalitat, el procés de reintegració de la capacitat i modificació de l'abast de la incapacitació i l'internament no voluntari per raó de trastorn psíquic¹¹⁹. Amb la funció protectora o tuitiva de l'Estat, representat per l'Administració de Justícia i el MF.

També s'han d'incloure els arts. 749 a 755 LEC, relatius a la capacitat de les persones amb els de la declaració de Prodigalitat, tal com recull la SAP Barcelona 1198/2010¹²⁰, que posen de manifest els principis civils inquisitius, on els principis dispositius i d'aportació de part queden molt atenuats, pels principis inquisitiu i d'investigació, que són els que formen part dels processos especials de modificació de la capacitat.

La competència de la declaració de prodigalitat la té atribuïda el jutge del Jutjat de Primera Instància, que serà el que manifestarà mitjançant una sentència l'extensió i la limitació del subjecte per exercir la capacitat d'obrar que havia adquirit amb la majoria d'edat, sempre que no es tracti d'una prorroga de la Potestat Parental.

Tant el CCC com el CC estatal prohibeixen que ningú pugui ser declarat incapaç o pròdig sinó és per sentència; a més; juntament amb aquesta resolució se li nomenarà un curador que controlarà el patrimoni d'aquest subjecte amb l'ànim d'evitar la continua dissipació o malversació dels seus béns (arts. 222-1.3, CCC i 199 del CC estatal). En aquest procediment la intervenció del MF es preceptiva, (art. 749 LEC).

¹¹⁹ IUSTEL, revista de derecho: «Els procesos sobre la capacitat de les persones» Ed. IUSTEL, Madrid, 2007, AMB ISBN 978-84-96717-46-6, 332 pp. (Sonia Calaza López. Profesora Titular acreditada de Dret Procesal de la UNED) per A. Fernández Buján, p.1

¹²⁰ ECLI: ES:APB:2010:1198, de 02/02/2010

La finalitat que es persegueix amb la declaració de Prodigalitat i el consegüent sotmetiment a una curatela, no és la protecció d'un subjecte, sinó que és un mitja de protecció d'interessos aliens: els del cònjuge i els dels alimentistes. Així és que, la declaració de prodigalitat és la conseqüència del deure d'aliments¹²¹ i de la protecció del patrimoni econòmic familiar.

L'objectiu pot venir a través de la intervenció judicial per evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial en els fills que estiguin sota la potestat parental del presumpte pròdig, adoptant unes mesures cautelars (art. 762 LEC) encaminades a solucionar aquest trasbals¹²². Els fills que no estiguin sota la titularitat de la potestat parental d'un progenitor, perquè aquest estigui privat (art. 236.6.1 CCC) d'aquesta titularitat o exclòs del contingut de filiació (art. 235-14 CCC), igualment el progenitor està obligat a prestar aliments¹²³.

Els principis característics de la declaració de prodigalitat són:

El principi informador del canvi de situació jurídica existent per una altra de nova, referent a la capacitat d'obrar. Art. 199 CC estatal.

El principi inquisitiu i d'aportació de part, que implica un ampli poder de disposició de les parts i del Jutge sobre l'acció i sobre l'objecte del procés, donat el caràcter privat i disponible dels drets que són debatuts en ell.

Degut a la matèria sobre la que recau i a l'interès públic predominant en aquests tipus de processos, presenten uns caràcters que el distancien notablement dels processos civils sumaríssims.

La presentació de la demanda¹²⁴ de la declaració de prodigalitat es troben legitimades:

1. A instància de part: el presumpte incapaç, el cònjuge o situació de fet assimilable, els descendents, els ascendents que percebin aliments del presumpte pròdig o es trobin en situació de reclamar-li o els representants legals. Art.757.5 LEC.

¹²¹ TOLDRA Dolors,

<https://books.google.es/books?id=YnxJRBBWVMC&pg=PA154&lpg=PA154&dq=DOLORS+TOLDRA+I+LA+PRODIGALIDAD&source=bl&ots=zHBQo3c1HA&sig=2VhHTM5wmu2iKjf7gt3mbzezBLM&hl=ca&sa=X&ved=0ahUKEwjZzd6-763aAhWGWbQKHWP4C0AQ6AEINTAC#v=onepage&q=DOLORS%20TOLDRA%20I%20LA%20PRODIGALIDAD&f=false> p.155

¹²² article 236 CCC

¹²³ INVESTIGACIÓ: «Les Institucions de protecció en el Dret Civil Català», BOSCH E., VAQUER A., del POZO. 2010, cap I, 3. 2010

¹²⁴ Art. 757 LEC: «la declaración de la prodigalitat...», també es tindran en compte els articles 12, 13, i 14 de la Convenció

2. D'ofici: el Ministeri Fiscal, (endavant MF), arts.757.5, 6.1.6o, 749, 761.2 LEC sinó existeixen les persones anteriors o no l'hagin sol·licitat, per aconseguir la imparcialitat del jutge, al que només se l'atribueix l'adopció de mesures cautelars i a més amb una actuació d'acord amb el principi de necessitat (legalitat); per tant, no pot haver cap incapacitat extraprocessal (art. 199 CC) sinó que és un procés que ha d'incoar-se quan sigui provable la concurrència d'alguna causa d'incapacitació, sense entrar en valoracions d'oportunitat.
3. Qualsevol persona el pot posar en coneixement del MF, autoritats, funcionaris públics.

La demanda ha de recollir els fets i fonaments de Dret de la seva pretensió de forma exhaustiva (arts. 748, 756 a 763 LEC), amb els documents que calguin per tal d'acreditar les pretensions del demandant, a més de sol·licitar el nomenament d'un curador. S'haurà de presentar davant del Lletrat de l'Administració de Justícia del Jutjat d'Instància, el qual l'examinarà, farà el decret d'admissió i donarà trasllat al MF i a les parts que formaran part d'aquest procés. (Art. 753 LEC). Passats 20 dies, amb l'arribada de la contestació de la demanda (art. 405 LEC), amb la conformitat contemplada (399 LEC) i les dades i circumstàncies establertes a l'art 155 LEC.

El demandat pot comparèixer en el procés amb la seva pròpia defensa i representació. (art. 758 LEC), en el cas que no ho faci serà defensat pel MF, sempre i quan aquest no hagi estat el promotor d'aquesta causa. En aquest cas el Lletrat de l'Administració de Justícia li nomenarà un defensor. El presumpte pròdig ha de comparèixer amb advocat i procurador. Aquest procés s'haurà de substanciar pels tràmits de judici verbal, segons el disposat a l'art. 753 de la LEC, amb les especialitats processals dels arts. 749 i 756 a 760 del mateix text legal. El principi d'oficialitat està contemplat a l'art. 440 LEC, que assenyala els terminis del judici verbal, és a dir, la legalitat per enjudiciar.

El demandat haurà de contestar la demanda en un termini de vint dies (art. 405 LEC) es farà tal com es preveu a l'art. 399, exposant els fonaments de la seva oposició al que demanda l'actor.

La vista i tramitació conforme al Judici verbal, (arts. 437 i ss. LEC), amb el contingut i forma propis del judici ordinari, com la millor manera de poder arribar a esbrinar la

situació, prou complexa que es troba el presumpte pròdig. A més, a través de la immediació de l'Òrgan Jurisdiccional amb competència per emprar la pràctica de la prova, sense poder delegar en altres funcionaris del seu Jutjat, només li competeix amb ell. Tot seguit escoltarà les alegacions presentades per les parts: de l'actor i del demandat.

L'aportació de fets i proves es troben presidides per l'art. 752,1 LEC, a més el Jutge demanarà quantes proves pericials consideri necessàries, i uns dictàmens metges forenses amb caràcter preceptiu(arts. 355 i ss LEC), informes a les autoritats municipals, o a qualsevol subjecte relacionat amb el presumpte pròdig, així com fer indagacions per determinar si concorren les circumstàncies establertes per declarar la prodigalitat, passant a un veritable índex investigador, en raó de l'objecte processal.

Les audiències amb caràcter preceptiu estan dictades per l'art. 759 LEC, les quals les realitzarà el Jutge, escoltant als parents més pròxims del demandat, per esbrinar la situació en que es troba el mateix. També veurà i escoltarà al presumpte pròdig si tingués suficient judici o seny, investigant amb diligència i cura la seva capacitat d'obrar, adaptant a les seves necessitats. Inclòs, si calgués, fer-ho a porta tancada (art. 754 LEC), per tal d'aconseguir una bona finalitat, a més, de protegir la vida privada del subjecte que veurà afectada la seva capacitat. El magistrat (art. 138.2 LEC), dictarà una providència a instància de part o d'ofici sempre respectant la dignitat i la intimitat de la persona, (arts. 355 i ss LEC), I a més, altres persones que el tribunal consideri oportú, testimonis, etc. Aquests actes es faran en presència dels defensors de les parts i del MF. S'acordarà els dictàmens pericials mèdics necessaris i altres mesures previstes per la llei. Si es va sol·licitar en la demanda de prodigalitat el nomenament de les persones que hagin d'assistir o representar.

Quan estem davant d'un presumpte pròdig i que la família s'ha vist perjudicada pel seu comportament patològic ludòpata, s'hauran de presentar els informes preceptius elaborats pel metge de l'hospital que ho hagi pronosticat i del metge forense si també ha estat dictaminat per ell¹²⁵, dita patologia.

¹²⁵ SAP L544/2010-ECLI: APL:2010:544, fonament de dret 3er segon paràgraf

3.4. La sentència de la Declaració de Prodigalitat

El jutge dictarà la sentència (art.760.2 LEC)¹²⁶, declarant la prodigalitat, amb naturalesa constitutiva, atès que crea l'estat d'una situació jurídica inexistente amb anterioritat a ella, produint efectes *ex nunc*, basant-se als arts. 199 CC i 222-1.3 CCC, cas que sigui apel·lada, arribarà a la segona instància, aquí es practicaran les proves (art. 759.2 LEC). Aquesta sentència declarativa de prodigalitat, (arts. 223-4 CCC i 760.2 LEC), determinarà l'àmbit (els actes) que el pròdig no podrà realitzar sense el consentiment de la persona que l'haurà d'assistir en els negocis jurídics i en l'administració del seu patrimoni, a més de quedar anomenada la persona encarregada de la curatela, que serà l'encarregada de donar l'autorització als citats actes. La declaració deixarà establerts els límits i l'extensió, en la qual li caldrà l'assistència del curador, que serà necessària, en el cas de Catalunya, l'art. 222-43¹²⁷ CCC. Mentre no es constitueixi la curatela del pròdig, l'autoritat judicial haurà de nomenar-li un defensor judicial, tal com queda expressat a l'art. 224-1.c). Com estem davant d'una sentència ferma, i com a efecte de cosa jutjada, la prodigalitat és un estat civil, caldrà inscriure-la d'ofici al Registre Civil (arts. 222 LEC i 72.1 LRC) en la localitat on es va dictar la citada sentència i a petició de part podria ser inscrita al Registre¹²⁸ de la Propietat (arts. 775 LEC i 2 LH) o Mercantil (arts. 755 LEC, 214 CCE i 87.4 RRM). La Llei 5/85, de 19 de juliol, del Règim Electoral General, (art. 3.1b i 2), reconeix que un subjecte, que ha estat sentenciat amb la incapacitat per administrar el seu patrimoni, no queda incapacitat per exercir el seu dret d'anar a votar, en cas d'eleccions.

La declaració de prodigalitat és reversible, passat un temps, el subjecte pot estar rehabilitat o pel contrari si han ocorregut unes circumstàncies que han empitjorat el seu estat, caldrà un nou procediment de reintegració de la capacitat o de modificació de l'abast de la nova situació (art. 761 LEC), establint la plena capacitat d'obrar, deixant sense efecte la condició de pròdig, i/o modificant l'abast de la seva incapacitació establerta a l'art. 761.1. Cal unes noves diligències amb les noves circumstàncies sobrevingudes i tornaran a ser legitimades les mateixes persones que van instar la declaració de prodigalitat (art.757.5). Per Tant, el procediment a seguir és el mateix que el va declarar la prodigalitat.

¹²⁶ LEC, art. 760.2:...la sentència que declari la prodigalitat nomenarà a la persona que assistirà...

¹²⁷ Veure article CCC: Art. 222-43. De l'autorització judicial, per atorgar capítols matrimonials i pels actes següents:1. *L'administrador patrimonial necessita autorització judicial per als actes següents:...*

¹²⁸ ARROYO AMAYUELAS E., BOSCH CAPDEVILA E., Dret civil. Part general i dret de la persona» p.276 Ed. Atelier. Barcelona 2013

3.5. La reintegració o modificació de la capacitat. Sentència

Estem davant d'un altre procediment verbal, on les proves hauran de ser d'ofici, (art. 752.1 LEC), a més de les que calguin i el dictamen facultatiu pericial que confirmi la nova situació, (art. 759.2 LEC). Els tràmits que es practicaran seran d'ofici, a l'igual que les proves, es tornarà a escoltar als parents més pròxims com en els de la declaració de prodigalitat.

Aquesta nova resolució declarativa que es pronunciarà si procedeix, deixant sense efecte o fent les modificacions a l'extensió o als límits de la prodigalitat, és a dir, que pot restablir la plena capacitat d'obrar, mantenir la situació anterior, ampliar-la i deixar-la en una incapacitat, donant més poder al curador o convertir-la en una incapacitat permanent nomenant a un tutor que substituirà en tots els actes a la persona afectada.

També, és obligatòria inscriure la nova resolució als Registres civils, als mateixos Registres on es va anotar la declaració de la prodigalitat, amb les modificacions efectuades, les noves extensions i els límits o si que ha quedat totalment rehabilitat, recuperant la seva capacitat d'obrar en plenitud, com qualsevol persona.

Mentre no es constitueixi la curatela, el Lletrat de l'Administració de Justícia l'anomenarà un defensor judicial (art 224-2). Aquesta figura és de caràcter temporal.

3.6. La curatela

És una institució per antonomàsia dedicada a la protecció d'un interès econòmic familiar, creada pel Dret Romà i inclosa a les XII Taules, que va ser «recuperada», per la Llei 12/1983, de 24 d'octubre, com a figura de complement, ja que anteriorment es tractava de la: *«tutela de los pródigos, a la que dedicaba un total de siete artículos (desde el 221 al 227 ambos inclusive), conjunto normativo éste en que se mezclaban los aspectos sustantivos de la figura (para nosotros, con mucho, los más importantes), con aquellos otros de marcado carácter procesal¹²⁹»*. Per tant, la figura del pròdig era tractada com a una persona incapacitada, cosa que en l'actualitat la protecció és l'economia personal que pot afectar al cònjuge o als fills amb deures d'aliments, és a dir, que el patrimoni protegit és de caràcter patrimonial i econòmic.

Segons L'art 286 CC: la curatela només tindrà com a objecte la intervenció del curador en els actes que els pròdigs no pugin realitzar per si sols (contemplats a la sentència).

Algunes sentències recullen la curatela vinculada a una incapacitat parcial¹³⁰, d'un subjecte i *«el seu sotmetiment a tractament en una unitat especialitzada (una unitat del joc i addiccions) i la seva superació, situació aquesta en que podrà, mitjançant el procediment adequat, recuperar la seva plena capacitat d'obrar »*.

La regulació de la institució de la curatela, es troba als arts. 223 i ss del CCC, llibre II, capítol III, dedicada a les persones que tenen minvada la seva capacitat d'obrar. El règim jurídic, el trobem a l'art. 223-10, que fa una remissió general, per al nomenament de curador a l'art. 222-4 i ss., que són les normes que regeixen a la tutela¹³¹. Aquesta remissió a la tutela, a l'art. 222-14 (recull les persones obligades a promoure la constitució de la tutela, i també ens remet a l'art. 222-10, relatiu a la preferència sobre la designació del curador. Segons Arroyo Amayuelas¹³², tenint en compte que la relació de persones obligades a constituir la curatela només s'aplica a un dels supòsits: la dels incapacitats.

¹²⁹ CARRION OLMOS, SALVADOR, La Prodigalidad, «Cuadernos Juridicos del Instituto Iberoamericano. No 1, Valencia 2015. Nota 4 *Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil*

¹³⁰ SAP L 892/2017 - ECLI: ES:APL:2017:892, de Lleida, 14/11/2017

¹³¹ CCC: **Art. 222-4**. *Delaciones fetes per un mateix.....*

¹³² INVESTIGACIÓ, «Les institucions de protecció de la persona en el Dret civil Català» Bosch, del Pozo i Vaquer A., 2010, p.90

La designació de la persona que ha d'exercir la curatela pot fer-la mateixa persona interessada, el pare i la mare o judicialment, en les mateixes circumstàncies de la tutela, normativa a la que ens remetem¹³³.

La constitució de la curatela ve determinada a l'art. 223-2.1, dictant que: *«les persones obligades a instar la constitució de la tutela han de demanar la de la curatela, si escau.*

En el cas del pròdig, com queda afectada la capacitat d'obrar de manera parcial, i no es un subjecte disminuït, com la persona que no pot autogovernar-se per si mateixa on si li cal la figura de la tutela, perquè el substitueixi i perquè actués en el seu lloc, que la protegís dels elements externs que li poden afectar el seu creixement, cas dels menors, o que la persona estigués tan desprotegida que li calgués un tutor per tota la seva vida, cosa que no és la del pròdig, que pot autogovernar-se, però que li cal l'assistència d'una persona en els negocis/actes jurídics que té vetats per sentència, ens trobem davant d'una curatela.

Per tant, la curatela és un sistema de protecció adequat i estable a les circumstàncies que envolten a la persona que es veu limitada la capacitat d'obrar, com a resultat d'unes proves realitzades durant un procediment de prodigalitat i només amb *«la sentència que declari la prodigalitat o la incapacitat relativa ha de determinar l'àmbit en el qual la persona afectada necessita l'assistència del curador. En qualsevol cas, aquesta assistència és necessària per als actes a què fa referència l'art. 222-43 i per a atorgar capítols matrimonials.* Pel que fa l'assistència aquest article la converteix en obligatòria.

Però, el fet que l'article anterior ens remeti a l'art. 222-43, *l'assistència necessària* deixar de ser per només *«un simple acompanyament/complement»*, segons es veu reflectit a la pàgina¹³⁴ 91: *«si bé aquest marge d'arbitri és més aparent que real, ja que el propi art. 223-4.3 assenyala una sèrie d'actes en què, en qualsevol cas, és necessària la dita assistència: els actes a què fa referència l'art. 222-43 i per a atorgar capítols matrimonials; si observem la coincidència entre els arts. 236-27.1 i 222-43, cal concloure que els actes per als que farà falta assistència no seran gaire diferents si es tracta d'un menor o d'un incapacitat».*

¹³³ INVESTIGACIÓ: «Les Institucions de protecció...», BOSCH, POZO, VAQUER, 2010 Barcelona p. 90.

¹³⁴ INVESTIGACIÓ: «Les institucions de protecció en el D. C. C.» Bosch E., del Pozo, Vaquer A. 2010

El pròdig és sotmès a curatela només pels actes jurídics que dicti la sentència, la qual és la que establirà l'extensió i els límits on caldrà l'assistència del curador, per complementar la capacitat que li ha quedat vetada alhora d'administrar els seus béns.

La sentència¹³⁵ de SAP Tarragona, que tracta d'una persona que va ser declarada com a discapacitada, en una sentència anterior, i que en la que ara es litiga perquè l'afectada pateix una malaltia psíquica, que no li impedeix ser autosuficient, sinó que no sap discernir quan ha de realitzar *actes jurídics i respecte a la seva economia i administració, li manca la capacitat per prendre decisions de contingut econòmic*, per aquest motiu, aquesta persona no necessita un representant que la substitueixi, sinó un assistent per determinades situacions que complementin la mancança que en té.

La curatela la pot exercir la persona assignada pel jutge en la sentència declarativa, i que es troba en l'entorn del pròdig, (el cònjuge, els fills), els encarregats de complementar, assistir, ajudar a l'afectat. La mateixa sentència especificarà els actes o gestions patrimonials d'actuació del curador, mai representant al pròdig, els límits els marca la resolució basada en la complementació de la capacitat, regulats a l'art. 223-4.1 CCC.

El codi civil espanyol recull la norma de l'art. 297 que *«els actes del declarat pròdig anteriors a la demanda de prodigalitat no podran ser atacats per aquesta causa»*, aquest art. si l'interpretem expressament¹³⁶ a *sensu contrari* permet la impugnació dels actes posteriors a la demanda de prodigalitat però anteriors a la sentència.

Quan el curador, sense motiu aparent, es nega a prestar l'assistència al pròdig, aquest pot demanar al jutge que l'autoritzi a emprar aquest acte de manera autònoma. A l'igual que passava al Dret Romà quan hi havia conflictes entre el pròdig i el curador, el jutge pot anomenar un defensor judicial per resoldre aquest conflicte.

Si un subjecte persona declarat pròdig realitza negocis jurídics, sense tenir l'autorització del seu curador, aquells seran anul·lables des que fóra declarat com a pròdig i en un termini de quatre anys.

¹³⁵ SAP T 1438/2017–ECLI:ES:APT:2017:1438, de data 22/12/2017

¹³⁶ INVESTIGACIÓ: «Les institucions de protecció en el Dret C.C.» Bosch E., del Pozo, Vaquer A. 2010

La remoció del curador es troba regulada als arts 49 LV, al CCC: 222-33 (de la tutela i de l'administrador patrimonial), 227.4-1...*en matèria d'aptitud, remoció i excusa*.

L'extinció de la curatela es troba a l'art. 223-9.f, la qual s'origina per una nova resolució judicial declarativa que deixi sense efecte la declaració de prodigalitat. També es pot extingir la curatela si la persona en la nova resolució passa de curatela a tutela, ja que la seva condició està en una situació pitjor (art. 622-33.1 causes) del Llibre VIè.

La rendició de comptes és obligatòria al cessament del càrrec del curador, mitjançant resolució judicial, segons expressa el CCC a l'art. 223.4-3 (agafa el regim jurídic de la tutela, a l'igual que en el Dret Romà). Es troba contemplada, també, a La Llei de la Jurisdicció Voluntària, la qual, s'haurà de presentar dintre dels 20 dies següents a complir-se el termini un informe sobre la situació personal amb capacitat modificada judicialment i el de l'administració dels seus béns, si procedís (art. 51.1 JV¹³⁷).

¹³⁷ Llei de la Jurisdicció Voluntària (art. 51.1)

3.7. La Convenció de Nova York sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat

La Convenció de Nova York sobre els Drets de persones amb discapacitat (en endavant la Convenció), 13 de desembre de 2006, va entrar en vigor a Espanya el 3 de maig de 2008, va ser realitzada per promoure i protegir els drets i la dignitat (arts. 10 i 49 CE) de les persones amb discapacitat amb la finalitat de promoure la seva participació, amb igualtat d'oportunitats, als àmbits civil, polític econòmic, social i cultural, tal com va recollir al Preàmbul i a l'art. 1¹³⁸ de la mateixa.

La Convenció vol que els Estats Parts es comprometin a que totes les persones gaudeixin en igualtat de condicions, de tots els drets humans i llibertats fonamentals als àmbits polític, econòmic, social, cultural, civil o d'altres tipus, i que realitzin els «ajustes raonables» per tal d'evitar l'exclusió o restricció que es troba el pròdig i que modifiquin i adaptin les mesures necessàries i adequades de tal manera que no se l'imposin carregues desproporcionades o indegudes (art. 2), respectant els drets, la voluntat i les preferències de la persona, que no hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda, que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona, que s'apliquin en el termini més curt possible i que estiguin subjectes a exàmens periòdics per part d'una autoritat o un òrgan judicial competent, independent e imparcial, (art. 12.4). Amb el compromís de garantir el drets de les persones, en igualtat de condicions amb els altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar els seus propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i vetllaran perquè les persones amb discapacitat no siguin privades dels seus béns de manera arbitrària (art. 12.5).

El seu objectiu és traure barreres a les persones amb dificultats físiques i/o psíquiques amb la intenció d'incloure-les amb la societat i protegir els seus drets, així com la seva dignitat,

¹³⁸ CONVENCIO DE NOVA YORK, Preàmbul apartat y) Convençuts que una convenció internacional amplia i integral per promoure i protegir els drets i la dignitat de les persones amb discapacitat contribuirà significativament a pal·liar la profunda desavantatge social de les persones amb discapacitat i promourà llur participació, amb igualtat d'oportunitats, en els àmbits civil, polític, econòmic, social i cultural, tant en els països en desenvolupament com en els desenvolupats. Convenen en el següent: Art. 1. Propòsit: El propòsit de la present Convenció es promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals per totes les persones amb discapacitat, i promoure el respecte de la seva dignitat inherent. Les persones amb discapacitat inclouen a aquelles que tinguin deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, a l'interactuar amb diverses barreres, pugin impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres.

amb igualtat, per aquest motiu els Estats Parts es van comprometre a legislar noves lleis, modificar les existents que continguessin qualsevol mesura que afectessin els drets fonamentals o les llibertat individuals d'aquestes persones. Les intencions són molt lloables. Però, en el cas del pròdig, que té prohibit administrar els seus béns, col·lisiona amb aquesta Convenció que predica al seu art. 12.5 com el seu dret a controlar els seus propis assumptes econòmics, quan aquesta persona realment, els té vetats, passant el control a una tercera persona. Per tant, es troba menys protegit, ja que, el que reclama l'art.12.5 és exactament el que té prohibit ell, no oblidem que, al pròdig no se'l protegeix, sinó el patrimoni econòmic familiar que per obligacions i deures d'aliments dels parents més propers ha afectat a la persona vetada¹³⁹.

Pel fet que la ludopatia pot ser causa d'una possible prodigalitat, no podem aplicar la Convenció, (art. 12.5), si no l'apliquem estem contravenint el Conveni, i si deixem que el ludòpata continuï jugant el seus diners, estarem desprotegint les persones que per sentència van quedar protegides (cònjuge, fills, drets d'aliments). Podem pensar que aquest article no es va dictar correctament?.

Moltes veus crítiques, s'han aixecat sobre la Convenció que va tractat de la discapacitat quan no va saber distingir entre les diferents discapacitats que hi ha¹⁴⁰, fent una barreja entre elles. El psiquiatra Josep Ramos va escriure sobre aquesta: *«la declaración no distingue entre las diferentes modalidades de la discapacidad, igualando en la práctica las discapacidades físicas con aquellas otras, como las generadas por trastornos mentales graves o limitaciones intelectuales o cognitiva.*

La Llei de la Jurisdicció Voluntària de l'any 2015 és va limitar a recollir a l'art. 748.1er amb una simple anotació sobre la prodigalitat res que pogués afectar a cap normativa.

¹³⁹ CON. De Nova York, art.12.5. *Sense perjudici del disposat en el present art., els Estats Parts prendran totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb els altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar llurs propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i vetllaran perquè les persones amb discapacitat no siguin privades de llurs béns de manera arbitrària.*

¹⁴⁰ RAMOS JOAN, «Introducció» La incapacitació, reflexions sobre la posició de les Nacions Unides, p.7

3.8. Altra figura de protecció en el Dret civil català: l'assistència

La Llei 25/2010, de 29 de juliol, corresponent al Llibre 2on del CCC, incorpora dues institucions: l'assistència i el defensor judicial, amb l'objectiu de protegir i afavorir l'autonomia personal, en subjectes, que, per raó de malaltia, disminució física o psíquica, o per edat, es troben en situació de vulnerabilitat, i que les institucions de protecció tradicionals siguin desproporcionades per aquestes persones, i amb la finalitat d'incloure la ser Convenció i fer-la visible dintre del Dret civil català, tal i com expressa al seu Preàmbul. El règim jurídic que regula la institució de l'assistència, és el mateix que ordena la tutela: l'aptitud, l'excusa i la remoció dels assistents, així com la rendició de comptes a la persona assistida.

Els objectius de protecció que te assignada la figura de l'assistència cap al pròdig, està dirigida en *la defensa dels seus béns i interessos patrimonials* (arts. 221-1 i 226-1.1 CCC), aconsellant-li, recolzant-li i donant-li suport allà on la interlocutòria hagi previst la seva actuació, a més el controlarà amb la virtut d'evitar riscos dins dels àmbits econòmics¹⁴¹.

La regulació de la institució de l'assistent¹⁴², es troba als arts. 226-1 a 226-7, dedicada a les persones que calguin d'una protecció en un moment donat, aquest element és per complementar, basada en el **principi de subsidiarietat i mínima intervenció** que haurien de presidir totes les institucions de protecció, és una mesura dirigida a protegir a persones necessitades, de defensa dels seus interessos patrimonials. Quan la tutela o la curatela, com a mecanismes de protecció es considerin desproporcionats, l'assistència¹⁴³ és una protecció basada en la idea del suport actiu a la persona vulnerable, respectant-la plenament i ajudant-la a desplegar la seva autonomia sense detriment de la protecció jurídica a que té dret. Per tant, l'assistència és la protecció ideal en el cas del pròdig, en els assumptes econòmics, en el moment que li calgui aquest suport, ja que, és un sistema flexible i individualitzat, que pot instaurar-se en diferents graus d'intensitat tot depenent de la persona concernida¹⁴⁴, en el nomenament només, el pot demanar el subjecte afectat, és una

¹⁴¹ RIBOT IGUALDA J. , Dret civil. Part general.... » p. 271 i ss, Atelier 2013,

¹⁴² Jornades de Tossa, «L'assistència abast i limitacions de la nova institució», RIBOT IGUALADA Jordi, de BARRÓN Paloma, TOLDRÀ Dolors, p.32. Tossa 2012

¹⁴³ <http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/detalls/Article/944.01.01-02.-Lassistencia-com-a-nova-institucio-de-proteccio-al-llibre-segon-del-Codi-Civil-de-Catalunya>

¹⁴⁴ Jornades de Tossa «L'assistència abast i limitacions de la nova institució», RIBOT IGUALADA Jordi, de BARRÓN Paloma, TOLDRÀ Dolors, p.20. Tossa 2012

diferència amb la curatela que la poden instar la família més propera, a més del subjecte en qüestió. I al mateix temps estaria en la línia que marca la Convenció: integrar a totes les persones amb restriccions dels drets, i amb les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 28 de febrer de 1999, que va en la mateixa direcció de la Convenció.

Pel que fa al nomenament de l'assistent, es realitza mitjançant una interlocutòria judicial, on el jutge tindrà en compte, la voluntat del subjecte afectat, alhora d'assignar a la persona encarregada de l'assistència, ja que ell, més que ningú, sap qui li pot recolzar millor la defensa dels seus interessos el qual n'és la única persona que està legitimada per instar-ho. En el cas que no presenti una candidatura d'assistència serà el jutge el que triarà el que consideri més adequat per la situació requerida. El càrrec d'assistent es troba regulat a l'art. 226-7.2, amb l'obligació d'inscriure'l en el Registre Civil del domicili de la persona assistida mitjançant la comunicació de la resolució judicial que el va designar.

La Llei situa aquest instrument institució per sota de les institucions de protecció: tutela i curatela, i que va encaminada a resoldre certes controvèrsies dins de l'àmbit personal econòmic, respectant la voluntat de la persona assistida, per actuar en funció d'administrador de l'acte, pel qual ha estat requerit. Ampliant o reduint l'assistència depenent de les necessitats de la persona que l'hagi sol·licitat, i a més, ha de comunicar al jutge quan les circumstàncies hagin canviat o que ja no calgui la seva presència.

L'extinció (art. 226.5) s'origina amb la desaparició de la circumstàncies que la van motivar, la modificació de la capacitat de la persona assistida, l'absència, la declaració de mort i per la mort de la persona assistida, a més, cal afegir que també la pot demanar el subjecte assistit, encara que la Llei no ho contempli, ja que si ell va instar un assistent per un determinat acte, la Llei també li ha de permetre revocar-lo.

La interlocutòria dictada pel jutge, i després d'haver comprovat l'estat del subjecte al que declararà com a pròdig, i si té en compte, el que la jurisprudència anomena «*como traje a medida*¹⁴⁵», estariem davant de la institució de l'assistència per complementar en els assumptes econòmics que s'hagi vist vetat per dita resolució, això significa que un altre

¹⁴⁵ STS 282/2009, de 29 d'abril 2009, ENCARNACIÓN ROCA TRIAS

jutge podria dictar una resolució molt diferent, i que seria més cap a la curatela, sempre que l'àmbit i l'extensió en el camp patrimonial, quedi cobert, sense oblidar que la resolució es pot modificar, tantes vegades com circumstàncies envoltin al pròdig.

4. Conclusions

Per concloure aquest estudi sobre la figura jurídica del pròdig, amb quasi 2500 anys de vida, hem constatat que aquesta institució va començar separada de la institució del *furiosus* amb la que ha conviscut durant segles dintre del Dret.

Ha estat un estudi complex degut a la poca informació que tenim de l'antiguitat, només Ulpià i una petita ordre de Paulo ens ha portat a fer un treball ardu, però, al mateix temps apassionant amb la figura del pròdig, el qual és un subjecte que es veu vetat (*interdico=prohibir*) de controlar el seu patrimoni i que torna aparèixer al Dret civil català com un subjecte amb un comportament que no l'hi és grat a la societat i es veu privat dels seus béns, a través d'una sentència, i a l'igual que en el dret Romà, el control passa a les mans d'un curador.

La Convenció proclama la mínima intervenció, quan a les persoens que pateixin restriccions el que ens emporta a un assistent que li complementarà en allò que ell no pugui realitzar, protegint al pròdig i per consegüent a la seva família.

Hem fet una reconstrucció de la declaració de prodigalitat, passant pel *decretum* i el nomenament del *curator*, de l'època romana, a l'època actual que es soluciona amb una sentència declarativa i el nomenament del *curador*, ara podem afegir en el nostre dret la figura de l'assistència que serà la que el recolzarà pels assumptes que la interlocutòria hagi fixat. L'interès protegit és el mateix que van incloure les XII Taules l'emparament econòmic familiar i la restricció al subjecte que no el respecta, per tant la figura jurídica està intacta a l'Ordenament Jurídic Romà i la recepció d'aquesta és tal qual.

El Dret actual ens ha dut a terme una «sorpresa» si així es pot anomenar, ja que la incidència que tenen les dues figures de l'antiguitat: el pròdig i el *furiosus*, ara estan més a prop que mai, abans caminaven soles pel món jurídic, però, les investigacions, tant mèdiques com jurídiques així ho avalen, i ens demostren, que degut a que les addicions no deixen de ser malalties i, per tant, el problema del pròdig pot estar interrelacionat amb una malaltia mental (*furiosus*), ja que la prodigalitat no és una conducta ni aïllada ni un acte solitari, és fruit de la habitualitat, i això, no és una addicció?.

Bibliografía

- FERNANDEZ DE BUJÁN ANTONIO, «Derecho Privado Romano», 10a ed., Iustel Madrid 2017
- IGLESIAS JUAN, «Derecho Romano» 18a ed. Selloeditorial, Barcelona 2010
- JOAN MIQUEL, «Historia del Derecho Romano» PPU S.A., Barcelona 1995
- GARCIA-LUBÉN BARTHE Paloma, TOMÉ GARCIA Jose Antonio, «Temas de Derecho Processal Civil» Ed. DYKINSON; S.L. 2016
- ARROYO AMAYUELAS E., RIBOT IGUALADA A., VAQUER ALOY, A. Dret civil. Part general i dret de la persona p.276 Ed. Atelier. Barcelona 2013
- CANTARELLA EVA. «Instituciones e Història del Derecho Romano». p.168 Tirant lo Blanch. Valencia 2017
- DOMINGUEZ TRISTÁN PAULA, «El prodigus y su condición jurídica en Derecho Romano Clásico». CEDECS Editorial S.L. 2000 Barcelona

INVESTIGACIÓ: «Les institucions de protecció en el Dret Civil Català» Bosch E., del Pozo, Vaquer A.. Barcelona 2010

Jornades de Tossa, «L'assistència abast i limitacions de la nova institució», RIBOT IGUALADA Jordi, de BARRÓN Paloma, TOLDRÀ ROCA Dolors, p.32

SECCIÓN JURÍDICA: «Prodigalidad y adiciones», CARRIÓN OLMOS Salvador
COCH ROURA Núria. «LA FORMA ESTIPULATORIA. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el digesto». Girona 2005

IUSTEL: Revista de Derecho Romano:

- (28) JIMENEZ SALCEDO Carmen, «El abuso de derecho: Creación dogmática moderna con origen en el Derecho Romano»
- (11), 2008, AGUDO RUIZ, Alfonso: «A propósito de derecho romano» del profesor Fernández de Buján
- (17) p.1, Fernández de Buján A., 2011.
- BECOÑA IGLESIAS, Elisardo, «El juego patológico» 2004

MARTINEZ DE MORATIN M^a Lourdes «*de la cura furiosi en les XII Tablas, a la protecció del disminuïdo psíquico en el derecho actual.* (A propósito de STS de 20 de noviembre de 2002.)»

ECHEBURUA, Enrique i AMOR ANDRÉS P.J i YUSTE J. «atenuació de la responsabilitat penal en la ludopatia: bases psicopàtiques

Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat. Declaració de les Nacions Unides, 2006

CODI CIVIL CATALÀ, Tirant lo Blanch, Valencia 2015

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, Tirant lo Blanch, Valencia 2017

Llei de la Jurisdicció Voluntària de juliol 2015

Pàgines webs:

https://books.google.es/books?id=XTF_BgAAQBAJ&pg=PT2721&lpg=PT2721&dq=Quando+tibi+bona+paterna+avitaque&source=bl&ots=2IOgMZrckJ&sig=6G5Hlq756krsVYliUeF9yQ2gVQQ&hl=ca&sa=X&ved=0ahUKEwj3s2XvrnaAhVKbRQKHcXH C0MQ6AEIKTAA#v=onepage&q=Quando%20tibi%20bona%20paterna%20avitaque&f=false

<https://atelierlegal.wordpress.com/2017/05/10/que-es-la-prodigalidad-definicion-caracteristicas-y-efectos/blog>. jurídico de Alberto Fernández

<http://deontos.blogspot.com.es/2009/03/digesto-libro-iii.html>

<https://www.legalik.com/abogados/civil/incapacitacion-judicial-por-declaracion-de-prodigalidad.e8210>

<https://app.vlex.com/#vid/prodigalidad-derecho-romano-407365762>

<http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/detalls/Article/944.01.01-02.-Lassistencia-com-a-nova-institucio-de-proteccio-al-llibre-segon-del-Codi-Civil-de-Catalunya>