



PALOMA DE BARRÓN ARNICHES

Profesora Contratada Doctor de Derecho civil – Universidad de Lleida

## LA ASISTENCIA EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN: ¿HACIA UN MODELO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES?<sup>1</sup>

*SUMARIO:* 1. Introducción. – 2. Presupuestos para que proceda la institución de la asistencia. – 2.1. Presupuesto subjetivo. – 2.2. Presupuesto objetivo. – 3. El nombramiento del asistente. – 3.1. Procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Juez competente. – 3.2. La cuestión de la legitimación activa para solicitar esta medida de protección. – 3.3. Contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente. – 3.4. Publicidad registral. – 4. El asistente. Criterios para la elección de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección. – 4.1. La voluntad de la persona asistida. – 4.2. La idoneidad de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección. – 5. El ejercicio de la asistencia. – 5.1. Estatuto del asistente. – 5.2. Actuación del asistente en el ámbito personal y patrimonial de la persona vulnerable. – 6. Modificación y extinción de la figura de protección. – 6.1. Modificación de la asistencia. – 6.2. Extinción de la figura de protección. La temporalidad de la medida. – 7. La impugnación de los actos jurídicos del asistente y del asistido. – 8. La responsabilidad de quien ejerce el cargo de protección. – 9. A modo de conclusión.

1. – La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña<sup>2</sup>, relativo a la persona y la familia, afirma con solemnidad en su Preámbulo: “el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social”. En consecuencia, la regulación en vigor desde 2011 en Cataluña pretende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la conveniencia de protección de la persona que lo necesita reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. Este es el contexto en el que se inserta la institución de la asistencia, concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo ni son posibles ni tan sólo aconsejables. Señala la Exposición de motivos que el capítulo VI incluye la asistencia como una institución dirigida al mayor de edad que lo necesita para cuidar

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado “derecho civil catalán y derecho privado europeo” financiado por la Generalitat de Catalunya (2009SGR689), y del Centro de Investigación de la UdL, Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Mediación, CEJEM. Asimismo, constituye el resultado de una estancia de investigación en la Universidad de Padua en 2012, en la que se realizó un estudio comparativo entre la institución de derecho civil catalán y la denominada *amministrazione di sostegno* del derecho civil italiano. La estancia de investigación fue financiada parcialmente por el programa de Movilidad para la Formación de personal docente ERASMUS (STT), y parcialmente por el Centro de Investigación propio de la Universidad de Lleida, CEJEM. Mi agradecimiento a estas instituciones que han hecho posible la estancia de investigación.

<sup>2</sup> En adelante CCCat.



de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, mira más bien a ciertas situaciones de vulnerabilidad que pueden precisar una protección jurídica. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera adecuado un modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela, que no implique incapacitación del beneficiario. Esta tendencia también aparece sustentada en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español el 3 de mayo de 2008<sup>3</sup>.

Esta explicación oficial de la introducción de la figura del asistente tiene que situarse en la realidad fáctica de la reticencia de muchas familias a incapacitar a sus miembros que están afectados por alguna causa que de alguna manera les limita, puesto que la incapacitación judicial conlleva cierto matiz negativo que puede afectar a la autoestima, dignidad y posible curación o rehabilitación del afectado. Por su parte el legislador, al socaire de los últimos desarrollos internacionales, deja cada vez más claro que la incapacitación ha de ser el último

---

<sup>3</sup> Art. 12.3 de la Convención ONU: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. De hecho, tal y como afirman los autores, la recepción de la Convención ONU por el Estado español está obligando a proceder a una íntegra revisión legislativa del sistema tuitivo en todas las normativas civiles vigentes en el Estado, cfr. G. GARCÍA CANTERO, “Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad”, *Revista de Derecho de familia y de las personas*, 2013, nº 1, p. 22; I. VIVAS TESÓN, “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado*, 2012, nº 5, p. 4. En cualquier caso, la tendencia a la revisión de las instituciones de protección de la persona y el análisis crítico del derecho civil vigente en esta materia es algo que viene de antiguo, y que la doctrina ha ido reiterando hasta la actualidad; véase, como una pequeña muestra, comenzando después de la reforma del Código civil español (en adelante Cc español) operada mediante Ley 13/1983 de 24 de octubre, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Comentario al art. 199 del Código civil” en A. Amorós Guardiola y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1984, p. 178 y ss.; M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo no incapacitado*, Barcelona, 1993; R. MARTÍNEZ DÍE, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, 2001, nº 6, especialmente la p. 939; F. PRIDA MIGOYA, “La autotutela” en I. SERRANO GARCÍA (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, pp. 60 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, 2006, nº 1, pp. 9-67; T. TORRES GARCÍA, “Discapacidad e incapacitación”, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pp. 437-460; S. DE SALAS MURILLO, “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, *Anuario de Derecho Civil*, 2010, 63, nº 2, pp. 677-717; M. MEDINA ALCOZ, “La ancianidad en el derecho civil”, *Revista de Derecho Privado*, 2011, nº 5, pp. 73-101; I. SERRANO GARCÍA, *Autotutela*, Valencia, 2012; S. DÍAZ ALABART, “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *Revista de Derecho Privado*, 2013, nº 2, pp. 3-24.



recurso, puesto que en muchos casos es una solución demasiado radical, en la medida en que supone la privación de la capacidad de obrar. No se puede modificar el estado civil de la persona ni asumir el riesgo de deterioro de sus derechos fundamentales, aunque sea por causa legal y en interés del afectado, si hay otros medios menos gravosos.

Desde este planteamiento, la tarea del legislador catalán ha sido, entre otras, la de analizar y ponderar las opciones posibles provenientes del Derecho comparado, esto es, examinar qué hay en otros ordenamientos, cómo han abordado y resuelto problemas semejantes, con qué técnicas legislativas, cuál ha sido la regulación efectiva y su crítica. Señalan los autores del anteproyecto del Libro II CCCat que la figura de la asistencia catalana está inspirada, fundamentalmente en la *Betreuung* del Derecho alemán (§ 1896 a 1908i BGB)<sup>4</sup>. Se trata de una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia, pero que, sin embargo, no hay necesidad de incapacitar judicialmente. Porque la idea básica de la asistencia es que se dota a la persona necesitada de una institución de protección estable sin declarar la incapacitación judicial. Los principios que presiden la institución alemana son los de necesidad (sólo si es estrictamente necesario se ha de recurrir al nombramiento de un asistente) y de subsidiaridad (sólo se atribuirán funciones al asistente en relación con lo que el asistido no pueda hacer por sí mismo), todo ello con exquisito respeto de la personalidad y voluntad del asistido, así como de sus decisiones anteriores. De este modo se produce la quiebra de la tradicional dicotomía capacidad/incapacitación, ofreciendo una alternativa a las tradicionales instituciones de la tutela y la curatela, que parten de la incapacitación, aunque sea parcial, de la persona. Con la ley de 12 de diciembre de 1990 desaparece en Alemania la incapacitación y la tutela o curatela de los mayores de edad. La asistencia no afecta el estado civil de las personas que necesitan ayuda para el cuidado de su persona y/o bienes, y sin embargo se les proporciona una institución protectora estable que velará por sus intereses. El contenido de la asistencia lo establece el tribunal en cada caso al tiempo del nombramiento del asistente con la posibilidad, incluso, de nombrar representante legal del asistido para determinados actos jurídicos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> El profesor Francisco Rivero Hernández, uno de los principales artífices de las aportaciones doctrinales en el proceso legislativo de elaboración del Libro II del CCCAT, señala los ordenamientos alemán y francés como de referencia para el legislador catalán en la regulación de la asistencia: “el mismo planteamiento y parecida situación y realidad social – se refiere a la catalana – ha llevado al legislador alemán a crear la figura de la *Betreuung* (Ley de 12 de diciembre de 1990, modificada en 1998 por razones prácticas y económicas), y en Francia la *sauvegarde de justice* (Ley de 5 de marzo de 2007)” F. RIVERO HERNÁNDEZ, “La reforma del Derecho de familia en el Código civil de Cataluña”, en R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO MELERO y S. NASARRE AZNAR (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 69. Y en otro lugar: “Para el Libro II han sido menos influyentes que otrora los Códigos francés (salvo muy recientes reformas) e italiano, aunque no han sido desestimados. Se han tomado en consideración las últimas reformas de los Códigos germánicos de inicios de este siglo (alemán, holandés), sin preocupación mimética, y anglosajones” (“La reforma ...”, cit., p. 50).

<sup>5</sup> Cfr. A. LAMARCA I MARQUÉS (dir.), *Código civil alemán y ley de introducción al Código civil*, Barcelona, 2008. Con respecto a Francia, que también ha sido citado como ordenamiento inspirador de la figura catalana



La Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la *Amministrazione di sostegno*, también con una fuerte influencia germánica, introdujo la figura equivalente al asistente en el Código civil italiano, y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados ahora por el legislador catalán en la Exposición de Motivos del Libro II<sup>6</sup>. Cumplido un tiempo desde la entrada en vigor de la normativa catalana sobre la asistencia, siendo aún incipiente su aplicación a la realidad jurídica de este territorio<sup>7</sup>, considero interesante el análisis comparativo con la regulación italiana, más incluso que su parangón con el modelo alemán o el de otros países europeos<sup>8</sup>. Y ello por dos motivos. En primer lugar, la opción de instaurar la asistencia o la administración de apoyo como una institución más de protección de la persona, sin optar por la supresión de la tutela o de la curatela o de ambas, identifica las dos legislaciones, que inciden en el poder de decisión de juez en cada caso, y le proporcionan un instrumento más al que podrá

---

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

<sup>6</sup> Art. 1 Legge 9 gennaio 2004: “*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persona prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente*”. La reforma del Código civil italiano se entendió en el sentido de introducir nuevos fines y nuevos instrumentos en favor de las personas privadas total o parcialmente de su capacidad de autogobierno. Se operaba, así, un significativo cambio, no sólo en el contenido regulado sino también en la propia terminología y en la concepción de la discapacidad. Cfr. S. VOCATURO, “L’*amministrazione di sostegno*: la dignità dell’uomo al di là dell’handicap”, *Rivista del Notariato*, I, 2004, p. 242.

<sup>7</sup> La única Resolución que he podido encontrar de las audiencias provinciales catalanas a fecha de cierre del presente artículo es el Auto nº 121/2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, de 26.10. 2012, por el que se estima el Recurso de apelación formulado tanto por el solicitante de la medida (una persona adulta que padece síndrome de *down*) como por el Ministerio Fiscal, contra la denegación en primera instancia de la solicitud de nombramiento de un asistente. Señala la Audiencia provincial que debe accederse a la petición formulada y nombrarse como asistente al hermano del solicitante, con funciones estrictamente patrimoniales que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa de su patrimonio, y con obligación de rendir cuentas anualmente al Juzgado sobre su tarea como asistente. A pesar de lo incipiente de su aplicación en la provincia de Lleida, lo cierto es que la figura de la asistencia ha sido ampliamente aceptada por los Fiscales de esta demarcación (veáse <http://www.sindromedown.net/index.php?idMenu=12&pag=17&int1=867>) lo cual redundará en nuevas solicitudes y nombramientos en tiempos venideros, especialmente entre el colectivo de personas que padecen síndrome de *down*.

<sup>8</sup> Otros autores han planteado también la equiparación de ambas normativas, cfr. I. VIVAS TESON, “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo ...”, cit., p. 38, y también su obra *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Badajoz, 2012; P. GARCÍA LÓPEZ y D. CASAS PLANES, “La *amministrazione di sostegno* del derecho italiano y el asistente del derecho catalán: análisis comparativo”, en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., pp. 199-218 (contenida en el CD-Rom de la obra).



recurrir en su tarea de elaborar un “traje a medida” que encaje perfectamente en la situación particular de la persona vulnerable a la que haya de proporcionar protección. Esta es una diferencia esencial respecto al sistema legal alemán que aleja profundamente el ordenamiento catalán de su principal fuente inspiradora, al menos en cuanto a las consecuencias prácticas de la incorporación de la figura.

Hay un segundo motivo por el que considero interesante realizar la comparación con el modelo italiano y es la ventaja temporal que presenta esta legislación en su aplicación práctica. En efecto, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 2004 de la ley italiana han servido, entre otras cosas para poner de manifiesto problemas con los que se han encontrado los tribunales de este país, y las respuestas que han dado a los mismos. También la doctrina italiana ha sido prolífica en sus aportaciones<sup>9</sup>. No cabe duda que la experiencia italiana puede resultar una importante aportación para los juristas, prácticos, investigadores, jueces, que hayan de aplicar la figura de la asistencia en Cataluña. Es previsible que, como ha ocurrido en Italia, se recurra a partir de ahora cada vez más a esta figura de protección de la persona, en detrimento de los procedimientos de incapacidad parcial y total, que dan lugar al nombramiento de un tutor o un curador<sup>10</sup>. Su mejor aceptación social y su mayor sintonía con los principios de la Convención de Nueva York, pueden perfectamente conducirnos a una nueva topografía normativa, con el desplazamiento progresivo y el carácter cada vez más residual de la

---

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

<sup>10</sup> Giovanni Bonilini previó esta situación para Italia tras la entrada en vigor de la nueva figura: “Non si è mancato di rilevare, peraltro, come sia facile pronosticare una progressiva, sotterranea, inespresa, disapplicazione dell'interdizione giudiziale e, a maggior ragione, dell'inabilitazione”, G. BONILINI, “Commentario all'art. 404, Amministrazione di sostegno”, en P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELI (dirs.), *Il Codice Civile Commentario, Artt. 404-413*, Milán, 2008, p. 64.

# JUS CIVILE



incapacitación. De manera que es interesante adelantarse a los problemas que, sin duda, surgirán en la aplicación de la figura de la asistencia en Cataluña, especialmente teniendo en cuenta lo escueta de la regulación contenida en el CCCat, que deja abiertos muchos interrogantes. Asimismo, considero que la normativa italiana sobre la administración de apoyo puede proporcionar un modelo no sólo para Cataluña sino también para los demás ordenamientos civiles españoles.

2. – 2.1. – La asistencia se presenta como útil en el caso de personas con discapacidades físicas de cierta envergadura, personas mayores con deterioro físico importante o con alteraciones cognoscitivas, especialmente si no se hallan ya en fase terminal, o personas con impedimentos intelectuales – retrasos mentales no severos, analfabetismo –, etc. El art. 226-1 CCCat se refiere a la persona asistida como “la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”. Por consiguiente, no cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. Es lo que la doctrina alemana llama “principio de necesidad”, que implica el carácter restrictivo tanto del nombramiento del asistente como de las funciones que, en cada caso, se le atribuyan. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al “cuidado” en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera material de la persona. En este sentido, el asistente no debe ser confundido con el cuidador de una persona dependiente<sup>11</sup>. De conformidad con el art. 404 del *Codice civile italiano*<sup>12</sup>, la persona susceptible de beneficiarse de la administración de apoyo es aquella que “como resultado de una enfermedad o de una discapacidad física o mental se encuentra imposibilitada aunque sea parcial o temporalmente, para proveer a sus propios intereses”<sup>13</sup>. Muestra, así, el ordenamiento civil italiano una total similitud con la normativa catalana, en tanto que ambas regulaciones extienden su ámbito de protección sobre la persona que cumple los dos requisitos: es mayor de edad y está afectada por una disminución no incapacitante, por ejemplo, como concreta el legislador italiano, porque su limitación es temporal o es parcial. Ambas

---

<sup>11</sup> Cabe traer a colación el § 1896(2) del Código Civil alemán, en adelante BGB, que establece que “un asistente legal sólo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal”.

<sup>12</sup> En adelante CCit.

<sup>13</sup> Señala al respecto Zambrano: “Al faltar la dicotomía entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (una, presupuesto de la interdicción, y la otra de la inhabilitación) se confirma la finalidad del administrador de apoyo legal quien deberá tutelar todas las situaciones de desamparo posibles, independientemente de la tipología de la incapacidad” cfr. “La protección de los mayores entre el Código civil y la Ley Especial. La experiencia italiana”, en C. LASARTE ÁLVAREZ, (dir.) *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007.



legislaciones se fundamentan, además, de una manera global en el principio de necesidad – no más protección que la necesaria y sólo en lo necesario-, concibiendo, no sólo la asistencia sino todas las instituciones de protección de la persona desde esta perspectiva<sup>14</sup>.

En la literalidad del precepto catalán sólo las personas mayores de edad pueden ser dotadas de un asistente, lo que excluye a los menores de edad incluso aunque estén emancipados. Sin embargo, es perfectamente imaginable la necesidad de nombrar preventivamente un asistente, en determinados casos como por ejemplo el del menor afectado de síndrome de down leve que, sin embargo, es capaz de llevar una vida independiente de sus progenitores<sup>15</sup>, o para un emancipado por resolución judicial por imposibilidad de convivencia con sus padres o tutores. El art. 236-33 CCCat sí prevé que pueda adelantarse la necesidad de acudir a la tutela cuando llegue la mayoría de edad al regular la prórroga de la potestad parental que se puede acordar en la declaración de incapacitación del hijo menor con efectos para cuando llegue a la mayoría de edad y, sin embargo, no contiene esta previsión en el caso de la asistencia. El derecho civil italiano, más coherente y correcto técnicamente en este punto, sí contempla en su art. 405 CCIt que se pueda nombrar a un asistente para el menor no emancipado que se encuentra en el último año de su minoría de edad. Tal nombramiento preventivo sólo adquirirá ejecutividad en el momento en que el beneficiario alcance la mayoría de edad.

En cuanto a la disminución no incapacitante que padece el beneficiario de la asistencia, parece que la idea clave radica en que se trata de personas que no tienen afectada su capacidad de obrar o que la tienen afectada en un grado que no justifica la incapacitación<sup>16</sup>. Como consecuencia de sus concretas circunstancias, estas personas no pueden cuidar de sí mismas o de sus bienes, pero aún así conservan una capacidad de discernimiento suficiente. Un ejemplo claro para el legislador es el retraso mental leve y así lo expone en el preámbulo de la Ley 25/2010 del Libro II CCCat. Sin embargo, la variedad de situaciones que pueden plantearse en la práctica plantea muchos interrogantes.

En los supuestos de existencia de una discapacidad psíquica, puede ocurrir que la persona

---

<sup>14</sup> Véase el art. 221-1 CCCat que aboga por un ejercicio de las funciones de protección de carácter personalista y en función de los intereses de la persona sobre la que recaen, permitiendo al máximo en cuanto sea posible el propio ejercicio de sus derechos.

<sup>15</sup> Art. 211-11 CCCat.

<sup>16</sup> Art. 211-10 CCCat. En esta dirección la doctrina empieza a realizar distinciones entre los términos jurídicos incapacidad e incapacitación, señalando que si bien en algún extremo responden a la misma idea, en cambio no son totalmente equivalentes. Cabe que una persona presente incapacidad para la realización de determinado o determinados actos jurídicos, lo cual significa que en ese aspecto concreto le falta capacidad natural (ausencia de las condiciones necesarias de inteligencia, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica y para asumir las consecuencias). Por el contrario, el término jurídico incapacitación es una condición jurídica de la persona que afecta a su capacidad de obrar y constituye un estado civil, se opone no a capacidad natural sino a capacidad de obrar. Cfr. M<sup>a</sup>. C. GETE-ALONSO Y CALERA, “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, en M<sup>a</sup>. C. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 56.



vulnerable presente una importante dificultad o sea incapaz de expresar su voluntad o relacionarse con los demás, de manera que es ciertamente difícil o imposible la comunicación con el asistente a los efectos de que éste pueda respetar sus deseos e intereses en el desempeño de su función. Resulta difícil, en concreto, el ejercicio de esa capacidad de obrar de la que no se le quiere privar. El art 226-2 CCCat y, en sede de disposiciones comunes, el art. 221-4 CCCat, mencionan expresamente la obligación de informar y respetar la voluntad y las opciones personales de quien, por su vulnerabilidad, precisa de esta medida de protección. Se han planteando multitud de supuestos dudosos en la jurisprudencia italiana en los que el papel del juez tutelar se torna decisivo en su valoración del caso concreto. Tan es así que, muy tempranamente, apenas iniciada la andadura de la institución de la administración de apoyo, se planteó la cuestión de constitucionalidad del artículo 404 CCIt por entender que no establece unos criterios claros para la distinción entre el presupuesto de una administración de apoyo y el de un tutor o un curador. La Sentencia de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2005, insistió, no obstante, en la potestad del juez para decidir en cada caso concreto mediante la comparación y diferenciación entre el presupuesto subjetivo para la aplicación del art. 404 CCIt – *l'amministrazione di sostegno* – y del art. 414 CCIt – *l'interdizione* – Ratificó el carácter subsidiario de la incapacitación, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas, que aunque vulnerables, no son incapaces. Literalmente señalaba la sentencia que el juez puede recurrir a la medida más invasiva de la incapacitación “*solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione*”<sup>17</sup>.

En Cataluña, la distinción del presupuesto subjetivo que conduzca al nombramiento de un asistente o, por el contrario, a la incapacitación y posterior nombramiento de un tutor se fundamenta en el significado del concepto “disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas” recogido en el art. 226-1 CCCat, que habrá de confrontarse con el de “enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico” del art. 200 Cc español<sup>18</sup>. La clave está en valorar si la disminución que se presenta a examen en cada caso es incapacitante o no. Ello dentro del contexto actual en que nos encontramos y en el que se inscribe el Libro II CCCat, de respeto a los principios de la Convención de Nueva York, en virtud de los cuales habrá de procurarse la protección a las personas siempre con la menor limitación posible de su autonomía personal. Hay autores que defienden radicalmente la circunscripción voluntaria de la

---

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia 440/2005 de la Corte Constitucional de 9.12.2005, que también dejaba claro el criterio según el cual “*in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore*”. Esta sentencia puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10151>. (fecha de la consulta junio 2013). Cfr. C. TAGLIAFERRI, “L'amministrazione di sostegno”, *Teoria e Storia del Diritto Privato*, III, 2010, p. 11.

<sup>18</sup> No existe en el Código civil de Cataluña una definición del presupuesto para la incapacitación.





asistencia por parte del legislador sólo a determinados casos<sup>19</sup>, sin embargo, la proximidad que puede producirse en la práctica entre supuestos de disminuciones físicas y sobre todo psíquicas incapacitantes, y las que no lo son, es evidente, y no lo pone nada fácil al órgano jurisdiccional que ha de aplicar la norma. El Libro II del CCCat ha introducido la figura de la asistencia, que ha de convivir y buscar su espacio respecto a la incapacitación y las figuras de la tutela y la curatela<sup>20</sup>. Y no es descabellado pensar que, ante una petición cursada por vía de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un asistente, el juez que opta por elegir esta medida de protección – menos cercenante e invasiva de la capacidad natural de las personas –, aún a riesgo de equivocarse, juega con la ventaja de que siempre podrá promover de oficio, a través de la correspondiente información al Ministerio Fiscal, la incapacitación de la persona asistida si comprueba – piénsese que el asistente tiene obligación de notificarle cualquier cambio de circunstancias que afecten al asistido (art. 226-4.2 CCCat) –, que el desarrollo de la enfermedad o disminución padecida se torna incapacitante. Ello derivará en la extinción de la figura de protección que no ha afectado al estado civil de la persona vulnerable, para dar paso al procedimiento de incapacitación que culminará con el nombramiento de un tutor o de un curador. Porque la incapacitación constituye una de las causas de extinción de la asistencia conforme al art. 226-5 CCCat.

**2.2.** – Esta cuestión, que no parece plantearse en el ordenamiento catalán<sup>21</sup> ni tampoco en el italiano, se torna importante al estudiar las resoluciones de los tribunales de este país. Así es, ¿influye o ha de influir en la decisión del juez sobre la conveniencia de nombrar un asistente, la complejidad del patrimonio de la persona vulnerable? ¿Qué papel desarrolla la valoración de elementos objetivos como la profesión que desempeñaba o las actividades previas que realizaba el que ahora se ha quedado limitado? Porque lo cierto es que con la administración de apoyo existe el riesgo de que, manteniendo intacta su capacidad de obrar, el sujeto privado de autonomía o de capacidad de autogobierno pueda realizar actos gravemente perjudiciales para sí mismo y para su patrimonio. El análisis de las resoluciones italianas nos lleva a defender que, efectivamente, el presupuesto objetivo también es tomado en consideración en los procedi-

---

<sup>19</sup> Cfr. J. RIBOT IGUALADA, “L’assistència”, en VVAA., *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, 2013, p. 342 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. J.A. MARTÍN PÉREZ, “La asistencia como institución de protección”, en R. BARRADA ORELLANA, M. GARRIDO MELERO y S. NASARRE AZNAR (coords.) *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 162.

<sup>21</sup> Del texto literal contenido en el art. 226-1 CCCAT cabría entender que los presupuestos objetivos de la figura se refieren también a las condiciones del sujeto vulnerable, esto es, que como consecuencia de la referida disminución no incapacitante, primero no pueda cuidar de sus propios intereses y, segundo, necesite contar con un asistente. Pero en este apartado, bajo el nombre de presupuesto objetivo, voy a referirme a los elementos ajenos al sujeto vulnerable: patrimonio, profesión o actividad profesional, entorno social y familiar etc.



mientos de nombramiento de un administrador de apoyo<sup>22</sup>. En efecto, junto con el criterio cuantitativo es esencial considerar el funcional, es decir, pertenece a la apreciación del juez la evaluación de la conformidad de esta medida teniendo en cuenta el tipo de actividad que se ha de llevar a cabo en nombre del beneficiario: a una actividad mínima y muy simple que no ponga en peligro los intereses del sujeto (bien por la escasa consistencia del patrimonio disponible, bien por la simplicidad de las operaciones a realizar, como por ejemplo la gestión ordinaria de los ingresos de la pensión) corresponderá la administración de apoyo; sin embargo, y siempre respecto a una persona incapaz de proveer a sus intereses, a una actividad de cierta complejidad, o a una situación que requiera evitar que la persona cometa actos perjudiciales para sí misma, le corresponde la incapacitación como medida adecuada de protección. Así, en cuanto al presupuesto objetivo a valorar a la hora de nombrar un administrador de apoyo el juzgador italiano tiene en cuenta no tanto, o no únicamente, la cuantía del patrimonio de la persona vulnerable, sino sobre todo la complejidad de la gestión de este patrimonio que pueda requerir de unos conocimientos técnicos específicos<sup>23</sup>. Esta reflexión nos lleva directamente hasta el tercer apartado de este trabajo, puesto que la pregunta que cabe hacerse es sobre el procedimiento, sobre los mecanismos con que el legislador catalán ha previsto que se pueda designar a la persona idónea para desempeñar el cargo de protección de la persona vulnerable.

**3. – 3.1. –** De conformidad con lo dispuesto en el art. 226-1 CCCat el nombramiento de un asistente para quien tenga necesidad de ello se efectúa a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Siendo ésta una cuestión netamente procesal, no por ello ha de considerarse ajena a nuestro estudio, en tanto que esta opción del legislador catalán puede afectar radicalmente al desarrollo práctico de la figura de protección. Así es, de la misma manera que se prevé en el ordenamiento jurídico italiano<sup>24</sup>, el establecimiento de un procedimiento no contencioso como mecanismo para la obtención de una resolución judicial de nombramiento de un asistente se entiende en el contexto de la voluntad expresa de ambos legisladores de simplificar, abaratar y facilitar el acceso de los ciudadanos a la asistencia o administración de apo-

---

<sup>22</sup> Así, en el caso resuelto por la Corte de Casación el 26 de octubre de 2011 se considera más que suficiente, para las necesidades patrimoniales y la vida que lleva el sujeto vulnerable, que su hermano sea su administrador de apoyo y se ocupe de sus cuentas y de cuidar de él como venía haciendo desde que era un niño. Disponible en [http://www.territorioasmilano.progettoads.net/allegati/ADS\\_t2\\_allegati/337/FILE\\_Allegato\\_sentenza.pdf](http://www.territorioasmilano.progettoads.net/allegati/ADS_t2_allegati/337/FILE_Allegato_sentenza.pdf) (fecha de la consulta junio 2013). Véase también la Sentencia de la Corte de Casación de 12.06.2006 n° 13584, que puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10523> (fecha de la consulta: junio 2013).

<sup>23</sup> Se refiere a esta cuestión Vaquer cuando realiza el comentario del art. 222-12 CCCAT que permite al juez nombrar, junto con el tutor, a un profesional que ejerza como administrador patrimonial de un incapacitado escindiendo así las funciones tutelares en aras de lograr una mayor protección de los intereses patrimoniales del incapacitado. Cfr. A. VAQUER ALOY, “Commentario all’art. 222-12”, en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 194.

<sup>24</sup> Arts. 405-407 CCit.



yo. Precisamente porque no se trata de modificar el estado civil de una persona, ni de privarle, ni total ni parcialmente, de su capacidad de obrar, ha de ser suficiente con acudir a la jurisdicción voluntaria justificando la existencia de los presupuestos necesarios y solicitando de la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Este planteamiento, absolutamente coherente en principio, se queda después corto en su eficacia, primero por el contexto competencial que afecta al desarrollo de la normativa procesal, que está en manos del legislador estatal<sup>25</sup>, y segundo porque el legislador catalán no ha realizado un mayor esfuerzo de desarrollo de la norma sustantiva, por ejemplo regulando el contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente, los aspectos sustantivos sobre los que ha de pronunciarse en relación a esta figura de protección, todo ello a fin de salvaguardar suficientemente la seguridad jurídica de las personas necesitadas de protección. El legislador italiano sí se detuvo en 2004 a delimitar algunos aspectos importantes<sup>26</sup> que, considero, significan una aportación del modelo italiano con respecto a la escueta regulación del derecho catalán.

Como punto de partida, en Italia existen los jueces tutelares encargados de conocer de los procedimientos para el nombramiento de un administrador de apoyo. También en Alemania hay juzgados de tutelas, que conocen de los procedimientos de tutela de menores, así como de la institución de la asistencia para proteger a los mayores. Sin embargo, en Cataluña, el nombramiento de un asistente será llevado a cabo mediante Auto por el juez de primera instancia del domicilio de la persona que lo solicita. Qué duda cabe de que la especialización en este ámbito sólo podría beneficiar a los “justiciables” de la misma manera que ha ocurrido con respecto a los procesos de familia<sup>27</sup>. Se ha argumentado que no existe esta especialidad por no haber un número significativo de procedimientos que la justifique, aunque tal razonamiento desmerece bastante la necesaria prioridad que se ha de otorgar a la calidad del servicio por encima de los criterios cuantitativos, máxime cuando afecta a personas vulnerables. De hecho, éste es el razonamiento en el caso de los tribunales tutelares de menores, cuya existencia está de sobra

---

<sup>25</sup> Téngase en cuenta que el procedimiento de jurisdicción voluntaria, está regulado en España por los artículos 1811 a 1824 del Libro III, Título I de la LEC de 1881, breve regulación, obviamente obsoleta, que aún no ha sido objeto de renovación por parte del legislador español.

<sup>26</sup> La ley de 6/2004 no sólo modificó el *Codice civile* para introducir normas de derecho sustantivo – y también alguna de carácter procesal – sobre la administración de apoyo, sino que además reformó la ley procesal civil italiana, con un nuevo art. 720 bis titulado “Normas aplicables al procedimiento en materia de administración de apoyo”. Cfr. F. DOVANI, “Il procedimento per la nomina dell’amministratore di sostegno”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, p. 805 y ss.

<sup>27</sup> Así lo entienden unánimemente los fiscales españoles cuando refieren su experiencia en estos procedimientos. Cfr. S. VENTURA MAS, “L’assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial”, ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, actualmente publicada en el libro coordinado por el Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universidad de Girona, *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, 2013, p. 111; C. GANZENMÜLLER ROIG, “Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles”, ponencia presentada dentro del curso sobre *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*, p. 9.



justificada en atención al colectivo al que afecta su intervención. La realidad irrefutable es que cada vez hay más población mayor o en situaciones de vulnerabilidad, no es un problema de número sino de que no se acude a los procedimientos judiciales para el nombramiento de un cargo de protección, básicamente porque hoy día no están resultando eficaces.

El art. 405 CCIt y siguientes establecen cómo ha de ser el procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un administrador de apoyo, sin embargo no ocurre lo mismo en el ordenamiento civil catalán. A falta de una mayor concreción por parte del legislador, se ha señalado por la doctrina que el procedimiento de jurisdicción voluntaria tiene como objeto la constatación judicial de la existencia de una disminución, la evaluación de la misma, y también de la conveniencia de la asistencia para solucionar el impacto que esta disminución produce en la autonomía de la persona. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal hay cierto consenso a favor de la misma<sup>28</sup>, dado que se trata de proteger a una persona que padece una disminución no incapacitante pero que puede ser lindante o, incluso, una persona eventualmente necesitada de un procedimiento de incapacitación. Junto a ello, se ha defendido la innecesariedad de intervención de abogado y procurador en el procedimiento, así como la aplicación analógica de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al menos en cuanto a la actuación del juez y del fiscal en interés del solicitante de la asistencia, con la posibilidad de practicar de oficio todas las pruebas y diligencias que se estimen adecuadas, y con la posibilidad de asesorarle sobre sus derechos y el modo de rectificar los defectos de que pueda adolecer la solicitud inicial<sup>29</sup>. La relación entre este procedimiento de jurisdicción voluntaria y el contencioso de incapacitación total o parcial es de absoluta incompatibilidad, no podrá iniciarse el primero si existe en trámite un procedimiento de incapacitación del solicitante de la medida de protección y, en sentido inverso, según establece el art. 226-5.1c) CCCat, la incapacitación de la persona vulnerable es causa de extinción de la figura de la asistencia.

**3.2.** – La legitimación activa para solicitar la medida de protección constituye la primera y esencial diferencia entre los ordenamientos italiano y catalán, puesto que el sistema italiano

---

<sup>28</sup> Aunque cabe hacer constar que Rivero Hernández, por ejemplo, considera sobre la presencia del M<sup>a</sup> Fiscal en el procedimiento: “(...) *creo que deberá estar presente, no como parte procesal, sino para defender la legalidad y para evacuar el oportuno informe*”, cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia ...*, cit., p. 418, mientras que la fiscal Sra. Soriano no duda en propugnar la intervención procesal del Ministerio Fiscal en el procedimiento, cfr. R. SORIANO, “L’assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia”, ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, actualmente publicada en el libro coordinado por el Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universidad de Girona, *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*, Girona, 2013, p. 120.

<sup>29</sup> Cfr. R. SORIANO, “L’assistència com a mesura de protecció ...”, cit., p. 120. Véase también la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 29 de diciembre de 2009, sobre la organización de las secciones de lo civil y régimen de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. Consultable en <http://www.fiscal.es>.



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

Por su parte, Italia sigue fielmente el modelo alemán y legitima en primer lugar al propio beneficiario o persona necesitada de protección. Sin embargo, yendo más allá que el legislador catalán, otorga legitimación, no sólo al mayor de edad con capacidad de obrar plena que padece la limitación, sino también al menor no emancipado<sup>30</sup>, y a aquella persona que está sometida a tutela o a curatela y desea solicitar una modificación de su sistema de protección. En el Derecho alemán, como la tutela y la curatela ya no existen para el mayor de edad, el §1896 BGB hace referencia a la posibilidad de que la petición de un asistente sea instada por quién es incapaz de obrar. Se entiende que es posible que una persona incapacitada inste la modificación de su situación, por ejemplo en los casos de recuperación de una enfermedad en que se pueda justificar ante el juez encontrarse en una situación de mejoría física o psíquica que le permita recuperar su capacidad de obrar, bastándole el apoyo de un asistente para cuidar de su persona y bienes. Ello obliga al incapacitado a instar, paralelamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de un administrador, la revocación de la sentencia judicial de incapacitación ante el juez competente para conocer del asunto. Los procedimientos se ensamblan y se relacionan.

Sin embargo, si la persona es capaz sólo ella debería poder decidir sobre su situación de vulnerabilidad e instar un procedimiento para resolverla. En el derecho alemán, excepcionalmente, se puede nombrar un asistente contra la voluntad de la persona si por razón de su enfermedad o discapacidad tiene afectadas sus facultades volitivas y por este motivo no reconoce la necesidad de tratamiento o ayuda. Pero si son personas con discapacidad física, sólo se les puede nombrar un asistente si ellas mismas lo solicitan<sup>31</sup>. De esta forma, se intenta separar los supuestos de las personas que tienen afectada, aunque no sea suficiente como para incapacitarlas, su capacidad volitiva, de aquellas que únicamente sufran deficiencias físicas que les im-

---

<sup>30</sup> En Alemania se prevé el nombramiento del asistente legal a favor del menor que haya cumplido los 17 años, con efectos al llegar a la mayoría de edad (§1908 a BGB).

<sup>31</sup> § 1895.1 BGB.



pidan autogobernarse completamente. Parece una solución ecuánime, a caballo entre la opción amplísima del legislador italiano y la reducidísima del legislador catalán. Parece claro que si la discapacidad es física la legitimación ha de ser, únicamente, del propio beneficiario. Pero si el problema es psíquico, la cuestión se torna más compleja. Hay quien sugiere una interpretación amplia de esta normativa para que la cuestión de la legitimación no se convierta en el motivo de la total inaplicabilidad de la figura. Así, para los casos de disminución psíquica del sujeto solicitante de la medida, y dada la interpretación legal restrictiva de las causas limitativas de la capacidad de obrar (art. 211-3 CCCat), se entiende que sólo en los supuestos de una evidente incapacidad inhabilitante podrá el juez desestimar la solicitud presentada por falta de legitimación<sup>32</sup>. También se ha de contemplar la posibilidad de que la persona vulnerable hubiera delegado mediante un poder notarial específico, la iniciación de un procedimiento de solicitud de nombramiento de asistente cuando llegara el momento en que esta medida se hiciera necesaria<sup>33</sup>. Esta sería una opción interesante especialmente para las personas con graves dificultades para expresar su voluntad, o para aquellas que, por efecto de la enfermedad o la discapacidad, hayan visto afectadas sus capacidades volitivas y en el momento de precisar un asistente se nieguen a reconocer su limitación y su necesidad de apoyo material y jurídico. Además sería una solución exenta de riesgos, por cuanto en el curso del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el juez sigue estando obligado a explorar a la persona solicitante, entrevistarse con ella y, sobre este conocimiento directo, determinar la conveniencia o no de esta medida, y qué alcance ha de tener<sup>34</sup>.

Encaja este planteamiento con la regulación de otra figura novedosa en el Libro II CCCat, los poderes preventivos, que ofrece al “futuro incapaz” amplias facultades para la constitución de una suerte de tutela privada, es decir, le permite crearse una institución de protección a

---

<sup>32</sup> Cfr. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas”, en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2011, p. 147.

<sup>33</sup> Cfr. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección ...”, cit., p. 149. Se refieren también a los poderes notariales como una medida válida para autogobernar las posibles futuras limitaciones, entre otros, Amunátegui y muchos notarios además de Martínez García. Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad ...”, cit., p. 45; A. TORTOSA MUÑOZ “La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad. La autotutela y los poderes preventivos”, en C. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, cit., p. 113 y ss.; A. B. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “Disposiciones de protección mortis causa del discapaz”, en R. MARTÍNEZ DÍE, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000, p.236 y ss.; C. CORRAL GARCÍA, “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2003, 2, p. 27 y ss.

<sup>34</sup> Por contra, para Rivero Hernández no hay posibilidad de que pueda solicitarlo otra persona que no sea el propio beneficiario, ni nombrarlo el juez de oficio, en ningún caso: “Convenzan quienes lo crean necesario al interesado de la conveniencia de la asistencia, con la alternativa de la incapacitación para otro caso” (en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, cit., p. 72).



medida, al margen de toda intervención judicial o administrativa<sup>35</sup>. En el mismo orden de cosas, y con el convencimiento de que las personas podemos autogobernar nuestras posibles o futuras situaciones de vulnerabilidad, el legislador potencia al máximo en el Libro II la delación voluntaria de la tutela<sup>36</sup>. Por tanto, si es posible que uno mismo realice un apoderamiento o designe a su futuro tutor para el caso de incapacidad<sup>37</sup>, también habría de ser posible que apodere a una persona concreta para que inste el procedimiento de nombramiento de un asistente, en un momento dado, si se dan una serie de condiciones. Además, también podría pasar que el futuro beneficiario de una asistencia hubiera otorgado un poder general o particular para que terceras personas se hicieran cargo de sus intereses. La pregunta sería: ¿excluyen estos apoderamientos o, cuanto menos, los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad, la posibilidad de solicitar de un juez que nombre un asistente para el poderdante? A mi juicio no, básicamente por el tenor literal del 222-2 CCCat que sólo excluye la tutela<sup>38</sup> y por el hecho de que el poder preventivo se refiere a la pérdida de la capacidad y el nombramiento de un asistente no implica tal pérdida de capacidad, ni alteración alguna del estado civil de la persona asistida, luego en cualquier momento, con asistente o sin él, tiene capacidad para revocar los poderes, lo mismo que tiene capacidad para realizar por sí mismo los actos para los que había otorgado el poder. También está claro que la existencia de estas manifestaciones expresas ante notario, del solicitante de la asistencia, han de ser tomadas en consideración por el juez a la hora de tramitar el procedimiento de nombramiento, y de asignar a la persona elegida para desempeñar el cargo de asistente, las tareas de las que debe ocuparse.

**3.3.** – La asistencia es una institución de protección típica y de constitución judicial, de manera que la resolución por la que se nombra el asistente y se determina el alcance de sus funciones resulta de una gran importancia. Es la hoja de ruta o el elemento definitorio de la medida de protección, en cada caso. El control de la correcta gestión de los intereses de la persona

---

<sup>35</sup> Según el art. 222-2 CCCat los poderes preventivos hacen innecesaria la constitución del régimen de tutela. Cfr. J.A. MARÍN SÁNCHEZ, “Comentario al art. 222-2”, en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 154.

<sup>36</sup> Cfr. A. FERNÁNDEZ PIERA, “La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión” en J. GÓMEZ GÁLLIGO, (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 491-513; y en la misma obra I. SERRANO GARCÍA, “El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*”, pp. 785-802.

<sup>37</sup> Cabe mencionar en este punto que el Parlamento de Cataluña ha previsto la publicidad de estos mecanismos autogobierno de la propia incapacidad mediante el “*Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d’incapacitat i del Registre de patrimonis protegits*”, en el que se inscriben las escrituras de delaciones tutelares; de poderes preventivos otorgados en previsión de una situación de incapacidad, o escrituras públicas relativas a patrimonios protegidos.

<sup>38</sup> Sobre este particular y los avatares del proceso legislativo al redactar los artículos sobre la asistencia, véase F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario al art. 226-1 CCCat” en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ, *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 416.



vulnerable se fundamenta en esta protección legal que va vinculada al establecimiento de la medida mediante resolución judicial. El nombrado asistente ha de llevar a cabo un oficio, un encargo del que responderá ante la autoridad judicial. Los intereses de la persona vulnerable quedan bajo un régimen de protección que en Cataluña se concreta en la ineficacia de determinados actos de la persona asistida, ineficacia oponible *erga omnes* en interés de la persona vulnerable. Ninguno de estos efectos cabe atribuir a los sistemas de protección y apoyo de origen voluntario.

Si volvemos la mirada al modelo italiano, cabe destacar el art. 405 CCIt que desglosa pormenorizadamente el contenido que ha tener el Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo, que será inmediatamente ejecutivo. Frente a ello, el art. 226-2.1 CCCat se refiere, en general, a la obligación del juez de determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia, y los intereses de los que habrá de cuidarse el asistente. Fórmula legal que ha de entenderse en el sentido que tiene esta medida de protección, es decir, únicamente se ordenará aquello que sea estrictamente necesario para la atención de la persona vulnerable, para paliar las dificultades derivadas de su disminución de facultades, y para evitar riesgos para su persona y bienes. Se ha de esperar, por tanto, en la línea de la personalización de todas las medidas de protección, que las decisiones judiciales, en cada caso, sean bien concretas, especialmente en la determinación de los ámbitos sobre los que recae la protección, y de los que ha de ocuparse el asistente. Y que respete al máximo la voluntad manifestada por el propio solicitante de la medida, si bien excepcional y razonadamente, el juez podría desatenderla<sup>39</sup>.

**3.4.** – El art. 226-7 CCCat prevé de manera indirecta la inscribibilidad en el Registro Civil de la asistencia, por cuanto establece que la asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros. Cabe decir que esta norma es prescindible, pues es obvio que aquello que no está inscrito en el Registro Civil no es oponible a terceros. Lo único que pretende hacer notar el precepto es que la inscripción en el Registro Civil no es constitutiva e, indirectamente, está indicando que la asistencia puede ser inscrita pero a los solos efectos de obtener su publicidad. El problema es que el cargo de asistente no está previsto en el Cc español ni tampoco en la Ley del Registro Civil<sup>40</sup>. Por eso habrá que acudir al art. 88 de la Ley todavía vigente cuando dispone que en la Sección 4ª se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones, así como al criterio del art. 89 según el cual las inscripciones relativas al organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse ésta, y por último al más genérico art. 283 del Reglamento del Registro Civil. La nueva Ley del Registro Civil de

<sup>39</sup> Así lo entiende también RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario al art. 226-2 CCCat”, cit., p. 421.

<sup>40</sup> Cfr. al respecto, S. DE SALAS MURILLO, *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 181.



# JUS CIVILE



2011, por su parte, prevé en su art. 73.1, tras indicar la inscripción de los nombramientos de tutor y curador, que también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares, inciso a través del cual podemos entender que también ha de ser inscrita la constitución, modificación o extinción de la asistencia.

La cuestión de la inscribibilidad de la asistencia a efectos de su oponibilidad a terceros no es menor, puesto que, como el asistente puede asumir funciones de administración de los bienes de la persona asistida, cabe que para realizar determinados actos precise acreditar su condición de asistente. Además, los terceros tienen derecho a conocer la existencia de esta figura de protección, entre otras cosas a los efectos de poder hacer efectiva si fuera necesario, la sanción de anulabilidad de determinados actos realizados por el asistido sin su intervención. Por ello, el juez encargado del Registro Civil no sólo debería hacer constar el nombramiento del asistente, sino también el ámbito de sus funciones, y el CCCat debería haber previsto la comunicación al Registro Civil de las resoluciones judiciales de las funciones del asistente a que se refiere el art. 226-4.1 CCCat (reducción o ampliación de las funciones del asistente), de la misma manera que lo ha previsto el legislador italiano.

**4. – 4.1.** – En la legislación catalana no existe una disposición que regule los criterios de elección de la persona que ha de designarse como asistente en cada caso. Por el contrario nuestro legislador ha preferido incidir más, y sin que haya lugar a la excepción, en el respeto que la autoridad judicial ha de mostrar de la voluntad de la persona a proteger. La persona necesitada tiene la posibilidad de decidir directamente quién quiere que sea su asistente, y el juez deberá respetar esa decisión, con la única excepción de que el designado no sea apto para el ejercicio del cargo, en aplicación de las normas sobre la aptitud del tutor por remisión contenida en el art. 226-6 CCCat. Por aplicación de esta remisión a la tutela podría acudir al art. 222-15 CCCat sobre falta de aptitud en los supuestos en que concurren casos de enemistad, cumplimiento de penas de privación de libertad o imposibilidad de hecho, situaciones que permiten al juez postergar la voluntad de la persona necesitada. A partir de aquí cabe plantearse si, en tal eventualidad, lo procedente es que el juez desestime de plano la petición de nombramiento de un asistente o, por el contrario que nombre como asistente a persona diferente que la designada por la persona necesitada de protección. Podría pensarse que no ha de nombrarse a ningún asistente, en tanto que la persona necesitada es capaz. Pero lo cierto es que ella misma ha puesto en evidencia que requiere apoyo para el cuidado de su persona o bienes, por lo que parece más aconsejable, sobre la base de la propia voluntad de la persona protegida, acceder a la petición de nombramiento de un asistente, pero con persona distinta a la inicialmente propuesta. La voluntad de la persona asistida de solicitar esta medida de protección es el fundamento del cargo que, en su caso, ejercerá el nombrado asistente: la persona capaz, libremente, se desprende de la



posibilidad de ejercer ciertos aspectos o ámbitos de su capacidad de obrar y lo deja en manos de un tercero, cuya elección constituye una responsabilidad del juez que conoce del asunto.

También en Italia, el art 408 CCIt determina la persona a la que ha de nombrar el juez tutelar como administrador de apoyo, con clara preferencia sobre cualquier otra para aquella que el propio asistido haya designado<sup>41</sup>, en principio que sea persona física y familiar del beneficiario. Se considera que este derecho de autodeterminación está ligado intrínsecamente a la tutela de la dignidad de la persona. Sin embargo, el último apartado del art. 408 CCIt se refiere a la libertad del juez para no seguir la voluntad del beneficiario de la medida, y a su facultad para nombrar a alguien de su confianza. Permite al juez una mayor capacidad de maniobra que en el sistema catalán, quizá para evitar los casos en los que el beneficiario “elige” sometido a una cierta presión o manipulación por parte de sus familiares. Cabe mencionar que en el anteproyecto de libro II CCCat, el art. 226-1, 2º tenía un redactado similar al del art. 408 CCIt., pero en su versión definitiva se suprimió la referencia a la causa grave para incumplir los deseos del beneficiario de la medida de protección, optando con ello por el máximo respeto a los deseos de la persona asistida, aun a riesgo de perjudicarlo<sup>42</sup>. En efecto, la asistencia que regula nuestro Código civil pone voluntariamente el énfasis en la legitimación exclusiva del propio beneficiario para solicitar el nombramiento de un asistente, así como para la elección del mismo, y ello porque se trata de una institución configurada en torno a la voluntad de la persona asistida, lo cual justificaría la imposibilidad del juez de obviar esta voluntad, que sólo sería posible en los supuestos de falta de aptitud legal del elegido para desempeñar el cargo de protección. Pese a todo, hay que ser conscientes de que, en muchos casos, las personas vulnerables en las que el legislador piensa al regular la asistencia no eligen a nadie, ni otorgan poderes, ni realizan acto formal alguno anterior al escrito de solicitud de la asistencia. En ocasiones se encuentran en situaciones que dificultan enormemente la selección correcta de la persona idónea, cabe que esta decisión les suponga un esfuerzo adicional o una ansiedad excesiva por razón de su edad o enfermedad, o que la elección sea motivo de desavenencias y discusiones familiares. Parece claro que en los supuestos en los que el solicitante de la medida no designa a nadie, o se limita a excluir a alguna persona concreta para el cargo, la discrecionalidad del juez se incrementa considerablemente a la hora de designar a quien considere más idóneo, porque no rige para la asistencia la previsión existente en el art. 222-10 CCCat de un orden de preferencia en la elección de la persona que ha de ser tutor<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase al respecto el Decreto de 25.08.2010 del Tribunal de Varese (consultable en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=321&idnot=50851> Fecha de la consulta junio 2013).

<sup>42</sup> Cfr. BOPC núm. 384, *Projecte de Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, de 19 de gener de 2009*, p. 35. Esta solución fue criticada por el profesor Rivero, véase F. RIVERO HERNÁNDEZ “Comentario al art. 226-1”, cit., p. 419.

<sup>43</sup> Insiste Vaquer en que no es una lista cerrada e inamovible pero que sin duda condiciona la elección de la persona del tutor por parte del juzgador. Cfr. A. VAQUER “Comentario al art. 222-10 CCCat”, cit., p. 189. Por su parte, Martínez García defiende la conveniencia e interés de que el juez que ha de elegir al asistente recurra



**4.2.** – La redacción del capítulo sexto del CCCat dedicado a la asistencia se refiere siempre al asistente en singular, dando a entender que sólo puede ser una la persona que ocupe el cargo, a diferencia del derecho alemán, en que cabe el nombramiento de una pluralidad de personas<sup>44</sup>. Si bien teóricamente podría admitirse una pluralidad de asistentes para aquellos cometidos específicos para los que la persona requiera la asistencia, lo cierto es que la complejidad de la regulación catalana por lo que concierne al contenido de la asistencia y al régimen de la anulabilidad aconseja el nombramiento de un único asistente que haga más sencillo el funcionamiento del cargo. Ahora bien, si por la complejidad de las tareas a realizar, fuera necesario recurrir a un profesional, ¿qué tipo de profesional debería nombrar el juez?, ¿personas físicas o personas jurídicas? El art. 226-1.2 CCCat habla de “persona” de manera genérica, sin ulterior concreción. Ante el silencio legal entiendo que por remisión al art. 222-16 CCCat – normas sobre aptitud del tutor, aplicables según el art. 226-6 CCCat –, sólo las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán ejercer como asistentes en Cataluña, las cuales deberán designar a la persona física que ejercerá directamente la labor de asistente<sup>45</sup>, que será diferente en función de la concreta tarea que se le encomiende a la institución por parte del juez – en esto precisamente radica la profesionalización del cargo –, quedando excluidas expresamente aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren en una situación de conflicto de intereses<sup>46</sup>.

En Italia será administrador de apoyo una o varias personas, ya sean personas físicas o jurídicas, siempre bajo el argumento fundamental de la búsqueda del bien de la persona protegida, máxime en los casos en los que el patrimonio del asistido es importante o difícil de gestionar, y también el de aquellos supuestos en los que la relación del asistido con sus familiares no es buena. Incluso se planteaba para algunos autores, como más idónea, la solución que propugna el régimen francés que llega a regular una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de protección de una persona mayor<sup>47</sup>. Con la consecuente y necesaria determinación de unos criterios para fijar la remuneración derivada del ejercicio del cargo cuando es ejercido

---

a esta lista, aunque sin estar vinculado legalmente por ella, cfr. M.A. MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas”, en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NARSARRE, *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, cit., p. 150.

<sup>44</sup> § 1899(1) BGB.

<sup>45</sup> Cfr. M.A. MARTÍNEZ GARCÍA, “Instituciones de protección ...”, cit., p. 148.

<sup>46</sup> El art. 222-17 CCCat dispone que no pueden ser tutores las personas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. A partir de la aplicación analógica de esta norma no deberá nombrarse como asistente en Cataluña al cuidador profesional de la persona asistida si se le encomiendan funciones de administración del patrimonio.

<sup>47</sup> La ley francesa de 5 de marzo de 2007 de protección de mayores regula una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor (art. 471-1-8, y 472.1-4 del Código de Acción Social y de Familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán llamadas *mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM)*. Cfr. FOSSIER, T., *La réforme de la protection des majeurs (guide de lecture de la loi du 5 mars 2007)*, *La Semaine Juridique* 11, 14.3.2007, pp. 15-17.



por estos profesionales, sean personas físicas o jurídicas<sup>48</sup>. Sin embargo, lo habitual será que el administrador de apoyo sea una sola persona física, familiar cercano del beneficiario de la medida. Esta es la solución que parece más adecuada, porque encaja absolutamente con el fundamento o razón de ser de la figura de la asistencia, y dado que en el nombramiento del asistente o del administrador de apoyo no sólo debe considerarse el factor de la necesaria especialización del nombrado para el cargo, sino también la importante cuestión de la confianza que aquél genera en la persona vulnerable.

**5. – 5.1.** – El nombramiento de un asistente, en tanto que cargo de protección de la persona establecido judicialmente, hace necesario que el designado tome posesión del mismo. Entre las normas de tutela aplicables a la asistencia por remisión del art. 226-6 CCCat, no se cuenta ni la norma sobre prestación de caución del art. 222-20, ni la norma que obliga a realizar un inventario de los bienes del incapaz – en este caso del asistido –, del art. 222-21. No obstante lo cual, y dado que es la resolución judicial la que en cada caso determina cuáles son las tareas y los deberes que afectan al asistente, en la medida en que se le atribuyan funciones de administración del patrimonio del asistido, el requerimiento de confección de un inventario parece ineludible, básicamente a los efectos de que en su momento pueda procederse cabalmente a la rendición de cuentas de la tarea realizada. En cuanto a la excusa para ejercer el cargo, no parece que exista dificultad alguna para aplicar el art. 222-18.1 CCCat, de manera que puede afirmarse que son excusas la edad, la enfermedad, la falta de relación con la persona que debe ser protegida, las derivadas de las características del empleo o profesión del designado, o cualquier otra que haga el ejercicio especialmente gravoso o que pueda afectarlo. Aunque las funciones del asistente son menos exigentes que las del tutor, pues no abarcan la completa esfera jurídica de la persona necesitada, el llamado al cargo de asistente debe poder excusarse por las razones mencionadas.

Una vez aceptado el cargo, el asistente queda sujeto a un régimen jurídico similar al del resto de instituciones de protección establecidas judicialmente, en primer lugar, por la aplicación de los artículos 221-1 a 221-5 CCCat, comunes a todas las instituciones de protección. Así, hay que referirse a la obligación de ejercer su función en interés de la persona vulnerable recogida en el art. 221-1 CCCat, según el cual las funciones de protección de las personas que requieren asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida y de acuerdo con su personalidad. Van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos. También esta norma queda recogida en la

---

<sup>48</sup> la Ley francesa de 2007 prevé de que la financiación de la actividad de estos profesionales se unifique y siga criterios precisos y claros. En concreto, la persona protegida participará en los gastos derivados de su protección en función de sus ingresos; si bien, a falta de recursos suficientes, un sistema de financiación pública subsidiaria garantizará la retribución de los mandatarios en cuestión.



legislación italiana, si bien de forma más específica en el art. 410 CCit., sobre los deberes que afectan al administrador de apoyo. En el derecho alemán también resulta irrefutable que la asistencia tiene que permitir la libre determinación de la persona asistida tanto como sea posible, y por eso el asistente tiene que atender por mandato legal sus deseos<sup>49</sup>. En un acto expreso de respeto a la condición de persona capaz del sujeto vulnerable, se obliga al administrador de apoyo a notificarle todos sus pasos en el ejercicio de sus funciones, y se prevé la posibilidad de que la beneficiaria de la medida no se muestre conforme con su actuación, en cuyo caso la última palabra la tiene el juez, y por ello debe ser informado siempre que se de una situación de desacuerdo.

Las funciones del asistente son personalísimas y no cabe su delegación. En cuanto a su posible remuneración, el art. 221-3 CCCat, en sede de disposiciones comunes, exige que de forma expresa se altere la regla general de la gratuidad, de la misma manera que ocurre en Italia<sup>50</sup>, es decir, que queda en manos del juez la decisión de establecer expresamente una remuneración en la resolución que ordene el nombramiento del asistente. En cualquier caso, sí es claro que la ley concede al asistente el derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños que el ejercicio del cargo le haya provocado, e incluso cabe que el asistido, al solicitar el nombramiento, prevea ya una retribución para su asistente con cargo a su patrimonio<sup>51</sup>.

**5.2.** – Sería deseable encontrar un cierto nivel de concreción y detalle sobre las concretas funciones del asistente en cada caso, en las futuras resoluciones que puedan dictarse por los tribunales de primera instancia en Cataluña, con base en la aplicación del art 226 CCCat<sup>52</sup>. La jurisprudencia italiana sí ha potenciado mayoritariamente el recurso a la clasificación detallada de los actos, del objeto de la protección a la persona vulnerable. Se expresa lo que ésta no puede hacer y lo que sí puede hacer, se concreta lo que ha de hacer con asistencia del administrador de apoyo. Se asignan directamente una serie de cometidos al administrador para que actúe en representación exclusiva de la persona vulnerable y, por último, se detallan las actuaciones que

---

<sup>49</sup> Cfr. § 1896 BGB.

<sup>50</sup> Art. 379 CCit. Cfr. G. BONILINI “L’amministratore di sostegno”, en G. BONILINI, F.TOMMASEO, *Commentario Codice civile*, cit., p. 318.

<sup>51</sup> J. A. MARTÍN PÉREZ, “La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo Derecho de la persona en Cataluña”, en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, *El nuevo Derecho de la persona ...*, cit., p. 151.

<sup>52</sup> La única resolución encontrada a fecha de terminación del trabajo, el Auto de 26.10.2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, determina en cuanto a las funciones del asistente, como señalábamos en la nota 9, que son estrictamente patrimoniales y dentro de éstas sólo las actuaciones que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa del patrimonio del asistido, y que el asistente deberá rendir cuentas anualmente al Juzgado de su tarea. De lo que se deduce un interés por limitar en lo posible la tarea a realizar por el asistente, así como por asegurar el control externo de la misma. No se entra a delimitar el alcance jurídico de dichas funciones, ni si éstas quedan vedadas a la persona asistida, aunque es razonable pensar que Tribunal está estableciendo que el asistente las realizará “en representación” del asistido.



precisan de autorización judicial. Y esto es posible, entre otras cosas, porque la normativa es clara en cuanto a los términos jurídicos empleados. No puede decirse lo mismo de la normativa catalana, en la que debemos preguntarnos en primer lugar, qué ha querido decir exactamente el legislador con la propia palabra *asistencia*, puesto que dentro del propio Libro II, se utiliza para referirse a figuras distintas. Además de las funciones atribuidas al asistente en el art. 226-2 CCCat, la asistencia tiene otro significado en los arts. 222-42 y 223-1.a) (así como en los arts. 223-4.2, 223-4.3 o 223-8), en los que se invoca la función de “asistencia” que corresponde a tutor y curador sobre la persona tutelada o en curatela<sup>53</sup>. En estos artículos, “asistencia” significa complemento de capacidad para que el acto sea plenamente eficaz cuando lo realiza una persona sometida a tutela o curatela, es decir, la intervención del tutor o del curador en el ejercicio de sus funciones, y no el cargo de protección específico del art. 226-1 y ss. Por consiguiente, hay que ir con cuidado para no mezclar ni confundir estas dos acepciones del término “asistencia”, aunque, como se verá, no dejan de tener muchos puntos de coincidencia.

En segundo lugar, está el verbo *intervenir*, que se emplea como definitorio de las actividades que realiza el asistente en el ámbito patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 226-2.3 CCCat. Se ha dicho que el recurso a tal vocablo ha causado cierta perplejidad en la doctrina<sup>54</sup>, ¿cómo habría de ser de otra manera? El legislador catalán crea una nueva figura de protección, sin precedentes en nuestro derecho, y para definir su contenido decide acudir a una terminología “jurídicamente neutra (...) que no corresponde a ninguna categoría jurídica tipificada legalmente”<sup>55</sup>. A la espera de que se vaya extendiendo la aplicación práctica de la figura y, con ello, de que tenga lugar una interpretación judicial del término, la doctrina comienza a razonar sobre cuál deba ser el significado de la palabra *intervenir*, como función que se atribuye al asistente en el ámbito patrimonial del asistido. De la lectura detenida del apartado tercero del art. 226-2 CCCat, cabe sostener que la *intervención* del asistente siempre y sólo se refiere al ámbito patrimonial, y puede consistir en actuar conjuntamente con el asistido o actuar sólo en la realización de ciertos actos de administración del patrimonio. Con respecto al primer supuesto, se sostiene que lo más coherente es aproximar esta *intervención* a la *asistencia* que presta el curador, es decir, a modo de complemento de capacidad<sup>56</sup>. En coherencia con este

---

<sup>53</sup> Art. 222-42 CCCat: “el menor tutelado que adquiere bienes con su actividad tiene, a partir de los dieciséis años, facultad para administrarlos, con la *asistencia* del tutor en los supuestos a que se refiere el artículo 222-43”. Art. 223-1.a) CCCat: “los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la *asistencia* prescrita por la ley, salvo el menor emancipado por matrimonio con una persona plenamente capaz”.

<sup>54</sup> Cfr. P. DE BARRÓN ARNICHES, “La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi civil de Catalunya”, en C. FLORENSA I TOMÁS y J.M. FONTANELLAS MORELL (coords.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, 2011, p. 231.

<sup>55</sup> Palabras textuales de RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia ...*, cit., p. 423.

<sup>56</sup> Cfr., P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY y E. BOSCH CAPDEVILA, “Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya”, noviembre 2010, consultable en <http://www.recercat>.



planteamiento, el artículo 226-3 CCCat predicaría que la falta de intervención del asistente desemboca en la anulabilidad del acto. Ciertamente, esta interpretación tiene la dificultad de explicar cómo se puede complementar la capacidad de alguien que no está incapacitado ni siquiera parcialmente, sin embargo considero que es la que mejor se compadece con el resto de la regulación, lo que probablemente pretendió el legislador al redactar este precepto. Es coherente también con el art. 226-6 CCCat que obliga al asistente – verdadera obligación y no facultad del juez de solicitarlo, a diferencia de la guarda de hecho – a rendir cuentas si ha administrado los bienes de la persona asistida. No se trata de un complemento por falta de suficiente capacidad de obrar, sino fundamentada en la propia voluntad de la persona que solicita del juez un complemento o una asistencia<sup>57</sup>. Cabe pensar en el complemento de capacidad de los menores emancipados que regula el art. 211-12 CCCat, porque según el art. 211-7 CCCat, el emancipado actúa jurídicamente como si fuese mayor de edad, o sea, con plena capacidad de obrar pero necesita la intervención para complementar su capacidad, del cónyuge mayor de edad si está casado, de los progenitores o, en su defecto, del curador. Insisto, no siendo una solución absolutamente válida en su aplicación al asistido, porque éste es plenamente capaz y el menor emancipado sólo se asimila al mayor de edad, es decir aún no lo es, sí parece ser la solución que el legislador catalán ha querido establecer en el art. 226-3. Habría una segunda *intervención* de asistente, que se refiere a su actuación en solitario – sin la persona asistida – para realizar ciertos y determinados actos de administración ordinaria del patrimonio de ésta. El juez, a petición del propio asistido, le da potestad para llevar a cabo estos actos, aunque sin privar por ello de capacidad para realizarlos también al propio beneficiario de la medida. Por último, habría que plantearse la calificación que cabe otorgar a la actuación del asistente en el ámbito personal del asistido, especialmente cuando se refiere a cuestiones relacionadas con la salud.

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

En primer lugar respecto al ámbito personal de la persona asistida, como la definición legal habla de “velar por su bienestar” las funciones que puede atribuir el juez pueden ser muy amplias y variadas, y referirse tanto a aspectos materiales como jurídicos, en función del tipo de apoyo que precise la persona vulnerable. Pero en relación al aspecto muy sensible de la salud el

---

[net/bitstream/handle/2072/179315/institucions\\_proteccio\\_dretcivil.pdf?sequence=1](http://net/bitstream/handle/2072/179315/institucions_proteccio_dretcivil.pdf?sequence=1). Véase también, A. COROMINAS MALET, “L’assistència”, en A. LUCAS ESTEVE, *Dret civil català, vol. II, Persona y Familia*, Barcelona, 2012, p. 175.

<sup>57</sup> De nuevo, se percibe poca distancia entre la figura de la asistencia y la del apoderamiento voluntario para determinados supuestos de enfermedad o disminución, salvo la muy relevante del control de la medida por parte de la autoridad judicial.



legislador ha concretado bastante: “corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los arts. 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas”. El asistente suple, es decir, representa, actúa en nombre de o por cuenta del asistido para recibir información médica y para prestar consentimiento a los tratamientos médicos, pero sólo si la persona asistida no ha manifestado una voluntad opuesta por escrito, según lo dispuesto en el art. 212-3.1 CCCat, y tampoco está en condiciones de decidir por sí misma en el momento en que ha de prestarse el consentimiento informado a los tratamientos médicos<sup>58</sup>. La fuente de este poder de representación atribuido al asistente tendría que buscarse en la propia voluntad del asistido, una persona completamente capaz que en su momento decidió solicitar el nombramiento de un asistente con plena constancia de las consecuencias legales del otorgamiento de esta medida de protección. El asistente le puede representar en las decisiones relativas a su salud, pero siempre subsidiariamente, es decir, si la persona ya manifestó en un documento de voluntades anticipadas quién debía ser, en sustitución suya, el que recibiera la información y decidiera sobre los tratamientos médicos, no procede nombrar a un asistente o, al menos, no procede asignarle esta tarea.

En el ámbito patrimonial cabe plantearse también la representación del asistente en relación a la administración de los bienes a que hace referencia el art. 226-2.3 CCCat. Literalmente dice este artículo: “A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma”. Y el fundamento es el mismo que en el caso del complemento de capacidad: la voluntad de la persona asistida – nunca puede ordenarlo el juez de oficio –, que en el momento de la interposición de la demanda, solicita que el asistente asuma funciones de administración de su patrimonio. El paralelismo con los poderes preventivos vuelve a plantearse con claridad, el legislador catalán ha pretendido poner en manos de las personas vulnerables pero no incapaces, un instrumento con el que – contando con el auxilio de la autoridad judicial –, puedan diseñar una solución a medida para su disminución, solución que lleva consigo la voluntaria dejación, siempre parcial, de su capacidad de actuar en el tráfico jurídico. La administración que cabe atribuir al asistente se limita a la ordinaria, sin que se pueda ampliar a la administración extraordinaria, como resulta no sólo de

---

<sup>58</sup> Señala Rivero Hernández que la cuestión más delicada que puede plantearse en la práctica es la que atañe a la delimitación de los casos en que la persona protegida está en condiciones de decidir por sí misma y cuándo no, situación esta que transfiere la competencia al asistente. Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia ...*, cit., p. 422, con referencia expresa a los arts. 6 y 7.2a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre el Derecho de información concerniente a la salud y la Autonomía del paciente. Véase también, M<sup>a</sup>. D. BARDAJÍ GALVEZ, “Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)”, en S. LLEBARÍA SAMPER (coord.), *Un codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?*, Barcelona, 2011, p. 194.





este precepto sino también del art. 226-6 CCCat<sup>59</sup>. Sin embargo, si la administración atribuida al asistente implica su capacidad de representación del asistido, parece una contradicción que estos mismos actos para los que existe la asistencia pueda llevarlos a cabo por sí solo el asistido. Esto es, que la legitimación para administrar que se confiere al asistente no sea incompatible, sino todo lo contrario, con la facultad de la persona asistida de seguir administrando sus bienes en consonancia con su inmodificada capacidad de obrar.

Es evidentemente que la aplicación de la norma catalana puede causar importantes disfunciones, por una parte por la posibilidad de actos incompatibles realizados por asistente y asistido<sup>60</sup> y, por otra, porque el art. 226-3 CCCat contempla la anulabilidad de los actos de la persona asistida realizados sin la intervención del asistente, con lo que parece que se está presuponiendo una falta de capacidad en el asistido.

La primera solución que podría apuntarse hace referencia a la relación interna entre ambos sujetos de derecho. La persona asistida debe contar con que si solicita que su asistente ejerza funciones de administración, éste va a poder actuar en su nombre y, en consecuencia, es indispensable la mutua información y toma de decisiones conjuntas respecto de los actos que el asistido pretenda realizar por sí mismo. De la misma manera, se muestra decisivo conocer con exactitud cuáles son los actos en los que es necesaria la intervención del asistente, solo o complementando la actuación legítima del asistido, para evitar posibles impugnaciones de los actos realizados. Por ello, parece conveniente la interpretación de esta norma en el sentido de exigir del juez que concrete cuáles son los actos de administración ordinaria que va a realizar el asistente y, entonces sí, la administración corresponde en exclusiva al asistente respecto a dichos actos, mientras que la persona asistida, en uso de su capacidad de obrar, puede realizar por sí sola el resto de los actos de administración y todos los de disposición, a la manera en que se prevé para el incapacitado parcialmente y su curador en el artículo 223-6 CCCat: unos actos de administración ordinaria del patrimonio los realiza el curador – en nuestro caso el asistente – por disposición judicial, y otros actos – diferentes, el resto de los no atribuidos expresamente – los realiza el asistido<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> En este sentido, cabe entender que la administración ordinaria que ha de realizar el asistente es muy similar a la que ejerce el guardador de hecho, sobre la que ya se han pronunciado los tribunales españoles, cfr. por ejemplo SAP de Huelva, 4.3.2009 (JUR 275451), en la que se declara que el guardador puede cobrar las pensiones de la beneficiaria de la protección y aplicar su importe a cubrir las necesidades personales de la misma. Según la SAP Valladolid, 1.2.2005 (AC 550), el guardador tiene legitimación para rescatar un plan de pensiones y dedicarlo al sostenimiento de la persona en guarda.

<sup>60</sup> Ocurre lo mismo en el derecho alemán, cfr. M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Actualidad Civil*, 1999, p. 579.

<sup>61</sup> Art. 223-6 CCCat: “la sentencia de incapacitación puede otorgar al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma”. Cabe que un curador sólo asuma algunas funciones de representación de la persona protegida, que seguiría gozando de capacidad para los otros actos jurí-



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

En todo caso, la asistencia debe tener un ámbito no sólo parcial sino también reducido, es decir, no tiene que referirse a todos los actos jurídicos de la persona asistida. Es una consecuencia directa del principio de necesidad, y de la coexistencia que se pretende con otros cargos de protección más definidos en cuanto a su contenido, como el del tutor y el curador. Las funciones del asistente deben ser las necesarias para el cuidado de la persona o los bienes de quien solicita la medida. El principio de necesidad demanda que la esfera de libertad y autonomía de la persona asistida no quede más afectada de lo estrictamente necesario. Ahora bien, tratándose de enfermedades degenerativas, a la vez es oportuno prever, en la medida de lo posible, la evolución psíquica o física futura de la persona necesitada, al tiempo de constituir la asistencia para otorgarle la máxima flexibilidad, sin perjuicio, por supuesto de ulteriores modificaciones futuras, si fueran necesarias. Así, aunque es la persona que necesita asistencia para el cuidado de su persona o bienes quien solicita el nombramiento de asistente, el art. 226-2.1 CCCat establece que es el juez quien, en la resolución de nombramiento, “determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente”. Queda claro, pues, que compete sólo al juez fijar el contenido de la asistencia, aunque esta conclusión hay que interpretarla con la suficiente laxitud, puesto que como ya hemos comentado, la fuente de la capacidad de actuación que se otorga mediante este procedimiento al asistente, es la propia voluntad de la persona que solicita la asistencia, la cual expresa cuáles son los actos para los que precisa al asistente, y el juez debe atender esta manifestación. Bajo estas premisas, el arbitrio judicial se extiende tanto a la decisión de si la asistencia comprende el ámbito personal, el patrimonial, o ambos, y dentro de cada uno de los ámbitos, los concretos intereses que debe cuidar el asistente, al modo en que los jueces italianos vienen delimitando, de acuerdo con las peculiaridades de su propia normativa, las funciones del administrador de apoyo.

**6. – 6.1.** – La modificación y la extinción de la asistencia quedan expresamente previstas en el CCCat y se explican conjuntamente por la propia flexibilidad de la figura, así como por el principio de proporcionalidad que preside todas las medidas de protección. De manera que si las circunstancias que motivaron el nombramiento de un asistente cesan o son objeto de una modifi-

---

dicos. Cfr. I. ZURITA MARTÍN y su análisis sobre los negocios inter vivos realizados por ancianos no incapacitados, en su obra, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, p. 222 y ss.



cación relevante es claro que la medida de protección también deberá sufrir la misma suerte, siempre bajo el criterio del interés de la persona sujeta a una discapacidad o disminución.

La asistencia puede ser modificada en el alcance de sus funciones. Esta modificación puede consistir tanto en la reducción como en la ampliación de las funciones del asistente, siempre que ello sea necesario en atención a las circunstancias o, lo que es lo mismo, al interés de protección de la persona asistida<sup>62</sup>. La asistencia, pues, no se presenta como una institución rígida ni en su constitución ni en su desarrollo, pudiendo acomodarse a la evolución de la persona asistida, ya sea reduciendo o ampliando los actos en que la intervención del asistente deviene necesaria o confiriéndole más ámbitos de administración ordinaria exclusiva. Sólo la autoridad judicial puede acordar la modificación.

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

**6.2.** – Respecto a la duración de la asistencia, podemos destacar en primer lugar la aportación del Derecho italiano que prevé expresamente la temporalidad de esta medida de protección, de hecho el juez ha de indicar por cuánto tiempo nombra al administrador, aunque después esté prevista la prórroga o incluso que el nombramiento se fije por tiempo indeterminado<sup>63</sup>. Este planteamiento de la figura como temporal parece adecuado porque resulta acorde

---

<sup>62</sup> Rivero Hernández apunta que, además de la ampliación o reducción de funciones, cabría por esta vía, la modificación consistente en la mejora de la forma de ejercer el cargo o de obtener una mayor eficacia de las funciones ejercidas por el asistente, todo ello a la vista de las relación que se haya dado hasta ese momento entre asistente y asistido. Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia* ..., cit., p. 430.

<sup>63</sup> Art. 405 CCit.



con el principio de proporcionalidad y con los criterios marcados desde la Unión Europea<sup>64</sup>, así como con lo dispuesto en otras legislaciones del entorno, como la alemana o la francesa<sup>65</sup>. Sin embargo, lamentablemente en Cataluña no cabe el transcurso de un plazo como causa de terminación de esta institución, sino que es necesario poner de manifiesto el cambio de la situación objetiva o subjetiva que haga innecesaria la permanencia de la figura de protección.

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

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la extinción de la asistencia, de nuevo se establece que la autoridad judicial pueda decidir “a instancia de parte”, es decir, de persona que no sea ni la asistida ni el asistente, pues la legitimación de éste ya la especifica el art. 226-4.2 CCCat, limitándola a la obligación de comunicar al juez cualquier modificación de las circunstancias que afectan a la persona asistida. Por consiguiente, en consonancia con cuanto he dicho antes, entiendo que están también legitimados los familiares más próximos de la persona asistida, quizá pensando en los casos en que la persona protegida ya no se encuentra en condiciones de solicitar la extinción. Si la causa de la extinción es la mejoría física o psíquica de la

---

<sup>64</sup> Cfr. Principio 14 de la Recomendación nº R 99 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>65</sup> Según el artículo 69 de la Ley de Jurisdicción voluntaria de Alemania, la duración de las medidas de protección ha de ser limitada, y han de ser sometidas a revisiones periódicas. En sentido parecido, la Ley francesa de Protección de Mayores de 2007 pone de manifiesto que el criterio rector de la proporcionalidad implica, no sólo que las medidas hayan de adaptarse a cada caso en particular y revisarse regularmente, sino que tengan un tiempo de caducidad; en concreto la salvaguarda de justicia caduca al año (pudiéndose renovar por otro nuevo año).



persona asistida, lo lógico es que fuera ella misma quien lo solicitara, pero si no lo hiciera, de la misma forma que cuando me refería a la modificación de la figura de protección, cabe entender que, a partir de la obligación de informar que afecta al asistente, pueda articularse una extinción de oficio por parte del juez, para adaptarla a la nueva situación de la persona capaz, entre otras cosas porque tal solución está en consonancia con el principio de mínima intervención y, además, establece un cauce para que el asistente pueda liberarse de una responsabilidad que ya no procede por causas objetivas. Si la causa fuera, en sentido inverso, la incapacidad natural sobrevenida de la persona asistida, el informe del asistente previsto en el art. 226-4.2 CCCat puede conducir al juez al convencimiento de que ya no concurren las circunstancias para la asistencia y, en consecuencia, a decidir, por un lado la extinción de la figura por desaparición de las circunstancias que motivaron su constitución y, por otro, el traslado del preceptivo informe al Ministerio Fiscal para que inste la incapacitación de la persona vulnerable.

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

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

Con respecto al primer problema apuntado, la doctrina ha defendido que si se dan solapamientos entre los actos del asistente y del asistido deberán aplicarse las reglas generales sobre doble disposición válida<sup>66</sup> y, además, es evidente que el tercero perjudicado por la incompatibilidad de los actos simultáneos del asistente y del asistido, podrá instar la acción de responsabilidad y solicitar una indemnización por daños y perjuicios al asistido, que es plenamente capaz y

---

<sup>66</sup> Habría que recurrir al criterio de la prioridad en el tiempo y al de la buena fe, entre otros. Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia* ..., cit., p. 425.



que, en su caso, podrá repetir contra el asistente, si no le ha informado adecuadamente de los actos realizados en su representación, o por haber actuado en contra de sus deseos o intereses.

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

Es claro que esta norma exige una interpretación restrictiva, básicamente porque la anulabilidad presupone la falta de capacidad de obrar y la persona asistida conserva su capacidad de obrar plena. Tal contradicción no puede salvarse fácilmente, y el juez no tiene la facultad de obviar esta consecuencia impuesta por el legislador, cuando se dan los presupuestos de la misma. Se muestra imprescindible, por tanto, la concreción máxima de la resolución judicial para saber cuáles son los actos que requieren la intervención del asistente, pues sólo éstos podrán ser anulados. Sólo pueden serlo aquellos que estén relacionados con las funciones de la asistencia, y siempre que se trate de actos jurídicos, por lo que se puede sostener que siempre serán actos relacionados con la administración del patrimonio de la persona asistida, y que ésta haya realizado por sí sola sin la intervención del asistente<sup>67</sup>. Con respecto a los terceros, el régimen de anulabilidad implica que el negocio jurídico viciado que ha concertado con una persona sujeta a este régimen de protección resulta válido y eficaz, produce todos sus efectos jurídicos mientras no se inste la acción, o si transcurre el plazo de prescripción sin que se interponga.

El sistema italiano prevé un régimen de anulabilidad más completo que el catalán, que afecta a los actos contrarios a la ley o a las instrucciones del juez tutelar tanto del asistente como del asistido, inspirado en el régimen de anulabilidad de la curatela y del menor con legitimación del ministerio público en orden a una eficaz sanción de cualquier incumplimiento, en cualquier sentido, que pueda producirse durante el desarrollo de la figura de protección<sup>68</sup>. Con ello se

---

<sup>67</sup> Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia ...*, cit., p. 423. El remedio de la anulabilidad nunca puede afectar al ámbito personal del sujeto asistido.

<sup>68</sup> Señala Lenti que en estos casos se puede dictar la anulación incluso cuando no hay mala fe por parte del otro contratante, cfr. L. LENTI, “Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre admini-



produce, obviamente, un incremento sustancial de la protección, del control de los actos, pero también un mayor acercamiento de esta figura a las que llevan consigo la limitación de la capacidad de actuar de la persona vulnerable.

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

**8.** – Para tratar sobre la responsabilidad del asistente, hay que considerar la aplicación por remisión de las normas de la tutela, que contemplan tanto la posibilidad de remoción del incumplidor como la rendición de cuentas, la cual en el caso de la asistencia sólo podrá exigirse, señala el art. 226-6 CCCat, en el supuesto de que el asistente haya administrado los bienes de la persona asistida.

La rendición de cuentas, según la dicción del art. 222-49 CCCat, ha de efectuarse por el asistente en el plazo de seis meses desde la extinción de la medida de protección, prorrogables tres meses más por resolución judicial si hay causa justa. El asistente rendirá cuentas de sus actuaciones y, en este contexto, deberá hacerlo de todos aquellos actos de administración que no hayan redundado en beneficio de la situación patrimonial del asistido, aunque tales actos se consideren plenamente válidos frente a los terceros intervinientes en el negocio jurídico, también de todos aquellos actos que, aún siendo beneficiosos, se hayan realizado sin observar el deber de informar al asistido, o sin respetar en la medida de lo posible, sus deseos o intereses. Si el asistente muere sin haber procedido a la rendición de cuentas, se transmitirá esta obligación sus herederos. Asimismo, según el apartado siguiente del precepto, si no se observa esta obligación en el plazo previsto, el representante legal de la persona asistida o sus herederos dispondrán de

---

stración de apoyo e incapacitación” (traducido del italiano por J.M. López López), en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., p. 503.



tres años desde el vencimiento del plazo para reclamar la rendición de cuentas. Los gastos que se generen por la rendición de cuentas son a cuenta del patrimonio del asistido. Igualmente la rendición de cuentas será aplicable en los supuestos de cese por remoción del asistente, según se dispone en el art. 222-50 CCCat. La propia remoción se regirá por las normas de la tutela (art. 222-33 CCCat), por cuanto el art. 226-6 CCCat no la regula en sede de asistencia. Ahora bien, hay que resolver cómo se alega la concurrencia de la causa de remoción, pues no hay tutor ni administrador patrimonial, y es difícil que el juez de oficio pueda conocer la situación tratándose de una persona que está afectada por una disminución que no es incapacitante. Por ello, deben jugar un papel activo las personas obligadas a solicitar la constitución de la tutela, además por supuesto de la posibilidad que asiste a la misma persona asistida de poner en marcha este proceso para la remoción del asistente. Probablemente el legislador catalán debiera haber previsto un sistema más ágil de sustitución de la persona del asistente, en atención tanto a las concretas funciones que realiza el asistente en comparación con las del tutor, como a la propia situación de capacidad de discernimiento de la persona asistida evitando, así, un proceso largo como el de remoción que posee carácter judicial.

9. – Cabe manifestar, a modo de conclusión final, que el modelo de la asistencia, presente en estos momentos en diversos sistemas jurídicos europeos, aunque con variantes – Alemania, Francia, Italia y ahora Cataluña –, constituye sin duda un modelo de respuesta europea al problema de la protección de las personas vulnerables. Un modelo que pretende reflejar con la mayor fidelidad los principios inspiradores del tratamiento jurídico actual de la discapacidad. Un modelo que precisa de una correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos, – auxiliada por la labor interpretativa y analítica de la normativa que la rige, por parte de los tribunales –, para convertirse en lo que pretende ser: una solución eficaz para la protección de las personas capaces que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

## ABSTRACT

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