



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2010)

Les institucions de protecció de la persona en el dret civil de Catalunya

Autors

Esteve Bosch Capdevila

Pedro del Pozo Carrascosa

Antoni Vaquer Aloy

Novembre de 2010

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>.

Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

ÍNDEX

CAPÍTOL 1: LA POTESTAT PARENTAL

1. Concepte
2. Naturalesa
3. La titularitat de la potestat parental
4. L'exercici de la potestat
 - 4.1. Exercici individual
 - 4.1.1. Acord dels progenitors
 - 4.1.2. Disposició de la llei
 - 4.1.3. Disposició judicial
 - 4.1.4. Separació dels progenitors i exercici de la potestat
 - 4.2. Actuació individual
 - 4.3. La protecció dels tercers de bona fe envers els actes conclusos per un sol dels progenitors
 - 4.4. L'exercici de la potestat parental pels progenitors menors d'edat
5. Persones sobre les que s'exerceix la potestat parental
6. El contingut de la potestat parental. Esfera personal
 - 6.1. Deures dels progenitors
 - 6.2. Facultats dels progenitors i deures dels fills
7. La representació legal
8. La administració dels béns dels fills
 - 8.1. Els béns exceptuats de l'administració pels progenitors
 - 8.2. Drets i deures dels pares en tant que administradors dels béns dels seus fills
 - 8.2.1. La situació prèvia a l'exercici del càrrec: la dispensa de les obligacions de formar inventari i de prestar fiança
 - 8.2.2. Els deures dels progenitors mentre exerceixen el càrrec: l'administració diligent
 - 8.2.3. Deures posteriors a l'exercici del càrrec: restitució del patrimoni administrat i rendició de comptes
 - 8.2.4. Drets dels progenitors
 - 8.2.4.1. *La contribució dels fills a les despeses familiars*
 - 8.2.4.2. *El dret dels pares al rescabament de les despeses*
 - 8.3. Les facultats dels administradors dels béns dels fills
 - 8.3.1. La "utilitat" o "necessitat" dels actes d'extraordinària administració
 - 8.3.2. Els actes permesos a l'administrador per la seva "utilitat" o "necessitat", si bé sotmesos a autorització
 - 8.3.3. Actes que no necessiten autorització: els actes d'ordinària administració
 - 8.3.4. Actes no permesos a l'administrador
 - 8.4. El control dels actes enumerats a l'art. 236-27.1
 - 8.4.1. El control de l'interessat: l'autorització del fill major de 16 anys
 - 8.4.2. El control "extern". L'autorització judicial
 - 8.4.3. La autorització parental
 - 8.5. Les conseqüències dels actes duts a terme sense autorització
9. L'extinció de la potestat

CAPÍTOL 2: LA TUTELA

1. Concepte
2. Persones subjectes a tutela
 - 2.1 Persones que no poden governar-se per sí mateixes
 - 2.2 La no necessitat de constituir la tutela: la designació d'un apoderat

3. El deure de promoure la constitució de la tutela
4. La delació de la tutela
 - 4.1 Aspectes generals
 - 4.2 La delació voluntària
 - 4.2.1 La delació feta per un mateix: l'anomenada autotutela
 - 4.2.2 Delació feta pels pares
 - 4.2.3 Aspectes comuns
 - 4.2.3.1 Inscripció de les tuteles deferides en escriptura pública
 - 4.2.3.2 Preferència de la delació voluntària de la tutela
 - 4.2.3.3 Substitució en el càrrec tutelar
 - 4.3 La delació judicial
 - 4.3.1 L'ordre de la delació
 - 4.3.2 La designació d'un administrador patrimonial
5. El càrrec tutelar
 - 5.1 L'aptitud per a exercir càrrecs tutelars
 - 5.1.1 Aptitud de la persona física per a ser titular del càrrec tutelar
 - 5.1.2 Aptitud de la persona jurídica per a ser titular de la tutela
 - 5.1.3 Exclusió de la tutela per conflicte d'interessos amb la persona protegida
 - 5.2 Excuses per a no exercir càrrecs tutelars
 - 5.2.1 Excusabilitat del càrrec tutelar
 - 5.2.2 Al·legació i acceptació de l'excusa
 - 5.3 Les mesures inicials de control de la funció tutelar
 - 5.3.1 La caució
 - 5.3.2 L'inventari
 - 5.3.2.1 El deure de fer inventari
 - 5.3.2.2 Formalització de l'inventari
 - 5.3.2.3 *Contingut de l'inventari*
 - 5.3.3 Dipòsit de valors i objectes preciosos
 - 5.4 El control de la funció tutelar durant el seu exercici
 - 5.4.1 La rendició anual de comptes
 - 5.4.2 L'informe sobre la situació personal de la persona sotmesa a tutela
 - 5.5 La remuneració dels càrrecs tutelars
 - 5.6 El reembossament de les despeses
 - 5.7 La pluralitat de càrrecs tutelars
 - 5.7.1 Nombre de titulars
 - 5.7.2 Tutela conjunta exercida per dos tutors
 - 5.7.3 La distribució de funcions entre el tutor i l'administrador patrimonial
 - 5.7.4 Cessament d'un tutor o d'un administrador patrimonial
 - 5.8 La remoció del càrrec tutelar
 - 5.8.1 Concepte
 - 5.8.2 Causes
 - 5.8.3 El procediment de remoció
 - 5.8.4 Els efectes de la remoció
6. El contingut de la tutela
 - 6.1 Representació legal
 - 6.2 Funcions en l'àmbit personal
 - 6.2.1 Deure de cura i respecte de la persona
 - 6.2.2 Convivència i residència
 - 6.2.3 Aliments
 - 6.2.4 Educació del tutelat
 - 6.3 Funcions en l'àmbit patrimonial

- 6.3.1 Administració
- 6.3.2 Béns subjectes a administració especial
- 6.3.3 Les garanties d'una bona administració
 - 6.3.3.1 Responsabilitat
 - 6.3.3.2 Mesures genèriques
- 6.3.4 El control judicial previ a l'actuació del tutor i l'administrador patrimonial
 - 6.3.4.1 La necessitat d'autorització judicial
 - 6.3.4.2 Actes que requereixen autorització judicial
 - 6.3.4.3 Actes fets sense autorització judicial
- 7. L'extinció de la tutela
- 8. La rendició final de comptes
- 9. El consell de tutela

CAPÍTOL 3: LA CURATELA I EL DEFENSOR JUDICIAL

- 1. La curatela
 - 1.1. Concepte
 - 1.2. Persones subjectes a curatela
 - 1.3. Constitució de la curatela i designació de curador
 - 1.4. Contingut de la curatela
 - 1.5. Conseqüències dels actes atorgats sense l'assistència del curador
 - 1.6. L'extinció de la curatela
- 2. El defensor judicial
 - 2.1. Concepte
 - 2.2. L'àmbit d'actuació del defensor judicial
 - 2.2.1. L'actuació del defensor judicial en cas de conflicte d'interessos
 - 2.2.2. L'actuació del defensor judicial en cas de no exercici del càrrec per l'òrgan tutelar
 - 2.2.3. El nomenament de defensor judicial "en els altres casos determinats per la llei"
 - 2.4. Nomenament
 - 2.5. Règim jurídic

CAPÍTOL 4: Les altres institucions de protecció de la persona

- 1. La guarda de fet
 - 1.1. La guarda de fet al llibre II del codi civil de Catalunya
 - 1.2. Concepte de guarda de fet
 - 1.3. Les persones sota guarda de fet
 - 1.4. L'àmbit de la guarda de fet
 - 1.4.1. L'àmbit personal
 - 1.4.2. L'àmbit patrimonial
 - 1.4.3. La comunicació a l'autoritat judicial
 - 1.4.4. L'estabilitat excepcional de les funcions del guardador de fet
 - 1.5. L'extinció de la guarda de fet
 - 1.6. La rendició de comptes del guardador de fet
 - 1.7. La indemnitat del guardador
- 2. L'assistència
 - 2.1. El perquè d'un institut nou de protecció de les persones en el dret civil de Catalunya
 - 2.2. La polisèmia del terme "assistència" al CCCat
 - 2.3. La persona assistida
 - 2.3.1. Persona major d'edat
 - 2.3.2. Persona afectada per una disminució no incapacitant
 - 2.4. El nomenament de l'assistent
 - 2.5. Inscripció de l'assistència al Registre Civil

- 2.6. Aplicació de les normes de la tutela
- 2.7. El contingut de l'assistència
 - 2.7.1. Àmbit personal
 - 2.7.2. Àmbit patrimonial
- 2.8. Impugnació dels actes jurídics
 - 2.8.1. L'anul·labilitat dels actes de la persona assistida
 - 2.8.2. Impugnació dels actes de l'assistent
- 2.9. Modificació de l'assistència
- 2.10. L'extinció de l'assistència
- 2.11. Rendició de comptes
- 3. La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit
 - 3.1. Aspectes generals
 - 3.2. Estructura del patrimoni protegit
 - 3.3. Els beneficiaris del patrimoni protegit
 - 3.3.1. Només poden ser beneficiàries del patrimoni protegit les persones discapacitades o en situació de dependència
 - 3.3.2. El beneficiari pot ser el constituent del patrimoni protegit, però no el seu administrador
 - 3.4. La constitució del patrimoni protegit
 - 3.4.1. El constituent
 - 3.4.2. El negoci de constitució del patrimoni protegit
 - 3.4.2.1. Tipologia
 - 3.4.2.2. Contingut
 - 3.5. Aportacions successives
 - 3.6. L'administració del patrimoni protegit
 - 3.6.1. Persones legitimades per a administrar
 - 3.6.2. Actuació de l'administrador
 - 3.6.3. El control de l'administració
 - 3.6.3.1. La rendició anual de comptes
 - 3.6.3.2. Les mesures addicionals de control
 - 3.7. Extinció i liquidació del patrimoni protegit
 - 3.7.1. Causes d'extinció
 - 3.7.2. Liquidació i rendició final de comptes
 - 3.8. Publicitat registral
 - 3.8.1. Àmbit general: el registre de patrimonis protegits
 - 3.8.2. Àmbits específics de publicitat
- 4. El desemparament
 - 4.1. La regulació del desemparament al CCCat
 - 4.2. Concepte de desemparament
 - 4.3. El subjecte desemparat
 - 4.4. La declaració de desemparament
 - 4.4.1. Procediment
 - 4.4.2. Efectes de la declaració de desemparament
 - 4.4.3. Dret del menor a ser informat de la declaració de desemparament
 - 4.4.4. La revisió de la declaració de desemparament
 - 4.4.5. L'oposició judicial a la declaració de desemparament
 - 4.4.6. El desemparament no imputable als guardadors
 - 4.4.7. Les mesures de protecció adoptables
 - 4.5. L'extinció dels efectes jurídics de la declaració de desemparament

CAPÍTOL 1: LA POTESTAT PARENTAL

1. Concepte

El CCCat no defineix la potestat parental. Dels arts. 236-1 i 236-2 podem extreure un concepte com a “funció inexcusable que, en el marc de l’interès general de la família, s’exerceix personalment en interès dels fills menors no emancipats, d’acord amb llur personalitat i per a facilitar-ne el ple desenvolupament”.

Una definició similar la trobem a la STS 22.5.1993: “[...]la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos”.

2. Naturalesa

La potestat parental la podem caracteritzar per les següents notes:

a) És una institució d’ordre públic, per la qual cosa no pot ser objecte de pactes privats destinats a modificar el seu contingut.

La STS 22.5.1993 va declarar que: [...] no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia, a los que en modo alguno puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula «rebus sic stantibus» o las de la presuposición y base del negocio, referentes a las convenciones puramente económicas o patrimoniales, pero nunca a las relaciones paterno-filiales”.

b) És un dret, i a la vegada un deure dels progenitors.

La STS 11.10.1991 va declarar que: “el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina

derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos – sino en *obligatorio* para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar - que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos –como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular – que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su *imprescriptibilidad*, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción”. En aquest mateix sentit, SAP Barcelona, secció 18, 22.11.1999 i 18.9.2000

c) S'exerceix en interès dels fills.

La STS 23.7.1987 va declarar que: “[l]a patria potestad es institución, que en el derecho actual *se inspira [...] en el bien del hijo* que aparece como absolutamente determinante”. En el mateix sentit, la STS 17.9.1996 deia que: “[...]el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales [...].

3. La titularitat de la potestat parental

La potestat parental és una conseqüència de la filiació jurídicament determinada (art. 235-2), per la qual cosa, per regla general, la seva titularitat correspondrà a tots dos

progenitors; ara bé, si la filiació s'ha determinat exclusivament respecte a només un dels progenitors, solament aquest serà titular de la potestat -sense perjudici de què, posteriorment, a conseqüència de l'adopció pel cònjuge o convivent, la potestat parental es pugui estendre també a aquesta altra persona, art. 236-32.b)-.

Cal tenir en compte, a més, que, d'acord amb l'art. 235-14, un progenitor podrà quedar exclòs dels efectes que produeix la filiació –entre ells la titularitat de la potestat- si es dóna algun dels supòsits enumerats a l'apartat primer d'aquell precepte, com per exemple si la filiació s'ha determinat judicialment i amb la seva oposició.

Existeixen, a més, altres supòsits que donen lloc, de manera sobrevinguda, a una titularitat individual de la potestat parental:

a) Quan es produeixi, en un sol dels progenitors, alguna de les causes d'extinció de la potestat contemplades a l'art. 236-32, concretament, la seva mort, declaració d'absència o declaració de mort.

b) Per privació de la titularitat de la potestat a només un dels progenitors, a conseqüència de l' incompliment greu o reiterat dels seus deures (art. 236-6.1). Aquesta privació no té perquè ser definitiva, sinó que, d'acord amb l'art. 236-7, es pot recuperar quan hagi cessat la causa que va motivar la privació. I el mateix cal entendre per al cas que reaparegui l'absent.

S'ha de tenir en compte que el progenitor privat de la titularitat de la potestat (art. 236-6.1) o exclòs del contingut de la filiació (art. 235-14), està obligat a prestar aliments al fill. En canvi, no sembla que tingui el dret de relacionar-se personalment amb els fills, atès que l'art. 236-4 només preveu aquest dret per als que no tinguin l'exercici de la potestat.

4. L'exercici de la potestat

Quan la titularitat de la potestat parental sigui conjunta, la regla general és que tots dos progenitors l'hauran d'exercir també de manera conjunta; així ho disposa l'incís inicial de l'art. 236-8.1. Això no obstant, per diverses raons que seguidament assenyalarem, podrà ser que la potestat sigui exercida exclusivament per un dels progenitors, o que un d'aquests pugui concloure per sí sol determinats actes. És possible parlar, per tant, d'un exercici i d'una actuació individual, en funció del grau de permanència o transitorietat de la situació.

4.1. Exercici individual

Tal como preveu expressament l'art. 236-8.1, la regla general de l'exercici conjunt pot venir alterada per l'acord dels progenitors, per disposició de la llei o per resolució judicial.

4.1.1. Acord dels progenitors

Els progenitors poden acordar que la potestat "sigui exercida per un d'ells amb el consentiment de l'altra o per tots dos amb distribució de funcions" (art. 236-9.1). Segueix dient l'art. 236-9, en el seu segon apartat, que "els progenitors es poden atorgar poders de caràcter general o especial, revocables en tot moment. Els poders de caràcter general s'han d'atorgar en escriptura pública i s'han de revocar mitjançant una notificació notarial". La redacció del CCCat ha aclarit alguns dubtes que es plantejaven vigent el CF, de tal manera que es pot establir la següent doctrina:

- El consentiment ha de ser exprés, el que es dedueix de l'exigència d'acord establerta per l'art. 236-9.1 (els progenitors *poden acordar*”).

Tot això sense perjudici que, com veurem més endavant, un acte realitzat per un dels progenitors sense el consentiment exprés de l'altre es pugui considerar legítim si es tracta d'un acte realitzat d'acord amb l'ús social o les circumstàncies familiars [art. 236-8.2.c)].

- El consentiment pot ser general, cas en el que haurà de constar en escriptura pública.
- S'admet una distribució de funcions, la qual cosa requerirà el consentiment exprés de tots dos progenitors, però no una forma especial.

4.1.2. Disposició de la llei

Hi ha una sèrie de casos en què la llei estableix l'exercici individual, quan concorren determinades circumstàncies de fet (art. 236-10):

- a) L'«absència» d'un progenitor. Estem davant d'una absència de fet, ja que la declaració judicial d'absència és causa d'extinció de la potestat, i aquesta passaria a ser de titularitat individual. La situació requereix una certa permanència, i es pot produir tant si s'ignora com si és conegut el parador del progenitor.
- b) La "impossibilitat", entesa com a qualsevol situació de caràcter estable que impedeix a un dels progenitors l'exercici de la potestat.

- c) La “incapacitat”, concepte que comprèn tant la incapacitació per via judicial –i, en aquest cas, sempre que la sentència d’incapacitació no estableixi una altra cosa-, com la no declarada judicialment.

4.1.3. Disposició judicial

L’exercici individual també es pot establir per disposició judicial, en els següents casos:

- a) Quan els desacords entre els progenitors siguin “reiterats”, i quan concorri “qualsevol altra causa que dificulti greument l’exercici conjunt de la potestat” (art. 236-13.2). El jutge, per a un període màxim de 2 anys, tindrà les següents possibilitats:

1a. Atribuir totalment l’exercici de la potestat a un dels progenitors, quedant l’altre privat d’aquest exercici, però no de la titularitat.

2a. Atribuir parcialment l’exercici individual, la qual cosa suposaria, respecte a determinades funcions, l’exercici individual, mantenint-se en la resta de facultats l’exercici conjunt; hi haurà una sèrie de funcions que seguiran sent compartides, mentre que altres s’atribuiran a un sol dels progenitors.

3a. Distribuir les funcions, és a dir, repartir entre ells el contingut de la potestat.

- b) Quan així ho exigeixi l’interès dels fills (art. 236-10.fin).

4.1.4. Separació dels progenitors i exercici de la potestat

Per al cas de separació judicial, l’art. 233-8.3 estableix que “[l]’autoritat judicial, en el moment de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d’atendre de manera prioritària l’interès del menor”. Per tant, l’exercici de la potestat és un dels aspectes necessaris que els cònjuges podran acordar, o el jutge haurà de decidir en els processos de crisi matrimonial.

Quan la separació sigui de fet, la problemàtica respecte a aquesta qüestió ve a ser la mateixa, atès que convindrà determinar com s’exercita la potestat en aquests casos. I així, l’art. 236-11, que és aplicable a tot cas en què els progenitors viuen separats –tant si la separació és judicial com si és de fet, i impliqui o no una situació de crisi matrimonial-, estableix al seu primer apartat que “[s]i els progenitors viuen separats, poden acordar mantenir l’exercici conjunt de la potestat parental, delegar-ne l’exercici a un d’ells o distribuir-se’n les funcions d’acord amb el que estableix l’article 236-9.1”.

Segueix dient l'art. 236-11 que “2. Els progenitors poden sotmetre els acords a què fa referència l'apartat 1, i també el pla de parentalitat que hagin convingut, a aprovació judicial. Els acords han d'ésser aprovats sempre que no siguin perjudicials per als fills, atesos, en la mesura que escaiguin, els criteris per a l'atribució de la guarda que fixa l'article 233-11. Els acords són executius des del moment en què s'aproven.

3. Els acords de delegació o distribució, si no han estat incorporats a un conveni regulador aprovat judicialment, s'han de formalitzar en escriptura pública i es poden revocar en qualsevol moment mitjançant una notificació notarial.

4. En cas de desacord sobre l'exercici de la potestat parental, qualsevol dels progenitors pot recórrer a l'autoritat judicial, que ha de decidir havent escoltat l'altre progenitor i els fills que hagin complert dotze anys o que, tenint-ne menys, tinguin prou coneixement.

5. Les obligacions de guarda corresponen al progenitor que en cada moment tingui els fills amb ell, sia perquè de fet o de dret hi resideixin habitualment, sia perquè estiguin en companyia seva a conseqüència del règim de relacions personals que s'hagi establert.

6. El progenitor que exerceix la potestat parental, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa, necessita el consentiment exprés o tàcit de l'altre per a decidir el tipus d'ensenyament dels fills, per a variar-ne el domicili si això els aparta de llur entorn habitual i per a fer actes d'administració extraordinària de llurs béns. S'entén que el consentiment s'ha conferit tàcitament si ha vençut el termini de trenta dies des de la notificació, degudament acreditada, que s'hagi fet per a obtenir-lo i el progenitor que no exerceix la potestat no ha plantejat el desacord segons el que estableix l'article 236-13.”.

4.2. Actuació individual

Tot i que la titularitat i l'exercici de la potestat el tinguin tots dos progenitors, hi ha circumstàncies molt variades que poden exigir o aconsellar que determinats actes jurídics siguin conclusos per un sol dels progenitors. Es parla en aquest cas d'*actuació individual*, que la llei admet, només per als actes d'*ordinària administració* [art. 236-8.2.b)] en els següents supòsits [art. 236-8.2.c)]:

a.- Quan s'actua individualment d'acord amb l'«ús social» o les “circumstàncies familiars”. Per “ús social” s'ha d'entendre no només aquells actes que usualment acostuma a fer un

sol dels pares –atès que aquesta concepció podria ser perjudicial per a un dels progenitors quan en alguns territoris l'ús atribueixi a un d'ells la decisió en els assumptes familiars, particularment en els patrimonials-, sinó aquells actes que, per la seva intranscendència i la freqüència amb la que es fan, la llei permet que, per a una major flexibilitat, siguin unilateralment realitzats per qualsevol dels progenitors (SEISDEDOS MUIÑO), com per exemple la matrícula en un club de tennis. Les “circumstàncies familiars” fan referència a aquelles circumstàncies puntuals que, a conseqüència de la falta de permanència, no poden donar lloc a l'exercici individual perllongat de la potestat, però que impliquen la concurrència de tots dos progenitors per tal de realitzar un acte concret, com per exemple el fet de trobar-se un d'ells dos de viatge; si no es tractés de circumstàncies puntuals, sinó de situacions que es perllonguen en el temps, el supòsit quedaria inclòs dins de l'art. 236-10, com un cas d'«absència» o “impossibilitat” de l'altre progenitor.

b.- Igualment, qualsevol dels pares pot realitzar els “actes de necessitat urgent”. Es tracta d'aquells actes que no poden esperar a què l'altre progenitor doni el seu consentiment sense que aquest retard produeixi un perjudici greu (per exemple, l'exercici d'una pretensió a punt de prescriure).

En aquest cas, podria semblar que s'hagin d'incloure tant els actes d'ordinària com els d'ordinària administració, ja que aquest darrers, a conseqüència del caràcter excepcional de la situació, poden produir conseqüències greus o perjudicials per al fill a conseqüència de la inactivitat. Això no obstant, com s'ha dit, l'art. 236-8.2.b) exigeix l'actuació conjunta de pare i mare.

c.- Si el que hi ha no és impossibilitat d'actuar conjuntament, sinó només un desacord, l'art. 236-13.1 estableix que “[e]n cas de desacord ocasional en l'exercici de la potestat parental, l'autoritat judicial, a instància de qualsevol dels progenitors, ha d'atribuir la facultat de decidir a un d'ells”. Ara bé, si la decisió és urgent i no hi ha temps d'acudir al jutge, es planteja la qüestió de quina voluntat prevaldrà. No sembla que hi hagi altra solució que la de resoldre la discrepància per la via de fet: si un dels progenitors aconsegueix imposar la seva opinió –naturalment, sempre que es faci per mitjans jurídicament admissibles- s'ha d'entendre que la seva actuació és jurídicament correcta; el que és transcendent és que es tracti d'una actuació beneficiosa per al menor.

4.3. La protecció dels tercers de bona fe envers els actes conclusos per un sol dels progenitors

Quan l'exercici de la potestat correspon conjuntament a tots dos progenitors, i no ens trobem davant d'algun dels supòsits citats a l'epígraf anterior que legitimen l'actuació individual, els progenitors hauran d'actuar de manera conjunta. Si l'acte el fa un sol dels progenitors, aquest acte no hauria de ser vàlid. Ara bé, pel que fa als efectes davant tercers d'aquest acte, l'art. 236-8.2.a) i b) distingeix en funció de si es tracta d'un acte d'administració ordinària o extraordinària, considerat aquest últim com aquell acte que necessita autorització judicial (art. 236-27):

- a) Pel que fa als actes d'administració ordinària, tot i que en realitat l'acte no tingui els requisits que legitimen l'actuació individual, respecte de tercers de *bona fe* (entenent per bona fe la ignorància respecte a la falta de legitimació per a l'exercici individual) es presumirà –s'ha d'entendre que amb caràcter *iuris et de iure*– que l'acte és jurídicament correcte, de tal manera que els tercers no podran resultar perjudicats per una eventual impugnació de l'acte. Aquests efectes es prediquen únicament, com diem, respecte als actes qualificats com d'«ordinària administració», restricció que limita en gran mesura l'eficàcia de la protecció als tercers, i deixa amb molt poca aplicació la norma en qüestió, ja que aquests actes d'administració ordinària podrien ser vàlids igualment sense necessitat de presumir l'existència del consentiment de l'altre progenitor, quan tinguessin la consideració d'actes “urgents”, o “actes realitzats segons l'ús social o les circumstàncies familiars”. Aquesta presumpció no operarà si l'exercici no és conjunt (per exemple, si estant atribuït l'exercici de la potestat a la mare, és el pare qui realitza l'acte d'administració ordinària), la qual cosa encara redueix més la utilitat d'aquesta norma.

Quant als actes d'«extraordinària administració», els titulars de la potestat han d'actuar conjuntament o, si ho fan individualment, han d'actuar amb el consentiment exprés de l'altre progenitor [art. 236-8.2.b)], consentiment que s'haurà d'acreditar per tal que l'acte pugui produir plens efectes –per exemple, per inscriure l'acte al Registre de la Propietat-.

4.4. L'exercici de la potestat parental pels progenitors menors d'edat

Quan els progenitors són menors d'edat, es pot donar la curiosa circumstància que una persona sigui subjecte actiu i passiu de la potestat, és a dir, que estigui sotmesa a la potestat dels seus pares i que a la vegada hagi d'exercir la potestat sobre el seu fill. Cert és que això no tindrà lloc en cas de matrimoni del pare menor d'edat, ja que el matrimoni

produeix de dret l'emancipació [art. 211-8.1.a)] i per tant l'extinció de la potestat [art. 236-32.c)], però fins i tot en aquest cas el progenitor no es troba en una situació totalment equiparable a la del major d'edat, ja que necessita el complement de capacitat per tal de realitzar els actes enumerats a l'art. 236-27.

El CCCat preveu que, per al cas en què els progenitors siguin menors d'edat, la necessitat d'una assistència. L'art. 236-16.1 estableix que “[e]l pare o la mare menors necessiten, per a exercir la potestat, l'assistència dels progenitors respectius o d'aquell dels dos que tingui l'exercici de la potestat parental o, si manquen aquests, de llur tutor o llur curador”. Això no obstant, aquesta assistència no serà necessària: a) “Si el pare o la mare menor és casat amb una persona major d'edat, respecte als fills comuns. b) Si el pare o la mare menor està emancipat i té almenys setze anys” (art. 236-16.2).

El CCCat no aclareix l'àmbit ni els actes per als quals serà precisa l'assistència. S'ha d'entendre que l'assistència es requerirà per a tot el contingut de la potestat, és a dir, tant per realitzar determinats actes, com en l'ajuda per complir els deures inherents a la potestat (aliments en el sentit més ampli, especialment en el cas de la mare soltera menor d'edat i sense recursos propis). Entenem que, tot i que l'art. 236-16 no fa cap distinció, l'assistència tindrà un abast diferent segons si els pares es troben o no emancipats. Si estan emancipats, l'assistència s'haurà de limitar als actes a què fa referència l'art. 236-27; respecte a la resta d'actes, la llei els considera aptes per realitzar-los per ells mateixos, per la qual cosa entenem que també els podran realitzar quan afectin a l'esfera dels fills: els actes de gestió ordinària, o decidir l'educació dels fills, per exemple. Però si els progenitors no estan emancipats, es troben encara sota la potestat dels seus pares i no tenen capacitat d'obrar, per la qual cosa es pot establir la regla general que, en aquest cas, estaran sotmesos a tots els àmbits i actes a la necessitat d'assistència.

Si hi ha desacord entre els qui han de prestar l'assistència, o entre aquestes persones i el titular de la potestat, així com en el cas d'impossibilitat de prestació de l'assistència, farà falta autorització judicial (art. 236-16.3) per tal que el menor pugui realitzar l'acte. Si l'acte en qüestió és un dels enumerats a l'art. 236-27, aquesta autorització judicial farà innecessària l'autorització prevista en aquest precepte. Amb l'autorització de l'art. 236-16.3 entenem que el que es fa no és atribuir la facultat de decisió al menor o a les persones que han de prestar l'assistència, sinó autoritzar o no l'acte que pretén realitzar el menor.

Cal observar que si el pare o mare menor està emancipat i té com a mínim 16 anys, no necessita cap assistència [art. 236-16.2.b)]. Això no obstant, l'art. 211-12,

respecte al menor emancipat, exigeix un complement de capacitat per tal de realitzar una sèrie d'actes, amb la qual cosa resulta que el fill emancipat, per a vendre una finca pròpia, necessitarà el complement de capacitat dels seus pares, mentre que si la finca fos del seu fill no necessitaria assistència, tot i que sí precisarà, d'acord amb els arts. 236-27 y 236-30.b), autorització judicial o parental.

5. Persones sobre les que s'exerceix la potestat parental

La potestat parental no s'exerceix sobre tots els fills, sinó únicament sobre els menors d'edat no emancipats i els majors d'edat incapacitats en els casos de pròrroga o rehabilitació de la potestat (art. 236-1).

La potestat parental ve determinada per la filiació; així ho estableix l'art. 235-2.2: "la filiació determina la potestat parental". En conseqüència, tant la filiació matrimonial, com la matrimonial o l'adoptiva, determinen la potestat parental, sense necessitat que aquesta es constitueixi per mitjà d'un acte específic, a diferència del que succeeix, per exemple, en matèria de tutela.

Ara bé, no sempre coincideix filiació amb titularitat de la potestat parental:

- a) L'art. 235-14 limita els efectes de la filiació a la mera determinació d'aquest estat en una sèrie de supòsits.
- b) I els progenitors poden quedar privats de la potestat per incompliment greu o reiterat del seus deures, d'acord amb l'art. 236-6.

6. El contingut de la potestat parental. Esfera personal

6.1. Deures dels progenitors

L'art. 236-17.1 comença dient que en virtut de la potestat tots dos progenitors *han de tenir cura dels fills*. Aquest deure genèric es tradueix, en l'esfera personal, en una sèrie de deures més concrets que, en alguns casos, i d'acord amb la naturalesa de la potestat parental, tenen el doble caràcter de drets i deures.

a.- El deure de convivència. Aquest és un deure que facilita el compliment de la resta de deures inherents a la potestat. Efectivament, la convivència sota el mateix sostre facilita la prestació d'aliments, i l'educació i la formació integral del fill.

Ara bé, no es tracte d'un deure absolut, sinó que admet una sèrie de matisacions:

a.- Per una part, l'art. 236-17.1.pr. estableix que "[e]ls progenitors, en virtut de llurs responsabilitats parentals, han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral". La raó més

freqüent serà pels estudis dels fills, si bé també podrà haver-hi altres motius, com per exemple per l'esport (el menor és un destacat esportista) o de salut. En qualsevol cas, com diu l'esmentat precepte, ha d'existir un *motiu suficient*.

2.- És compatible amb situacions transitòries de separació física, per raons com vacances o treball, per exemple, si bé aquesta separació física s'hauria de compensar amb la comunicació per una altra via, com per exemple telefònicament.

3.- A més, hi ha el cas en què els progenitors viuen separats. En aquest cas, els fills conviuran en el domicili d'un dels progenitors, sens perjudici del dret de l'altre de tenir-lo en la seva companyia durant els períodes que s'hagi establert (caps de setmana, vacances, etc).

L'art. 18 LAPIA estableix que "1. Els infants i els adolescents tenen dret a viure amb llurs pares, excepte en els casos en què la separació esdevingui necessària, d'acord amb el que disposa la legislació vigent. 2. El menor també té dret a mantenir el contacte directe amb el pare i la mare, si no conviu amb un d'ells o amb cap dels dos, amb les excepcions i en els termes que estableix la legislació vigent. 3. En l'exercici dels drets a què es refereixen els apartats 1 i 2 cal tenir sempre en compte l'interès primordial dels infants i els adolescents."

b.- El deure de prestar-los aliments "en sentit ampli". És ben sabut que el deure de prestar aliments no és exclusiu de la potestat parental, sinó que també podrà persistir quan els fills s'emancipin, d'acord amb l'obligació legal d'aliments entre parents dels arts. 237-1 i ss.; i, a més, tot i que el progenitor hagi estat privat de la potestat, segueix obligat a prestar aliments "en el sentit més ampli" al fill (art. 236-7). La diferència es troba en què la prestació d'aliments als fills per part dels progenitors és independent de la situació de necessitat d'aquells (a diferència del que disposa l'art. 237-4); vegi's la SAP Lleida 18.3.1999. Ara bé, s'ha de tenir present que, si els fills obtenen rendiments, hauran de "contribuir proporcionalment" a l'aixecament de les despeses familiars (art. 236-22).

c.- I els pares tenen també el deure d'«educació i de formació integral» dels seus fills. El concepte d'educació no s'ha de referir únicament a costejar els estudis (el que estaria ja inclòs dins del concepte d'aliments en sentit ampli), sinó que s'ha de relacionar amb el deure de proporcionar-los una "formació integral", en els seus aspectes moral, cultural, social i religiós.

6.2. Facultats dels progenitors i deures dels fills

D'acord amb l'art. 236-17.3.fin, "[e]ls fills, mentre estan en potestat parental, han d'obeir els progenitors, llevat que els intentin imposar conductes indignes o delictives". Sembla, per tant, que l'únic límit legal al deure d'obediència dels fills és que els progenitors els pretenguin imposar conductes indignes (per exemple la mendicitat) o delictives. D'aquesta manera, els pares podran elegir el col·legi dels seus fills, l'idioma en el que volen que estudiï, o les activitats extraescolars o esportives a practicar. Ara bé, s'ha de tenir en compte el principi general de l'art. 236-2, d'acord amb el qual la potestat s'ha d'exercitar "en interès dels fills, d'acord amb llur personalitat i per facilitar-ne el ple desenvolupament", i que els fills han de ser escoltats en els assumptes que els afectin.

El CCCat no conté la norma de l'art. 133-2 CF, segons el qual "[a]bans de prendre decisions que l'afectin, el pare i la mare han d'informar i escoltar el fill o filla de dotze anys o més i el de menys de dotze si té prou coneixement", però aquest dret d'informació i participació sí es troba en els apartats primer i segon del art. 11 LAPIA, que estableixen que "1. [e]ls infants i els adolescents tenen dret a cercar, rebre i elaborar la informació adequada a l'edat i a les condicions de maduresa. 2. Els infants i els adolescents han de poder expressar llur opinió lliurement en tots els afers que els afectin."

Mentre el deure d'obediència deriva de la potestat parental, el deure de respecte és inherent a la filiació i, per tant, no cessa en extingir-se la potestat.

Per al correcte exercici de la potestat, l'art. 236-17.4 concedeix als progenitors la facultat de correcció dels fills, de manera "proporcionada, raonable i moderada, amb ple respecte a llur dignitat". Per tant, es vol evitar no solament els càstigs que puguin atemptar físicament contra la salut del fill (una pallissa, per exemple), sinó també contra la seva esfera moral. ¿Vol dir això que es prohibeix tot càstig físic contra el menor, com per exemple l'anomenat "cachete"? Entenem que no, sempre que no s'ultrapassin els esmentats límits de l'art. 236-17.4.

Fora d'aquest àmbit queda la violència sobre els fills, que pot donar lloc a un delictes penal.

L'art. 236-17.5 acaba dient que els progenitors poden sol·licitar "excepcionalment l'assistència i la intervenció dels poders públics". Aquesta intervenció de l'administració pública es donarà, més que per a l'exercici de la facultat de correcció per part dels progenitors, per tal d'evitar els cada vegada més freqüents maltractaments dels fills sobre els pares.

7. La representació legal

La falta de capacitat d'obrar dels menors d'edat (art. 211-3.2) determina la necessitat d'un representant que els substitueixi per tal de realitzar certs actes. La representació implica, doncs, no una simple assistència o un complement de capacitat, sinó, com diem, una substitució, de tal manera que serà el representant qui realitzi l'acte. Si aquells menors estan subjectes a potestat parental, seran els titulars de la potestat els qui tindran aquesta representació, que forma part del contingut de la potestat. Així ho disposa l'art. 236-18.1, segons el qual "[l]'exercici de la potestat sobre els fills comporta la representació legal d'aquests".

L'àmbit de la representació legal abasta tant l'esfera personal com la patrimonial, amb les excepcions previstes a l'apartat segon de l'art. 236-18, que són les següents:

a.- Els actes relatius a drets de la personalitat, "llevat que les lleis que els regulin estableixin una altra cosa". La regla general és, per tant, que aquests actes els farà el menor, sempre que tingui les condicions de maduresa necessàries.

La llei 21/2000, de 29 de desembre, després d'establir a l'art. 6.1 que "cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo [...]", a l'art. 7.2 diu que "Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por substitución: [...] d) En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento. No obstante, en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica que sea de aplicación". I, pel que fa al consentiment per la intromissió en els drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge, l'art. 3 LO 1/1982, de 5 de maig, estableix que "el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal,

quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

b.- “Els relatius a béns o serveis propis de l'edat dels fills, d'acord amb els usos socials, i, en cas de potestat prorrogada o rehabilitada, els que pugui fer el fill d'acord amb la seva capacitat natural”. Com a novetat del CCCat respecte al CF s'aprecia que no es fa referència als actes que la llei permet realitzar al menor per sí sol (per exemple, el testament a partir dels 14 anys), possiblement per tractar-se de cosa òbvia, sinó que es remet a l'«ús social»; d'aquesta manera, queden emparats per la llei actes que en puritat el menor no podria fer, com per exemple comprar un CD a una tenda de música.

c.- “Els actes en què hi hagi un conflicte d'interessos entre ambdós progenitors o entre el progenitor que exerceix la potestat i els fills”. En aquests casos, l'art. 236-20 estableix que “[s]i en algun assumpte hi ha conflicte d'interessos entre els fills i els progenitors, i ambdós progenitors exerceixen la potestat, el fill és representat pel progenitor amb el qual no té conflicte d'interessos. Si la contraposició és amb tots dos alhora o amb el que exerceix la potestat, s'ha de nomenar el defensor judicial que estableix l'article 224-1”. Observem, per tant, com davant la sospita que un representant o representants puguin actuar de manera no imparcial, la llei imposa el seu relleu.

Cal fer una sèrie de matisacions:

- Hi haurà “conflicte d'interessos” quan el profit per a una de les parts suposi un dany per a l'altra (així, per exemple, quan el representant vulgui adquirir un bé del representat).
- El conflicte es produirà, en general, en assumptes patrimonials, però es podria donar també en l'esfera personal.
- D'acord amb l'art. 224-3.fin, si l'acte respecte al qual es produïa el conflicte d'interessos era algun dels enumerats a l'art. 236-27, el nomenament del defensor judicial substituirà la necessitat d'autorització.
- El conflicte ha d'existir entre els progenitors i el fill; si el conflicte es dona entre dos fills sota la potestat del mateix progenitor, entenem que no procedeix el nomenament de defensor judicial.

d.- “Els relatius als béns exclosos de l'administració dels progenitors”. L'art. 236-25 assenyala els béns exceptuats de l'administració dels pares, i serà l'administrador d'aquells béns qui ostenti la representació del fill en els actes que els afectin.

e.- Finalment, s'ha de tenir en compte que l'art. 236-19 estableix que “[p]er a qualsevol acte que impliqui alguna prestació personal dels fills, es requereix llur consentiment si han complert dotze anys, o si, tenint-ne menys de dotze, tenen prou coneixement”. Així, per exemple, per a què el fill menor d'edat pugui realitzar una exhibició tennística, si bé el contracte serà atorgat pels titulars de la potestat, es requerirà el consentiment del fill.

8. L'administració dels béns dels fills

Els menors d'edat tenen capacitat jurídica, i per tant poden ser titulars dominicals, i els pertanyen els béns que hagin pogut adquirir, a títol onerós o gratuït, els que hagin pogut obtenir amb el seu treball, i els fruits d'aquests béns, sens perjudici del seu deure de contribuir a les despeses familiars (art. 236-22).

Tot això pot semblar obvi, però s'ha de tenir en compte que a Catalunya, fins a l'entrada en vigor de la Compilació, s'aplicava el règim romà dels peculis, d'acord amb el qual alguns béns que adquiria el fill eren propietat del seu pare, i respecte a d'altre aquest en tenia l'usdefruit. Després de l'entrada en vigor de la Compilació es va aplicar el Codi civil espanyol com a dret supletori, que fins a la reforma de 1981 va establir que els pares eren usufructuaris dels béns dels seus fills.

El que no tenen els menors d'edat és capacitat d'obrar, per la qual cosa no podran administrar els seus béns. Seran els progenitors els que administrin els béns dels seus fills, d'acord amb el règim dels arts. 236-21 i ss. que exposem a continuació.

8.1. Els béns exceptuats de l'administració pels progenitors

Tal com hem afirmat, la regla general és que els pares, en l'exercici de la potestat parental, administren els béns dels seus fills (art. 236-21.1). Això no obstant, hi ha una sèrie d'excepcions a aquesta regla general, recollides a l'art. 236-25.

a.- En primer lloc, queden exclosos els béns adquirits pel fill “per donació o títol successori quan el donant o el causant ho hagi ordenat així de manera expressa”. L'atribució lucrativa feta pel disponent justifica la derogació del règim normal d'administració, i permet al disponent designar la persona que administrarà aquells béns (art. 236-26.a). Si el donant o el causant es limita a excloure un progenitor, seran administrats per l'altre no exclòs i, en darrera instància (per exemple, si només existeix un progenitor o tots dos han estat exclosos), l'autoritat judicial designarà un administrador especial (art. 236-26.1).

S'han de fer una sèrie de puntualitzacions:

- Sobre la base del principi de subrogació real, en el règim d'administració especial s'han d'incloure els béns que hagin substituït als obtinguts a títol lucratiu, en tractar-se d'una massa patrimonial que, si bé no està subjecta a una afectació determinada, constitueix un conjunt d'elements individualitzats en relació a la resta del patrimoni del menor als que no ha d'afectar, quan al règim d'administració, el canvi de les coses singulars que l'integren.
- L'arbitri del disponent inclou els béns integrants de la llegítima. Imaginem, per exemple, que la mare institueix hereu el seu fill, i exclou de l'administració d'aquests béns l'altre progenitor, del que estava divorciada. D'acord amb l'exclusió establerta per la mare, el pare no administrarà aquests béns, ni tan sols els corresponents a la $\frac{1}{4}$ part que correspondria al fill en concepte de llegítima.
- Tot i que els progenitors hagin quedat exclosos de l'administració, ells seran els encarregats d'acceptar la liberalitat (arg. art. 222-40.1): en qualsevol cas, això no té perquè resultar perillós per al menor, atès la necessitat d'autorització judicial per a poder renunciar la liberalitat.
- L'administrador especial tindrà, respecte als béns en qüestió, el mateix abast que la dels titulars de la potestat: podrà realitzar els mateixos actes que aquests, i estarà subjecta als mateixos controls, tret que el disponent hagi establert una altra cosa.
- Respecte als fruits dels béns sotmesos a administració especial, l'art. 236-22.3 estableix que “[s]i hi ha béns i drets dels fills no administrats pels progenitors, la persona que els administra ha de lliurar als progenitors, o al progenitor que tingui l'exercici de la potestat parental, en la part que correspongui, els fruits i els rendiments dels béns i els drets afectats. Se n'exceptuen els fruits procedents de béns i drets atribuïts especialment a l'educació o la formació del fill, que només s'han de lliurar en la part sobrera o, si els progenitors no tenen altres mitjans, en la part que, segons l'equitat, l'autoritat judicial determini”.

b.- També queden exclosos els béns “adquirits per títol successori, si un dels progenitors o ambdós han estat desheretats justament o n'han estat exclosos per causa d'indignitat”. [art. 236.25.b)]. L'expressió títol successori no s'utilitza en sentit tècnic, sinó que es refereix a les atribucions per causa de mort (inclou, per tant, el llegat obligacional i la donació *mortis causa*, que no són pròpiament “títols successoris”).

El fonament de l'exclusió es troba en la prevenció amb què es mira una persona que ha pogut incórrer en alguna causa legal d'indignitat o desheretació, persona que ha

dut a terme una sèrie d'actes qualificats per llei com de reprobables, i que manifesten una conducta contra el causant de l'herència de la qual formen part els béns que rep el fill que no els fa mereixedors de succeir-lo ni tampoc d'administrar els béns que el dit causant destina a d'altre persones. Ara bé, la desheretació i la declaració d'indignitat es basen en conductes realitzades contra el causant que no tenen perquè afectar les relacions pare – fill. No estem davant d'unes actuacions que facin suposar que el pare no desenvoluparà correctament les seves activitats d'administració (si no han donat lloc a la privació de la potestat parental), administració que no té perquè implicar cap benefici al desheretat o indigne, sinó que pot resultar una càrrega. La norma tenia la seva justificació, des d'un punt de vista pràctic, quan els pares tenien l'usdefruit del patrimoni dels fills, per tal d'evitar qualsevol lucre respecte a uns béns dels que havien estat privats, però per altra banda originava una antieconòmica i poc àgil desmembració en l'administració del patrimoni del menor, per la qual cosa potser eren més els inconvenients que els avantatges. Però, en qualsevol cas, suprimint l'usdefruit patern, ha desaparegut el perill d'aprofitament indegut dels pares, per la qual cosa considerem poc justificat el manteniment de la norma en qüestió.

Aquests béns seran administrats, en primer lloc, per la persona que hagi designat el causant. Si no hi ha designació, els ha d'administrar el progenitor que no hagi estat exclòs, si escau, o, en darrer terme, una persona designada per l'autoritat judicial a aquest efecte” (art. 236-26.1).

D'acord amb la crítica que fèiem respecte a l'exclusió del desheretat o indigne, entenem que tant el causant com el jutge podran designar administrador precisament a aquell desheretat o indigne, atenent en tot cas a l'interès del menor.

c.- I, finalment, s'exclouen de l'administració dels progenitors els béns adquirits “pel fill, si té més de setze anys, amb una activitat que generi benefici” [art. 236-25.c)]. Aquests béns seran administrats pels fills, “amb l'assistència dels progenitors en els supòsits a què fa referència l'article 236-27” (art. 236-26.2); per tant, se li aplica el règim previst per al menor emancipat, de manera que precisarà assistència per als actes a què es refereix l'art. 236-27, i per acceptar el càrrec d'administrador d'una societat.

El precepte dóna a entendre, per tant, que el fill major de 16 anys que exerceixi una activitat lucrativa podrà ser administrador d'una societat, amb la qual cosa actes que no podria realitzar en el seu propi nom sense el complement de capacitat, els podrà realitzar com a administrador de la societat.

8.2. Drets i deures dels pares en tant que administradors dels béns dels seus fills

L'art. 236-21.1 estableix que “[e]ls progenitors que exerceixen la potestat han d'administrar els béns dels fills amb la diligència exigible a un bon administrador, segons la naturalesa i les característiques dels béns”. Per tal de complir amb aquest deure inherent a la potestat parental la llei confereix als progenitors, com s'ha vist, un poder de representació, i els dóna alguns drets, a la vegada que els imposa també una sèrie de deures.

8.2.1. La situació prèvia a l'exercici del càrrec: la dispensa de les obligacions de formar inventari i de prestar fiança

La regla general és que l'administrador de béns aliens està obligat a formar inventari dels béns administrats, per tal que es pugui comprovar si ha complert o no correctament amb el seu encàrrec; així succeeix, per exemple, respecte al tutor (art. 222-20), o l'usufructuari (art. 561-7). En canvi, els progenitors estan dispensats de fer inventari dels béns dels seus fills que administren (art. 236-23.1).

La raó de la diferència de tracte entre els progenitors i el tutor es pot trobar en les especials característiques de l'administració paterna. Mentre la potestat normalment comença quan el fill neix, moment en el que generalment el fill té un escàs patrimoni, la tutela usualment sorgeix en un moment posterior, quan ja és més freqüent que el tutelat tingui més béns. A més, el fet que, mentre el tutor pot ser un estrany, la potestat parental l'exerceixen el pare i la mare, genera una relació de més confiança entre administrador i administrat. Precisament aquesta relació de confiança és la que, segons el nostre parer, impedeix que un jutge pugui exigir als progenitors que, abans d'entrar en l'exercici del càrrec, formin inventari; una altra cosa és que, davant d'una mala gestió dels progenitors, i d'acord amb la regla general de l'art. 236-3, el jutge pugui exigir la formació d'inventari com una mesura adjectiva d'altres imposades a conseqüència de la dita mala administració. En qualsevol cas, res impedeix que els progenitors formin inventari voluntàriament, per tal de facilitar la rendició de comptes que els puguin exigir els seus fills.

El CCCat tampoc no imposa als pares l'obligació de finançar. Només quan la gestió sigui perjudicial per al fill, el jutge podrà exigir una garantia, tal com preveu l'art. 236-3.1.

Cal plantejar la qüestió de l'aplicació a Catalunya de l'art. 168.3 LH (complementat pels arts. 190 i 191 LH i 266 i 267 RH), d'acord amb el qual tenen dret a exigir hipoteca legal "los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres". Entenem que, atès que el CCCat no conté cap remissió a la LH, no és exigible en el dret català aquesta hipoteca, tot i que pugui estar justificada en la desconfiança dels fills respecte als pares que contreen segones noces. Deixant de banda que aquesta hipoteca legal està inspirada en la antiga consideració desfavorable de les segones noces (consideració que ha desaparegut a Catalunya, com ho prova la supressió de la reserva vidual per la llei 10/2008), i fins i tot reconeixent que la LH és d'aplicació general a tot l'Estat, cal entendre que no es pot anar contra el règim substantiu català en matèries de la seva competència, i la fixació de les garanties que han de prestar els pares és una d'aquestes matèries.

8.2.2. Els deures dels progenitors mentre exerceixen el càrrec: l'administració diligent

L'art. 236-21.1 estableix, com dèiem, que "[e]ls progenitors que exerceixen la potestat han d'administrar els béns dels fills amb la diligència exigible a un bon administrador, segons la naturalesa i les característiques dels béns". S'imposa als progenitors, doncs, la diligència "exigible a un bon administrador", diligència qualificada que pren com a model no a qualsevol persona, sinó a un professional, un subjecte que, com diu BADOSA COLL, posseeix els coneixements corresponents a la conducta a realitzar i, entre ells, el que està per damunt de la mitjana. Aquest grau de diligència exigida pel CCCat és congruent amb la finalitat de buscar sempre el màxim interès del fill, justifica la remoció dels pares de l'administració (ja sigui inicialment pel disponent, bé després per part del jutge nomenant un administrador d'acord amb l'art. 236-3.1), i implicarà per part de l'administrador el compliment dels deures de tot representant: fidelitat, dur a terme la missió encarregada –que, en el cas dels pares, no es pot renunciar ni delegar-, comunicació, informació i consulta, i custòdia, conservació i millora dels béns.

Quan en l'administració no s'apliqui la diligència exigida, produint-se un perjudici per al patrimoni del fill, el jutge, bé d'ofici, o " a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, dels altres parents dels fills fins al quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal" (art. 236-3.2), pot adoptar una

sèrie de mesures destinades a protegir els béns dels fills, mesures que són les següents (art. 236-3.1):

1a. “Limitar les facultats dels progenitors”; ara bé, s’ha de tenir en compte que la facultat de realitzar actes d’ordinària administració ja ve limitada per l’art. 236-27, que preveu un control d’aquests actes mitjançant l’autorització judicial necessària per a dur-los a terme.

2a. “Exigir la prestació de garanties”, com per exemple una fiança o una hipoteca, i que estaran dirigides a assegurar les responsabilitats que es podrien derivar d’una mala gestió.

3a. “Nomenar un administrador judicial”, possiblement la mesura més dràstica, i que suposarà que els progenitors quedin exclosos de l’administració.

8.2.3. Deures posteriors a l’exercici del càrrec: restitució del patrimoni administrat i rendició de comptes

Estableix el art. 236-24.1 que “[a]l final de l’administració, els progenitors han de restituir el patrimoni administrat. Les despeses de restitució són a càrrec del patrimoni administrat”.

La regla és aplicable tant als progenitors, com al cas en què l’administració la tingui un tercer. La restitució s’haurà de fer al fill, sin l’administració cessa per la seva emancipació; als seus hereus si l’extinció té lloc per la mort o declaració de mort del fill; al representant de l’absent (art. 184.3 CC) si té lloc per la declaració d’absència; al nou administrador si encara subsisteix la potestat parental; i al nou representant legal del fill si l’extinció es produeix per causes que afectin als progenitors.

Com en tota administració de béns aliens, i amb la finalitat d’apreciar el correcte o diligent compliment de l’administració, l’administració haurà de retre de comptes. Atès l’especial naturalesa de la relació subjacent que fonamenta l’administració –la relació familiar-, aquesta obligació té caràcter facultatiu, deixant-se a l’arbitri del fill o del seu representant legal. Estableix l’art. 236-24.2 pr. que “els progenitors estan obligats a retre comptes al final de llur administració si el fill i, si escau, el seu representant legal ho reclamen”.

La rendició de comptes la sol·licitarà el fill si la potestat s’extingeix per la seva emancipació, i el seu representant legal quan l’administració dels pares s’acabi per causes diferents, com per exemple per la privació de la titularitat de la potestat a tots dos progenitors. Si l’administració la porta a terme un tercer, seran els pares, en la seva qualitat de representants legals del fill, els qui podran sol·licitar la rendició de comptes. Tot i que els hereus del menor no es trobin esmentats com a persones

legitimades per exigir la rendició de comptes –a diferència del que preveu l'art. 222-48.1 respecte al tutor- entenem que aquesta omissió no suposa la seva exclusió, sinó que ve motivada pel caràcter excepcional del supòsit de fet: la mort del fill menor d'edat sense que els hereus siguin els seus pares; per això, si realment es donés la situació plantejada en l'àmbit de la potestat parental, es podria aplicar analògicament l'esmentat art. 222-48.2, i considerar els hereus del menor com a legitimats activament per sol·licitar la rendició de comptes. I, també per aplicació analògica de l'art. 222-48.1, cal entendre que la legitimació passiva es transmet als hereus de l'administrador que ha mort (lògicament, quan l'hereu no sigui el propi fill). D'acord amb l'art. 236-24.3, l'acció per exigir el compliment de l'obligació de retre comptes prescriu als 3 anys. El termini s'haurà de començar a comptar a partir del moment en què s'acabi l'administració. Si la rendició de comptes s'ha demanat dins de l'esmentat termini, s'haurà de fer “en el termini de sis mesos a partir de la data de la reclamació, termini que l'autoritat judicial pot prorrogar, amb una causa justa, per un altre període de tres mesos com a màxim” (art. 236-24.2.fin).

8.2.4. Drets dels progenitors

8.2.4.1. La contribució dels fills a les despeses familiars

Com hem dit, els pares no tenen *ex lege* l'usdefruit dels béns dels seus fills. L'art. 236-21.2 estableix que “[p]ertanyen als fills els fruits i els rendiments de llurs béns i drets, i també els pertanyen els guanys de llur pròpia activitat i els béns o els drets que en puguin derivar”. Això no obstant, o d'acord amb el principi de solidaritat que inspira les relacions familiars –principi que té com a manifestació més clara el deure d'aliments entre parents, arts. 237-1 i ss.-, els fills estan obligats a contribuir equitativament a les despeses familiars; diu l'art. 236-22.1 que “[e]ls fills tenen el deure de contribuir proporcionalment a les despeses familiars, mentre convisquin amb la família, amb els ingressos que obtinguin de llur activitat, amb el rendiment de llurs béns i drets i amb llur treball en interès de la família, sempre que aquest deure no sigui contrari a l'equitat”.

Per tant, el fill haurà de contribuir a les despeses familiars, segons estableix l'art. 236-23.1, “amb els ingressos que obtinguin de llur activitat, amb el rendiment de llurs béns i drets i amb llur treball en interès de la família”. La contribució dels fills té un àmbit més ampli que l'usdefruit legal que va estar vigent fins a la Reforma del 81, ja que queden afectats no solament els fruits de certs béns, sinó també el “capital”:

els ingressos que obtingui pel seu treball o indústria; a més, el treball familiar passa a tenir una magnitud computable als efectes de la contribució a les despeses familiars, treball que no inclou exclusivament les tasques domèstiques en sentit estricte, sinó també la col·laboració en el negoci o explotació familiar.

Tot i que l'afectació dels ingressos que no procedeixin del treball queda limitada a les rendes, no al capital, quan els recursos esmentats no siguin suficients, entenem que els pares no tan sols podran transformar un bé del menor no productiu en un de productiu, sinó que també podran aplicar el "capital", és a dir, poden destinar no solament les rendes d'aquest bé, sinó també el propi bé, a la satisfacció d'aquestes necessitats. Tot i que l'art. 236-22.1 sembla que no ho permeti, el que fa aquest precepte és establir un criteri "equitatiu" quan l'economia domèstica funcioni normalment. Però en aquests casos de falta de recursos, i tot i que s'hagués de recórrer a la via dels aliments entre parents per justificar-ho, entenem que el fill no pot desentendre's dels seus deures familiars. I si no s'admetés la via alimentista, es podria utilitzar com a argument el principi de solidaritat entre els membres de la família.

A aquests efectes, "els progenitors poden destinar els fruits dels béns i els drets que administren a mantenir les despeses familiars en la part que correspongui" (art. 236-22.2). I si existeixen béns i drets dels fills que no són administrats pels progenitors, l'art. 236-22.3.pr. estableix que "la persona que els administra ha de lliurar als progenitors, o al progenitor que tingui l'exercici de la potestat parental, en la part que correspongui, els fruits i els rendiments dels béns i els drets afectats".

S'exceptuen, segueix dient l'art. 236-22.3, "els fruits procedents de béns i drets atribuïts especialment a l'educació o la formació del fill, que només s'han de lliurar en la part sobrera o, si els progenitors no tenen altres mitjans, en la part que, segons l'equitat, l'autoritat judicial determini". Per tant, si hi ha a la família mitjans suficients per atendre les càrregues familiars, normalment quedaran exclosos els béns llegats o donats al fill per a la seva educació, ja que, malgrat que es digui que també s'han d'entregar els fruits en la "part sobrera", aquest romanent només es coneixerà quan s'hagi acabat l'educació i la formació del fill, el que normalment no tindrà lloc fins a la major edat –sobretot si es deixen béns per sufragar la formació-. Ara bé, si la família no té suficients recursos per viure, queden fins i tot afectats els béns esmentats en la mesura que, d'acord amb criteris d'equitat, el jutge determini. Davant el conflicte entre procurar una educació al fill o atendre el sosteniment de la

família, es concedeix preferència a això últim. Es tracta d'una solució que pot contrariar la voluntat del disponent, però sembla la més justa i lògica, sobretot si observem que només opera en casos extrems de necessitat.

La quantia dels fruits a entregar la determina el jutge segons l'equitat, però no sembla que tingui molt de marge d'arbitri, ja que no es tracta d'una situació en què el repartiment de les despeses pugui fer-se de manera proporcional, sinó que estem davant un supòsit de falta de recursos per atendre les necessitats bàsiques de la família, i per tant s'hauran de lliurar en la mesura que falti per cobrir aquestes necessitats. I si són els pares els que administren els béns atribuïts per a l'educació del fill, entendem que no hauran d'acudir al jutge per a què aquest determini la part que es podrà destinar a despeses familiars, sinó que seran ells mateixos els qui, també d'acord amb criteris d'equitat, apliquin la quantitat oportuna. El control de la seva administració passarà per la possibilitat d'exigir la rendició de comptes.

L'obligació dels fills de contribuir "proporcionalment" a les despeses familiars sorgeix amb independència del fet que els pares tinguin o no mitjans suficients per satisfer les dites càrregues sense l'«ajuda» del fill, i subsisteix per al fill mentre aquest convisqui amb la família (art. 236-22.1).

L'art. 236-22.1 sembla, per una part, limitar la dita obligació als casos de convivència i, per altra, imposar-la amb independència de la potestat, ja que no al·ludeix a l'emancipació del fill com a causa de cessació. Pel que fa al requisit de la convivència, podria donar lloc a situacions injustes en els cas que el fill, en obtenir un quantios patrimoni, s'independitzés, amb la qual cosa, en no haver-hi convivència, en principi deixaria de contribuir a les càrregues. Això no obstant, s'ha de tenir en compte que, per una part, aquesta situació de "vida independent" del fill necessita en tot cas el consentiment dels pares i equival a l'emancipació si es dóna aquest consentiment (art. 211-11.1), produint-se per tant la sortida del fill de la potestat [art. 233-32.c)]. I a més, en qualsevol cas, si els pares es trobessin en situació de necessitat, podria sorgir un dret d'aliments a favor seu (arts. 237-1 i ss.). Respecte a la qüestió de si s'ha d'estendre o no el deure de contribució fora de l'àmbit de la potestat parental, els partidaris de la tesi positiva utilitzen com a argument bàsic el fet que, si no fos així, "se llegaría a resultados tan injustos como que ciertos hijos por no encontrarse sometidos a patria potestad, pero que viven con los padres y tienen sus ingresos, no participarían ni se les podría exigir colaboración en la sustentación de las necesidades del grupo si no es por vía de alimentos y sólo

para supuestos de indigencia” (MORO ALCARAZ). Això no obstant, quan el fill és major d'edat, cessa la potestat i les relacions entre ell i els seus pares es regeixen per les regles generals del Dret, per la qual cosa els interessats podran establir un pacte que fixi com s'ha de contribuir a les despeses i, si no arriben a un acord, els pares podrien expulsar el fill de la llar familiar, atès que haurà finalitzat el deure de convivència que tenien durant la potestat.

Quant a la forma com es fa efectiu el deure de contribució a les càrregues, si els pares són els administradors dels béns dels seus fills, poden aplicar directament els fruits en la part que correspongui (art. 236-22.2). I si els béns són administrats per un tercer o pel propi fill, sorgeix un dret de crèdit a favor dels pares per l'import que en equitat procedeixi (art. 236-22.3).

8.2.4.2. El dret dels pares al rescabament de les despeses

La potestat és una funció essencialment gratuïta, en el sentit que no dona dret a cap remuneració a favor dels progenitors que la exerceixen. Tot i que el càrrec d'administrador siguin en moltes ocasions retribuït, l'especial naturalesa de les relacions paterno-filials fa que l'art. 236-23.2 estableixi que “els progenitors no tenen dret a remuneració per raó de l'administració”. Ara bé, segueix dient l'esmentat precepte que els pares sí tenen dret a ser rescabats “per les despeses suportades i els danys i perjudicis que l'administració els hagi causat, si no són imputables a dol o culpa pròpia”. Aquest dret al rescabament constitueix un principi general que presideix tota gestió legitimada (legal o voluntàriament) de negocis aliens en interès igualment aliè (BADOSA COLL); per tant, tot administrador de béns aliens ha de quedar exonerat de les conseqüències negatives que es puguin derivar de la seva actuació.

Cal tenir en compte, això no obstant, que la potestat dels pares implica una relació administrador – administrat que no es dona en la resta d'administracions de patrimonis aliens, ni tan sols en la tutela, naturalesa especial que es manifesta en el caràcter essencialment gratuït de l'administració paterna. Per aquest motiu, es podria entendre que les esmentades conseqüències negatives (danys i despeses) que genera la dita administració no són més que una càrrega inherent a la funció que desenvolupen els pares que ha de ser assumida per ells mateixos. Això no obstant, l'art. 236-23-2 elimina qualsevol dubte concedint expressament als pares el dret al rescabament de les despeses. S'atorga als pares una acció específica per reclamar una quantitat que, quan el fill exigeixi la rendició de comptes (art. 236-24.2)

podrà venir neutralitzada per possibles “partides” favorables al menor. Per tant, la subsistència “independent” de l’acció de rescabament dependrà de si el fill sol·licita o no la rendició de comptes. Si així ho fa, l’acció perd la seva autonomia i el seu objecte: la reclamació d’una quantitat per despeses i danys i perjudicis passarà a formar part de la “partida” del “debe” del fill. En canvi, si el fill exigeix simplement la restitució del patrimoni, es conserva autònomament l’acció de rescabament.

El concepte de despeses fa referència a unes quantitats que, afectant directament la cosa (per a la seva conservació, per exemple) o sent necessàries per al bon compliment de l’administració (despeses de judicis, millores) han estat abonades per l’administrador sent a càrrec del menor; es tracta de sumes avançades pels pare, per la qual cosa caldrà també tornar els interessos (art. 1728.3 CC). Quant al concepte de “danys i perjudicis”, s’al·ludeix a una sèrie de despeses respecte a les quals, tot i no tractar-se de pèrdues causades pel menor, se’l fa responsable, ja que aquest menor és el directament beneficiat amb la gestió. Comprèn tant el “dany emergent” –per exemple, un accident de cotxe quan es viatjava per tal d’atendre un assumpte del menor-, com el “lucre cessant” –per exemple, les pèrdues professionals que li origina el temps que ocupa en l’administració-.

Per tal que procedeixi el dret al rescabament és necessari que els danys i perjudicis causats per l’administració no siguin imputables a “dol o culpa” de l’administrador. Si hi ha hagut dol és evident que no ha de procedir la indemnització. I el concepte de culpa s’utilitza en sentit ampli, com a contraposat a cas fortuït. Per tant, només quan les pèrdues o danys s’hagin produït per cas fortuït hi haurà dret al rescabament.

S’ha plantejat el problema de si s’han d’aplicar les normes de la responsabilitat contractual o les de la responsabilitat extracontractual, qüestió important per tal de determinar una sèrie de qüestions no resoltes per la regulació legal. És difícil d’encaixar aquest supòsit en una o altra categoria. No és contractual perquè no hi ha contracte, sinó que la potestat deriva de la llei. I tampoc encaixa dins la responsabilitat extracontractual, ja que aquesta suposa la inexistència de relació jurídica entre els subjectes, i en el cas que ens ocupa hi ha una relació que no deriva del pacte sinó de la llei. Una solució raonable podria ser la de concedir una opció al fill per tal que elegeixi l’aplicació d’un o altre tipus de responsabilitat (LINACERO DE LA FUENTE).

El rescabament es farà “amb càrrec al patrimoni administrat, si el rescabament no es pot obtenir d’una altra manera” (art. 236-23.2), el que vol dir que aquest pagament a

càrrec del patrimoni administrat només és exigible subsidiàriament. El crèdit pot donar lloc a un dret de retenció fins que es faci efectiu el rescabament, d'acord amb l'art. 569-4.a).

8.3. Les facultats dels administradors dels béns dels fills

Tal com es dedueix, entre d'altres, de l'art. 236-8, els progenitors, respecte al patrimoni del seus fills sotmesos a potestat, pot realitzar tant actes d'ordinària administració com actes d'extraordinària administració, considerats aquests els actes enumerats a l'art. 236-27.1 al que després farem referència. Així, els pares no només podran realitzar aquells actes que siguin merament conservatius del patrimoni del menor – per exemple, contractar una assegurança sobre una casa propietat del fill, o posar a interès una quantitat de diners del fill-, sinó que també podran fer actes de més entitat, com per exemple alienar la casa del seu fill. Aquests actes s'hauran de fer sempre en interès del fill (art. 236-2), i amb la diligència exigible a un bon administrador (art. 236-21.1). I, en qualsevol cas, tractant-se d'actes d'extraordinària administració, hi ha un control extern en forma d'autorització, ja sigui del jutge (art. 236-27), de dos parents o del propi fill si és major de 16 anys (art. 236-30), autorització que es concedirà si es justifica degudament la “utilitat” o “necessitat” de l'acte (art. 236-28.1).

8.3.1. La “utilitat” o “necessitat” dels actes d'extraordinària administració

Com diem, l'art. 236-28.1 admet, com a fonament legitimador de certs actes dispositius, no solament la “necessitat”, sinó també la “utilitat”. Aquesta darrera al·ludeix al profit de l'acte, en termes econòmics, rendibilitat d'un acte de gestió, mentre que la necessitat pot fer que un acte que no sigui objectivament profitós sigui convenient en una concreta situació, com per exemple quan la família no disposi de recursos suficients per subsistir. La utilitat suposa un benefici, i la necessitat tracta d'evitar un perjudici.

L'art. 236-28.1 parla d'utilitat “o” necessitat”, per la qual cosa sembla que es doni a entendre que el simple benefici o rendibilitat econòmica permet justificar actes d'alteració substancial del patrimoni del menor. Això no obstant, segons el nostre parer, això no ha de ser sempre així, ja que tots els béns integrants del patrimoni administrat han de tenir el mateix tracte. Si ens centrem en els béns que l'art. 236-27 considera com a valuosos, observem que alguns d'ells, com és el cas dels valors, per exemple, tenen un caràcter dinàmic, en el sentit que la seva destinació normal ha de ser la de ser canviats per altres valors o per diners, canvi que no altera qualitativament la composició del patrimoni. Però respecte a altres possibles operacions la justificació no sembla tan clara; així, si el menor

és propietari, per exemple, d'una masia que li ha deixat el seu avi, cal ser molt més prudent a l'hora d'admetre la seva alienació, per molt rendible que pugui resultar l'operació. Així, quan la utilitat no vingui acompanyada de la necessitat, únicament s'admetrà la utilitat com a causa legitimadora de la disposició respecte a aquells béns la naturalesa dels quals mostri que estan destinats a l'alienació, com per exemple uns valors mobiliaris, o un solar. En canvi, els béns que tinguin com a missió principal el seu gaudi, s'hauran de conservar, i no s'haurà de permetre la seva venda només per raons d'utilitat. Per tant, la interpretació que s'ha de donar a l'art. 236-28.1 és que la disposició per raons de simple utilitat no es donarà respecte a tots els béns enumerats a l'art. 236-27.1, sinó únicament en relació a alguns d'ells: aquells que tinguin com a destinació la circulació i el tràfic econòmic per sobre de la funció de gaudi.

D'acord amb aquesta idea, que posteriorment desenvoluparem, es pot distingir entre:

a) Actes no permesos a l'administrador, per tres raons diferents:

1a.- Pel seu evident caràcter perjudicial per al menor, com les disposicions a títol gratuït, respecte a les quals està clar que no es poden justificar per causes d'«utilitat» o «necessitat».

2a.- Perquè, tot i que de l'acte se'n pogués derivar una utilitat en el sentit de "rendibilitat" o benefici econòmic, suposarien una injustificable alteració qualitativa substancial del patrimoni administrat.

3a.- Per l'existència d'una contraposició d'interessos entre administrador i administrat; tot i que l'acte pugui ser necessari i útil per al menor, el fet que l'altra part contractant sigui precisament l'administrador exclou aquest de la possibilitat de realitzar un acte en concret, de tal manera que es donarà pas a una actuació individual (si els administradors són el pare i la mare i el conflicte d'interessos només recau en un d'ells) o es procedirà al nomenament d'un defensor judicial (quan la contraposició es doni amb tots dos pares conjuntament, o amb aquell d'ells que exerceix la potestat, o amb qui –tot i que no ho digui expressament l'art. 236-20- és l'administrador especial).

b) Actes permesos. Es permetrà realitzar a l'administrador actes de caràcter necessari per al menor (una venda per pagar els seus deutes, per exemple), i els que li reportin una utilitat respecte a béns que, per la seva naturalesa, estiguin destinats al tràfic econòmic. Això no obstant, el règim respecte a aquests actes no és uniforme, sinó que, atenent a la seva transcendència patrimonial, cal distingir:

1.- Actes que poden fer els pares de manera lliure, és a dir, sense cap autorització: són els actes d'«ordinària administració» (constituir assegurances, vendre els fruits, contractar arrendaments de curta durada, percebre els rendiments dels béns del menor o donar-los la inversió que creguin convenient, utilitzar capital del menor per a fer pagaments necessaris, etc) i certs actes dispositius que recauen sobre béns de poca entitat (segons es dedueix a *sensu contrario* de l'art. 236-27.1), com per exemple vendre béns de poc valor del fill).

2.- Actes que poden realitzar els administradors però que, a conseqüència del seu caràcter dispositiu i per la seva especial transcendència, necessiten un control extern que haurà d'apreciar si són útils o necessaris per al menor. Són els “actes d'administració extraordinària” (art. 236-8.2), enumerats s l'art. 236-27.1. El fonament de la necessitat d'autorització es troba, més que en protegir la integritat del patrimoni del fill –de manera que no es puguin substituir béns segurs (immobles per exemple) per béns de fàcil ocultació i desaparició (diners)-, en intentar evitar que l'acte sigui perjudicial per al menor. Així es desprèn del fet que, sense necessitat d'autorització, es permet l'alienació d'accions cotitzades en borsa pel preu de cotització [art. 236-27.1.c)]; si bé amb aquesta venda poden entrar en el patrimoni del menor béns de difícil control (diners), es permet als pares dur a terme l'acte sense autorització, atès que l'acte no pot ser objectivament perjudicial per al menor.

Per tant, el criteri essencial que determina la necessitat o no de l'autorització és la perillositat de l'acte *in abstracto*. L'encarregat de donar l'autorització analitzarà si l'acte convé o no al menor, així com si hi ha causes d'utilitat o necessitat que ho justifiquin. Així, per exemple, tractant-se de la venda d'un immoble del menor, cal observar com aquesta venda constitueix un acte “perillós”, ja que si el menor rep un preu inferior al preu “just” patirà un perjudici. Per això, el jutge analitzarà si les condicions de la venda convenen o no al menor, i si no li convenen no autoritzarà l'acte. Ara bé, no només haurà de tenir en compte si l'operació és o no beneficiosa, sinó que a més haurà de controlar si s'altera qualitativament i de manera substancial el patrimoni del menor.

8.3.2. Els actes permesos a l'administrador per la seva “utilitat” o “necessitat”, si bé sotmesos a autorització

Els actes per als quals l'art. 236-27.1 exigeix autorització judicial són els següents:

a.- “Alienar béns immobles, establiments mercantils, drets de propietat intel·lectual i industrial, o altres béns de valor extraordinari, i també gravar-los o subrogar-se en un

gravamen preexistent, llevat que el gravamen o la subrogació es faci per a finançar l'adquisició del bé." Es requereix autorització, per tant, per alienar o gravar béns immobles i altres béns considerats com a valuosos. Ara bé, si es constitueix el gravamen per tal de finançar l'adquisició del bé, o si el bé adquirit ja es trobava gravat i el que fa l'adquirent és subrogar-se en el gravamen preexistent, l'acte és lliure.

Ara bé, aquesta darrera regla s'ha de matisar, ja que pot conduir a la conclusió, errònia en la nostra opinió, que no fa falta autorització per adquirir béns, ni tan sols quan l'adquisició es fa a títol oneros. Proposem un exemple que ens ajudarà a aclarir la problemàtica. Suposem que el menor té 100.000 euros en un compte corrent, i els pares pretenen, amb aquests diners, adquirir un pis que es troba hipotecat. L'art. 236-27.1.a) dóna a entendre que la subrogació en la hipoteca no està subjecta a control, però una cosa ben diferent és que els progenitors puguin disposar lliurement d'aquells diners per a dur a terme l'adquisició. Entenem que aquesta adquisició –com moltes altres fetes a títol oneros– és un acte perillós per al menor (si es paga un preu superior al preu de marcat l'acte li serà perjudicial), per la qual cosa hauria d'estar sotmès a control, control que podria tenir cobertura legal per l'exigència d'autorització per alienar "béns de valor extraordinari": els esmentats 100.000 euros constituïrien un bé de valor extraordinari, per la qual cosa la seva disposició hauria de quedar sota control. Aquesta tesi es contradiu tant amb l'opinió de la majoria de la doctrina, com amb la RDGRN 21.2.2004, que va declarar que "los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (cfr. artículo 154, párrafo segundo, número 2.º, del Código Civil), aun cuando éstos se hallen gravados, se someta a determinada condición o limitación el ingreso del bien en el patrimonio del menor, o se constituya el gravamen simultáneamente para garantizar el precio aplazado de la adquisición (Resoluciones de 2 de julio de 1931 y 7 de julio de 1998)". Amb tot, entenem que hi ha importants arguments a favor de la tesa segons la qual la compra de béns és un acte que, en funció de la quantia dels diners invertits, pot quedar sotmès a control:

a) Quan es compra un bé, s'està disposant d'un altre bé, els diners, que, en funció de la seva quantia, podria encaixar dins del concepte de "bé de valor extraordinari" de l'art. 236-27.1.a).

b) Si no s'admetés la necessitat d'autorització per a la compra de béns s'arribaria a la incongruència que, per exemple, per vendre uns valors mobiliaris faria falta autorització, mentre que amb els diners obtinguts per aquesta venda es podrien comprar de manera lliure altres valors mobiliaris, l'alienació dels quals tornaria a estar sotmesa a control. No considerem acceptable la diferència de tracte entre uns béns de valor similar (dineros i valors).

c) Si resulta que el fonament de l'autorització és evitar un perjudici per al menor, és obvi que la compra de béns requereix aquesta autorització, ja que el perjudici pot existir tant comprant com venent.

d) Si, com veurem, fa falta autorització per acceptar una donació onerosa, en què l'onerositat no és "total", amb més raó hauria d'exigir-se l'autorització per a dur a terme un acte "completament" oneros, com és la compra d'un bé.

I, davant d'aquests arguments, no es pot al·legar que les prohibicions s'ha d'interpretar restrictivament, ja que es tracta de buscar l'interès del menor, i aquest interès consistirà en què l'acte en qüestió es faci amb les màximes garanties possibles.

b.- "Alienar drets reals sobre els béns a què fa referència la lletra a o renunciar-hi, amb l'excepció de les redempcions de censos"

Per a què es pugui procedir a l'alienació el dret real ha de ser, lògicament, transmissible; per això, no seran alienables les servituds, que són inseparables del predi dominant, o els drets d'ús i habitació, que tenen caràcter personalíssim. En canvi, sí ho seran, entre d'altres, el dret real de cens, l'usdefruit, el dret de superfície, o el dret real d'opció. Igualment, i tot i que no tinguin naturalesa de dret real, entenem que també requeriran autorització els negocis que es facin sobre el rang hipotecari: reserves, posposicions i permutes de rang. Per altra banda, l'art. 236-27.1.b) es refereix a l'alienació i renúncia de drets reals, però no al seu gravamen. Si el dret real recau sobre un bé immoble, l'autorització serà necessària en virtut de l'apartat a) de l'esmentat precepte, a conseqüència de la naturalesa immobiliària dels drets reals sobre immobles. En canvi, si es tracta de gravar un dret real sobre un bé moble, aquest gravamen no requerirà autorització.

També fa falta autorització per renunciar drets reals sobre els béns esmentats a la lletra anterior. Tant l'abandonament, com el no exercici de drets del menor, queda fora de l'àmbit de l'art. 236-27.1.b), en tant que actes materials que queden fora del mecanisme de control previst a l'art. 236-28.1. Això no significa que no es pugui

exigir responsabilitat pels esmentats actes. Quant a l'excepció de la redempció de censos, es refereix tant al cas en què el menor sigui censalista como censatari. En cap d'aquests supòsits es requerirà autorització, en considerar-se que no es tracta d'un acte perjudicial per al menor: el censatari "allibera" la seva propietat a canvi d'una contraprestació ja fixada, i el censalista perd el seu dret però a canvi d'un capital.

c.- "Alienar o gravar valors, accions o participacions socials. No cal l'autorització, però, per a alienar, almenys pel preu de cotització, les accions cotitzades en borsa ni per a alienar els drets de subscripció preferent".

Així doncs, es requereix autorització no solament per a l'alienació, sinó també per a gravar els drets esmentats, com pot ser per exemple per donar-los en garantia. L'excepció relativa a l'alienació pel preu de cotització oficial de les accions cotitzades en borsa es justifica pel caràcter objectiu del preu obtingut, i la que fa referència als drets de subscripció preferent troba la seva raó de ser en la consideració d'aquells crèdits com un fruit.

d.- "Renunciar a crèdits".

La raó de no permetre aquesta renúncia –que inclou també la condonació del crèdit– és que es tracta d'un acte gratuït, que no reporta ordinàriament cap benefici al titular. Si la renúncia es fes a canvi d'una contraprestació, estaríem davant d'una dació en pagament, acte que igualment requeriria autorització. Qualsevol acte extintiu del crèdit que no impliqui l'exacte compliment de la prestació deguda per part del deutor (pagament), o que no pugui ser impositat al creditor (pèrdua de la cosa deguda, compensació i confusió), requereix autorització.

e.- "Renunciar a donacions, herències o llegats; acceptar llegats i donacions modals o oneroses".

Aquests actes no suposen, en principi, cap benefici per al menor, per la qual cosa resulta lògica la necessitat d'autorització. No es requereix autorització per acceptar l'herència –tot i que aquesta pugui ser deficitària–, ja que als menors se'ls concedeix *ex lege* el benefici d'inventari (art. 461-16). Si es denega l'autorització per als actes esmentats, l'art. 236-29 estableix que això comporta l'acceptació de la transmissió.

f.- "Donar i prendre diners en préstec o a crèdit, llevat que aquest es constitueixi per a finançar l'adquisició d'un bé".

La necessitat d'autorització es refereix només al préstec (no al comodat), i afecta tant si els pares actuen com a prestataris com si ho fan com a prestamistes. A diferència del que es preveia en el CF, es requereix autorització tant si el préstec és amb interès com si és sense interès. Una altra novetat respecte el CF és que no és necessària l'autorització si el préstec es constitueix per finançar l'adquisició d'un bé. Per un altre costat, la norma no fa cap referència a la quantia del préstec, per la qual cosa sembla que estan sotmesos al mateix règim els préstecs de quanties molt diferents, quan el més lògic és entendre que només es requereix autorització per als actes que impliquin un risc quantitativament important. I no es tenen en compte les possibles garanties del préstec, quan ni des d'un punt de vista actiu, ni com a prestatari, sembla que s'hagi de donar el mateix tracte a un préstec amb garantia que a un altre sense més garantia que la responsabilitat patrimonial universal del prestatari.

g.- "Atorgar arrendaments sobre béns immobles per un termini superior a quinze anys"

Apareix la idea, per tant, que quan l'arrendament recau sobre uns determinats béns –els immobles- i es perllonga per un temps determinat -15 anys- deixa de ser un acte d'administració ordinària i passa a ser un acte d'extraordinària administració. Observem, per altra banda, que es limita la necessitat d'autorització als arrendaments de béns immobles, el que entenem que és congruent amb l'equiparació que l'art. 236-27.1.a) fa entre béns immobles i béns mobles valuosos.

h.- "Avalar, prestar fiança o constituir drets de garantia d'obligacions alienes".

El precepte es refereix a la constitució de garanties d'obligacions alienes, cas en què farà falta autorització per constituir tant una garantia personal com una garantia real, amb independència que aquesta última recaigui o no sobre béns valuosos. Així, per exemple, una màquina pot ser donada en garantia per deutes del fill sense necessitat d'autorització (sempre que no la considerem com un bé moble de valor extraordinari), autorització que sí seria necessària si el que es garanteix és un deute aliè.

i.- "Adquirir la condició de soci en societats que no limitin la responsabilitat de les persones que en formin part, i també constituir, dissoldre, fusionar o escindir aquestes societats".

A l'igual que succeeix quan s'és fiador, el patrimoni del fill es pot trobar en una situació de risc quan aquest sigui soci d'una societat en la qual hagi de respondre personalment dels deutes socials. Per això, l'art. 236-27.1.i) exigeix també autorització per constituir o adquirir la condició de soci en societats que no limiten la

responsabilitat de les persones que en formen part. Com a novetat, el CCCat exigeix també autorització per dissoldre, fusionar o extingir aquestes societats.

j.- “Renunciar, assentir a la demanda, desistir o transigir en qüestions relacionades amb els béns o els drets a què fa referència aquest apartat”.

8.3.3. Actes que no necessiten autorització: els actes d'ordinària administració

L'administrador podrà realitzar, sense necessitat d'autorització, actes com per exemple la constitució d'assegurances, pagament de despeses necessàries, o arrendaments a curt termini, entre d'altres. Igualment no requerirà autorització per a dir a terme certs actes dispositius que recaiguin sobre béns mobles de poc valor, tant alienacions i gravàmens com renunciacions; així, quan una cosa ja sigui inservible, per exemple, es podrà abandonar. I, per altra banda. Hi ha una sèrie d'actes de naturalesa dubtosa que, en no venir especificats expressament a l'art. 236-27, tampoc necessiten autorització:

- La partició de l'herència i la divisió de la cosa comuna. La legitimació per poder sol·licitar-les correspondrà a l'administrador, sense que faci falta autorització; això es justifica en què la situació d'indivisió no es considera desitjable. Més discutible és la justificació que la pràctica de la partició o divisió siguin lliures, atès que l'art. 236-27 requereix autorització per alienar i per transigir; potser la raó es troba en la consideració de la partició i la divisió como un acte “neutral”, tenint en compte a més que existeix la possibilitat de rescissió de la partició (art. 464-13), i les estrictes regles sobre còm dur a terme la divisió de la cosa comuna (art. 552-11).
- Per a cancel·lar una hipoteca constituïda a favor d'un menor (també en aquest sentit, l'art. 178.2 RH).
- Per a dur a terme alienacions que tinguin caràcter forçós, ja siguin d'origen voluntari [per exemple, l'alienació en virtut de l'exercici d'un dret d'opció; sí faria falta autorització per constituir un dret d'opció sobre els béns enumerats a les lletres a) i b) de l'art. 236-27.1], judicial (l'alienació forçosa en virtut d'un procediment d'execució), administratiu (expropiació forçosa) o legal (retracte legal).

8.3.4. Actes no permesos a l'administrador

A més dels supòsits en què hi ha conflicte d'interessos, als que ja hem fet referència, els administradors no poden verificar donacions respecte a béns del menor, en

tant que no s'aprecia, respecte a aquest acte, la causa d'utilitat o necessitat que ho justifiqui.

No podem acceptar la idea que el que no està prohibit està permès, sinó que és necessari que els actes s'ajustin a l'actuació d'un administrador, que ha de buscar sempre l'interès de l'administrat. Per això, tots aquells actes que no busquin aquest interès, tot i no estar prohibits per la Llei de manera expressa, entenem que no estan permesos a l'administrador. I dins d'aquests actes no hi ha dubte que s'hi troba la donació "pura", és a dir, aquella en què la seva única causa és la liberalitat del donant; en aquest sentit, l'art. 1641 BGB prohibeix als pares fer donacions, amb l'excepció de les que responguin a una obligació o a un deure social, "o en les que s'atengui al decor".

8.4. El control dels actes enumerats a l'art. 236-27.1

Els actes enumerats a l'art. 236-27.1 estan sotmesos a control, en forma d'autorització judicial, que pot ser substituïda, d'acord amb l'art. 236-30, per l'autorització del fill si és major de 16 anys, o per la dels dos parents més pròxims del fill.

8.4.1. El control de l'interessat: l'autorització del fill major de 16 anys

L'art. 236-30.a) preveu que si el fill té almenys 16 anys, pot autoritzar ell mateix, en escriptura pública, els actes previstos a l'art. 236-27.1.

La justificació de la norma que permet al major de 16 anys donar l'autorització es basa no solament en què aquest té una edat que ja presumeix una certa aptitud per poder discernir sobre la conveniència o no de l'acte, sinó també en un motiu pràctic: si no s'admetés la possibilitat d'autorització per part del fill, els pares podrien emancipar-lo (art. 211-9) i tot seguit complementar la capacitat per a l'alienació atorgada pel fill, d'acord amb l'art. 211-12.

La autorització del fill requereix, a més, que aquest tingui 16 anys, que doni el consentiment en escriptura pública, consentiment que, tractant-se d'un acte que hagi de constar en escriptura pública, es pot reflectir en el mateix document en què consti l'acte dispositiu.

Cal fer una sèrie de precisions:

a) Si el fill consent l'acte, aquest queda vàlidament celebrat. Però si nega el consentiment no es permet acudir als parents, encara que sí al jutge. La intervenció judicial en cas de negativa del fill es justifica en què la denegació del consentiment

per part del fill pot ser injustificada. És possible, per exemple, que la venda d'un immoble del menor sigui necessària per al sosteniment de la família i el fill es negui sense raó a donar el consentiment. En aquests casos sempre ha de quedar el recurs a l'autoritat judicial. En canvi, l'autorització parental s'ofereix com una possibilitat per agilitzar els tràmits d'alienació, però no constitueix una instància d'apel·lació davant de decisions que s'estimen injustes.

b.) Quan autoritza l'acte el fill major de 16 anys, es pot ser menys rigorós en l'apreciació de la utilitat o necessitat que justifica l'alienació. La posició restrictiva que proposàvem respecte a la "utilitat" de l'acte no pot ser mantinguda quan s'actua amb el consentiment del fill. A més de la raó pràctica abans apuntada (els pares podrien emancipar el fill), aquest fill ja té prou madures com per decidir si en el seu patrimoni vol tenir-hi immobles o diners, per exemple. Per tant, en aquest cas la utilitat i la necessitat es troben en un mateix nivell, i es podrà celebrar un acte "útil" però no "necessari" que alteri qualitativament el patrimoni del menor. En realitat, en aquests casos el procediment serà moltes vegades similar al que té lloc quan el fill està emancipat: el fill tindrà la iniciativa per a dur a terme l'acte, si bé els pares l'hauran d'«assumir formalment», atorgant ells l'acte amb el consentiment del fill.

8.4.2. El control "extern". L'autorització judicial

Si el fill no té 16 anys, l'autorització per realitzar els actes enumerats a l'art. 236-27.a es pot demanar al jutge o als dos parents a què es refereix l'art. 424-6.1. Es concedeix als pares una facultat d'elecció respecte a l'òrgan que ha de donar l'autorització, si bé, en cas de discrepància entre ells, prevaldrà l'opinió del progenitor que vol acudir a l'autorització judicial, d'acord amb la caracterització de l'autorització parental com a substitutòria de la judicial (si el disponent a títol lucratiu no ha previst altra cosa). Per tant, l'administrador pot elegir la instància a la qual s'ha d'acudir.

El problema és esbrinar si aquestes instàncies són alternatives però excloents, en el sentit que la negativa d'una exclou la possibilitat d'acudir a l'altra, o si es permet una "dualitat d'oportunitats", és a dir, si davant la decisió judicial o parental contrària a les pretensions de l'administrador es pot sol·licitar l'autorització a l'altra instància. Cal partir de la base que la finalitat de la intervenció parental és simplement la de facilitar les alienacions en benefici del fill: permetre que sense demora es puguin realitzar actes dispositiu o profitosos per al fill. No es pretén oferir una pluralitat d'alternatives que permeti als pares trobar una instància que, previsiblement, s'ajusti

als seus interessos, sinó alleugerir els tràmits de l'acte dispositiu en interès, com dèiem, del fill. Per tant, la regla general hauria de ser que, denegada per una de les dues instàncies l'autorització, no es podria acudir a l'altra. El problema seria la plasmació pràctica d'aquest raonament de caràcter teòric. Efectivament, la solució apuntada planteja el problema de la seva manca d'efectivitat, donat que al notari que autoritza l'acte dispositiu difícilment li constarà que l'autorització prestada pels parents ha vingut precedida d'una negativa a autoritzar per part de l jutge. Potser la solució seria que el notari exigís la manifestació per part dels pares que no ha tingut lloc una prèvia sol·licitud desestimada en una altra instància. Únicament cabria un recurs per impugnar judicialment la decisió prèviament presa per una de les instàncies, acció que tindria com a objecte atacar la decisió parental i judicial quan aquesta s'hagués format incomplint les previsions legals.

La autorització judicial es concedeix “en interès dels fills en cas d'utilitat o necessitat justificades degudament, amb l'audiència prèvia del ministeri fiscal (art. 236-28.1). Per tant, l'autorització no és discrecional, sinó que els titulars de la potestat han de demostrar al jutge les “virtuts” de l'acte i que aquest convé al menor –la seva “utilitat” o “necessitat”-, de tal manera que el jutge no ha d'esbrinar si hi ha o no raons específiques que justifiquin l'acte, sinó que els pares han de convèncer el jutge. La regla general és que l'autorització es dóna per a un acte en concret, és a dir, el jutge no pot concedir autoritzacions per alienar amb caràcter general; el jutge examina la conveniència de l'acte en qüestió, no l'aptitud dels pares per gestionar el patrimoni del fill. Això no obstant, l'art. 236-28.2 disposa que l'autorització es pot atorgar amb caràcter general “per a diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que siguin futurs. En tots els supòsits s'han d'especificar les circumstàncies i les característiques fonamentals dels dits actes”; en cap cas, doncs, l'autorització pot ser genèrica.

8.4.3. La autorització parental

L'art. 236-30.b) estableix que l'autorització judicial pot ser substituïda pel consentiment, manifestat en escriptura pública, dels “dos parents més pròxims del fill, de la manera que estableix l'article 424-6.1.a”, és a dir, dos parents consanguinis, un per cada línia de progenitors, amb el vincle de parentiu més proper amb els fills, i amb preferència, dins de cada línia, per al de més edat.

Imaginem, per exemple, que viuen els quatre avis del menor; el consentiment l'hauran de donar l'avi patern de més edat, i el matern també de més edat.

8.5. Les conseqüències dels actes duts a terme sense autorització

Estableix l'art. 236-31 que els actes enumerats a l'art. 236-27.1 duts a terme sense autorització, ja sigui judicial, parental o del fill major de 16 anys, són anul·lables; l'acció per a impugnar-los "caduca al cap de quatre anys del moment en què els fills hagin assolit la majoria d'edat o l'emancipació, o del reintegrament judicial de la capacitat". La sanció de l'anul·labilitat és, possiblement, la més adient per a la protecció dels interessos del menor.

9. L'extinció de la potestat

L'extinció suposa la terminació institucional de la potestat, en tant que aquesta cessa no solament per al titular, sinó també per al sotmès a ella. L'extinció és definitiva, excepte en el cas de rehabilitació de la potestat (art. 236-34); en canvi, en cas de privació de la potestat, aquesta es podrà recuperar (art. 236-7).

Les causes que donen lloc a l'extinció de la potestat parental són les següents (art. 236-32):

- a.- La mort o la declaració de mort de tots dos progenitors o del fill. Si només mor un dels progenitors, la potestat serà exercida exclusivament per l'altre.
- b.- L'adopció del fill. Ara bé, en aquest cas no s'extingeix pròpiament la potestat, sinó que aquesta cessa només per al pare per naturalesa; el que es produeix és un canvi en la persona que serà titular de la potestat, que passarà a ser-ho l'adoptant. En qualsevol cas, cal tenir en compte que l'extinció de la potestat per al pare per naturalesa pot no ser definitiva, en el cas en què l'autoritat judicial decreti l'extinció de l'adopció (arts. 235-51 i 235-52). I, en el cas en què s'adopti al fill del cònjuge o de la persona amb qui l'adoptant conviu en parella estable, no es produirà en aquell l'extinció de la potestat, sinó que aquesta passarà a ser de titularitat dual.
- c.- L'emancipació o majoria d'edat del fill.

Cal precisar que la redacció del precepte és congruent amb l'art. 211-8, que no inclou la majoria d'edat com a causa d'emancipació. Observem que no s'enumera com a causa d'extinció de la potestat l'anomenada emancipació tàcita regulada a l'art. 211-11. Tot i que la capacitat d'aquest menor de vida independent s'equipari a la del menor emancipat, el fet que aquesta emancipació tàcita sigui revocable és el que possiblement determina que, almenys de manera formal, no ens trobem davant d'una causa d'extinció de la potestat, per més que aquesta quedi sense contingut.

d.- Per la declaració d'absència dels dos progenitors o del fill. Ara bé, en aquests casos l'extinció tampoc és definitiva, ja que la potestat es recuperarà en cas de reaparició de l'absent.

Si es tracta d'una persona subjecta a potestat parental prorrogada o rehabilitada, aquesta s'extingirà per les següents causes (art. 236-36.1):

a.- "Les que estableix l'article 236-32, sens perjudici del que estableix l'article 236-6".

Si bé la causa de la lletra c) –emancipació o major edat- no és aplicable, ja que estem davant un major d'edat.

b.- "La declaració judicial de cessació de la incapacitat del fill".

c.- "La constitució posterior de la tutela a favor del cònjuge, de la persona amb qui conviu en parella estable o dels descendents". El precepte es refereix al supòsit en què el jutge va acorar inicialment prorrogar o rehabilitar la potestat i després, segurament per un canvi de circumstàncies (per exemple, perquè els descendents de l'incapacitat arriben a una determinada edat), considera que és preferible la constitució de la tutela.

d.- "El matrimoni de l'incapaç amb una persona major d'edat capaç".

El precepte cal matisar-lo:

- És discutible que l'incapacitat pugui prestar consentiment matrimonial; en qualsevol cas, es requerirà el dictamen facultatiu a què fa referència el segon apartat de l'art. 56 CCEsp.
- Donat que se suposa que persisteix la situació d'incapacitat, l'extinció de la potestat (prorrogada o rehabilitada) haurà d'anar acompanyada de la constitució de la tutela a favor del cònjuge –d'acord amb el que preveu l'apartat segon de l'art. 236-36- (la tutela no és automàtica, amb la qual cosa sembla que aquest precepte se superposi amb el previst a la lletra c).

e.- "La sol·licitud dels qui exerceixen la potestat prorrogada, aprovada judicialment, si la situació personal i social d'aquests i el grau de deficiència del fill incapaç impedeixen el compliment adequat de la seva funció".

Y, segons diu l'art. 236-36.2, "[s]i en cessar la potestat prorrogada o rehabilitada subsisteix la incapacitació, s'ha de constituir la tutela o la curatela".

CAPÍTOL 2: LA TUTELA

CONCEPTE

El CCCat no conté un concepte legal específic de la tutela. No obstant això, la descripció, àmbit i contingut general de la tutela es pot deduir de l'art. 221-1, que es refereix a la "funció de protecció" de les "institucions de protecció de la persona" i de l'art. 222-1, relatiu a les "persones que s'han de posar en tutela".

En aquest sentit, la tutela és la institució de protecció dels menors no emancipats que no estiguin en potestat, i de les persones que no es poden governar per sí mateixes, quan la sentència d'incapacitació així ho determina. Aquesta protecció abasta tant l'àmbit personal com el patrimonial del tutelat, de manera que el tutor és el representant legal de la persona posada en tutela, té cura d'ella, administra i defensa els seus béns i interessos patrimonials i exerceix els seus drets.

La tutela s'exerceix mitjançant el càrrec de *tutor*. Normalment, el càrrec és ocupat per una sola persona física (art. 222-15), si bé en determinats supòsits s'admet l'existència de dos tutors (art. 222-25 i 222-26); així mateix, poden ser tutors les persones jurídiques sense afany de lucre que es dediquin a la protecció de menors o incapacitats (art. 222-16.1).

Les funcions de la tutela poden ser distribuïdes entre el mateix tutor i l'anomenat *administrador patrimonial* (art. 222-12.2 i 222-27, entre d'altres) i fins i tot d'un *administrador especial* de determinats béns (art. 222-22.1)

PERSONES SUBJECTES A TUTELA

PERSONES QUE NO PODEN GOVERNAR-SE PER SÍ MATEIXES

D'acord amb l'art. 222-1, "s'han de posar en tutela:

- a) Els menors no emancipats que no estiguin en potestat parental.
- b) Els incapacitats, si ho determina la sentència."

En aquest segon cas, cal afegir una precisió (que sí feia l'art. 170.b CF): la incapacitació només donarà lloc a la tutela si la potestat del pare i la mare, o d'un d'ells, no ha estat prorrogada o rehabilitada.

La pròrroga de la potestat té lloc quan el fill menor no emancipat és declarat incapaç i la sentència estableix que, en benefici del fill, la potestat no s'extingeixi en arribar a la majoria d'edat d'aquest, sinó que quedi prorrogada (art. 236-33). La rehabilitació de la potestat té lloc quan la declaració judicial d'incapacitat afecta una persona major d'edat o emancipada, els pares de la qual encara viuen; el jutge pot optar per rehabilitar la potestat que s'havia extingit, o bé per constituir la tutela (art. 236-35).

Tant en el cas de la pròrroga de la potestat com en el de la rehabilitació, el jutge pot acordar no concedir-les i ordenar la constitució de la tutela o la curatela si la situació així ho aconsella; en aquest sentit, l'art. 236-35 es refereix a l'edat i la situació personal dels progenitors, al grau de deficiència del fill incapaç i a les relacions personals entre ells.

Així mateix, la rehabilitació de la potestat no té lloc en cas que la persona incapaç hagués designat tutor o curador per ell mateix o que correspongui constituir la tutela o la curatela a favor del cònjuge, de la persona amb qui conviu en parella estable o dels descendents majors d'edat de la persona incapaç (art. 236-34.2).

LA NO NECESSITAT DE CONSTITUIR LA TUTELA: LA DESIGNACIÓ D'UN APODERAT

El CCCat ha flexibilitzat la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de facultats cognitives i volitives que una persona pot patir (Preàmbul, III-b). En efecte, la cada vegada més gran esperança de vida de les persones que integren les societats desenvolupades ha fet augmentar el nombre de persones que, sense patir una deficiència física o psíquica prou greu per declarar la seva incapacitació, les converteix en persones sense ganes o sense facultats suficients com per tenir, elles soles, cura dels seus interessos. A aquesta situació, tal com l'hem descrita, dona resposta la nova figura de l'*assistència* (art. 226-1 a 226-7).

La dificultat, però, rau en la fixació dels límits: a partir de quin grau la pèrdua de facultats cognitives i volitives es pot qualificar com una causa d'incapacitació que doni lloc a la constitució d'una tutela?

En aquest límit difús se situa la nova figura de la *designació d'un apoderat en previsió de la pèrdua sobtevinguda de capacitat del poderdant*, recollida en l'art. 222-2. En concret, el primer apartat d'aquest precepte estableix que "no cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter

físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos".

El supòsit de fet de l'art. 222-2 és el d'una persona que, amb plena capacitat d'obrar (la pèrdua és "sobrevinguda"), decideix atorgar un poder especial ("a aquest efecte") per tal que, si mai arriba a no poder governar-se per sí mateixa com a conseqüència d' malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, l'apoderat pugui seguir tenint cura dels seus interessos. La peculiaritat d'aquest poder és precisament que no s'extingeix com a conseqüència de la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant. Estem, per tant, davant d'una "situació d'incapacitat", constatada des del punt de vista mèdic, però que encara no ha donat lloc a una declaració judicial d'incapacitació.

La no declaració judicial de la incapacitació pot ser deguda a que ningú ha promogut la constitució de la tutela (vegeu l'art. 222-14, relatiu a les persones obligades a promoure'n la constitució), o bé perquè el jutge ha considerat preferible, segurament per la benignitat del cas, que els interessos de la persona que no es pot valer per ella mateixa siguin gestionats per un apoderat en comptes de per un tutor; aquest últim argument es pot deduir de l'expressió "no cal posar en tutela" que inicia l'article. En definitiva, com diu el Preàmbul (III-b), es tracta de que "sense necessitat de constituir la tutela, l'apoderat pugui seguir tenint cura dels interessos de la persona que ja no es pot valer per si mateixa. [...] Es tracta que no sempre calgui la incapacitació i la constitució formal de la tutela, que es configura com una mesura de protecció, especialment en casos de desemparament de l'incapaç, quan a la greu malaltia psíquica s'hi afegeix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar".

En qualsevol cas, si mai s'arriba a promoure la constitució de la tutela, serà el jutge qui organitzarà la protecció de la persona que no es pot valer per ella mateixa. En aquest sentit, l'art. 222-2.3 preveu que si, en interès de la persona protegida, s'arriba a constituir la tutela, el jutge pot acordar l'extinció del poder; també ho podrà fer amb posterioritat, a *instància del tutor*.

És el poderdant qui, de manera exclusiva, configura l'àmbit del poder que atorga, de manera que pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, cas en el qual la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder; o bé pot establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. Així mateix, el poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder (art. 222-2.2). L'únic límit a l'eficàcia del poder el fixa l'apartat tercer del mateix art. 222-2, en assenyalar que si en interès de la persona protegida s'arriba a

constituir la tutela, el jutge en aquell mateix moment, o amb posterioritat a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder. Aquesta possibilitat de revocació està plenament justificada, ja que pot donar-se una situació de solapament, o fins i tot d'incompatibilitat de funcions -i fins i tot de caràcters- entre el tutor i l'apoderat.

El règim de l'apoderat és realment peculiar, perquè si bé el jutge en pot prescindir, com acabem de veure, en cas que el mantingui l'àmbit d'actuació de l'apoderat pot ser enorme, si el protegit així ho va preveure quan va fer el nomenament en l'època de plena capacitat. En aquest sentit, tot i que l'art. 222-44.3 sotmet l'apoderat al mateix règim d'autorització judicial que el tutor (és a dir, els actes de l'art. 222-43), el poderdant pot haver exclòs aquesta autorització expressament.

Tot i que l'apoderat no és un tutor, sens dubte per raons d'operativitat i de seguretat jurídica, l'art. 222-8.3 estableix, amb caràcter imperatiu, que els poders atorgats en previsió d'una situació d'incapacitat *s'han* d'inscriure en el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris".

EL DEURE DE PROMOURE LA CONSTITUCIÓ DE LA TUTELA

L'interès social de la tutela en tant que institució de protecció de la persona fa que el CCCat imposi el deure de promoure'n la constitució a una sèrie de persones i institucions, si tenen coneixement de la situació de desprotecció en què es troba el menor o l'incapaç. La infracció d'aquest deure pot, fins i tot, donar lloc a la responsabilitat pels danys i perjudicis que es causin a la persona desprotegida.

En concret, l'art. 222-14 estableix qui, i en quines circumstàncies, ha de promoure la constitució de la tutela. Ho detallem tot seguit.

1r. D'acord amb el núm. 1r de l'art. 222-14, estan "obligades" a promoure la constitució de la tutela "Les persones indicades en l'article 222-10 i les persones o les institucions que tinguin en llur guarda un menor o una persona que s'ha de posar en tutela". En concret, les persones a les que es refereix l'art. 222-10, article que regula l'ordre de delació de la tutela, són el cònjuge o convivent en parella estable, si hi ha convivència, els descendents majors d'edat i els germans del menor o incapacitat; així mateix, també inclou els ascendents del menor o incapacitat, llevat que es prorrogui o rehabiliti la potestat parental i, en cas de mort del progenitor del menor o incapacitat, el cònjuge o convivent en parella estable d'aquell, si conviu amb la persona que ha de ser posada en tutela.

Si les persones esmentades no promouen la constitució de la tutela, el mateix art. 222-14.1 estableix , com a sanció, que responen dels danys i perjudicis que causin al menor o a la persona que s'ha de posar en tutela.

2n. "L'entitat pública competent en matèria de protecció de menors ha d'instar la constitució de la tutela dels menors desemparats que tinguin a càrrec si hi ha persones que la puguin assumir en interès d'aquells" (art. 222-14.2). En concordança amb aquest precepte, l'art. 228-3.1 estableix que "la declaració de desemparament comporta l'assumpció immediata, per l'entitat pública competent, de les funcions tutelars sobre el menor, mentre no es constitueixi la tutela per les regles ordinàries o mentre el menor no sigui adoptat o reintegrat a qui en tingui la potestat o la tutela, o mentre no s'emancipi o arribi a la majoria d'edat. Aquestes funcions comprenen les mateixes facultats que la tutela ordinària, i s'hi aplica el que estableix el capítol II, llevat d'allò que s'oposi a la regulació específica del present capítol o al règim propi de l'entitat pública, d'acord amb la legislació sobre la infància i l'adolescència."

3r. El ministeri fiscal ha de demanar la constitució de la tutela i l'autoritat judicial la pot disposar d'ofici si s'assabenten que hi ha alguna persona que s'ha de posar en tutela en l'àmbit de la seva jurisdicció" (art. 222-14.3).

4t. Finalment, el núm. 4 del mateix art. 222-14 imposa a qualsevol persona el deure de posar en coneixement de l'autoritat judicial o del ministeri fiscal la situació de desprotecció d'una persona susceptible de ser posada en tutela.

LA DELACIÓ DE LA TUTELA

ASPECTES GENERALS

La delació de la tutela és l'oferiment del càrrec de tutor a una determinada persona. El càrrec és obligatori i constitueix un deure de caràcter personalíssim (art. 221-2); per aquest motiu, no cal un acte exprés d'acceptació del càrrec de tutor, però el designat pot al·legar excuses per a no exercir-lo (art. 222-18 i 222-19).

La delació de la tutela pot ser *voluntària* o *judicial*. La primera s'origina en una declaració de voluntat feta per alguna de les persones que intervenen en la relació de tutela (art. 222-4 a 222-9), el que no exclou una important facultat de control per part del

jutge (art. 222-9) i es defereix per testament, codicil o "escriptura pública" (art. 222-3.1.a i b).

La delació *judicial* és la que correspon a l'autoritat judicial quan no hi ha cap persona designada per un acte de delació voluntària, el nomenament d'aquesta persona no escau, o bé quan s'excusa o cessa per qualsevol causa (art. 222-10.1). En aquest cas, la tutela es defereix per una "resolució judicial" (art. 222-3.1.c).

LA DELACIÓ VOLUNTÀRIA

La delació feta per un mateix: l'anomenada autotutela

La relació entre el tutor i el pupil pot ser duradora i intensa, ja que afecta no solament l'àmbit patrimonial, sinó també l'àmbit personal de la persona tutelada. Això justifica l'amplíssim marge que el CCCat dona a qualsevol persona que té plena capacitat d'obrar, per organitzar la seva pròpia hipotètica tutela futura, per al cas que mai arribi a ser declarat incapaç. Aquesta possibilitat d'actuació és coneguda habitualment amb el nom, molt entenedor, d'*autotutela* i, sota el títol "delacions fetes per un mateix", és descrita per l'art. 222-4.1 en els termes següents: "per al cas que sigui declarada incapaç, tota persona amb plena capacitat d'obrar pot nomenar o excloure, en escriptura pública, una o més persones perquè exerceixin els càrrecs tutelars".

D'aquest precepte, hem de destacar que l'autonomia de la voluntat no es limita a designar un o més tutors, que seran normalment determinats parents o amics en els que el declarant confia plenament, sinó que també és possible excloure de la designació a determinades persones en les quals, òbviament, el declarant no confia. En aquest cas, ens trobem davant una *prohibició de la delació* de la tutela a determinades persones. Per exemple, la persona que, com a únics parents, només té un germà i un nebot, pot declarar que no vol que s'apliqui l'ordre de preferència de la delació judicial de l'art. 222-10.2, de manera que exclou el germà -amb qui està enemistat- de la seva futura tutela, i declara que, si el jutge ho considera adient (vegeu l'art. 222-9), es designi tutor al nebot amb preferència a qualsevol altra persona.

El contingut de la delació feta per un mateix no es limita a la designació o exclusió del tutela, sinó que el declarant "també pot fer disposicions respecte al funcionament i el contingut del règim de protecció que pugui ésser adequat, especialment pel que fa a la cura de la seva persona" (art. 222-4.1, segon incís). Per exemple, el declarant pot establir mesures de control de l'actuació del tutor, fixar-ne la remuneració (previst, a més, a l'art. 222-13), o designar un administrador patrimonial.

El CCCat respecta al màxim la voluntat del declarant, de manera que "l'atorgament d'un acte de delació tutelar posterior revoca l'anterior en tot allò que el modifiqui o hi resulti incompatible" (art. 222-4.2). No obstant això, la sospita que el declarant ja no tingui plenes facultats justifica la mesura de l'art. 222-4.3: "són ineficaces les delacions fetes per un mateix atorgades des que s'insta el procés sobre la seva capacitat o el ministeri fiscal n'inicia les diligències preparatòries". Cal entendre que la ineficàcia d'aquestes delacions és provisional, i només esdevindrà definitiva si el jutge emet una resolució ferma d'incapacitació.

Delació feta pels pares

Els pares poden ordenar la tutela dels seus fills menors no emancipats i, si en tenen la potestat prorrogada o rehabilitada, la dels fills emancipats o majors d'edat incapacitats (art. 222-5.1). El mateix precepte, per la remissió que fa a l'art. 222-4.1, estableix que aquesta ordenació es pot fer amb el mateix abast que en el cas de l'autotutela, que hem vist en l'epígraf anterior.

D'acord amb l'art. 222-5.2, la delació de la tutela per part dels pares es pot fer mitjançant escriptura pública, testament o codicil, i de manera individual o conjunta. Lògicament, la delació conjunta per part del pare i la mare s'haurà de fer necessàriament en "escriptura pública", ja que el testament i el codicil són actes individuals; per tant, es tractarà d'una declaració específica feta per acte entre vius, o bé inclosa en pacte successori (art. 431-1 i 431-7).

Si la delació conjunta exclou la contradicció entre les voluntats del pare i la mare, no és aquest el cas quan hi ha un seguit de delacions individuals, que poden no coincidir ni en les persones a qui es defereix la tutela ni en el contingut del règim de protecció. Cal entendre que, si els pares no es posen d'acord, serà el jutge qui haurà de decidir tot allò que hagi estat motiu de controvèrsia; en cas contrari, entrariem en una cadena inadmissible de delacions fetes successivament pel pare i la mare, cadascuna de les quals deixaria sense efecte l'anterior.

En aquest àmbit, l'art. 222-6 estableix un criteri de solució quan la discrepància es limita a la concurrència de nomenaments o d'exclusions. En aquest cas, serà preferida la voluntat d'aquell dels pares que hagi exercit al potestat en darrer lloc (vegeu els art. 236-8 a 236-11). No obstant això, conservarà eficàcia el nomenament fet per l'altre pare d'un administrador especial dels béns que ell mateix hagi disposat per donació, herència o llegat a favor del menor o incapaç.

Aspectes comuns

Inscripció de les tuteles deferides en escriptura pública

Les tuteles deferides per un mateix o pels titulars de la potestat parental, s'han d'inscriure en el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris (art. 222-8.1). Aquest Registre, adscrit a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, del Departament de Justícia de la Generalitat, està regulat pel Decret 360/1996, de 12 de novembre, d'organització, funcionament i publicitat del Registre de Tuteles i Autotuteles; la denominació actual té el seu origen en la DA del CF.

La finalitat d'aquest Registre és donar publicitat i possibilitar la obtenció d'informació de les tuteles deferides en escriptura pública, l'existència de les quals no podria ser detectada fàcilment. En canvi, les tuteles deferides en testament o en codicil poden ser conegudes gràcies a la possibilitat de localitzar aquests documents a partir de la seva inscripció en el Registre General d'Actes d'Última Voluntat (vegeu l'apartat següent).

El notari que autoritza una escriptura de delació voluntària de la tutela ho comunica d'ofici a l'esmentat Registre (art. 222-8.2), però sense expressar, en cap cas, la identitat dels designats o exclosos per a càrrecs tutelars (vegeu l'art. 2 del Decret 360/1996, de 12 de novembre, d'organització, funcionament i publicitat del Registre de Tuteles i Autotuteles; cal tenir en compte que aquest Registre va passar a dir-se Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris en virtut de la DA única del Codi de Família).

Preferència de la delació voluntària de la tutela

La delació voluntària de la tutela, tant la feta per un mateix com la que fan els pares, té caràcter preferent en relació amb la delació judicial. En aquest sentit, l'art. 222-9.1 estableix que si es constitueix la tutela, el jutge ha de nomenar les persones designades en l'acte de delació voluntària.

Això fa que el jutge hagi de comprovar si existeix o no una delació voluntària. Tot i que el CCCat no diu res, la lògica indica que caldrà seguir el procediment que descrivia l'art. 184.2 CF; és a dir, cal sol·licitar al Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris i al Registre General d'Actes d'Última Voluntat els certificats acreditatius de de l'atorgament o no de les escriptures públiques i dels actes successoris a que fan referència els art. 222-4 i 222-5.

La primacia de l'autonomia de la voluntat que en principi es desprèn del primer apartat de l'art. 222-9 no és absoluta; l'apartat segon del mateix precepte descriu unes situacions que permeten al jutge prescindir de la designació, ateses les circumstàncies del cas, i a instància del ministeri fiscal o d'alguna de les persones cridades per la llei a exercir la tutela d'acord amb l'article 222-10. En concret, el jutge pot prescindir de la designació:

a) Si s'ha produït una modificació sobrevinguda de les causes explicitades o que presumiblement es van tenir en compte en fer l'acte de delació voluntària.

b) Si l'acte de delació voluntària es va fer dins l'any anterior a l'inici del procediment relatiu a la capacitat de la persona protegida. Aquest supòsit es justifica pel fet que, com reconeix el Preàmbul (apartat III-b), "s'ha detectat que, amb una freqüència excessiva, algunes escriptures de designació de tutor s'atorguen just abans d'instar la incapacitació, fet que fa sospitar que hi pot haver captació de la voluntat per part del designat o, simplement, que l'atorgant no era plenament capaç".

Substitució en el càrrec tutelar

L'art. 222-7 permet, en el seu primer apartat, designar substituïts als "càrrecs tutelars", és a dir, tant al tutor com a l'administrador especial.

El segon apartat del mateix art. 222-7 regula l'ordre de preferència en la substitució quan hi ha diverses persones designades i qui ha fet la delació no ha especificat l'ordre de substitució. La redacció del precepte no és prou clara, i cal recórrer al seu precedent, l'art. 174 CF, per poder concloure amb seguretat que l'ordre de preferència en la substitució de càrrecs tutelars és el següent:

1r. Si el document de designació de substituïts al·ludeix a diverses persones, té preferència la designada en primer lloc.

2n. Si els substituïts són designats en documents diferents, té preferència el designat en el més recent.

LA DELACIÓ JUDICIAL

L'ordre de la delació

Quan no hi ha persona designada per acte de delació voluntària o bé no procedeix el seu nomenament o s'excusa o cessa per qualsevol causa, la designació correspon a l'autoritat judicial (art. 222-10.1).

El segon apartat del mateix art. 222-10 enumera les persones a qui el jutge ha de deferir, amb caràcter preferent, la tutela. Cal remarcar que l'expressió "l'autoritat judicial prefereix" sembla incorrecta; és més precisa l'expressió "s'ha de preferir", que utilitzava l'art. 179.1 CF. En concret, les persones a qui el jutge "ha de preferir" per exercir el càrrec de tutor són, seguint l'ordre de l'art. 222-10.2, les següents:

- a) El cònjuge o el convivent en parella estable de la persona incapacitada, si hi ha convivència.
- b) Els descendents majors d'edat de la persona incapacitada.
- c) Els ascendents del menor o incapacitat, llevat que es prorrogui o rehabiliti la potestat parental.
- d) En cas de mort del progenitor del menor o incapacitat, el cònjuge o convivent en parella estable d'aquell, si conviu amb la persona que s'ha de posar en tutela.
- e) Els germans del menor o incapacitat.

En principi, el jutge ha de seguir l'ordre de preferència de la llista anterior. No obstant això, si ho estima més convenient per als interessos de la persona que ha de ser sotmesa a tutela, el jutge, en una resolució motivada, pot alterar l'ordre establert o elegir una altra persona, com ara la que ha actuat com a assistent o com a guardadora de fet, o qualsevol altra persona (art. 222-10.3).

En cas que hi hagi una pluralitat de persones que pugui assumir el càrrec de tutor, com, per exemple, quan la persona incapacitada és vídua i té dos o més fills, supòsit que encaixaria en l'art. 222-10.2.b, l'art. 222-10.4 descriu una sèrie d'elements tendents a facilitar al jutge la designació de tutor i la configuració de la tutela. En aquest sentit, el precepte permet al jutge remetre les parts a una sessió informativa sobre la mediació familiar, amb la finalitat que es pugui assolir un acord respecte de la persona proposada per ocupar el càrrec.

Un darrer criteri ofert al jutge per tal de designar tutor es refereix a la tutela de germans menors d'edat. En aquest cas, la delació ha de recaure en una mateixa persona, llevat que les circumstàncies justifiquin una resolució diferent (art. 222-11). Aquest article es refereix al supòsit en què tots els germans que s'han de posar en tutela són menors d'edat. Per tant, si un dels germans, o tots, són major d'edat, no hi ha inconvenient que tinguin tutors diferents; en definitiva, serà el jutge qui decidirà, d'acord amb les circumstàncies del cas.

Finalment, l'art. 222-10.5 estableix que "si no hi ha persones de l'entorn familiar o comunitari que vulguin assumir la tutela, l'autoritat judicial ha de designar persones jurídiques, públiques o privades, sense ànim de lucre, que la puguin assumir satisfactòriament". Resulta sorprenent el criteri de voluntarietat que desprèn l'article, en referir-se a les persones que "*vulguin* assumir la tutela", el que no concorda amb la qualificació de l'exercici de les funcions de protecció com a un *deure*, que fa l'art. 221-2.

En aquest sentit, era més correcte l'expressió de l'art. 222-9.5 del Projecte, que es referia a les persones que "*puguin* assumir satisfactòriament la tutela".

La designació d'un administrador patrimonial

Si el jutge ho considera necessari, pot dividir la protecció del pupíl en dos àmbits, personal i patrimonial, de manera que separa la tutela de la persona de l'administració dels béns. El jutge designa els titulars d'ambdós càrrecs i fixa el seus àmbits de competència respectius (art. 222-12.1). Cal tenir en compte, però, que de l'àmbit personal només se n'ocupa el tutor (art. 222-27), però res no exclou que el jutge atorgui al tutor competència en determinades qüestions patrimonials. Per exemple, el tutor tindria també atribuïda l'administració de tot el patrimoni del menor, tret de les participacions en societats mercantils, la gestió de les quals és atribuïda a un administrador patrimonial especialista en la matèria. Lògicament, aquelles decisions que concerneixin alhora l'àmbit personal i el patrimonial, s'han de prendre conjuntament pel tutor i l'administrador patrimonial (art. 222-27).

La separació entre la tutela i l'administració patrimonial pot fer-se inicialment, en constituir la tutela (art. 222-12.1), o bé de manera sobrevinguda, en el decurs de la mateixa si el patrimoni del tutelat assoleix una importància considerable o es produeix una altra causa que ho fa necessari; en aquest cas, la decisió la pren també el jutge, d'ofici o a sol·licitud del tutor, del ministeri fiscal o de la mateixa persona tutelada (art. 222-12.2).

EL CÀRREC TUTELAR

L'APTITUD PER A EXERCIR CÀRRECS TUTELARS

Els càrrecs tutelars es caracteritzen, d'una banda, per l'estreta relació, basada en la confiança, que uneix normalment el tutor i la persona tutelada; d'altra banda, es tracta de càrrecs que tenen una funció i una transcendència social molt importants, de protecció, tant a nivell personal com patrimonial.

Això fa que per a exercir càrrecs tutelars no n'hi hagi prou amb la capacitat d'obrar, sinó que, a més, el tutor o l'administrador patrimonial hauran de tenir uns requisits d'aptitud que els facin idonis per a exercir el càrrec.

L'art. 222-15 ha corregit l'errònia referència a la "incapacitat" que feia el títol de l'art. 186 CF, i al "ple exercici de llurs drets civils", dels art. 185.1 i 186.1.a CF.

Seguint el mateix ordre del CCCat, estudiem aquesta matèria distingint si el tutor o l'administrador patrimonial es una persona física o jurídica.

Aptitud de la persona física per a ser titular del càrrec tutelar

El primer incís de l'art. 222-15 estableix que "poden ser titulars de la tutela o de l'administració patrimonial les persones físiques que tinguin capacitat d'obrar plena i no incorrin en cap de les causes d'ineptitud" que el precepte enumera a continuació. La major part d'aquestes causes tenen un caràcter objectiu o absolut, en el sentit que fan a aquella persona inepta per a exercir *qualsevol* tutela; per exemple, no disposar de mitjans de vida coneguts (causa *i* de l'enumeració). Algunes, en canvi, tenen un caràcter més personal i relatiu, i fan inepte per ser tutor d'una determinada persona, però no amb caràcter general; aquest és el cas de la causa *h* de l'enumeració, com és tenir enemistat amb la persona tutelada, o bé tenir o haver tingut amb ella plets o conflictes d'interessos" (vegeu també l'art. 222-17). El proposat no podrà exercir aquella tutela en concret, però no se l'exclou d'exercir la tutela d'altres persones amb qui no estigui enemistada o no tingui importants conflictes d'interessos.

En concret, les causes d'ineptitud que enumera l'art. 222-15 són les que detallem a continuació, seguint el mateix ordre de l'article:

- a) Estar privat o suspès de l'exercici de la potestat o de la guarda per resolució administrativa o judicial ferma, o haver-ho estat durant cinc anys.
- b) Haver estat remogut d'una tutela per una causa que li fos imputable.
- c) Estar complint una pena privativa de llibertat.
- d) Estar en situació declarada de concurs i no haver estat rehabilitat, llevat que la tutela no inclogui l'administració dels béns.
- e) Haver estat condemnat per qualsevol delicte que faci suposar fonamentadament que no exerciria la tutela d'una manera correcta.
- f) Observar una conducta que pugui perjudicar la formació del menor o la cura de l'incapacitat.
- g) Estar en situació d'impossibilitat de fet per a exercir el càrrec.
- h) Tenir enemistat amb la persona tutelada, o tenir-hi o haver-hi tingut plets o conflictes d'interessos.
- i) No tenir mitjans de vida coneguts.

Aptitud de la persona jurídica per a ser titular de la tutela

Igual que les persones físiques, també les persones jurídiques poden ser titulars de la tutela (art. 222-16.1). Els requisits essencials que han de reunir, d'acord amb el mateix precepte, és que es tracti de "persones jurídiques sense afany de lucre que es dediquin a la protecció de persones menors o incapacitades".

En aquest sentit, el tercer apartat del mateix art. 222-16 estableix que les persones jurídiques han d'assignar un o més professionals perquè es responsabilitzin del benestar del tutelat; a més, aquestes persones no poden incórrer en cap de les situacions d'ineptitud que estableix l'article 222-15.

Finalment, "les persones jurídiques han de notificar a l'entitat pública competent el nomenament i el cessament com a tutors en el termini de quinze dies des que hagin tingut lloc" (art. 222-16.2).

Exclusió de la tutela per conflicte d'interessos amb la persona protegida

L'art. 222-17 formula de manera ampla i flexible una causa d'ineptitud per a ser titular d'un càrrec tutelar, com és el "conflicte d'interessos" amb la persona protegida. De la regulació de l'article podem destacar tres qüestions.

1ª. Des del punt de vista subjectiu, la causa d'ineptitud es refereix tant a persones físiques com jurídiques; en aquest últim cas, només si es tracta de persones jurídiques *privades*.

Lògicament, les persones jurídiques de dret públic no han de tenir, per definició, conflictes d'interessos amb la persona que ha de ser protegida per la tutela.

2ª. Pel que fa al tipus de càrrec, l'exclusió afecta no solament els càrrecs tutelars pròpiament dits, és a dir, al tutor i a l'administrador patrimonial, sinó també a l'"executor material de funcions tutelars", figura que cal entendre referida a qualsevol persona que, per qualsevol títol (per exemple, mandat, arrendament d'obra, etc.) rep l'encàrrec d'executar algun acte relacionat amb una determinada tutela. Cal destacar que aquesta figura no torna a aparèixer en el CCCat, ni amb aquest ni amb un altre nom.

3ª. Des del punt de vista objectiu, l'article es refereix a una situació de conflicte d'interessos amb la persona protegida. En principi, hi ha una disfunció o mala coordinació amb l'art. 222-15.h), segons el qual el conflicte d'interessos entre la persona protegida i el tutor (persona física, que és l'àmbit de l'art. 222-15) tant pot ser actual com haver tingut lloc en el passat. No cal donar massa importància a aquesta disfunció, tot i que fora convenient corregir-la, perquè el concepte "conflicte d'interessos" és relatiu i indefinit, de manera que la qüestió requerirà, si escau, la valoració de la situació conflictiva d'acord amb el sentit comú, identificat, en última instància, per l'arbitri judicial.

En aquest sentit, sembla clar que la llei no pot precisar si un conflicte d'interessos que va tenir lloc en el passat encara perdura, i si te prou entitat com per afectar negativament l'exercici de la tutela. En aquesta línia, l'art. 222-15.h) ja no diu, com sí feia el seu precedent en el Projecte, que el conflicte d'interessos ha de ser "important". És preferible que, si hi ha una sospita d'incompatibilitat entre els interessos del tutor i del tutelat, sigui el jutge qui resolgui.

L'art. 222-17.1 fa referència a un cas en què la situació de conflicte d'interessos és tan evident i inevitable, que l'últim incís del precepte li dóna un caràcter objectiu i absolut: en particular, no poden ser titulars de la tutela ni de l'administració patrimonial les persones que, en virtut d'una relació contractual, prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la persona protegida. No obstant això, l'apartat segon del mateix art. 222-17, afegit durant la tramitació parlamentària, estableix una excepció lògica: davant

circumstàncies excepcionals, i d'acord amb les necessitats del tutelat, el jutge pot autoritzar les entitats tutelars a prestar serveis assistencials i residencials.

L'art. 186.3 CF estableix una sèrie de supòsits concrets que ara quedarien inclosos en el concepte, més ample i flexible, de "conflicte d'interessos". No obstant això, serveixen per il·lustrar el concepte. En concret, aquest precepte estableix el següent:

"Tampoc no poden ésser tutors ni administradors patrimonials les persones físiques o jurídiques que mantinguin una relació laboral d'assalariat o contractat o de naturalesa anàloga amb l'incapacitat. En cas de persones jurídiques, aquesta incompatibilitat és aplicable quan qualsevol dels membres que integrin l'òrgan de representació o d'administració mantingui, directament o indirectament, una relació d'aquell tipus amb l'incapacitat".

EXCUSES PER A NO EXERCIR CÀRRECS TUTELARS

Excusabilitat del càrrec tutelar

Tot i que l'exercici de les funcions de protecció de les persones menors d'edat i de les que no es poden governar per sí mateixes constitueix un *deure* (art. 221-2.1), hi ha una sèrie de circumstàncies que permeten excusar-se del càrrec tutelar, tant amb caràcter inicial com de manera sobtevinguda (art. 222-18 i 222-19.1).

Les excuses es basen en circumstàncies que, d'una banda, dificultarien al tutor l'exercici del seu càrrec, fins al punt d'arribar a posar en perill la funció mateixa de protecció que té la tutela en relació amb la persona tutelada.

Poden excusar-se no solament les persones físiques, sinó també les persones jurídiques.

Pel que fa a les persones físiques, l'art. 222-18.1 permet al·legar com a excuses per a no exercir càrrecs tutelars l'edat, la malaltia, la manca de relació amb la persona que s'ha de posar en tutela i les derivades de les característiques de l'ocupació professional del designat. La formulació d'aquestes excuses és oberta i flexible, de manera que el jutge podrà valorar en cada cas si l'excusa al·legada ha d'impedir o no l'exercici de la tutela de manera raonable i efectiva.

Així, per exemple, no es fixa un límit d'edat, de manera que sembla raonable, per exemple, que l'avi, de 70 anys, exerceixi de tutor del seu net de 16, ja que al cap de

dos anys assolirà la majoria d'edat i la tutela s'extingirà. En canvi, no sembla raonable que se li atorgui la tutela del seu net de tres anys, ja que la tutela s'allargaria massa anys, més enllà del que és exigible a una persona d'edat avançada.

Així mateix, pel que fa a les característiques de l'ocupació professional del designat, en principi s'hauria d'admetre l'excusa del càrrec de tutor a aquella persona que, per la seva feina, ha d'estar viatjant constantment i que, de ben segur, no podrà garantir la millor cura del menor tutelat.

El mateix art. 222-18.1 tanca l'enumeració d'excuses amb una causa oberta que garanteix la màxima discrecionalitat al jutge, per tal de garantir que l'exercici de la tutela sigui correcte. En concret, es pot al·legar com a excusa qualsevol altra circumstància, a més de les enumerades anteriorment, que faci especialment feixuc o pugui afectar el bon exercici de la tutela.

El segon apartat del mateix art. 222-17 permet que també *les persones jurídiques* s'excusin de l'exercici dels càrrecs tutelars quan no tenen els mitjans humans i materials suficients per a exercir-los adequadament o quan les condicions de la persona que s'ha de posar en tutela no s'adeqüen a les finalitats per a les quals aquella persona jurídica ha estat creada.

Al·legació i acceptació de l'excusa

L'existència d'una causa objectiva d'excusa no actua de manera automàtica, sinó que l'excusa s'haurà d'al·legar per part de la persona que creu tenir-hi dret, i el jutge haurà de pronunciar-se sobre si accepta o no l'excusa. Això garanteix, per tant, que la persona que exerceix un càrrec tutelar no se'n pugui desvincular de manera unilateral, deixant la persona tutelada en situació de desprotecció.

L'art. 222-19 estableix els mecanismes d'al·legació i acceptació de l'excusa, així com les conseqüències més immediates de l'acceptació.

L'excusa es pot al·legar amb caràcter *inicial*, és a dir, abans que el designat tutor hagi acceptat el càrrec. En aquest cas, l'excusa s'ha d'al·legar en el termini de quinze dies a comptar des de la notificació del nomenament (art. 222-19.1).

Si la causa objectiva d'excusa s'esdevé amb caràcter *sobrevingut*, és a dir, després que el tutor hagi acceptat el càrrec i hagi començat a exercir-lo, el mateix art. 222-19.1 indica que l'excusa s'ha d'al·legar amb la màxima diligència possible. Això es justifica

perquè si la causa d'excusa existeix realment, quan abans sigui coneguda i acceptada pel jutge millor, a fi de minimitzar el temps durant el qual la persona tutelada queda, de fet, sense una protecció efectiva. D'altra banda, mentre el jutge es pronuncia sobre si accepta o no l'excusa, la persona que l'ha al·legada ha de seguir exercint el càrrec (art. 222-19.2).

Si el jutge accepta l'excusa, haurà de nomenar, simultàniament, una altra persona per a exercir el càrrec (art. 222-19.3). La simultaneïtat garanteix que la persona necessitada de protecció no es quedarà, en cap moment, sense un càrrec tutelar que la hi doni.

En el cas que el jutge no accepti l'excusa, el tutor haurà de seguir exercint el càrrec. En aquesta situació, el paper del jutge no és gens fàcil, perquè hom es pot plantejar si la persona que al·lega una excusa, fins i tot clarament injustificada, exercirà el càrrec amb l'interès necessari per a protegir adequadament la persona tutelada. En efecte, tot i estar subjecte a responsabilitat (art. 222-40), un tutor que actua amb una manca total de motivació no sembla una persona adient per seguir en el càrrec, si tenim en compte que l'interès màxim de la institució és el de la persona sotmesa a tutela.

Aquesta situació pot donar lloc a la designació d'un defensor judicial (art. 224-1.d).

En qualsevol cas, l'acceptació de l'excusa comporta que la persona que exercia el càrrec perdi el que se li havia donat o llegat en consideració al seu nomenament (art. 222-19.4). No obstant això, el mateix art. 222-19.4 conclou assenyalant que si l'acceptació de l'excusa es produeix de manera sobrevinguda, el jutge pot acordar que la pèrdua d'allò donat o llegat sigui total o només parcial, ateses les circumstàncies del cas.

L'expressió "donat o llegat" és més correcta, des del punt de vista tècnic, que el terme "deixat", molt imprecís, que utilitzava l'art. 188.4 CF i que encara trobem a l'art. 222-34.2.

LES MESURES INICIALS DE CONTROL DE LA FUNCÍO TUTELAR

La caució

Abans de donar possessió a un càrrec tutelar, és a dir, tant en el cas de la tutela com en el de l'administració patrimonial, el jutge pot exigir a la persona designada per a exercir-lo que presti una *caució* (art. 222-20). Aquest article no precisa més, de manera que el terme "caució" s'ha d'entendre com qualsevol tipus de garantia que el jutge consideri suficient i s'adeqüi a l'estructura del patrimoni del càrrec tutelar. El CCCat regula específicament, en seu de drets reals, la hipoteca per raó de tutela o administració

patrimonial, com a mecanisme de concreció de "la caució exigible judicialment per raó de l'exercici d'un càrrec tutelar o d'una administració patrimonial" (art. 569-39).

En relació amb el procediment per a exigir la caució, vegeu els art. 1865 a 1870 de la LEC de 1881, encara vigent pel que fa a aquesta matèria.

L'exigència de caució és discrecional del jutge ("pot exigir caució"); també ho és el tipus de garantia. Per exemple, si en el patrimoni de qui ha de ser tutor l'únic immoble que hi figura és el seu domicili, però, en canvi, hi ha obres d'art valuoses o diners, sens dubte el jutge exigirà la constitució d'una penyora o l'aportació d'un fiador, en comptes de la constitució d'una hipoteca.

Finalment, l'art. 222-20 permet al jutge que, en qualsevol moment i per justa causa, deixi sense efecte o modifiqui la caució exigida anteriorment. Tot i que l'article no ho planteja, cal entendre que el jutge pugui arribar a exigir un *increment* en la caució, si les circumstàncies de la tutela així ho aconsellen; per exemple, si el patrimoni de la persona tutelada s'ha incrementat de manera substancial, de manera que, paral·lelament, augmenta el possible àmbit de responsabilitat del tutor. Lògicament, el jutge només hauria d'acordar aquest increment de la caució si el patrimoni del tutor el pot assumir raonablement.

L' inventari

El deure de fer inventari

El segon mecanisme de control de l'exercici del càrrec tutelar és el deure de realitzar, tot seguit a la presa de possessió del càrrec, un inventari del patrimoni de la persona posada en tutela. Aquest inventari, regulat en els articles 222-21 i 222-22, ha de permetre fer un seguiment acurat de l'activitat del tutor i de l'administrador patrimonial, especialment pel que fa a la rendició de comptes, tant la que s'ha de fer anualment (art. 222-31), com la que s'ha de fer al final de la tutela (art. 222-49).

La realització de l' inventari constitueix un *deure* imposat a les persones que exerceixen el càrrec tutelar. L'expressió que utilitza l'art. 222-21.1 és clara en aquest sentit: "el tutor i, si n'hi ha, l'administrador patrimonial *han de fer* inventari del patrimoni del tutelat ". Això fa que la no realització de l' inventari sigui una de les causes de remoció del càrrec incloses en l'art. 222-33.1 que, amb caràcter genèric, imposa la remoció del càrrec tutelar quan s'ha produït l' incompliment dels deures inherents al mateix.

D'acord amb l'art. 222-21.1, l' inventari l'han de fer el tutor i, si n'hi ha, l'administrador patrimonial, el que significa que la seva actuació ha de ser conjunta, o d'un sol d'ells, si l'altra manifesta la conformitat amb l' inventari fet pel primer.

Formalització de l' inventari

En principi, l' inventari s'ha de fer en el termini de dos mesos, a comptar des de la presa de possessió del càrrec tutelar; el jutge pot prorrogar aquest termini fins a un màxim de dos mesos més, si hi concorre una causa justa (art. 222-21.1).

D'acord amb l'art. 222-21.2, l' inventari s'ha de formalitzar judicialment o notarialment. El caràcter imperatiu d'aquesta afirmació s'ha d'entendre en el sentit que el jutge o el notari han de donar el seu vist-i-plau a l' inventari que presenta el tutor o l'administrador patrimonial, que són les persones que estan en millor situació d'elaborar-lo. En el cas que l' inventari es faci notarialment, el jutge té una possibilitat - no sembla un deure - de control, ja que, en aquest cas, el tutor i, si n'hi ha, l'administrador patrimonial, n'ha de dipositar una còpia en el jutjat que ha constituït la tutela.

En qualsevol cas, és a dir, tant si l' inventari es formalitza judicialment com notarialment, el ministeri fiscal i el tutelat, si té prou coneixement i en tot cas si es tracta d'un menor de més de dotze anys, han d'ésser convocats a la formalització del mateix (art. 222-21.3).

Finalment, "el tutor i, si n'hi ha, l'administrador patrimonial han de facilitar l'accés a l' inventari al tutelat si té prou coneixement i, en tot cas, si té més de dotze anys i es tracta de tutela de menor" (art. 222-21.4).

El Projecte estableix el deure de *lliurar còpia* de l' inventari, criteri que sembla més adient per tal que el tutelat pugui controlar l'actuació dels càrrecs tutelars.

Contingut de l' inventari

L' inventari ha de descriure de manera acurada i detallada l'actiu i el passiu del patrimoni de la persona sotmesa a tutela (art. 222-22.1).

Aquest precepte ho exemplifica dient que l' inventari ha de descriure amb detall els béns, els crèdits, les càrregues i els deutes que integren el patrimoni objecte de la tutela. Cal criticar el caràcter excessivament planer de l'expressió "patrimoni objecte de la tutela". En efecte, l'objecte de la tutela no és un patrimoni, sinó una persona, el

patrimoni de la qual, això sí, s'haurà d'administrar d'acord amb la finalitat i els criteris que regeixen la institució de la tutela.

El mateix art. 222-22 afegeix una sèrie de precisions que eviten dubtes sobre si determinats béns s'han d'incloure o no en l' inventari, i de quina manera. En primer lloc, cal incloure-hi els béns l'administració dels quals hagi estat encomanada a un administrador especial.

L'únic cas en que surt l'expressió "administrador especial" és en l'art. 236-27.1, en matèria de potestat parental.

En segon lloc, si el patrimoni de la persona tutelada inclou una empresa mercantil, cal incorporar a l' inventari els darrers comptes anuals d'aquesta.

Finalment, l' inventari ha d'incloure els crèdits i deutes que el tutor i l'administrador patrimonial tinguin contra la persona tutelada, i viceversa. Si no ho fan, l'art. 222-22.2 estableix unes sancions contundents. En aquest sentit, si els esmentats càrrecs no han inclòs en l' inventari els crèdits que la persona tutelada tenia contra ells, han de ser remoguts del càrrec. En canvi, si l'omissió es refereix a un crèdit a favor del tutor i l'administrador patrimonial, s'entén que el crèdit ha estat renunciat.

Dipòsit de valors i objectes preciosos

Com a mesura complementària del deure d'inventari, i en benefici de l'administració el més eficaç i transparent possible del patrimoni de la persona tutelada, l'art. 222-23 imposa al tutor i a l'administrador patrimonial el deure de dipositar o tenir en lloc segur els valors, les joies, les obres d'art i els altres objectes preciosos de la persona sotmesa a tutela. Per tant, els càrrecs tutelars no solament hauran d'incloure aquests béns en l' inventari, sinó que, a més, hauran de prendre aquestes mesures d'assegurament dels mateixos. La redacció de l'article és prou flexible i indeterminada, de manera que queda a l'arbitri dels càrrecs tutelars o, si escau, del jutge, determinar, en cada cas concret, quins béns, i a partir de quin valor, s'han de sotmetre a aquestes mesures especials. En qualsevol cas, els càrrecs tutelars han de posar aquest fet en coneixement del jutge.

EL CONTROL DE LA FUNCIÓ TUTELAR DURANT EL SEU EXERCICI

La rendició anual de comptes

El tutor i, si és el cas, l'administrador patrimonial, han de retre comptes de la seva gestió en l'àmbit patrimonial. Ho han de fer anualment, dins els sis primers mesos de l'exercici següent (art. 222-31.1).

No obstant això, el mateix precepte permet al jutge allargar la periodicitat de la rendició de comptes, amb un període màxim de tres anys, quan el patrimoni de la persona tutelada sigui "reduït". El jutge només pot prendre aquesta mesura després de la primera rendició de comptes, que sí haurà de ser anual, i amb l'audiència prèvia del tutelat, si té prou coneixement o sempre si ha complert dotze anys i es tracta de tutela de menor.

Pel que fa al seu contingut, "la rendició anual de comptes consisteix en un estat detallat d'ingressos i despeses, un inventari de l'actiu i el passiu del patrimoni a la fi de l'exercici i el detall dels canvis amb relació a l' inventari de l'any anterior, acompanyat dels justificants corresponents" (art. 222-31.3). Veiem, per tant, que la rendició de comptes actualitza l' inventari inicial de la tutela.

La rendició de comptes s'ha de fer davant l'autoritat judicial que va constituir la tutela, amb intervenció del ministeri fiscal (art. 222-31.2). Tot i que no es diu expressament, cal entendre que el jutge s'ha de pronunciar sobre si accepta o no els comptes presentats pel tutor i l'administrador patrimonial.

Com a mesura de garantia, tant per al jutge com per al mateix tutor, que pot no ser un expert en la matèria, l'art. 222-31.4 estableix que si el volum d'ingressos bruts del tutelat supera els 100.000 euros anuals o si percep rendes de pensions, plans de pensions o altres rendiments periòdics superiors, en conjunt, als 7.500 euros mensuals, el jutge pot demanar al tutor o a l'administrador patrimonial que encarregui una auditoria independent que, si escau, doni el vistiplau als comptes anuals. El precepte afegeix que aquesta auditoria ha de detallar els canvis amb relació a l' inventari de l'any anterior i s'ha d'acompanyar amb els justificants corresponents.

L'informe sobre la situació personal de la persona sotmesa a tutela

Alhora que fa la rendició de comptes, el tutor ha de fer un informe sobre la situació personal de la persona incapacitada sotmesa a tutela. En concret, el tutor ha d'informar detalladament dels canvis rellevants que s'hagin produït en des de l'anterior rendició de

comptes, indicant l'estat de salut, el lloc de residència i la situació personal i familiar de la persona incapacitada tutelada (art. 222-32).

LA REMUNERACIÓ DELS CÀRRECS TUTELARS

En principi, l'exercici dels càrrecs tutelars es fa de manera gratuïta (art. 221-3, en el seu primer incís). No obstant això, aquest mateix precepte permet excepcions, de manera que s'estableixi expressament una remuneració. Més concretament, l'art. 222-13.1 permet, tant en el cas de la delació voluntària com en el de la judicial, que es fixi una remuneració per al tutor i, si escau, per a l'administrador patrimonial, sempre que el patrimoni del tutelat ho permeti.

En el cas de la delació voluntària, la remuneració es fixa en el mateix acte de delació, per part del mateix interessat (en el cas de l'autotutela) o per part dels titulars de la potestat parental.

En el cas de la delació judicial de la tutela, la remuneració es fixa en la resolució d'aprovació de l'inventari. Posposar la decisió de remunerar i de fixar-ne la quantia al moment de l'aprovació de l'inventari es pot justificar, sens dubte, perquè és en aquest moment quan se sap de cert que el patrimoni del tutelat pot assumir la càrrega que suposa la remuneració. No obstant això, considerem preferible el criteri de l'art. 182 CF, seguit després per l'art. 222-12 del Projecte, d'establir la remuneració en la resolució de nomenament del tutor. En efecte, saber d'antuvi que l'exercici de la tutela serà remunerat, constituirà sens dubte un argument més per acceptar el càrrec de bon grat, i no al·legar excuses al mateix. D'altra banda, també en aquest cas l'existència de la remuneració dependrà de la possibilitat que el patrimoni del tutelat pugui fer-se'n càrrec, com denota l'expressió "sempre que el patrimoni del tutelat ho permeti" (art. 222-13.1 *in fine*).

Des del punt de vista sistemàtic, la ubicació de l'art. 222-13 no és correcta, ja que, si bé es refereix tant a la delació voluntària com a la judicial, es troba en la secció tercera, específicament dedicada a la delació judicial. El CF, en canvi, tractava el tema en dos articles diferents: l'art. 177, pel que fa a la remuneració en la delació voluntària, i l'art. 182 (que remetia a l'art. 177), pel que fa a la delació judicial.

La *quantia* de la remuneració pot variar, tant a l'alça com a la baixa. En aquest sentit, l'art. 222-13.2 permet al jutge modificar la quantia de la remuneració si és excessiva o insuficient ateses les circumstàncies de la tutela o si varia substancialment el patrimoni del tutelat. La limitació que aquest precepte fa al jutge com a *única* persona legitimada per

variar la quantia de la remuneració és criticable, ja que no té en compte la possible existència d'un consell de tutela. Entenem que, en la delació voluntària, el consell de tutela hauria d'estar legitimat per prendre la decisió de variar l' import de la remuneració, si les circumstàncies així ho aconsellen, com preveia l'art. 177.2 CF.

Sens dubte, aquesta mancança és una conseqüència de la introducció tardana de la figura del consell de tutela (art. 222-54), feta durant la tramitació parlamentària de la llei que va aprovar el Llibre II del CCCat, i que no va tenir en compte les possibles repercussions que això podia tenir en determinats aspectes concrets de la tutela.

EL REEMBOSSAMENT DE LES DESPESES

D'acord amb l'art. 222-24, "les despeses originades per la realització de l' inventari, la prestació de caució i les mesures de control que estableix l'article 221-5 són a càrrec del patrimoni del tutelat".

Les mesures de control de l'art. 221-5 són les que el jutge, en qualsevol moment, estimi necessàries per a controlar el bon funcionament de la institució de protecció, sens perjudici de les previstes per la persona interessada o pels progenitors del menor o incapacitat.

El jutge pot prendre aquestes mesures en qualsevol moment, d'ofici o a instància del ministeri fiscal, dels titulars de les funcions de protecció, de la mateixa persona assistida o de les persones cridades a l'exercici de la tutela d'acord amb l'article 222-10. Així mateix, per al seguiment de l'evolució i de les condicions de vida de les persones i amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial, el jutge pot requerir la intervenció d'especialistes, que tenen la consideració d'auxiliars dels tribunals.

El CCCat no fa referència explícita a les despeses que, diferents de les citades anteriorment, origina l'exercici de la tutela. Ens referim a les despeses habituals que necessàriament s'originen en el dia a dia del desenvolupament ordinari de la tutela (alimentació, transport, material d'oficina i gestions que faci el tutor, etc.). Lògicament, aquestes despeses han de ser reembossades al tutor. Això es pot deduir de la referència que l'art. 222-31.3, en referir-se a la rendició anual de comptes, fa a l'"estat detallat d'ingressos i despeses"; ara bé fóra preferible una referència explícita com la que feia l'art.

177.1 CF que, després d'establir la possibilitat de remuneració, deia que els tutors tenien dret a "reembossar-se de les despeses que els origini l'exercici del càrrec".

LA PLURALITAT DE CÀRRECS TUTELARS

Nombre de titulars

En principi, la tutela s'exerceix per una sola persona (art. 222-25 *pr.*). No obstant això, aquest mateix precepte preveu dues situacions en les què la tutela és exercitada per dues persones. En concret:

a) Si la persona interessada o els titulars de la potestat parental han designat dues persones per a exercir el càrrec.

b) Si la tutela correspon a una persona casada o que conviu en parella estable i es creu convenient que el cònjuge o l'altre membre de la parella també l'exerceixin.

Del precepte -tant la regla com les excepcions- queda clar que el nombre de tutors no pot excedir de dos: normalment només n'hi haurà un, però en determinades circumstàncies poden ser dos. És evident que tres o més tutors dificultarien l'exercici de la tutela.

No obstant això, es podria plantejar el dubte de si, a més dels dos tutors, pot haver-hi també un administrador patrimonial; l'art. 222-27 no ho exclou, ja que quan es refereix al "tutor" -en singular-, que pot coexistir amb un administrador patrimonial, està pensant en el supòsit habitual del tutor únic.

Tutela conjunta exercida per dos tutors

Quan hi ha dos tutors, la tutela s'exerceix de la manera que s'estableixi en constituir-la (art. 222-26). Per tant, l'àmbit de competències de cadascun dels tutors serà el que s'hagi fixat en l'acte de nomenament derivat de la delació, voluntària o judicial, de la tutela. Si no s'ha determinat l'àmbit de competència respectiu, ambdós tutors han d'actuar conjuntament, però qualsevol d'ells pot fer els actes que, d'acord amb les circumstàncies, es pot considerar normal que siguin fets per un sol tutor, i també els actes que calgui fer de manera urgent i inajornable.

Això significa que cadascun dels tutors pot tenir atribuïdes determinades competències amb exclusivitat, en les que l'actuació serà estrictament unilateral, i excloent de l'altre tutor. Per exemple, un dels tutors pot tenir atribuït exclusivament l'àmbit de la

formació escolar del tutelat, i l'altre tutor la resta. En canvi, quan la distribució de funcions no s'ha concretat, l'actuació d'ambdós tutors ha de ser *conjunta*. Això no significa que qualsevol acte hagi d'estar autoritzat per ambdós tutors; l'operativitat de la tutela dóna a entendre que actuar conjuntament significa que en els actes de simple administració, s'entén que el tutor que intervé ho fa amb el consentiment de l'altre. No obstant això, en cas de desacord entre els tutors que han d'actuar conjuntament, la resolució del mateix ha de ser *necessàriament judicial*, sense possibilitat de recurs ulterior i amb l'audiència prèvia dels afectats i de la persona tutelada, si té prou coneixement i, en tot cas, si té més de dotze anys i es tracta de tutela de menor (art. 222-28).

La referència exclusiva a la "resolució judicial" exclou, per tant, la possibilitat de sotmetre la controvèrsia a arbitratge. En efecte, aquesta és una de les matèries excloses de l'arbitratge, ja que la tutela afecta a l'estat civil de la persona i, per tant, no és una matèria de lliure disposició (art. 2.1 de la Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge). No s'exclou, en canvi, la mediació, que permetria assolir un acord entre els tutors.

Finalment, en el cas de conflicte d'interessos amb el tutelat, el tutor afectat és substituït per un altre. Si només hi havia un tutor o si el conflicte d'interessos també hi és amb relació a la persona que l'hauria de substituir, el jutge ha de nomenar un defensor judicial (art. 222-29).

La distribució de funcions entre el tutor i l'administrador patrimonial

Les funcions tutelars es poden repartir entre el tutor i l'administrador patrimonial. Això serà aconsellable en aquells casos en els que el tutelat tingui un patrimoni considerable, la gestió del qual podria requerir coneixements específics de dret, economia i comptabilitat que el tutor potser no té; o també en aquells casos en els que la gestió del patrimoni del tutelat resultaria massa complexa i feixuga pel tutor. L'art. 222-27 estableix que si hi ha un administrador patrimonial, el tutor només s'ocupa de l'àmbit personal; ara bé, les decisions que concerneixin tant l'àmbit personal com el patrimonial s'han de prendre conjuntament.

D'aquest precepte es desprèn que l'administrador patrimonial no és un tutor. A més, si hi ha dos tutors i acorden que un d'ells s'ocupi exclusivament dels temes patrimonials, no per això aquest tutor deixa de ser-ho i passa a ser un administrador patrimonial.

La solució dels descords entre el tutor i l'administrador patrimonial, i el conflicte d'interessos entre aquest i el tutor, es resolen segons els mateixos criteris que en el cas del tutors, que hem vist anteriorment, aplicant, per tant, els art. 222-28 i 222-29.

Cessament d'un tutor o d'un administrador patrimonial

D'acord amb el primer apartat de l'art. 222-30, si hi ha dos tutors o un tutor i un administrador patrimonial i, per qualsevol causa, un d'ells cessa, l'altre ha de continuar exercint la tutela o l'administració, excepte que s'hagi exclòs expressament, i ho ha de comunicar a l'autoritat judicial perquè designi un substitut.

Cal entendre que si hi havia dos tutors, i no hi havia una distribució de competències entre ells, el que queda assumeix la totalitat de les funcions tutelars mentre el jutge no designi el substitut. En canvi, no és clar que es produeixi aquest "acreixement" en les funcions en el cas del cessament de l'administrador patrimonial, o en el del tutor que tenia reservada l'administració dels béns del tutelat, ja que el tutor que roman potser no està prou capacitat per a assumir la totalitat d'aquestes funcions.

Finalment, les mateixes persones obligades a demanar la constitució de la tutela han de comunicar el cessament del tutor o l'administrador patrimonial a l'autoritat judicial. També pot comunicar-lo el tutelat (art. 222-30.2).

LA REMOCIÓ DEL CÀRREC TUTELAR

Concepte

La remoció del càrrec tutelar significa el cessament de la persona que l'exercia, com a conseqüència d'una circumstància que podria posar en perill el funcionament correcte de la tutela (art. 222-33.1).

La remoció, per tant, no extingeix la tutela, però sí que provoca el cessament del càrrec tutelar -pot afectar tant al tutor com a administrador patrimonial- i el nomenament d'un de nou. És per això que la resolució que ordena la remoció ha de contenir el nomenament de la persona que ha d'ocupar el càrrec en substitució de la que ha estat remoguda, i que mentre no recaigui aquesta resolució, s'ha de designar un defensor judicial (art. 222-34.1).

Normalment, la remoció serà *total*, és a dir, que el tutor o l'administrador patrimonial perden el càrrec. No obstant això, en algun cas la remoció pot ser *parcial*, que és el que es

produeix quan el contingut del càrrec de tutor queda "rebaixat" com a conseqüència de la necessitat sobrevinguda de nomenar un administrador patrimonial (art. 222-12.2; vegeu també l'art. 222-33.1 i l'epígraf següent , en relació amb la remoció per ineptitud sobrevinguda).

Causes

L'art. 222-33.1 enumera de manera succinta les causes de remoció dels càrrecs tutelars. Les detallen a continuació.

a) *Ineptitud sobrevinguda*. És comprensible que si al tutor o a l'administrador patrimonial els sobrevé una causa d'ineptitud, hagin de ser remoguts del càrrec, ja que la seva manca d'aptitud no pot posar en perill l'èxit de la tutela. Com a causes d'ineptitud, l'art. 222-33.1 està pensant en les que l'art. 222-15 enumera com a circumstàncies que exclouen, ja inicialment, la tutela i que es qualifiquen, precisament, coma "causes d'ineptitud" (vegeu l'epígraf 5.1.1) A més, trobem una causa d'*ineptitud sobrevinguda parcial* a l'art. 222-12.2. Aquesta causa no té necessàriament un sentit pejoratiu en relació amb la capacitat i les facultats del tutor, i pot tenir un àmbit perfectament acotat a determinades qüestions. Pensem, per exemple, en el cas en què el patrimoni del tutelat augmenta de manera important com a conseqüència d'haver heretat una herència milionària, la qual cosa fa necessària una dedicació de temps molt important i una gestió professionalitzada del patrimoni. Aquest és el supòsit de fet del nomenament sobrevingut d'un administrador patrimonial, que recull l'art. 222-12.2: "l'autoritat judicial, d'ofici o a sol·licitud del tutor, del ministeri fiscal o del tutelat, pot nomenar un administrador patrimonial en el decurs de la tutela si el patrimoni del tutelat assoleix una importància considerable o si es produeix una altra causa que ho fa necessari".

b) *Incompliment dels deures inherents al càrrec*, com ara no incloure en l'inventari els crèdits que el tutelat té contra el tutor i l'administrador patrimonial (art. 222-22.2; vegeu l'epígraf 5.3.2.3).

c) *Negligència en l'exercici del càrrec*. Aquesta causa es podria reconduir a l'anterior, ja que constitueix una infracció del deure de diligència que -òbviament, i no cal que la llei ho digui explícitament- ha de presidir l'exercici d'un càrrec tutelar. Trobem una manifestació concreta del deure de diligència a l'art. 222-40, pel que fa a l'administració

dels béns. Amb independència de què, segons aquest article, l'actuació negligent del tutor doni lloc a l'acció de responsabilitat, també ha de donar lloc a la possibilitat de remoure'l del càrrec.

d) *Problemes de convivència greus i continuats amb el tutelat.* Tot i que l'art. 222-33.1 sembla limitar aquesta causa d'exclusió al tutor, ja que, a diferència de les altres, no es fa al·lusió explícita a l'administrador patrimonial, no hi ha inconvenient d'aplicar-la també a aquest en el cas en què convisqui amb el tutelat.

El procediment de remoció

D'acord amb l'art. 222-33.2, la remoció ha de ser ordenada pel jutge, que actua d'ofici o a sol·licitud d'alguna de les persones següents:

- . El ministeri fiscal,
- . El tutelat.
- . El tutor (en relació amb l'administrador patrimonial).
- . L'administrador patrimonial (en relació amb el tutor).
- . Les persones obligades a demanar la constitució de la tutela (art. 222-14 i, per remissió d'aquest, art. 222-10).

Pel que fa al consell de tutela, ni l'art. 222-33 que ara estudiem, ni l'art. 222-54, que regula la figura del consell de tutela, no fan cap referència explícita al mateix com a legitimat per demanar la remoció. No obstant això, cal entendre que el consell de tutela està legitimat per fer-ho, tal com feia l'art. 195 CF, precedent de l'actual art. 222-33. Segurament, aquesta mancança és una disfunció produïda pel fet que el consell de tutela es va suprimir en el Projecte de Llibre II, i es va introduir durant la tramitació parlamentària de la llei, sense tenir en compte les concordances.

Abans de resoldre sobre la remoció del tutor o l'administrador, el jutge ha d'escoltar la persona afectada, les que poden instar la remoció i el tutelat, si té prou coneixement i, en tot cas, si té més de dotze anys i es tracta de tutela de menor (art. 222-33.3).

Pel que fa al procediment, vegeu els art. 1873 i 1879 de la LEC de 1881, encara vigent en aquesta matèria.

Els efectes de la remoció

Com hem indicat anteriorment, la remoció comporta el cessament en el càrrec tutelar per part de la persona que el venia exercint; a més, la resolució que ordena la remoció ha de contenir el nomenament d'una altra persona en substitució de la que ha estat remoguda (art. 222-34.1). Aquest precepte afegeix que "mentre no recaigui aquesta resolució, s'ha de designar un defensor judicial".

En la resolució de remoció, el jutge, ateses les circumstàncies del cas, pot acordar que el remogut de la tutela o de l'administració patrimonial perdi, totalment o parcialment, allò que hom li hagi deixat en consideració al nomenament (art. 222-34.2).

Cal criticar el l'ús del terme "deixat" en aquest precepte, ja que és molt imprecís des del punt de vista tècnic, i no s'adiu per res al que el precepte vol dir. Així, resulta molt preferible l'expressió "donat o llegat" que, per a una situació semblant, utilitza l'art. 222-19.4.

EL CONTINGUT DE LA TUTELA

Amb el títol "contingut de la tutela", la Secció cinquena (art. 222-35 a 222-47) regula tot l'elenc de *funcions tutelars*, tant en l'àmbit personal com en el patrimonial, que corresponen als càrrecs tutelars.

A continuació, enumerarem aquestes funcions, i farem un estudi més detallat d'aquelles que siguin específiques de la tutela. En canvi, en aquelles funcions que coincideixin, en allò fonamental, amb funcions pròpies de la potestat parental, ens limitarem a fer una remissió al punt d'aquest treball on aquestes s'estudien.

REPRESENTACIÓ LEGAL

D'acord amb l'art. 222-47.1, "el tutor i, si escau, l'administrador patrimonial, en l'àmbit de les competències respectives, són els representants legals del tutelat". Aquesta és una de les funcions tipificadoras de la tutela: el menor que no està sotmès a la potestat parental, o l'incapaç si la sentència d'incapacitació així ho determina, necessiten que algú actuï per ells i, en terminologia de l'art. 221-1, "exerciti els seus drets".

El segon apartat del mateix art. 222-47 exceptua de la representació legal els actes següents:

a) Els relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin estableixin una altra cosa.

b) Els que pugui fer el tutelat d'acord amb la seva capacitat natural i, en la tutela de menors, els relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usos socials.

c) Aquells en els quals hi hagi un conflicte d'interessos amb el tutelat.

d) Els relatius als béns exclosos de l'administració de la tutela o, si escau, de l'administració patrimonial, d'acord amb els articles 222-41 i 222-42.

FUNCIONS EN L'ÀMBIT PERSONAL

Deure de cura i respecte de la persona

En l'àmbit personal, la primera funció que té el tutor és *cuidar* la persona i respectar-la com a tal, ja que els deures de cura i respecte han de constituir la base de tot l'entrellat de les relacions entre el tutor i el tutelat.

Trobem referències al deure de *cura* de la persona en els art. 221-1 i 222-35.1.

Amb caràcter general, el deure de *respecte* està especificat a l'art. 222-36.1: "el tutor ha de tractar el tutelat amb consideració i ambdós s'han de respectar mútuament". Feta aquesta configuració general, el CCCat precisa el contingut del deure de respecte en els dos grans àmbits de la tutela: el tutelat menor d'edat i la persona incapacitat.

a) Si el tutelat és un *menor d'edat*, l'art. 222-36.2 estableix que "ha d'obeir el tutor, que el pot corregir d'una manera proporcionada, raonable i moderada, amb ple respecte a la seva dignitat".

En el cas de la potestat parental, l'art. 236-17.3 assenyala com a límit del deure d'obediència que els pares intentin imposar conductes indignes o delictives.

b) Si el tutelat és una *persona incapacitada*, l'art. 222-38.1 imposa al tutor el deure d'assegurar-li el benestar moral i material "i ha de respectar tant com sigui possible els desigs que aquesta expressi d'acord amb la seva capacitat natural".

La formulació d'aquest precepte és necessàriament ambigua i inconcreta. D'una banda, cal una norma d'aquest tipus, per tal d'evitar que el tutor actuï de manera intransigent o fins i tot despòtica. Ara bé, és evident que la frontera entre el "desig" i el "caprici" pot no ser gens clara, i que la valoració del deure de respecte "tant com sigui possible" tampoc no ho és.

A més "el tutor ha de fer tot el que calgui per a afavorir la recuperació de la capacitat del tutelat i la seva inserció en la societat o, si això no és possible, per a prevenir el seu empitjorament i per a mitigar les conseqüències de la incapacitat" (art. 222-38.2).

Convivència i residència

En principi, el tutor ha de conviure amb el tutelat (art. 222-39.2), com a manera de facilitar al màxim la funció de cura a la que hem fet referència abans. Correspon al tutor decidir on residiran, ell i el tutelat; l'art. 222-39.1 permet al tutor establir el lloc de residència del tutelat, de manera que el tutor dirà que el tutelat passi a viure a casa del tutor, o bé a l'inrevés.

No obstant això, és possible que el bon desenvolupament de les funcions tutelars justifiqui que el tutor i el tutelat resideixin en llocs diferents. En aquest sentit, l'art. 222-39.2 permet al jutge autoritzar que el tutelat resideixi en un lloc diferent que el tutor, si hi ha un motiu suficient; abans de decidir, el jutge ha d'haver escoltat al tutelat.

Pensem, per exemple, en el menor que està estudiant en un col·legi en règim d'internat; o la persona incapacitada que troba una feina adient que justifica i fa recomanable que, durant un temps, no resideixi a casa del tutor.

Si el tutor és una persona jurídica, aquesta ha de comunicar al jutge quin és el lloc de residència del tutelat i els canvis de residència posteriors (art. 222-39.3).

En qualsevol cas, i amb independència del lloc de residència, "el *domicili* del tutelat és el del tutor" (art. 222-39.4 *pr*). En cas que hi hagi més d'un tutor, i tinguin domicilis diferents, el domicili de la persona tutelada és el d'aquell tutor amb qui convisqui, llevat que en la constitució de la tutela o per resolució judicial posterior s'hagi establert una altra cosa (art. 222-39.4).

Aliments

En principi, totes les despeses derivades de la tutela -alimentació, educació, sanitat, etc.- han de ser finançades pel patrimoni del tutelat, que és administrat pels càrrecs tutelars. No obstant això, si els recursos econòmics del tutelat no són suficients, el tutor li ha de procurar aliments (art. 222-35.1).

D'acord amb l'art. 237-1, "s'entén per aliments tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i

també les despeses per a la formació si aquesta és menor i per a la continuació de la formació, un cop assolida la majoria d'edat, si no l'ha acabada abans per una causa que no li és imputable, sempre que mantingui un rendiment regular. Així mateix, els aliments inclouen les despeses funeràries, si no estan cobertes d'una altra manera".

El deure d'aliments encaixa perfectament en el contingut del càrrec de tutor, ja que aquest serà, normalment, un parent del tutelat (art. 222-10.2) i, com a tal, està obligat a prestar-li aliments (art. 237-2). Això sí, en el cas que el jutge hagi alterat l'ordre de delació de l'art. 222-10.2, i hagi escollit com a tutor un parent "no preferent", no per això decau l'ordre de reclamació d'aliments de l'art. 237-6, de manera que el tutor podrà exigir que el parent "preferent" presti aliments.

Per exemple, si el jutge escull com a tutor un germà de la persona incapacitada, malgrat que aquesta està casada, els aliments els haurà de prestar el cònjuge i no pas el germà (i ara tutor).

Si el jutge nomena tutor a un estrany (no parent i, per tant, no obligat a prestar aliments), cal entendre que la reclamació d'aliments només es pot fer als parents (art. 237-2 i 237-6).

Si, a més del tutor, hi ha un administrador patrimonial -fet que denota que el patrimoni del tutelat és important-, aquest ha de facilitar al tutor els recursos perquè pugui complir adequadament les seves obligacions. En cas de desacord sobre aquesta qüestió, el jutge ha de resoldre d'acord amb els criteris de l'art. 222-28, que hem vist anteriorment.

Educació del tutelat

Com a principi, el tutor té el deure d'educar el tutelat i de proporcionar-li una formació integral (art. 222-37.1); tot dependrà de l'edat i la situació personal del tutelat.

El mateix art. 222-37 afegeix, en els seus apartats segon i tercer, que el tutor ha de tenir autorització judicial en els dos casos següents:

. Per a adoptar decisions relatives a l'educació, si el tutelat té més de dotze anys i manifesta voluntat contrària.

. Per a internar el tutelat en un centre o en una institució d'educació especial.

FUNCIONS EN L'ÀMBIT PATRIMONIAL

Administració

El tutor i, si escau, l'administrador patrimonial, té encomanada l'administració i defensa dels béns i interessos patrimonials de la persona tutelada (art. 221-1 i 222-40.1).

Aquesta funció d'administració resulta fonamental, ja que garanteix la conservació del patrimoni del tutelat, i pot evitar que el tutor hagi de procurar aliments al tutelat (art. 222-35.1; vegeu l'epígraf anterior).

El del tutelat té els mateixos mecanismes d'ampliació i cohesió que qualsevol patrimoni. En aquest sentit, l'art. 222-40.3 estableix que els fruits dels béns administrats pertanyen al tutelat, i que també li pertanyen els béns que adquireixi amb la seva activitat.

Tot i que no es faci una referència explícita, també corresponen al tutelat els béns que ingressen en el seu patrimoni per la via de la subrogació real.

En el cas de la tutela d'un menor que ja hagi complert 16 anys, aquest pot administrar els béns que adquireix amb la seva activitat (art. 222-42).

El mateix precepte afegeix, en la seva part final, que el menor ha d'actuar "amb l'assistència del tutor en els supòsits a què fa referència l'article 222-43", és a dir, en els casos en què el tutor el l'administrador patrimonial necessiten autorització judicial per a fer determinats actes. Tot i què la referència que fa l'art. 222-42 no aporta res, tampoc no es pot menystenir, ja que recorda quin és l'àmbit real d'actuació del menor tutelat, a partir dels 16 anys. En concret, pot administrar els béns que hagi adquirit com a conseqüència de la seva activitat, i en podrà disposar lliurement (vegeu l'art. 222-47.2.d, que exclou aquests béns de l'àmbit de la representació legal del tutor); en canvi, per segons quins béns -com ara un immoble o un establiment mercantil- té el seu poder de disposició limitat, de manera que necessita l'assistència del tutor (art. 222-42) i l'autorització judicial (art. 222-43).

Béns subjectes a administració especial

Els béns que el tutelat adquireixi per donació, herència o llegat *poden* estar subjectes a una *administració especial* si el donant o el causant així ho han establert i, a més, han nomenat la persona que havia d'exercir aquesta administració (art. 222-41.1). Aquesta administració especial només és eficaç a partir de l'acceptació de la donació o del títol successori (art. 222-41.2).

L'administració especial de determinats béns pot significar la seva exclusió absoluta del règim de la tutela, ja que el donant o el causant són lliures d'establir les normes d'administració que creguin convenient. Únicament si no ho han fet, en tot o en part, als titulars de l'administració especial els són aplicables les normes relatives a la tutela pel que fa a aptitud, excusa i remoció dels tutors, i també pel que fa a l'administració i la disposició dels béns afectats i a la responsabilitat dels qui actuen com a administradors patrimonials (art. 222-41.3).

Aquesta llibertat de configuració del règim dels béns que té el creador d'un títol unilateral permet tot un ventall de possibilitats en relació amb el funcionament de l'administració especial. Per exemple:

a) Que sigui el mateix tutor qui administri aquells béns, però subjecte a determinats criteris o regles vinculants que hagi establert el donant o el causant. Fins i tot, seria possible excloure l'autorització judicial a que fa referència l'art. 222-43.

b) Que el donant o el causant s'hagin limitat a designar la persona de l'administrador especial, amb l'únic requisit que no pugui ser, a més, tutor. Això estaria justificat, per exemple, per la necessitat d'una dedicació especial i continuada a l'administració d'aquells béns concrets.

Les garanties d'una bona administració

Responsabilitat

En l'exercici de les seves funcions d'administració, el tutor i l'administrador patrimonial han d'actuar amb la diligència d'un bon administrador i responen dels danys causats per la seva actuació (art. 222-40.1). L'acció per reclamar aquesta responsabilitat prescriu al cap de tres anys de la rendició final de comptes (art. 222-40.2).

Mesures genèriques

A banda de la responsabilitat que hem vist en l'epígraf anterior, pròpia de qualsevol administració, l'art. 221-5.1 permet al jutge, acordar, en qualsevol moment, les mesures que estimi necessàries per a controlar el bon funcionament de la institució de protecció. El jutge pot prendre aquestes mesures sens perjudici de les que ja hagués pres el mateix interessat (en el cas de l'autotutela) o els progenitors del menor o incapacitat. El jutge pot prendre aquestes mesures d'ofici o a instància del ministeri fiscal, dels titulars de les

funcions de protecció, de la mateixa persona assistida o de les persones cridades a l'exercici de la tutela d'acord amb l'article 222-10.

En qualsevol cas, el jutge, per tal de fer el seguiment de les mesures de control de la gestió patrimonial, pot requerir la intervenció d'especialistes, que tenen la consideració d'auxiliars dels tribunals (art. 221-5.2).

La DA 8^a de la Llei 25/2010, que va aprovar el Llibre segon del CCCat precisa el contingut de l'esmentat art. 221-5.2:

"Als efectes del que estableix l'article 221-5 del Codi civil, l'autoritat judicial pot requerir la intervenció d'especialistes en psicologia, psiquiatria, pediatria, geriatria, medicina de família, treball o educació social. L'autoritat judicial també pot requerir la intervenció d'agents de la propietat immobiliària, economistes, auditors o censors de comptes perquè facin el seguiment i el control de la gestió econòmica encarregada als òrgans tutelars i, específicament, perquè examinin la conveniència dels actes de disposició i gravamen de béns i drets de les persones protegides".

El control judicial previ a l'actuació del tutor i l'administrador patrimonial

La necessitat d'autorització judicial

La decisió de dur a terme determinats actes d'especial transcendència patrimonial no pot deixar-se a l'arbitri exclusiu del tutor o de l'administrador patrimonial. La raó de ser de les funcions tutelars és la protecció integral de la persona i el patrimoni del tutelat. La prudència exigeix que aquells actes que poden comportar un risc per al patrimoni del tutelat no depenguin de la voluntat exclusiva del tutor o de l'administrador patrimonial, i estiguin sotmesos a un control judicial previ a la seva realització. Aquests actes que el tutor o l'administrador patrimonial no poden fer sense una autorització judicial estan enumerats a l'art. 222-43; en farem una exposició detallada en l'epígraf següent.

El jutge concedeix la seva autorització per aquests actes en interès del tutelat, en cas d'utilitat o necessitat justificades degudament, i amb l'audiència prèvia del ministeri fiscal (art. 222-44.1).

El jutge no pot concedir l'autorització amb caràcter general, perquè això equivaldria a desvirtuar el sentit mateix de l'autorització. No obstant això, el jutge sí que pot atorgar una autorització per a una pluralitat d'actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que es tracti d'actes futurs. En qualsevol cas, s'han

d'especificar les circumstàncies i característiques fonamentals dels actes esmentats (art. 222-44.2).

Finalment, el jutge, si la repercussió econòmica de l'acte de disposició o gravamen que s'ha d'autoritzar supera els 50.000 euros, pot demanar al tutor que aporti un informe tècnic elaborat per un agent de la propietat immobiliària, un economista o un censor jurat de comptes o auditor independent, segons la naturalesa de l'acte; tenen la consideració d'independents els professionals imparcials escollits pels col·legis professionals de llistes o censos predeterminats (art. 222-44.4). Aquesta norma és útil, ja que facilita la feina dels jutges, marcant unes línies d'actuació i unes garanties, però de manera prou flexible com per que puguin decidir lliurement i amb seguretat.

Resulta estrany que en matèria de potestat parental no figuri una regla semblant (l'art. 236-28 té un contingut equivalent únicament als apartats i i 2 de l'art. 222-44).

Finalment, hem de tenir en compte que una de les possibles funcions del consell de tutela és, si així s'ha establert específicament en l'acte de delació de la tutela, la d'autoritzar, en comptes del jutge, els actes que requeririen l'autorització d'aquest (art. 222-54.c).

Actes que requereixen autorització judicial

L'art. 222-43 enumera els actes que requereixen l'autorització judicial. Per la similitud d'aquest precepte amb l'art. 236-27, en matèria de potestat parental, ens limitarem a la mera enumeració dels diferents supòsits i al comentari d'algunes especificitats; per la resta, vegeu l'epígraf 8.4 del capítol referent a la potestat parental.

En concret, l'art. 222-43.1 estableix que el tutor i l'administrador patrimonial necessiten autorització judicial per als actes següents:

a) *Alienar béns immobles, establiments mercantils, drets de propietat intel·lectual i industrial o altres béns de valor extraordinari, i també gravar-los o subrogar-se en un gravamen preexistent, llevat que el gravamen o la subrogació es faci per a finançar l'adquisició del bé.*

b) *Alienar drets reals sobre els béns a què fa referència la lletra a o renunciar-hi, amb l'excepció de les redempcions de censos.*

c) *Alienar o gravar valors, accions o participacions socials. No cal l'autorització, però, per a alienar, almenys pel preu de cotització, les accions cotitzades en borsa ni per a alienar els drets de subscripció preferent.*

d) *Renunciar a crèdits.*

e) *Renunciar a donacions, herències o llegats; acceptar llegats i donacions modals o oneroses.* En aquest cas, la denegació de l'autorització per part del jutge comporta l'acceptació de la transmissió, i si es tracta d'una herència, l'acceptació s'entén feta a benefici d'inventari (art. 222-45).

No s'entén per què l'art. 236-29, que es refereix a aquesta qüestió en seu de potestat parental, no conté aquesta referència sobre l'acceptació a benefici d'inventari, que sí que hi era, en canvi, a l'art. 152 CF.

f) *Donar i prendre diners en préstec o a crèdit, llevat que aquest es constitueixi per a finançar l'adquisició d'un bé.* Aquesta darrera excepció -que no calgui l'autorització judicial si els diners prestats es destinen a l'adquisició d'un bé- no sembla lògica, ni s'adiu a la finalitat de protecció del tutelat. En efecte, la no necessitat d'autorització pot donar lloc a actuacions capricioses i perilloses com, per exemple, si el menor, recolzat pel tutor, demana un préstec per comprar un cotxe de luxe, o qualsevol caprici superflu.

La segona part del precepte hauria d'anar en plural ("aquests es constitueixin"), ja que es refereix a dues situacions diferents: prendre diners en préstec o fer-ho a crèdit. Aquesta incorrecció es va originar durant la tramitació parlamentària de la llei, en la que es va introduir la referència al crèdit, que no figurava, en canvi, en l'art. 222-42.1.f del Projecte.

g) *Atorgar arrendaments sobre béns immobles per un termini superior a quinze anys.*

h) *Avalar, prestar fiança o constituir drets de garantia d'obligacions alienes.*

i) *Adquirir la condició de soci en societats que no limitin la responsabilitat de les persones que en formin part, i també constituir, dissoldre, fusionar o escindir aquestes societats.*

j) *Renunciar, assentir a la demanda, desistir o transigir en qüestions relacionades amb els béns o els drets a què fa referència aquest apartat.*

k) *Cedir a terceres persones els crèdits que el tutelat tingui contra el tutor o adquirir a títol oneros els crèdits de tercers contra el tutelat.*

Aquest apartat no es repeteix a l'art. 236-37, relatiu a l'autorització judicial en el cas de la potestat parental.

Com a conseqüència de la llibertat de configuració comercial dels títols unilaterals, el segon apartat de l'art. 222-43 estableix que no cal l'autorització judicial amb relació als béns adquirits per donació o a títol successori si el donant o el causant l'han exclosa expressament.

Finalment, el tercer apartat de l'art. 222-43 estableix que "el tutor i l'administrador patrimonial no poden sotmetre a arbitratge les qüestions relacionades amb els béns o els drets a què fa referència l'apartat 1". La redacció d'aquest precepte -que no té precedent en el CF- és, sens dubte, deficient, ja que el que diu no té massa sentit dins la lògica d'un ordenament jurídic que pretén ser coherent. En efecte, no és lògic prohibir l'arbitratge sobre béns que el tutelat ja ha adquirit, en una adquisició que havia estat autoritzada pel jutge. Sens dubte, el que aquest precepte pretenia dir és que l'autorització judicial no es pot substituir per algun tipus d'"autorització arbitral".

Actes fets sense autorització judicial

"Els actes fets pel tutor, o per l'administrador patrimonial, sense l'autorització judicial, quan sigui necessària, són anul·lables a instància del nou tutor o, si no n'hi ha, de les persones legalment obligades a constituir la tutela i del mateix tutelat, en aquest darrer cas en el termini de quatre anys a partir del moment en què surti de la tutela. També els poden impugnar els hereus del tutelat en el termini de quatre anys a partir de la mort d'aquest, o en el temps que resti per a completar-lo si ha començat a córrer abans" (art. 222-46.1). Sobre aquesta qüestió, i per la similitud d'aquest precepte amb l'art. 236-31, vegeu l'epígraf 8.5 del capítol dedicat a la potestat parental.

El segon apartat del mateix art. 222-46 aplica el mateix règim d'anul·labilitat als actes que l'apoderat nomenat d'acord amb l'art. 222-2.1 faci sense autorització judicial (l'art. 222-44.3 estén a l'apoderat la necessitat l'autorització judicial pels mateixos actes que el tutor, tret que el poderdant l'hagi exclosa expressament).

L'EXTINCIÓ DE LA TUTELA

L'art. 222-48.1 enumera les causes d'extinció de la tutela. Són les següents:

a) *La majoria d'edat o l'emancipació. L'arribada de la majoria d'edat no comporta l'extinció de la tutela si abans el menor ha estat incapacitat.*

b) *L'adopció del tutelat.*

c) *La resolució judicial que deixa sense efecte la declaració d'incapacitat, o que la modifica i substitueix la tutela per la curatela.*

d) *La mort o la declaració de mort o d'absència del tutelat.*

Les causes a), b) i d) corresponen a les causes d'extinció de la potestat parental de l'art. 236-32. Vegeu, per tant, l'epígraf 9 del capítol corresponent.

La causa c) és, òbviament, específica de la tutela de la persona incapacitada, i parteix de la possibilitat que el tutelat recuperi la capacitat, total o parcialment (vegeu l'art. 222-38.2).

Com a conseqüència de la intervenció judicial en la constitució de la tutela, quan aquesta s'extingeix, no solament el tutelat, el tutor o l'administrador patrimonial, sinó també qualsevol altra persona interessada, han de comunicar el fet que ha causat l'extinció de la tutela al jutjat on es va constituir la mateixa (art. 222-48.2).

LA RENDICIÓ FINAL DE COMPTES

A més de la rendició anual de comptes, exigida per l'art. 222-31, i que hem estudiat en l'epígraf 5.4.1, el control del correcte desenvolupament de la tutela exigeix que hi hagi una rendició final de comptes. Aquest tipus de rendició de comptes es produeix en dos moments de la tutela: lògicament, quan la tutela s'acaba (art. 222-49.1), però també quan el tutor o l'administrador patrimonial cessen en el seu càrrec (art. 222-50.1), fet que justifica

que hi hagi una avaluació completa de l'actuació dels càrrecs tutelars en l'àmbit patrimonial, abans que n'entrin de nous.

En ambdós casos, la rendició final de comptes es fa a l'autoritat judicial en el termini de sis mesos a partir de l'extinció de la tutor o del cessament en el càrrec tutelar; aquest termini és prorrogable judicialment, per una causa justa, per un altre període de tres mesos com a màxim.

Correspon al tutor o a l'administrador patrimonial fer la rendició final de comptes. No obstant això, aquesta obligació es transmet als hereus si la persona obligada mor abans de la rendició de comptes; en aquest cas, el còmput del termini per a fer-la se suspèn entre la defunció i l'acceptació de l'herència (art. 222-49.1). En el cas que la rendició final de comptes hagi de tenir lloc com a conseqüència de la mort del tutor o de l'administrador patrimonial, correspon fer-la als hereus i el termini es compta des de l'acceptació de l'herència (art. 222-50.2).

Si l'obligat a retre comptes no ho fa dins del termini, el tutelat o, si escau, el seu representant legal o els seus hereus poden reclamar la rendició de comptes durant un termini de tres anys; si s'escau, el còmput de la prescripció de l'acció no s'inicia fins al moment en què hagi cessat la convivència entre el tutelat i el tutor (art. 222-49.2).

El CCCat precisa alguns dels criteris de la liquidació. En concret:

a) Les despeses necessàries de la rendició de comptes són a càrrec del patrimoni del tutelat (art. -49.3).

b) Les quantitats acreditades en virtut de la rendició de comptes pel tutelat o pel tutor o, si escau, l'administrador patrimonial meriten l'interès legal (art. 222-52.1). Si el ròssec resultant és a favor de les persones que van ocupar els càrrecs tutelars, l'interès es merita des del moment en què el tutelat és requerit de pagament, un cop aprovats els comptes i lliurat el patrimoni. Si és en contra d'aquelles, l'interès es merita des del moment en què s'aproven els comptes (art. 222-52.2).

Els comptes presentats, tant si són finals com per raó de cessament, han de ser aprovats pel jutge, amb la intervenció del ministeri fiscal i l'audiència, segons que correspongui, del tutelat, del tutor o de l'administrador patrimonial. Per prendre la seva decisió, el jutge pot practicar les diligències que estimi pertinents (art. 222-51.1).

En el cas que el jutge denegui l'aprovació dels comptes, ho ha de comunicar al ministeri fiscal perquè insti, si escau, les accions oportunes, inclosa la de responsabilitat; així mateix, el jutge pot demanar a les persones que van exercir el càrrec de tutor o, si

escau, d'administrador patrimonial, o a llurs hereus, garanties per a la protecció de l'interès del tutelat (art. 222-53).

Com tota resolució judicial, la que prengui el jutge en relació amb la rendició final de comptes pot ésser recorreguda per les parts interessades. A més a més, l'art. 222-51.2 permet que, malgrat que els comptes hagin estat aprovats, el tutelat, el tutor i l'administrador patrimonial exercitin recíprocament les accions que corresponguin, ja que és evident que el vist-i-plau del jutge als comptes presentats no ha d'esborrar necessàriament les controvèrsies existents entre les parts.

EL CONSELL DE TUTELA

El CCCat ha mantingut la figura del consell de tutela, i n'ha simplificat molt la regulació: dels onze articles que li dedicava el CF (art. 226 a 236 CF), el CCCat a passat a un de sol (art. 222-54). Aquest fet palesa que d'una regulació potser massa reglamentista, s'ha passat a una regulació en la que prima l'autonomia de la voluntat.

Potser això es deu al fet que el consell de tutela no figurava en el Projecte de Llibre II del CCCat, i es va introduir durant la tramitació parlamentària del mateix. Com hem indicat en diverses ocasions, la pressa en la recuperació de la figura ha donat lloc a algunes disfuncions en la regulació de determinats aspectes de la tutela.

En concret, l'art. 222-54 permet encomanar al consell de tutela la supervisió de l'exercici de la mateixa, quan la tutela ha estat deferida per un mateix (autotutela) o pels titulars de la potestat parental. Per tant, el consell de tutela no es pot constituir en el cas de la delació judicial de la tutela.

El consell de tutela ha d'estar compost per un mínim de tres membres, als quals s'han d'aplicar les normes sobre aptitud per a exercir càrrecs tutelars, excusa per a no exercir-los i remoció de la tutela. El nomenament dels membres del consell correspon al jutge, en l'acte de constitució de la tutela (art. 222-54.a). El consell s'ha de reunir com a mínim una vegada l'any per a ésser informat sobre la situació de la persona tutelada i perquè li siguin retuts els comptes anuals de la tutela (art. 222-54.b).

El consell de tutela ha d'actuar d'acord amb les normes que estableix l'acte de delació o, si no n'estableix, d'acord amb les que aprovi el mateix consell per al seu funcionament. Així mateix, el consell ha de vetllar pel bon desenvolupament de la tutela i, a aquest efecte, els seus membres han de mantenir una relació regular amb el tutor o els

tutors (art. 222-54.b). Es poden atribuir al consell, si ho estableix l'acte de delació de la tutela, la funció de resoldre conflictes entre els tutors i la d'autoritzar els actes a què fa referència l'article 222-43 (art. 222-54.c).

CAPÍTOL 3: LA CURATELA I EL DEFENSOR JUDICIAL

1.La curatela

1.1. Concepte

La curatela, a l'igual que la potestat parental i la tutela, pressuposa una persona que requereix protecció. Ara bé, aquesta persona no és un incapaç (com podria ser-ho un menor d'edat o una persona incapacitada judicialment), sinó que, la regla general, és que té capacitat d'obrar. La protecció de la persona, i la consegüent constitució de la curatela, es justifica en aquests casos perquè la llei considera que, per a determinats actes, cal un complement de capacitat que haurà de donar el curador. No es tracta, doncs, d'un supòsit de representació legal, com aclareix expressament l'art. 223-4.1, sinó que l'acte en qüestió el durà a terme la persona posada en curatela, i el curador es limitarà a prestar-li assistència.

La curatela es troba regulada als arts. 223-1 a 223-10, amb un règim jurídic en el que s'apliquen, supletòriament, les normes de la tutela, en allò que no s'oposi al règim de la curatela.

Mentre la tutela és un òrgan estable, en el sentit que, una vegada constituïda, té una vocació de permanència, la curatela no sempre ho és, sinó que, en el cas dels menors emancipats, caldrà constituir-la quan calgui la intervenció del curador (art. 223-5).

Tot i que l'assistència del curador només està prevista per la llei per a certs actes d'especial transcendència patrimonial, res no impedeix que la sentència que declari la incapacitació d'una persona atribueixi també al curador certes funcions de naturalesa personal. En aquest sentit, la STSJC 8.10.2001 va admetre que el curador complementés de la capacitat en tots els actes d'administració i disposició patrimonial i, a més, que cuidés i supervisés que l'incapacitat acudís al metge quan tocava, "amén de procurarle y controlarle la medicación necesaria para el adecuado tratamiento farmacológico de su patología".

Va declarar la dita STSJC 8.10.2001: “[...] la intervenció del curador pot estendre's als actes d'assistència personal referents a la salut de la incapacitada com ho són els disposats en la sentència, els quals no afecten aquells altres també de l'esfera personal, que tenen un règim jurídic propi i als quals no podria estendre's l'assistència curatelar, com per exemple als de reconeixement de fills matrimonials, el matrimoni, l'exercici de la potestat sobre els fills menors d'edat). Aquesta interpretació (poder estendre la curatela als actes d'assistència personal de la persona incapacitada referents a la seva salut) s'ha d'entendre ajustada en el règim jurídic català a les institucions tutelars en general, i a la curatela en particular, ja que un dels principis rectors de la llei de 1991 esmentada és, com diu la seva Exposició de Motius «la protecció integral del qui ha d'ésser sotmès a una institució tutelar, cosa que significa l'atenció eficaç, no sols del seu patrimoni, sinó també a la seva persona». I com també manifesta de manera específica per a la curatela dels incapacitats la mateixa Exposició de Motius «el curador dels incapacitats... pot, segons que determini la sentència d'incapacitació, assumir funcions limitades en l'àmbit personal». [...] I el que en aquest cas resulta indubtable, atesos els fets provats, és que no pot haver-hi res no ja convenient, sinó indispensable per a la protecció de l'esfera personal de la incapacitada, que el curador que haurà d'ésser nomenat l'assisteixi mèdicament i farmacològicament en els termes que ha disposat l'Audiència en estar plenament justificats i ajustats a allò que estableixen els arts. 74 i 76 d'aquella Llei els quals, per tant, no han estat en absolut conculcats”.

1.2. Persones subjectes a curatela

L'art. 223-1 estableix que s'han de posar en curatela, si escau, les persones següents:

- a) “Els menors d'edat emancipats (s'inclou també el menor amb vida independent, art. 211-11), si els progenitors han mort o han quedat impeditos per a exercir l'assistència prescrita per la llei, llevat del menor emancipat per matrimoni amb una persona plenament capaç”. Cal recordar que l'art. 211-7 estableix que “[e]l menor emancipat actua jurídicament com si fos major d'edat, però necessita el complement de capacitat per als actes que estableix l'article 211-12 [els actes a què fa referència l'article 236-27.1 i que hem enumerat en relació a la potestat parental, i acceptar el càrrec d'administrador d'una societat]”. Segueix dient l'art. 211-7, al seu apartat segon, que “[l]a capacitat del menor emancipat es complementa amb l'assistència

del cònjuge major d'edat en cas d'emancipació per matrimoni, dels progenitors o, si no n'hi ha, del curador”.

La redacció de l'art. 223-1.a) dóna lloc a dubtes, i sembla contradir-se amb l'art. 211-7. Cal interpretar l'art. 223-1.a) en el sentit que també procedirà la curatela, tot i que el menor emancipat s'hagi casat amb una persona plenament capaç, quan aquesta hagi mort o estigui “impedida” per a exercir l'assistència.

El concepte d'estar “impedit” (concepte “importat” de l'art. 286.1 CC) per prestar l'assistència és problemàtic. No hi ha dubte que inclou els casos en què hagin estat declarats en situació d'absència legal, o hagin estat incapacitats. Més problemàtics són els casos d'absència física (per exemple, els progenitors viuen a l'estranger), o d'abandonament de les seves funcions (per exemple, els pares no en volen saber res del fill). L'interès del menor sembla aconsellar la constitució de la curatela. Altre tema, que tractarem més endavant, és que els pares no es posin d'acord.

- b) “Els incapacitats amb relació als quals no s'hagi considerat adequada la constitució de la tutela”. Així, en funció del “grau de discerniment” (art. 287 CC) de l'incapaç, la sentència d'incapacitació decidirà si el sotmet a tutela o a curatela. Es tractarà de persones que en principi són aptes per regir-se per elles mateixes, i la sentència decidirà quins actes, per la seva transcendència, no poden fer elles soles.
- c) “Els pròdigs”. El CCCat separa els pròdigs dels “incapacitats”. No hi ha en el dret positiu una definició de prodigalitat. La SAP Barcelona, secció 18^a, 26.2.2008, ha declarat que “La prodigalidad puede ser definida como la conducta falta de contención de la persona que de forma habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, por lo que se ciñe al ámbito económico. Se caracteriza porque los actos o la actitud de la persona demuestran un nulo o muy deficiente control de los gastos hasta el punto de poner en peligro su situación económica o la de su familia, cuando se advierte la existencia de un peligro o de un perjuicio por la forma en que el individuo gestiona de forma con ligereza de forma desordenada los bienes de que dispone, comprometiendole seriamente la conservación de su patrimonio”. El pròdig no és només un malgastador, i tampoc és una persona incapaç de governar-se per sí mateixa. Si una persona, per molt que malgasti, té tant patrimoni que “mai se l'acabarà”, no podrà ser declarada pròdiga. En canvi, podrà ser declarat pròdig no tan sols qui sigui capaç, sinó fins i tot una persona que sigui molt hàbil per als negocis. El que caracteritza la prodigalitat és que es pugui posar en perill el deure de prestar aliments entre parents, com també la pròpia subsistència del pròdig

(vegeu l'epígraf xx. relatiu a les persones que podem demanar la declaració de prodigalitat).

La SAP Córdoba, secció 1ª, 29.4.2003, va exposar de manera detallada el concepte de prodigalitat: "conducto socialmente condenable de la persona que de modo habitual pone en riesgo injustificado su patrimonio, en perjuicio de su familia más íntima (cónyuges, descendientes y ascendientes). Es evidente que el significado que tiene en su mente el legislador es que tomando como base la jurisprudencia consolidada se puede decir que pródigo es la persona que de forma habitual gasta patrimonio de forma desordenada e irreflexiva. El pródigo no es un incapaz en el sentido del artículo 200, es decir, no padece deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismo, si su conducta desordenada en su esfera patrimonial fuese debida a aquellas enfermedades deberá ser incapacitado, por ello es contradictorio que quien es capaz de gobernarse por si mismo, sea sin embargo, sometido a una restricción de su capacidad de obrar. En resumen, la prodigalidad supone la realización, de forma reiterada, de actos de contenido económico desproporcionados tanto en la relación con el volumen patrimonial de quien los realiza como con la finalidad perseguida y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados. Por ello la conducta aislada o la realización de actos cuyo coste económico es desigual con el resultado obtenido pero que están justificados no determinan la calificación de prodigalidad. Esto es un concepto relativo, no hay un módulo o arquetipo de prodigalidad; su determinación debe realizarse en cada situación concreta y dependen no solo de la finalidad del acto realizado, sino también del volumen patrimonial de quien lo realiza, de modo que si aquel acto no pone en peligro las responsabilidades patrimoniales en relación a obligaciones de alimentos, aunque objetivamente sea desproporcionado o sin justificación, no determinará la declaración de prodigalidad. Las notas principales y características de la prodigalidad, que, a su vez, son debidamente matizadas por la jurisprudencia son: a) Se requiere una conducta habitual "toda vez que los actos más o menos irregulares o gastos excesivos, pero aislados o puramente circunstanciales no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad" (sentencia de 25 de marzo de 1942). b) Que dicha conducta sea esencialmente condenable. Lo que sucede cuando según la opinión común, la persona es considerada como "manirroto" "dilapidadora de sus bienes", "que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles o superfluas", en desproporción con sus

posibilidades", sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia" (sentencias de 30 de septiembre 1930, 25 de marzo de 1942 y 18 de mayo de 1962). Sin embargo, la doctrina afirma que, una administración mala o desafortunada, un negocio arriesgado o atrevido no merman por sí mismo el calificativo de socialmente condenables, a no ser que, por las circunstancias que concurrían por los medios empleados, o, por los resultados irrazonables. c) La conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio. Riesgo o peligro que se refiere al corrector de la conducta, y que precisamente lo hace socialmente condenable. d) En perjuicio de su familia más íntima (cónyuge, descendentes o ascendientes) que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselo), lo que quiere decir que la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar”.

1.3. Constitució de la curatela i designació de curador

D’acord amb la norma de remissió general de l’art. 223-10, per al nomenament de curador s’aplicaran les normes de la tutela. Així doncs, segons el que estableixen els arts. 222-4 i ss. –i tal com deia expressament l’anterior art. 239 CF-, la designació de la persona que ha d’exercir la curatela pot fer-la la mateixa persona interessada, el pare i la mare o judicialment, en les mateixes circumstàncies de la tutela, normativa a la que ens remetem.

Quant a la constitució de la curatela, l’art. 223-2.1 estableix que “[l]es persones obligades a instar la constitució de la tutela han de demanar la de la curatela, si escau”. El precepte sembla remetre a l’art. 222-14, que assenyala les persones obligades a promoure la constitució de la tutela, article que a la vegada es remet a l’art. 222-10, relatiu a qui s’ha de preferir per tal de designar curador. Ara bé, com posa de relleu Arroyo Amayuelas (*Comentaris al Codi de Família*, p. 984), la relació de persones obligades a constituir la curatela s’aplica només a un dels supòsits de curatela: la dels incapacitats. Pel que fa als menors emancipats, hem de recordar que la seva curatela actua de manera intermitent, a instància del propi menor emancipat i només quan sigui necessària (art. 223-5). Quant al pròdig, el nomenament de curador es farà dins del procés en què es declari la prodigalitat, i les persones que poden demanar-la es troben enumerades a l’art. 757.5 LEC: “La declaració de prodigalitat només pot ser instada pel cònjuge, els descendents o els ascendents que percebin aliments del presumpte pròdig o estiguin en situació de reclamarlos-hi i els representants legals de qualsevol d’ells. Si no la demanen els representants legals, ho ha de fer el ministeri fiscal”.

Tractant-se d'incapacitats, l'art. 223-2.2 estableix que “[l]autoritat judicial pot disposar la constitució de la curatela, malgrat que hom hagi demanat la de la tutela, d'acord amb les circumstàncies de la persona afectada”. I l'art. 223-3 segueix el principi de permanència en les institucions tutelars, quan diu que “[s]i s'ha de constituir la curatela d'un tutelat, l'ha d'exercir la persona que n'és tutor o administrador patrimonial, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa”.

1.4. Contingut de la curatela

A diferència del tutor o dels progenitors titulars de la potestat parental (arts. 222-47 i 236-18), “el curador no té la representació de la persona posada en curatela” (art. 223-4.1). La funció del curador es limita, per norma general, a completar la capacitat del sotmès a curatela. Tractant-se d'un menor emancipat, els actes per als quals es necessita el complement de capacitat venen determinats per la llei: l'art. 211-12 exigeix el complement per als actes a què fa referència l'art. 236-27.1, i per “acceptar el càrrec d'administrador d'una societat”. En canvi, si es tracta d'un incapacitat o d'un pròdig, serà la sentència que declari la prodigalitat o la incapacitat relativa la que determini “l'àmbit en el qual la persona afectada necessita l'assistència del curador”, art. 223-4.3, si bé aquest marge d'arbitri és més aparent que real, ja que el propi art. 223-4.3 assenyala una sèrie d'actes en què, en qualsevol cas, és necessària la dita assistència: els actes a què fa referència l'art. 222-43 i per a atorgar capítols matrimonials; si observem la coincidència entre els arts. 236-27.1 i 222-43, cal concloure que els actes per als que farà falta assistència no seran gaire diferents si es tracta d'un menor o d'un incapacitat.

La funció del curador és la de “completar la capacitat” del sotmès a curatela (arts. 211-7, 211-11.2, 211-12, 211-13, 223-4.1), que es tradueix en “prestar-li assistència” (arts. 223-4.2, 223-6, 223-8). La persona sotmesa a curatela és qui atorga l'acte en qüestió –no hi ha representació com hem dit, sinó que és el menor o incapacitat qui té la iniciativa per a dur a terme l'acte-, però no el pot realitzar ella sola, sinó que necessita la dita “assistència”. No queda clara la naturalesa d'aquesta assistència. Es tracta d'un concepte tècnic, que ni equival a autorització, ni a un consentiment juxtaposat. Resulta indicatiu que el CCCat no parli en cap cas d'«autorització». La STSJC 8.10.2001, reproduint la STS 31.12.1991, va declarar que «[e]l curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén

especificados en la sentencia los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial». L'assistència es tradueix, doncs, en prestar l'assentiment a l'acte en qüestió. Així resulta també de l'art. 223-4.2, quan diu que “[s]i el curador refusa, sense causa justificada, prestar l'assistència en algun dels actes que la requereixin, la persona posada en curatela pot demanar l'autorització judicial *per a actuar tota sola*”. Sembla clar, per tant, que el que autoritza el jutge es la realització de l'acte sense l'assistència: que actuï tot sol el sotmès a curatela. Però tampoc podem dir que hi hagi dos consentiments juxtaposats, com es dedueix de l'art. 223-8, que sanciona amb l'anul·labilitat, els actes fets sense l'assistència del curador; si es tractés d'una manca de consentiment, l'acte hauria de ser nul (ara bé, que no és un supòsit de consentiments juxtaposats ho demostra el que es tracti d'un “complement de capacitat”: es té capacitat, si bé aquesta s'ha de completar; per això l'acte no és nul, sinó anul·lable). Això fa que aquesta “assistència” s'acosti a la autorització.

Val a dir que els art. 11 i 10 de la llei de majoria i habilitació d'edat 8.1.1934 definien l'assistència com l'«autorització concreta».

Si el curador refusa prestar l'assistència, i les seves raons no convencen al menor o incapacitat, aquest podrà acudir al jutge, qui podrà autoritzar que l'acte es realitzi sense l'assistència quan cregui que no hi ha “causa justificada” per refusar l'assistència (art. 223-4.2, i en el mateix sentit l'211-13 en relació al menor emancipat). La causa serà “justificada” quan el curador apreciï que l'acte no és convenient per al sotmès a curatela. No cal que l'acte sigui “útil” o “necessari”, com exigeixen els arts. 222-44.1 en relació a la tutela, i 236-28.1 respecte a la potestat parental. L'acte pot ser perfectament “capriciós”. La negativa a donar l'assistència només serà “justificada” quan l'acte sigui manifestament perjudicial per al sotmès a curatela.

A part, hi ha altres supòsits en què l'assistència la presten altres persones, en concret un defensor judicial:

a) Impossibilitat. L'art. 223-7 diu que “en el cas d'impossibilitat, l'autoritat judicial ha de designar un defensor judicial”. El concepte d'impossibilitat s'ha d'interpretar en un sentit ampli, comprnent tots aquells casos en què el curador, sense entrar a veure si l'acte és o no perjudicial per al menor, no presti l'assistència ja sigui perquè no pugui (per exemple, per absència o malaltia) o perquè no vulgui (per exemple, per deixadesa en les seves funcions). En aquests casos el jutge nomenarà un defensor judicial qui cal entendre que, per a l'acte concret en qüestió, realitzarà la funció que corresponia al curador, sens

perjudici que, si es nega “injustificadament” a prestar l’assistència, el sotmès a curatela podrà demanar al jutge que el permeti actuar tot sol.

Si el sotmès a curatela és un menor emancipat, l’art. 211-13 estableix una regla contradictòria amb la de l’art. 223-7, en no preveure el nomenament d’un defensor judicial per complementar la capacitat sinó, directament, la sol·licitud d’autorització judicial per actuar tot sol.

b) Conflicte d’interessos. Si hi ha conflicte d’interessos entre la persona posada en curatela (incapacitat, pròdig o menor emancipat) i el curador, l’autoritat judicial ha de designar també un defensor judicial (art. 223-7) amb les funcions que en l’apartat anterior acabem d’assenyalar.

Finalment, si el sotmès a curatela és un menor emancipat, l’art. 211-13 preveu que, en cas de desacord entre les persones que han de donar l’assistència, el menor emancipat “pot demanar autorització judicial per a actuar tot sol”. Aquesta autorització només la donarà el jutge si aprecia que l’acte no és perjudicial per al menor.

Així ho deduïm del fet que l’art. 211-13 contempla de manera conjunta tant els casos d’impossibilitat o desacord entre les persones que han de prestar el complement de capacitat, com la negativa a atorgar l’assistència sense causa justificada.

Atès que l’assistència obliga a qui ha de donar-la a veure si l’acte en qüestió és convenient o no, sembla evident que aquesta assistència s’haurà de donar acte per acte, i no d’una manera. Tot i això, l’art. 211-12.2 –en els mateixos termes que els arts. 236-28.2 i 222-44.2 per a la potestat parental i la tutela, respectivament- preveu, en relació al complement de capacitat per al menor emancipat, que “[e]l complement de capacitat no es pot concedir de manera general, però es pot atorgar per a diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que siguin futurs, especificant-ne les circumstàncies i característiques fonamentals”. La finalitat de la regla és la d’agilitzar la gestió dels béns, sense excloure la funció de l’acte; observem que no s’admeten els complements de capacitat de caràcter genèric, sinó que s’exigeix l’especificació de les característiques fonamentals de l’acte, amb la qual cosa es podrà apreciar si l’acte és convenient o no. Entenem que la norma és d’aplicació analògica a la curatela de l’incapacitat i del pròdig

La regla general és, com s’ha dit, que el curador es limitarà a completar la capacitat del sotmès a curatela. Ara bé, l’art. 223-6 estableix que “[l]a sentència d’incapacitació pot conferir al curador funcions d’administració ordinària de determinats aspectes del patrimoni

de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta per a fer els altres actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa". Així doncs, en funció del grau d'incapacitat de la persona en qüestió, el curador podrà assumir unes funcions no sols d'assistència, sinó també d'administració del patrimoni de l'incapacitat, el que implicarà, respecte a aquests béns, que els actes dispositius els atorgui l'administrador, estiguin sota el règim de control establert per a la tutela en els arts. 222-43 i ss. I, d'acord amb l'art. 223-10, el curador tindrà, com tot administrador de béns aliens, l'obligació de retre comptes, en els termes previstos per a la tutela.

1.5. Conseqüències dels actes atorgats sense l'assistència del curador

L'art. 223-8 diu que "[e]ls actes fets sense l'assistència del curador, si és necessària, són anul·lables a instància del curador, o de la persona posada en curatela en el termini de quatre anys a partir del moment en què surt de la curatela". El precepte, no és fàcil d'interpretar. Cal acudir a l'art. 211-12.3, relatiu al menor emancipat, per trobar el significat correcte: "Els actes fets sense el complement de capacitat són anul·lables, en el termini de quatre anys, a instància de la persona que havia de prestar-lo d'acord amb l'article 211-7 i, a partir de l'arribada a la majoria d'edat, de la persona interessada". Arribem, per tant, a les següents conclusions:

- els actes fets sense el complement de capacitat són anul·lables;
- la nul·litat la poden demanar tant el curador que havia de prestar l'assistència, com la pròpia persona sotmesa a curatela; no la pot demanar, en canvi, l'altra part del contracte;
- el termini per demanar la nul·litat és de quatre anys;
- si la nul·litat la pretén demanar el curador, el còmput del termini de quatre anys s'inicia en el moment de l'atorgament de l'acte, mentre que si la pretén demanar el sotmès a curatela, el termini es comptarà des de la major edat (per al menor emancipat) o des què se surt de la curatela i es té la plena capacitat (per als pròdigs i els incapacitats).

Cal palesar que, tal com succeeix respecte als menors d'edat (arts. 1301 i ss. CC) es concedeix, la possibilitat d'impugnar l'acte a la pròpia persona que ha fet la infracció (el sotmès a curatela).

Els actes fets pel pròdig o per l'incapacitat abans de la declaració de prodigalitat o d'incapacitació no necessiten el complement de capacitat, per la qual cosa no són

impugnables si falta el dit complement (que per altra, tampoc es podria donar en no estar constituïda la curatela). Per això, ha fet bé el Legislador català en no establir una norma com la de l'art. 297 CC espanyol, segons el qual "Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa", precepte que, interpretat *a sensu contrario*, permet la impugnació dels actes posterior a la demanda de prodigalitat però anteriors a la sentència. En el dret català, els actes anteriors a la sentència només podran ser impugnats si manca el consentiment, circumstància difícil de produir si el que es constitueix després és la curatela i no la tutela.

La SAP Barcelona, secció 18^a, 2.4.2009, no va admetre la petició de constitució d'una curatela "provisional" com a mesura protectora del presumpte incapaç, "[...] por no poder acordarse tal medida con carácter cautelar, siendo la única figura protectora que con carácter provisional puede acordarse el defensor judicial".

1.6. L'extinció de la curatela

L'art. 223-9 enumera les causes per les quals s'extingeix la curatela. Juntament amb unes causes que són d'aplicació general, n'hi ha d'altres que només són aplicables a alguns del supòsits de curatela.

a.- La causa d'aplicació general és la "mort o la declaració de mort o d'absència de la persona posada en curatela" (art. 223-9.e). Així doncs, si l'absent reapareix algun dia, caldrà tornar a constituir de nou la curatela.

b.- La curatela de l'incapacitat s'extingeix per la "resolució judicial que deixa sense efecte la declaració d'incapacitat, o que la modifica o substitueix la curatela per la tutela" (art. 223-9.d). Per tant, la incapacitat pot evolucionar a millor (i decau aleshores la institució de protecció), o a pitjor (cas en què es fa necessari constituir la tutela).

c.- La curatela del pròdig s'extingeix per la "declaració judicial que deixa sense efecte la declaració de prodigalitat" (art. 223-9.f). Tot i que la llei no ho prevegi expressament cal entendre que, com passa a la curatela de l'incapacitat, la curatela del pròdig també s'extingirà quan es constitueixi la seva tutela.

d.- I, pel que fa al menor emancipat, la seva curatela s'extingeix per les següents causes (art. 223-9.a, b i c):

- Per la seva majoria d'edat, com no podria ser d'altra manera, ja que adquireix la plena capacitat;

- Pel “matrimoni del menor emancipat amb una persona plenament capaç”; en aquest cas, d’acord amb l’art. 211-7.2, la seva capacitat es complementarà amb l’assistència del cònjuge major d’edat.

- Per l’adopció, cas en què l’adoptant o adoptants seran els encarregats de completar la capacitat (art. 211-7.2).

D’acord amb l’art. 33 és possible també adoptar un major d’edat; i l’art. 233-9.c – com també fa l’art. 22-48.1.b en seu de tutela- sembla atorgar caràcter general a l’extinció de la curatela per adopció, en no referir-ho expressament, a diferència dels dos apartats anteriors, exclusivament als menors emancipats. Ara bé, l’adopció d’una persona no hauria d’influir necessàriament en el càrrec de curador. Pensem que la persona del curador pot haver estat triada per la pròpia persona sotmesa a curatela.

2. El defensor judicial

2.1. Concepte

El defensor judicial és un òrgan que té per finalitat assegurar en tot moment la protecció de menors o incapacitats. Les característiques del càrrec són les següents:

a) Pressuposa una altra institució de protecció (potestat parental, tutela o curatela), amb la que coexisteix, o a la que supleix temporalment mentre encara no s’ha constituït o no opera.

El CCCat no qualifica expressament, en el seu articular, el defensor judicial com una “funció tutelar”, o com una “altra institució tutelar” com feia el CF (art. 167 CF i encapçalament del títol VII), sinó com una de les “institucions de protecció de la persona” (encapçalament del títol II). La qualificació com a «institució tutelar» sí apareix en el Preàmbul de la llei 25/2010, quan diu que “[e]l capítol IV manté el caràcter versàtil i flexible del defensor judicial partint de la seva configuració com a institució tutelar que a compleix una funció d’ajustament de les altres institucions de protecció, inclosa la potestat parental”.

b) La seva actuació és eventual i subsidiària: només intervindrà si es dóna la situació prevista per la llei, i sempre que la funció requerida no pugui ser assumida per la institució de protecció vigent, per exemple, perquè a l’hora de fer un acte dispositiu s’aprecii un conflicte d’interessos entre tutor i tutelat.

- c) No és un òrgan estable, sinó intermitent o temporal. Una vegada ha actuat, s'extingeix, i si en el futur cal que actuï de nou s'haurà de tornar a nomenar.
- d) Com a institució de protecció de la persona, li són d'aplicació les disposicions generals dels arts. 221-1 a 221-5, que estableixen, entre d'altres, el deure d'exercici, la gratuïtat del càrrec, i la prevalença de l'interès de la persona assistida.

2.2. L'àmbit d'actuació del defensor judicial

El defensor judicial actuarà en cas de conflicte d'interessos amb els qui ostenten les funcions de protecció, quan aquests no exerceixin el càrrec, i en els altres casos que ho prevegi la llei.

2.2.1. L'actuació del defensor judicial en cas de conflicte d'interessos

Imaginem que el tutor necessita vendre un bé del pupíl, i que ell mateix està interessat en adquirir-lo. O que a una herència estan cridats com a hereus el tutelat i el tutor, i aquest vol partir l'herència. El conflicte entre els interessos del tutelat i del tutor és evident, per la qual cosa resulta lògic que la llei prevegi, en aquests casos, el nomenament d'una tercera persona, el defensor judicial, que substitueixi el tutor en la realització de l'acte en concret.

Així, l'art. 224-1.a) diu que “[l]autoritat judicial ha de nomenar un defensor judicial en els casos següents: a) Si hi ha un conflicte d'interessos entre el tutor i el tutelat, o entre el curador i la persona posada en curatela”. I el mateix nomenament s'ha de produir quan hi ha contraposició d'interessos entre el menor i tots dos progenitors que exerceixen la potestat parental (art. 236.20).

En els casos de conflicte d'interessos, “l'actuació del defensor judicial es limita als actes que n'hagin determinat el nomenament” (art. 224-3.l). Realitzat l'acte o actes en qüestió, cessa en la seva funció i, si s'escau, s'haurà de procedir en el futur a un nou nomenament.

Cal fer una sèrie de precisions:

- a) El conflicte d'interessos es produeix en l'àmbit patrimonial. És difícil d'imaginar un supòsit de contraposició d'interessos en l'esfera personal.
- b) El conflicte d'interessos s'ha d'entendre com a interessos contraposats entre les dues parts (menor o incapacitat i representant legal), de tal manera que els interessos de l'un van contra els interessos de l'altre. Aquest conflicte es dona de manera evident, per exemple, en la compravenda d'un terreny, en què l'interès del venedor serà obtenir el màxim preu possible, i el del comprador pagar el menys que es pugui. Això no obstant, si el preu del bé no és fruit de la negociació

sinó que està fixat per mitjans objectius, ja no es produeix el conflicte d'interessos, i no caldria nomenar defensor (el control judicial de l'acte tindria per objecte apreciar si concorre la causa de necessitat o utilitat per a dur a terme l'alienació).

c) Quan siguin dos els progenitors que exerceixin la potestat parental, l'art. 236-20 diu que el fill és representat pel progenitor amb el que no té conflicte d'interessos, el nomenament de defensor judicial només procedirà quan la contraposició d'interessos sigui amb tots dos o amb els que d'ells exerceixi la potestat. Atès que la tutela i la curatela també poden ser plurals (art. 222-25), la mateixa regla del art. 236-20 serà aplicable als casos de pluralitat de tutors o curadors.

d) La intervenció del defensor judicial fa innecessària, en el seu cas, la autorització judicial de l'acte en qüestió (art. 224-3.II).

Es pot dir, per tant, que la funció de control que feia el jutge la farà el defensor judicial. En qualsevol cas, es pot arribar a qüestionar, per als actes sotmesos a control judicial (arts. 222-43.1 i 236-27.1), el perquè de la necessitat de nomenar un defensor judicial, si aquell control judicial ja vetllarà per a què l'acte no sigui lesiu per al menor o incapacitat. En el dret català no existeix cap norma que impedeixi al tutor adquirir béns del tutelat, a diferència del que estableix l'art. 221.3 CC espanyol.

e) L'art. 224-1 no al·ludeix al conflicte d'interessos entre el tutelat i l'administrador patrimonial -a diferència del que feia l'art. 247.a) CF-, qüestió que és resolta a l'art. 222-29, d'acord amb el qual "[e]n el cas de conflicte d'interessos amb el tutelat, si hi ha dos tutors o un tutor i un administrador patrimonial, la persona afectada és substituïda per l'altra. Si només hi ha un tutor o si el conflicte d'interessos també hi és en relació a la persona que l'hauria de substituir, l'autoritat judicial ha de nomenar un defensor judicial". S'ha d'entendre, per tant, que tot i la disparitat de funcions entre el tutor de la persona i l'administrador patrimonial, aquell substituirà aquest en cas de conflicte d'interessos amb el tutelat (i el mateix cal entendre si els dos tutors tenen funcions diferents i la realització pel substitut del concret acte en qüestió no entra dins les funcions inicialment conferides).

És indiferent, segons el nostre parer que, si hi ha dos tutors, aquests hagin d'actuar conjuntament, o puguin fer-ho de manera solidària: aquell amb el qui no hagi conflicte d'interessos serà qui realitzarà l'acte en qüestió.

L'art. 247.a) CF també contemplava el nomenament de defensor judicial en els casos de conflicte d'interessos "entre els tutors entre sí". El CCCat ha eliminat, amb encert, aquesta referència, atès que entre tutors poden haver-hi "desacords", però no conflicte d'interessos entre ells, desacords que es resoldran d'acord amb el que estableix l'art. 222-28. Per al cas que les facultats del tutors siguin solidàries,

D'acord amb l'art. 222-4, si, tot i l'existència del conflicte d'interessos, el representant legal realitza l'acte o el curador presta l'assistència requerida per la llei, l'acte en qüestió serà anul·lable, d'acord amb el que els arts. 222-46 i 223-8 estableixen per a la tutela i la curatela, respectivament.

2.2.2. L'actuació del defensor judicial en cas de no exercici del càrrec per l'òrgan tutelar

L'autoritat judicial també haurà de nomenar un defensor judicial en els següents casos:

a.- Si així ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha de ser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi. Cal assegurar, doncs, en tot moment, la protecció de la persona que ha d'estar sotmesa a tutela.

b.- Mentre no es constitueixi la curatela de pròdigs o de persones en situació d'incapacitat relativa. Es parteix de la base, doncs, que també serà més àgil el nomenament d'un defensor judicial que no pas la constitució de la curatela. En canvi, quan es tracta de la curatela d'un menor emancipat, atès que són els seus progenitors els qui, acte per acte, donaran l'assistència pròpia de la curatela, no és necessària una constitució formal de la mateixa, i per tant no serà procedent el nomenament de defensor judicial per aquesta causa.

c.- En els supòsits en què, per qualsevol causa, els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs. Així doncs, la impossibilitat per exercir les funcions tutelars pot ser temporal (per exemple, perquè per un cert període de temps se'n va a treballar a l'estranger), cas en què el defensor judicial actuarà mentre duri la impossibilitat, o pot ser també definitiva (per exemple, per mort del tutor, o per ser remogut del seu càrrec), cas en què el defensor judicial durà a terme la seva funció fins el nomenament d'un nou tutor o curador.

Si el tutor o curador el que fa és excusar-se de la seva funció, després d'haver acceptat el càrrec, no procedeix el nomenament de defensor judicial, sinó que aquell ha d'exercir el càrrec fins que l'autoritat judicial accepti l'excusa (art. 222-19.2).

En tots aquests tres casos que hem esmentat, el defensor judicial tindrà les mateixes facultats que tindria l'òrgan de protecció al que substitueix, tret que el jutge, quan el nomeni, estableixi una altra cosa.

2.2.3. El nomenament de defensor judicial “en els altres casos determinats per la llei”

L'art. 224-1, quan enumera els casos en què s'ha de nomenar un defensor judicial, no estableix una llista tancada, sinó que acaba amb una remissió als “altres casos determinats per la llei”. Aquests “altres casos” són la contraposició d'interessos entre els titulars de la potestat parental (art. 236-20), al que ja hem fet referència, i quan, en les accions de filiació, d'acord amb l'art. 235-16.3, “l'autoritat judicial pot nomenar un defensor judicial si el fill ha d'intervenir per mitjà d'un representant legal i ho justifica el seu interès”.

2.3. Nomenament

Farem referència a tres qüestions, resoltes per l'art. 224-2: qui fa el nomenament, a instància de qui, i a qui es pot nomenar.

a.- El nomenament el farà el jutge (es tracta d'un defensor “judicial”), en un procediment de jurisdicció voluntària.

b.- El nomenament es farà “d'ofici o a petició del ministeri fiscal, del tutor, del curador, del mateix menor o de qualsevol persona amb un interès legítim”. Per tant, l'acció no té caràcter públic, sinó que queda restringida als interessats i a les persones encarregades de la protecció de menors i incapacitats.

Tot i que, a diferència de l'art. 222-14 en seu tutela, la llei no parli d'unes persones “obligades” a promoure el nomenament del defensor judicial, l'obligació d'instar aquest nomenament podrà resultar de les obligacions inherents al càrrec de què es tracti.

c.- D'acord amb l'art. 224-2.2, “[e]l nomenament ha de recaure en la persona que l'autoritat judicial cregui més idònia, tenint en compte el fet que determina el nomenament”. Per tant, a diferència del que succeeix amb altres càrrecs tutelars, la decisió de qui ha de ser el defensor judicial sembla quedar exclusivament en mans del jutge.

És discutible si, tal com proposava un sector de la doctrina vigent el Codi de Família, és possible una designació anticipada de defensor judicial pel propi interessat. D'entrada ja cal advertir que, si bé és possible, no es tractarà d'una designació gaire habitual. L'art. 222-4, respecte a les delacions fetes per un mateix, parla no exclusivament de

tutela, sinó de “càrrecs tutelars”, denominació que engloba el defensor judicial. Això xoca amb la lletra del art. 224-2.2, precepte més específic, que, a diferència del que succeeix a l’art. 222-9.1 en matèria de tutela, sembla concedir un arbitri absolut al jutge. Per altra banda, si bé el defensor judicial supleix al tutor, també cal tenir present que també pot suplir l’actuació del jutge, d’acord amb l’art. 224-3.II (el nomenament de defensor implica l’autorització judicial de l’acte si aquesta autorització era necessària).

2.4. Règim jurídic

El defensor judicial pot realitzar, com hem vist, diferents funcions. Si exerceix funcions tutelars, en cas de no exercici del càrrec per l’òrgan tutelar (lletres b), c) i d) de l’art. 224-1), se li “apliquen les normes de la tutela o de la curatela, segons que correspongui” (art. 224-5.2).

Per a la resta de casos, diu l’art. 224-5.1 que “[s]ón aplicables al defensor judicial les normes relatives a l’aptitud per a exercir el càrrec de tutor, a les excuses per a no exercir-lo, a les causes de remoció i, si escau, a la remuneració. El defensor judicial ha de donar compte de la seva gestió, una vegada acabada, a l’autoritat judicial”.

CAPÍTOL 4: LES ALTRES INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

1. La guarda de fet

1.1. La guarda de fet al llibre II del codi civil de Catalunya

L’Exposició de Motius de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars (LTIT), va destacar (§ penúltim) que “[e]s regula àmpliament la guarda de fet i, per primera vegada, es defineix el guardador”. En efecte, una de les novetats que aportava la LTIT era la regulació de la guarda de fet en el dret civil de Catalunya. Després que el Codi de Família mantingués essencialment aquella regulació de la LTIT, ara el CCCat fa un pas més en la institucionalització d’una figura que, en realitat, no suposa sinó l’exercici de fet de funcions de protecció de la persona ja que, inicialment, no hi ha càrrec ni nomenament per part de l’autoritat judicial. El Preàmbul de la Llei 25/2010, del 29 de

juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, presenta la regulació que s'introdueix al CCCat amb la següent argumentació: "El capítol V delimita uns contorns més precisos per a la guarda de fet (...) els canvis en relació amb la guarda de fet són un reflex del nou model de protecció de la persona que dissenya el llibre segon". En efecte, segons el Preàmbul, els canvis en la regulació de la guarda de fet vénen "guiats per la idea de considerar que la incapacitació és un recurs massa dràstic i, a vegades, poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida", junt amb la constatació que, "[a] la pràctica (...) són excepcionals, i més aviat extrems, els casos en què les famílies prenen la decisió de sol·licitar la incapacitació de les persones ancianes afectades de demències senils o d'altres malalties que els impedeixen decidir per si mateixes". Tanmateix, com veurem, aquest raonament només explica parcialment alguns dels canvis legislatius que s'han introduït.

El gruix de la regulació de la guarda de fet es troba als art. 225-1 a 225-5, que constitueixen el capítol V del TÍTOL II, "Les institucions de protecció de la persona", just abans del capítol VI dedicat a una figura que es regula *ex novo* al CCCat –i, en realitat, a qualsevol dels drets civils vigents a Espanya–, com és l'assistència. D'aquí se'n pot extreure una idea bàsica: la guarda de fet va lligada a la protecció de les persones. A banda, hi ha referències a la guarda de fet en l'àmbit del consentiment informat davant els tractaments mèdics (art. 212-2.4), en el nomenament de tutor (art. 222-10.3) i dels tràmits de l'adopció (art. 235-38.2.b i 235-43.b).

1.2. Concepte de guarda de fet

L'art. 225-1 CCCat dóna aquesta definició del guardador de fet: "És guardadora de fet la persona física o jurídica que té cura d'un menor o d'una persona en la qual es dóna una causa d'incapacitació, si no està en potestat parental o tutela o, encara que ho estigui, si els titulars d'aquestes funcions no les exerceixen"¹.

La redacció legal no és molt afortunada, ja que distingeix entre menor i persona, com si els menors no fossin persones i no poguessin estar afectades per una causa d'incapacitació (art. 236-33 CCCat).

El guardador és una persona que realitza una determinada actuació en l'esfera personal o patrimonial d'un menor o d'una persona en qui concorre una causa

¹ L'única esmena presentada a aquest precepte del projecte de Llei, la núm. 124, proposava tornar a la redacció del Codi de Família llevat la inclusió del mot "transitòriament". *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 726, de 31 de maig de 2010, pàg. 43.

d'incapacitació però que no gaudeix de la legitimació institucional ni tampoc té cap obligació de tenir cura de la persona necessitada que proporciona un càrrec tutelar². D'aquí, precisament, la denominació de guarda *de fet*: no per contraposició a *jurídica*, sinó pel seu caràcter no formal, és a dir, perquè no és conseqüència del desenvolupament de les funcions de cap dels càrrecs tutelars o de protecció de la persona que tipifica el Llibre II del CCCat, tots els quals requereixen nomenament judicial. Encara més, precisament el guardador apareix i desenvolupa les seves funcions quan aquest càrrec no existeix o la persona que l'ocupa no desenvolupa les seves funcions o no les desenvolupa correctament. Com diu la SAP Barcelona, sec. 19, 3.2.2010³, “[s]e trata del reconocimiento legal de una realidad fáctica que se produce ante la falta de regularización de determinadas situaciones”. Ara bé, que sigui una situació fàctica no significa que no sigui una realitat freqüent a la pràctica. Com escrivia l'any 2000 SANCHO GARGALLO, “[t]ot i l'increment dels processos d'incapacitació, són molts els que, privats de raó o de voluntat suficient per a decidir sobre la seva persona i/o béns, estan subjectes a la cura d'un amic, veí o d'una residència. Aquests exerceixen, a la pràctica, les funcions assistencials pròpies d'un tutor o curador (...) com ni és possible ni moltes vegades convenient tractar d'incapacitar-los a tots, resulta necessari regular la guarda de fet, per a facilitar el control judicial, sempre en benefici del presumpte incapaç”⁴. D'aquí que s'afirmi que la majoria de casos de protecció de persones s'exerceixen a través de la guarda de fet⁵. I és que fins i

² L'art. 142 de la Llei aragonesa 13/2006, de 27 de desembre, de dret de la persona, utilitza l'expressió “per iniciativa pròpia” a fi d'il·lustrar aquesta idea. En concret, diu aquest article: “Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”.

³ Id Cendoj 08019370182010100169. La sentència raona així que existeix guarda de fet: “El resultado de la exploración en la instancia, y los informes médicos, especialmente el informe forense, lo que revelan es que dado que la Sra. Africa no está en condiciones de vivir sola atendiendo a todas sus necesidades, y puesto que su hermana reside en la finca colindante y mantiene una estrecha vigilancia sobre el estado físico y psíquico de la enferma, que continúa residiendo en su propio domicilio atendida por una asistenta contratada al efecto por los hermanos, nos encontramos frente a lo que podríamos denominar una situación de guarda de hecho”. El mateix s'afirmava a la SAP Barcelona, sec. 12, 20.6.2000 (AC 1212).

⁴ SANCHO GARGALLO, Ignacio, com. Art. 253, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentarios al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000, pàg. 1022-1023.

⁵ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las

tot una norma jurídica pot designar algú com a guardador de fet en funció només de la seva ocupació, com succeeix en el cas dels directors de centres residencials a Catalunya en virtut de l'art. 7.4 del Decret 176/2000, de 15 de maig, que transcrivim més endavant⁶.

En aquest sentit, no s'especifiquen les concretes funcions que l'ordenament jurídic admet de manera excepcional en tant que immissió en una esfera jurídica aliena sense la legitimació prèvia que confereix el nomenament per a un càrrec de protecció de la persona. La guarda de fet no es predica amb relació a cap de les concretes institucions tutelars tipificades, sinó més genèricament a l'enunciat "tenir cura" (art. 225-1 i 225-3.1). En aquest sentit, també es pot veure la guarda de fet com la figura de tancament de les institucions de protecció de la persona⁷: l'exercici de funcions tutelars sense la legitimació que concedeix el càrrec quan no hi ha institució protectora nomenada o aquesta no actua correctament i el benefici de la persona necessitada de protecció tanmateix ho reclama. Aquesta "cura", que amb característiques diferents, correspon als diversos càrrecs tutelars i a la potestat parental, com reconeix l'art. 225-2.1 en utilitzar la mateixa expressió "tenir cura" amb relació a ells, és assumida –de fet– per algú que no ocupa cap càrrec tutelar i, per tant, per algú a qui no li és exigible (el "deure" de l'art. 221-2.1 CCCat)⁸. No obstant, l'art. 221-1, quan descriu el contingut de les funcions tutelars, assenyala que comprenen "la cura de la seva persona, (...) l'administració o defensa dels seus béns i interessos patrimonials i (...) l'exercici dels seus drets" [de les persones protegides]. Sembla, doncs, que "cura" es lliga a l'aspecte personal, només, però com veurem, la guarda de fet també pot abastar la gestió patrimonial dels béns de la persona necessitada de protecció; l'elecció del terme "cura" pot respondre, doncs, a que el focus d'atenció es posa en l'aspecte personal, la qual cosa no ha de fer descuidar, encara que el legislador la pugui presentar com una comesa secundària, l'atenció al patrimoni de la persona sota guarda de fet.

personas con autogobierno limitado", a SALAS MURILLO, Sofía de (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pàg. 295. Vegeu, també. María Corona Quesada González, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona, 2004, pàg. 255.

⁶ Nota 28.

⁷ FÁBREGA RUIZ, "Realidad y nuevos horizontes", pàg. 383.

⁸ Cf. ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, pàg. 62, i "De la guarda de hecho", a MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pàg. 861-862.

Ara bé, l'art. 225-2.1 utilitza, també, l'expressió "tenir acollit", que prové de l'art. 91 LTIT. És una expressió que ens sembla poc afortunada, i probablement hagués estat més encertat referir-se a l'"exercici de les funcions pròpies d'alguna de les institucions tutelars". "Tenir acollit" fa pensar en la figura de l'acolliment familiar, que és una institució dotada d'una regulació específica i d'un marc jurídic propi i peculiar. Cal tenir en compte, a més, que l'acolliment es limita a l'aspecte personal, com es desprèn tant de l'art. 228-9 –acolliment familiar– com del 235-34.4 –acolliment preadoptiu– CCCat, mentre que la guarda de fet es pot estendre també als "béns". Per consegüent, "tenir acollit" s'ha d'interpretar en un sentit purament material i descriptiu i en cap cas com a remissió de contingut jurídic.

Almenys pel que fa als menors, aquesta situació de guarda de fet es defineix legalment com a "transitòria" (art. 225-2.1)⁹. La "transitorietat" o provisionalitat¹⁰ implica, d'una banda, que és una situació que tendeix irremediament a l'extinció. El legislador, en tant que es troba davant d'un exercici de funcions tutelars que no s'empara en una legitimació formal, procura evitar la perpetuació d'aquesta situació¹¹. Així, el guardador ha de procedir a informar-ne l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors, l'autoritat judicial o el ministeri fiscal (art. 225-2), a part de tenir l'obligació de promoure l'oportuna constitució de la tutela (art. 222-14), amb la qual cosa precisament s'extingirà la guarda (art. 225-5.1); una comunicació que, a més, s'ha de realitzar amb immediatesa, atès que l'art. 225-2 concedeix un termini de setanta-dues hores al guardador. Però, d'altra banda, "transitori" es distingeix de "momentani", és a dir, la guarda de fet suposa una certa estabilitat o duració en l'exercici fàctic de les funcions tutelars; una intervenció singular difícilment es reconduiria a la guarda de fet, sinó més aviat a la gestió de negocis aliens¹². La transitorietat es desprèn també de l'obligació que s'imposa al guardador de comunicar el fet determinant de la guarda al jutge o al ministeri fiscal (art. 225-2), a fi que l'autoritat judicial pugui acordar aquelles mesures que es considerin oportunes en favor del guardat. Cal destacar que les mesures de control que adopta el jutge no són incompatibles amb el

⁹ El mateix fa l'art. 142 de la Llei aragonesa de dret de la persona (*supra*, nota 2).

¹⁰ Insisteix en el caràcter provisional la SAP Cadis, sec. 1, 22.12.2004 (JUR 2006/33273). Vegeu, a més, COUTO GÁLVEZ, Rosa M^a de, "De la guarda de hecho", a RAMS ALBESA, Joaquín (coord.), *Comentarios al Código civil*, II-2^o, Barcelona, 2000, pàg. 2080.

¹¹ MORENO QUESADA, Bernardo, "El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 1985, pàg. 326; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "De la guarda de hecho", a *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pàg. 788.

¹² Cf. ROGEL VIDE, "De la guarda de hecho", pàg. 862.

manteniment de la guarda de fet, com es desprèn de l'art. 225-3.2, la qual cosa confirma que la guarda no és una situació necessàriament momentània, en la mesura que, a més, segons aquest darrer precepte se li poden encomanar al guardador "funcions tutelars", però, hi insistim, sí transitòria, ja que si no desapareix la situació que la motiva, el legislador considera que s'ha de procedir, com a norma, a nomenar un tutor o un defensor judicial (art. 225-5.1).

1.3. Les persones sota guarda de fet

Quant a les persones que poden estar sota guarda de fet, es detecta una certa imprecisió en la redacció legal. Abans ja ens hem referit a l'aparent contraposició entre menor i persona. En efecte, en primer lloc el legislador contempla que estiguin sota guarda de fet els menors que hagin estat deseparats (art. 225-2.1). A continuació, es fa esment de la "persona major d'edat en la qual es dóna una causa d'incapacitació", que a banda pot trobar-se o no en un establiment residencial. Doncs bé, semblaria que només les persones que estan afectades per una causa d'incapacitació i que no han estat incapacitades –atès que les persones ja incapacitades no són contemplades directament per l'article– podrien restar sota guarda de fet, però aquesta seria una conclusió precipitada, ja que el mateix art. 225-1 preveu que la persona que ha estat nomenada tutora no exerceixi les funcions tutelars, i és evident que si hi ha tutela és perquè la persona en qüestió ha estat incapacitada¹³. Per consegüent, cal concloure que tant les persones en qui concorre causa d'incapacitació i no estan incapacitades com aquelles que ja estan incapacitades –en les quals, és clar, també hi concorre una causa d'incapacitació que ha permès la declaració judicial– poden estar sota guarda de fet, en aquest darrer cas quan el tutor no exerceixi les funcions tutelars o les exerceixi incorrectament¹⁴. Per contra, no creiem que puguin

¹³ Al projecte de Llei (BOPC núm. 384, de 18.1.2009), existia un article dedicat específicament al desemparament de les persones grans; es tractava de l'art. 225-6 ("Quan no hi hagi cap persona que tingui cura d'una persona gran en la qual concorre una possible causa d'incapacitació, o indicis de maltractaments o abusos, l'autoritat judicial, d'ofici, o a instància del ministeri fiscal, pot adoptar les mesures cautelars necessàries perquè aquestes persones deseparades quedin degudament protegides, i en especial posar-les sota la guarda de les autoritats públiques o de les entitats privades que tenen per objecte la protecció d'aquestes persones, en les condicions que estableixi la legislació de benestar i acció social"), que va ser objecte d'una esmena de supressió dels grups parlamentaris que donen suport al govern (BOPC núm. 726, de 31 de maig de 2010, pàg. 44, esmena 125).

¹⁴ EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció

encabir-se en la guarda de fet aquells supòsits d'exercici irregular de les funcions tutelars, és a dir, tutors afectats per causa d'inhabilitat o que no han complert els requisits legals –la caució i l'inventari dels béns (arts. 222-20, 222-21, i 221-22), de manera paradigmàtica–, i que, malgrat això, desenvolupen les funcions pròpies del càrrec, o aquells que continuen exercint-les un cop extingit el càrrec¹⁵, sempre que, malgrat aquestes irregularitats, segueixen tenint cura de les persones tutelades.

Pel que fa als menors, a banda que en un menor pot concórrer igualment una causa d'incapacitació, l'art. 225-2.1 utilitza la fórmula “[e]l guardador de fet que ha acollit transitòriament un menor que ha estat desemparat per les persones que tenen l'obligació de tenir-ne cura”. L'ús del terme “desemparat” és impropï, és a dir, no s'està referint al menor el desemparament del qual ha estat oficial declarat per l'autoritat administrativa corresponent, ja que, precisament, la declaració de desemparament suposa l'extinció de la guarda de fet (art. 225-5.1), atès que “comporta l'assumpció immediata, per l'entitat pública competent, de les funcions tutelars sobre el menor, mentre no es constitueixi la tutela per les regles ordinàries o mentre el menor no sigui adoptat o reintegrat a qui en tingui la potestat o la tutela, o mentre no s'emancipi o arribi a la majoria d'edat”, funcions tutelars que són idèntiques a la de la tutela constituïda judicialment (art. 228-3.1). Per tant, quan l'article parla de “menor desemparat” s'està referint a aquell que no està sota la cura de cap altra persona, sigui un dels seus progenitors, sigui el tutor, però sempre sense que hi hagi una declaració oficial de desemparament.

1.4. L'àmbit de la guarda de fet

Les diverses institucions tutelars tipificades al CCCat assumeixen les funcions corresponents a la guarda i la custòdia de la persona i/o els béns dels menors i incapacitats, tal com assenyala l'art. 222-1: “Les funcions de protecció de les persones (...) s'adrecen a la cura de la seva persona, a l'administració o defensa dels seus béns i interessos patrimonials i a l'exercici dels seus drets”. Definida la guarda de fet com

(Propostes nova regulació)”, a *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1990, pàg. 192-193 quant al tutor com a causant del desemparament. En aquest sentit, el guardador pot oposar-se a la declaració de desemparament (art. 2.6 Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i l'adopció) i a l'adopció de les mesures protectores (arts. 7 i 8 Llei 37/1991).

¹⁵ Cf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pàg. 787-788; SANCHO GARGALLO, com. art. 253 CF, pàg. 1023. En contra, PARRA LUCÁN, María Ángeles, “El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el derecho catalán (2)”, *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, 1994, núm. 21, pàg. 375-376.

l'exercici d'aquestes funcions sense la legitimació que dóna el càrrec, és lògica la previsió legal que la guarda de fet afecti tant l'esfera personal com la patrimonial del guardat (art. 225.3.1).

Com ja s'ha dit, tant en un com en altre àmbit, a partir de la comunicació per part del propi guardador del fet determinant de la guarda al jutge o al ministeri fiscal, l'autoritat judicial pot decidir aquelles mesures de control i vigilància que estimi pertinents, mesures que no comporten necessàriament l'extinció de la guarda, ja que, l'art. 225-5 només contempla com a causes extintives bé la desaparició de "les causes que la van motivar", bé el nomenament d'un defensor judicial o d'un càrrec tutelar . Pel que fa a quines puguin ser aquestes mesures, el jutge gaudeix de la màxima discrecionalitat (per exemple, l'obligació de retre comptes de l'actuació amb determinada periodicitat).

En cap cas, tampoc en el d'estabilització de funcions que comentarem més avall a l'apartat 4.4, atès que estem davant d'una situació de fet, el guardador de fet no és representant legal de la persona en guarda¹⁶, i per això el peculiar règim jurídic dels seus actes, que analitzem als subapartats següents.

1.4.1. L'àmbit personal

La missió general que assumeix voluntàriament el guardador de fet és la de "tenir cura" de la persona necessitada de protecció. Tenir cura, com sabem, és la tasca genèrica de qualsevol càrrec tutelar d'acord amb l'art 222-1. Tenir cura és una expressió que no es refereix només a la persona –encara que principalment s'utilitzi en aquest sentit: per exemple, art. 222-35.1, 225-3.1, 233-9.1, 236-12.1 o 236-17.1–, sinó també als seus béns, com palesa l'art. 226-1 ("La persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns"). Es tracta de l'expressió més genèrica que comprèn totes les atencions pròpies de l'àmbit personal. No obstant això, trobem disperses algunes concrecions al llarg del llibre II pel que fa a les funcions que pot assumir el guardador:

a) Amb relació a la constitució de la tutela, d'acord amb l'art. 222-14,1, atès que les "persones a què fa referència l'article 222-10 i les persones o les institucions que tinguin en llur guarda un menor o una persona que s'ha de posar en tutela estan obligades a promoure'n la constitució", i que el guardador de fet es esmentat a l'art. 222-10.3 i que com el seu propi nom indica té la guarda transitòria de la persona necessitada de protecció, el guardador de fet és una les persones que han de promoure la constitució de la tutela.

¹⁶ Així, també, SANCHO GARGALLO, com. art. 256 CF, pàg. 1040.

b) A més, el jutge pot decidir nomenar com a tutor el guardador de fet si ho estima convenient per a la persona tutelada i mitjançant una resolució motivada que alteri l'ordre de prelación per al nomenament de tutor, d'acord amb l'art. 222-10.3¹⁷.

c) El guardador de fet intervé activament en el procés de declaració del desemparament de menors, segons resulta dels arts. 2.6, 4, 7 i 9 de la Llei 37/1991, ja que l'ha de sol·licitar o bé instar que es deixi sense efecte i ha de ser informat de qualsevol mesura que adopti l'entitat competent.

d) A més, si s'inicia un procés d'adopció, el guardador de fet és una de les persones que ha de ser escoltat en l'expedient de constitució de l'adopció (art. 235-43.b, i perquè això sigui possible cal que es conegui el seu domicili, art. 235-38.2.b). Certament, la seva opinió no determinarà la decisió judicial, però sí que és una de les persones l'opinió de les quals ha de sentir necessàriament l'autoritat judicial.

e) El guardador de fet és destinatari de la informació necessària per prestar un consentiment informat a un tractament mèdic quan la persona afectada es troba en un estat físic o psíquic que no li permet rebre la informació o comprendre-la, segons disposa l'art. 212-1.4.

f) Finalment, i conforme a l'art. 221-5.1, en tant que apareix esmentat a l'art. 222-10.3, el guardador de fet és una de les persones que es pot adreçar al jutge a fi que ordeni, en qualsevol moment, les mesures que estimi necessàries per a controlar el bon funcionament de la institució de protecció que s'hagi nomenat.

Per consegüent, es pot afirmar que les funcions del guardador de fet en l'àmbit personal són prou destacades, abastant totes les esferes d'aquest àmbit, tant les relacionades amb la seva salut com intervenint en el procés de declaració de desemparament i d'adopció o de constitució de la tutela, i, el que és més important, que aquestes funcions es poden desenvolupar fins i tot quan ja ha cessat la situació de guarda de fet, com és el cas de la legitimació per a sol·licitar del jutge l'adopció de mesures de control dels càrrecs tutelars, el nomenament dels quals, precisament, haurà posat fi a la guarda de fet (art. 225-5).

1.4.2. L'àmbit patrimonial

El punt de partida de l'actuació del guardador de fet és que sempre ha de ser en benefici de la persona en guarda (art. 325-3.1). La intervenció del guardador "tenint cura" de la persona que necessita protecció, si bé és voluntària, haurà d'estar presidida sempre pel benefici d'aquesta persona que resta sota la seva guarda. Per això, la interpretació que

¹⁷ Per exemple, SAP Barcelona, sec. 12, 19.5.2010, id Cendoj 08019370122010100262.

cal fer de la frase “[s]i n’assumeix la gestió patrimonial, s’ha de limitar a fer actes d’administració ordinària” de l’esmentat art. 325-3.1 no s’ha d’interpretar en el sentit ni que la gestió patrimonial sigui excepcional ni tampoc que el guardador sigui lliure de decidir si assumeix o no l’esfera patrimonial de la persona que estarà en guarda. El que succeeix és que, d’alguna manera, el legislador pressuposa que les persones que disposen de patrimoni es trobaran poc sovint en una situació de necessitat que justifiqui la guarda de fet. No obstant, si s’esdevé així, el guardador ha de tenir cura de la persona en tots els seus àmbits, tant el personal com el patrimonial, sense que pugui obviar els interessos econòmics.

Els “actes” que pot realitzar el guardador amb relació al patrimoni de la persona en guarda no són qualsevol tipus d’actes, sinó que la seva legitimació queda restringida a l’administració ordinària¹⁸. Per consegüent, d’entrada estan vedats al guardador els actes de disposició i els d’administració extraordinària, com ara l’atorgament de contractes d’arrendament de termini llarg. No obstant, pot realitzar actes de transcendència econòmica no irrellevant segons quin sigui el patrimoni de la persona en guarda, com ara cobrar els arrendaments existents de què sigui titular aquella.

Tanmateix, la realització d’actes jurídics pel guardador de fet topa amb la problemàtica de l’acreditació de la seva condició, per tant, de l’acreditació de la seva legitimació per a immiscir-se en l’esfera jurídica de la persona en guarda sense haver estat designat per a cap càrrec tutelar ni tenir poder de representació. Algun autor ha proposat recórrer a l’acta de notorietat¹⁹, però planteja certament molts problemes per al notari que ha de constatar la causa d’incapacitació que concorre en la persona i la mateixa condició del guardador. Únicament si existeix alguna resolució judicial –la que estabilitza les

¹⁸ Per exemple, segons la SAP Huelva 4.3.2009 (JUR 275451), el guardador de fet podria rebre les pensions de què fos beneficiària la persona en guarda i aplicar el seu import en tot o en part a mantenir-la. Segons la SAP Valladolid, sec. 3^a, 1.2.2005 (AC 550), el guardador té legitimació per al rescat d’un pla de pensions per a dedicar-lo al sosteniment de la persona en guarda. L’art. 145 de la Llei aragonesa de dret de la persona contempla també únicament els actes d’administració, però afegeix: “La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal”, la qual cosa suposa el reconeixement *ex ante* de facultats representatives al guardador.

¹⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, a *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000, pàg. 208 seg. Vegeu les reflexions al respecte de FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección*, pàg. 20 seg.

funcions del guardador, paradigmàticament (*infra*, subapartat 4.4)– el guardador podrà acreditar sense problemes la seva condició. Una altra solució que s’ha proposat és que el jutge lliuri al guardador un certificat acreditatiu de la guarda de fet²⁰. Més fàcil és el cas dels directors de centres residencials a Catalunya que, d’acord amb el Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del Sistema Català de Serveis Socials²¹, esdevenen guardadors, de manera que és suficient si demostren que són els directors del centre on la persona està ingressada. Finalment, cal tenir en compte que d’acord amb l’art. 38.6 de la Llei del Registre Civil, l’existència de la guarda de fet pot ser objecte d’anotació al Registre civil²².

Si el guardador pot acreditar, davant tercers, la seva legitimació per a exercir funcions tutelars, és de destacar que, d’acord amb la Disposició Addicional única, apartat 3, de la Ley 1/2009, de 25 de març, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, el guardador de fet està legitimat “para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”²³.

Cal plantejar-se quina eficàcia tenen els actes que realitza el guardador de fet. La LTIT preveia al seu art. 94 que “[e]ls actes realitzats pel guardador de fet en interès del menor o del presumpte incapaç no poden ésser impugnats si redunden en utilitat d’aquests darrers”, però aquesta norma no es va incorporar al Codi de Família i tampoc no hi ha equivalent al Llibre II del CCCat. El guardador, en tant que no ocupa cap càrrec tutelar i simplement exerceix *de facto* determinades funcions tutelars, està mancat de legitimació en l’esfera jurídica del guardat: no és el seu representant legal i, per tant, aquests actes haurien de ser nuls si s’apliqués immediatament l’art. 1259 CC espanyol. No obstant, es

²⁰ SALAS MURILLO, Sofía de, *Responsabilidad civil e incapacidad*, Valencia, 2003, pàg. 253; PÉREZ MONGE, Marina, “Regulación de la guardia de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón”, a SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global*, pàg. 366. Vegeu, també, JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés”, a SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global*, pàg. 640-642.

²¹ Vegeu *infra* nota 28.

²² Al dret aragonès, la *Junta de Parientes* pot justificar la condició de guardador de fet, segons disposa l’art. 145.2 de la *Ley de derecho de la persona*.

²³ Al respecte, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, “¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?”, a SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global*, pàg. 997 seg.

pot arribar a una solució equivalent amb l'aplicació analògica de la regla prevista per a la tutela i l'apoderament a l'art. 222-46, en funció de la qual els actes realitzats amb autorització judicial o dins de l'àmbit del poder no resulten impugnables; en el cas del guardador, caldrà entendre que si són actes d'administració ordinària i en benefici de la persona en guarda –és a dir, que evitin una pèrdua patrimonial o suposin un guany o bé que satisfacin alguna necessitat de la persona–, els actes seran inimpugnables²⁴. Que l'actuació del guardador sigui en benefici de la persona en guarda no significa un judici de valor sobre la intenció del guardador en dur-los a terme, sinó que cal atendre a si, situats en l'exercici sense càrrec de determinades funcions tutelars, tals actes entrarien en l'abast de la "representació" en cas que el guardador estigués investit d'un càrrec tutelar amb el límit que es tracti d'administració ordinària²⁵. En definitiva, s'ha d'entendre com a benefici patrimonial. En concret, no s'ha de recórrer al concepte d'utilitat del pagament de l'art. 1163.1 CC espanyol amb relació al pagament fet al creditor incapaç. La valoració de la utilitat de l'acte ha de ser global, en el sentit que l'acte s'ha de mesurar en la seva integritat, i per tant la possibilitat o no d'impugnació ha de ser total, sense que es pugui pretendre destil·lar només aquells aspectes purament beneficiosos per a impugnar la resta. L'acte del guardador en la seva integritat ha de ser o no impugnable atenent a la seva naturalesa –administració ordinària– i al benefici per a la persona en guarda²⁶.

En conseqüència, els actes que no siguin d'administració ordinària o que no siguin beneficiosos per a la persona en guarda podran ser impugnats, i evidentment qualsevol acte si no concorria el supòsit de fet habilitador de l'actuació del guardador de fet, és a dir, que no es tractés d'una persona que necessités cura immediata per estar desatès pels seus guardadors legals. La impugnació és una facultat que pot exercir tant el menor com la persona afectada per la causa d'incapacitat, en assolir la plena capacitat d'obrar, i pel representant legal que nomeni el jutge *ex art. 225-5.1* o que ja tingués i en realitat estigués exercint les seves funcions amb normalitat. Facultat que, com resulta obvi, pot no ser exercida, amb la qual cosa l'acte acabarà esdevenint ferm. I si la persona en guarda, malgrat tot, no és declarada incapaç i conserva tota la seva capacitat d'obrar, com

²⁴ La mateixa solució la defensa SANCHO GARGALLO, com. art. 256 CF, pàg. 1041, però per aplicació analògica de l'art. 304 del Codi civil espanyol.

²⁵ Vegeu, en aquest sentit, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pàg. 790.

²⁶ MORENO QUESADA, *ob. cit.*, pàg. 329; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pàg. 391; ROGEL VIDE, "De la guarda de hecho", pàg. 867-868; NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, "La guardia de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 1999, pàg. 440.

assenyala BERCOVITZ²⁷, caldrà aplicar plenament l'art. 1259 CC espanyol, i l'acte podrà ser objecte de ratificació. Qui estigui interessat en l'eficàcia o la ineficàcia de l'acte del guardador haurà d'acreditar que és o no és un acte d'administració ordinària i beneficiós o no per a la persona guardada, ja que no existeix cap presumpció legal que alteri les normes de la càrrega probatòria.

1.4.3. La comunicació a l'autoritat judicial

Abans hem dit que la guarda de fet és una situació transitòria, ja que suposa l'exercici de facto de funcions per a les quals el guardador està mancat de legitimació, però que es justifica per la protecció de la persona. Aquesta transitorietat es palesa en el breu termini que s'imposa al guardador de fet perquè comuniqui la situació de guarda. Tot l'art. 225-2 es dedica a aquesta "obligació" de comunicar la guarda. El primer apartat contempla la guarda de menors: "El guardador de fet que ha acollit transitòriament un menor que ha estat desemparat per les persones que tenen l'obligació de tenir-ne cura ho ha de comunicar a l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors o a l'autoritat judicial en el termini de setanta-dues hores des de l'inici de la guarda". El termini en què s'ha de realitzar la comunicació és de setanta-dues hores des que s'inicia la situació de guarda. La comunicació l'ha d'efectuar a l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors, que és la que haurà de declarar el desemparament (art. 228-2 i Llei 37/1991) o a l'autoritat judicial; no s'esmenta el ministeri fiscal, a diferència de les persones majors d'edat.

En efecte, quant a les persones majors d'edat, assenyala el segon apartat de l'art. 225-2 que, si "està en un establiment residencial, la persona titular de l'establiment residencial ho ha de comunicar a l'autoritat judicial o al ministeri fiscal en el termini que fixa l'apartat 1", és a dir, setanta-dues hores²⁸. Aquest precepte planteja diverses dificultats.

²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pàg. 759.

²⁸ L'obligació de comunicar ja estava establerta, tot i que amb un termini més llarg, a l'art. 7.4 del Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del Sistema Català de Serveis Socials, en la redacció donada pel Decret 176/2000 que el modifica, de 15 de maig, que estableix el següent: "7.4 En aplicació del que preveu la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família, quan el director tècnic de l'establiment assumeixi la guarda de fet per no haver intervingut en l'ingrés les persones que s'indiquen a l'apartat anterior [entre les quals el guardador de fet], haurà de comunicar al jutge el fet de l'acolliment, en el termini màxim de 15 dies.

A la notificació al jutge s'ha d'acompanyar, en relació amb la persona acollida, la documentació següent:

"a) Un informe mèdic amb indicació de les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o

a) La primera és per què només es contempla les persones majors d'edat –per contraposició als menors del primer apartat de l'article– que es trobin en un establiment residencial. Perquè és un fenomen creixent el de les persones d'edat avançada que viuen soles, de vegades amb una salut precària, en les quals pot concórrer una causa d'incapacitació o no²⁹, i literalment l'article pot fer pensar que, atès que no està expressament contemplat en la lletra de la llei, el guardador de fet no estaria aleshores obligat a comunicar la situació de guarda a l'autoritat judicial. Creiem que aquesta interpretació no es pot defensar i que sempre i en qualsevol cas la guarda de fet s'ha de comunicar a l'autoritat judicial. Els arguments són dos: que la guarda de fet s'extingeix per la constitució del règim de protecció pertinent (art. 225-5.1), constitució que sempre és judicial (art. 22-9, 223-2, 224-1 i 226-1.1), la qual cosa pressuposa que el jutge té coneixement de la situació de la persona en guarda; i que el jutge pot exigir la rendició de comptes de la guarda de fet a qualsevol guardador, sense distincions segons la persona guardada (art. 225-5.2), de manera que, en principi, cap guardador està exempt de retre comptes, la qual cosa emmena a concloure que el jutge coneix sense excepció tots els casos de guarda de fet.

b) Una altra dificultat és el *dies a quo* del termini de setanta-dues hores per realitzar la comunicació a l'autoritat judicial o al ministeri fiscal; atesa la remissió a l'apartat primer de l'art. 225-2, que estableix que les setanta-dues hores s'han de comptar des de l'inici de la guarda, en el cas dels majors d'edat el *dies a quo* seria el mateix, però tractant-se d'una persona que es troba ja ingressada en l'establiment residencial, i per tant atesa pels cuidadors que hi treballen, el moment en que la persona passa d'estar simplement

psíquic.

"b) Un informe social amb indicació de les circumstàncies personals, familiars i socials.

"c) Relació de béns coneguts respecte els que es portarà l'administració ordinària o, si és el cas, circumstàncies que hi concorren.

"d) El contracte de prestació de serveis amb indicació del preu de l'estada mensual i dels serveis complementaris, i el reglament de règim interior de l'establiment.

D'aquesta notificació i documentació es trametrà còpia al ministeri fiscal, amb indicació del jutjat al que s'ha enviat."

²⁹ Com diu ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, pàg. 172: "La desconfianza que muchos guardadores de hecho sienten hacia las formalidades legales, el desconocimiento de las mismas o el temor a sus costes, entre otras razones, determinan el que, sobre todo en el caso de personas necesitadas de protección que cuenten con escaso patrimonio, la guarda de hecho haya sido una realidad cotidiana".

ingressada a trobar-se en situació de guarda és de difícil aprehensió³⁰, per la qual cosa sembla recomanable la màxima laxitud en el còmput d'aquest termini, sempre que l'actitud del guardador hagi estat raonable i no hagi ocasionat cap perjudici a la persona en guarda.

c) Una tercera dificultat rau en què aquesta obligació de comunicar la situació de guarda no porta aparellada cap conseqüència específica en cas d'incompliment; el més plausible és que el guardador assumeixi la responsabilitat pel dany que pugui ocasionar l'omissió a la persona guardada. Però també és susceptible de generar altres efectes, com ara de privar de legitimació al guardador per a reclamar les despeses realitzades amb motiu de la guarda. Així ho va decidir la SAP Barcelona, sec. 12, 27.6.2000³¹: “en su cualidad de guardador de hecho, con carácter previo a decidir por sí solo el ingreso de la anciana en una residencia geriátrica, debió poner el hecho en conocimiento del ministerio fiscal o del juez para que se hubiere dotado a la presunta incapaz del régimen tutelar previsto en la ley (...) La omisión de tales deberes ha situado la reclamación [dels aliments pagats en excés pel guardador, que reclamava als seus germans fills de la persona en guarda] en el ámbito de lo inatendible”.

d) I, en quart lloc i destacadament, el supòsit de fet és el d'una persona en la qual concorre una causa d'incapacitació, però és perfectament imaginable el supòsit d'una persona amb mobilitat reduïda sense família o de qui la família es despreocupa que contreu una malaltia que l'impedeix sortir de casa i pot afectar greument la seva salut i que pot necessitar que algú en tingui cura, és a dir, els supòsits de “disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques” (art. 226-1.1) que poden donar lloc a la constitució del règim de protecció, novetat del Llibre II, de l'assistència, la qual, si s'arriba a constituir, a més, com ja s'ha dit, extingirà la guarda de fet; doncs bé, aquest és també un supòsit estranyament no contemplat per la norma i que pot ser força més habitual que no el de les persones que ja estan ateses en un establiment residencial. Finalment, l'obligació de comunicar pesa sobre “la persona titular de l'establiment residencial”³², que s'ha d'interpretar també àmpliament pensant en els casos que es tracti de societats l'activitat econòmica a gran escala de les quals sigui precisament els serveis d'atenció a la gent gran, cas en què una interpretació més restrictiva podria alliberar de responsabilitat el

³⁰ Ho indica la SAP Barcelona, sec. 16, 26.3.2010 (id Cendoj 08019370162010100140): “una institución de dicha clase [hospital psiquiátrica], en primer lugar ostenta la guarda de hecho de quienes en ella se encuentran”.

³¹ AC 1212.

³² Sobre el rol dels directors de centres residencials com a guardadors de fet, FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección*, pàg. 23 seg.

director d'un concret establiment residencial dels que siguin propietat de la societat explotadora.

1.4.4. L'estabilitat excepcional de les funcions del guardador de fet

Abans hem dit que el càrrec de guardador de fet és essencialment transitori o provisional perquè s'extingeix quan desapareix la causa que va motivar la intervenció en l'esfera d'una altra persona o es nomena un càrrec de protecció de la persona. Això, però, s'ha de matisar, i no significa que la duració de la situació de guarda de fet sigui necessàriament breu. A la pràctica, per la complexitat de la situació de la persona o per les vicissituds de la tramitació administrativa i processal del tràmit de protecció del menor i del nomenament del càrrec tutelar, la situació de guarda de fet es pot perllongar força. Per exemple, en el cas de la SAP Barcelona, sec. 12, 19.5.2010, els menors portaven sis anys sota la guarda de fet dels seus avis materns³³. Un sector doctrinal ja defensava la possibilitat i, fins i tot, conveniència, de la continuació de la guarda de fet per decisió judicial³⁴. A banda, la comunicació de la guarda de fet a l'entitat pública corresponent o a l'autoritat judicial tampoc no en suposa l'extinció automàtica, ja que sempre caldrà el transcurs d'un temps en el qual l'entitat o el jutge adoptin les decisions escaients. Fins i tot ja l'art. 9 de la Llei 37/1991 contemplava la possibilitat que els guardadors estiguessin afectats per una força major de caràcter transitori, cas en el qual no escau la declaració de desemparament sens perjudici de la intervenció temporal protectora de l'entitat competent, fet que denota l'estabilitat en l'exercici fàctic de les funcions. Però que les situacions de fet es perpetuïn sense més no és cap bona solució, i el legislador català ha volgut introduir una norma per tal d'afrontar aquesta realitat.

En efecte, l'art. 225-3.2 disposa el següent: "En la guarda de fet de persones que estiguin en potestat parental o en tutela, l'autoritat judicial pot conferir al guardador, si ho sol·liciten aquelles persones, les funcions tutelars, sempre que hi concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable. Les funcions tutelars s'atribueixen en un procediment de

³³ Com diu FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección*, pàg. 8, es poden distingir la guarda de fet com a mera situació fàctica i la situació posterior a la comunicació a l'entitat competent o a l'autoritat judicial, moment aquest darrer en el qual considera que "adquiere otras características que lo acercan a las de los cargos tutelares".

³⁴ FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección*, pàg. 36-37, amb més referències. A favor, també, PÉREZ MONGE, "Regulación de la guarda de hecho", a SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global*, pàg. 364. Un senyal evident d'aquesta tendència a estabilitzar les facultats del guardador la proporciona la introducció de l'apartat 6 a l'art. 38 de la Llei del Registre Civil, abans esmentat, per la Llei 1/2009, que permet l'anotació de la guarda de fet al Registre civil.

jurisdicció voluntària, amb l'audiència de les persones titulars de la potestat o tutela si és possible. Aquesta atribució comporta la suspensió de la potestat parental o tutela". El precepte pressuposa que coexisteixen persones que tenen la potestat o la tutela i guardador de fet, és a dir, contempla el supòsit de la manca d'exercici o d'exercici inadequat de les funcions de cura que defineixen el contingut d'aquelles institucions de protecció de la persona, i la solució que dóna, precisament, és perllongar aquesta situació per resolució judicial.

El jutge només pot decidir aquesta estabilització de les funcions del guardador, cosa que en definitiva suposa una ampliació i legalització de les funcions que se li reconeixen³⁵, si hi ha una sol·licitud en aquest sentit. La legitimació per realitzar la sol·licitud correspon, segons el precepte, a "aquelles persones", expressió que, en el context del precepte, només es pot referir a "persones que estiguin en potestat parental o guarda". Per consegüent, les persones que estan en guarda de fet sense que existeixi potestat parental ni tutela, no poden donar lloc a aquesta assumpció judicial de funcions tutelars per part del guardador de fet; en aquests casos, el que escau és el nomenament d'un càrrec de protecció de la persona que extingirà la guarda de fet.

Ara bé, que ho hagin de demanar les persones sota potestat parental o tutela causa una certa perplexitat. Primer, perquè habitualment es tractarà de menors d'edat o incapacitats judicialment mancats, consegüentment, de capacitat processal, de manera que no s'entén com podran efectuar la sol·licitud. Segon, perquè no es reconeix legitimació al mateix guardador de fet, malgrat la premura amb què ha de comunicar la situació de guarda a l'autoritat judicial. Sembla, doncs, que només de manera molt excepcional es

³⁵ No només en dret català s'observa aquesta ampliació de les funcions que es reconeixen al guardador de fet. El mateix, succeeix, en dret civil estatal amb el paradigmàtic art. 3.1.c de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, d'acord amb el qual "[e]l guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil". Al respecte, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho", *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 (consultable a <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=331#tocfrom4>) .

podrà establir el guardador de fet per aquesta via (compareu amb l'art. 224.2 quant a la legitimitat per instar el nomenament de defensor judicial).

A banda, caldrà “que hi concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable”, adverteix el precepte; el Preàmbul exemplifica aquestes circumstàncies en “la durada previsible de la guarda o les necessitats de la persona guardada”. Si es coordina aquesta exigència amb què s'ha de tractar de persones sota potestat parental o tutela, hom pot concloure que un cas en què concorren aquestes circumstàncies és aquell en què el jutge no estima oportuna la privació de la potestat parental o la remoció de la tutela, no obstant que concorre algun impediment que no en permet l'exercici adient de les funcions pròpies, amb caràcter temporal, de manera que es preveu la possibilitat que les persones titulars de la potestat o la tutela estiguin en el futur en disposició de realitzar les funcions que els pertocuen i que això serà beneficiós per a la persona actualment en guarda.

Cal observar també l'ús de l'article “les” que precedeix a “funcions tutelars”. Significa que l'autoritat judicial ha d'atribuir totes les funcions tutelars al guardador de fet, ja que la redacció no es refereix genèricament a “funcions tutelars” ni a “algunes”. En definitiva, estem davant de l'exercici de *les* funcions tutelars per qui no és tutor, sinó mer guardador de fet per mor d'una decisió judicial.

La resolució judicial té lloc en expedient de jurisdicció voluntària, en el qual, i sempre que sigui possible, caldrà escoltar els titulars de la potestat parental o la tutela, sense que, per tant, la seva opinió vinculi de cap manera el jutge. Si el jutge acorda l'atribució de les funcions tutelars, queden suspeses automàticament la potestat parental o la tutela, previsió lògica ja que no hi pot haver diverses persones exercint les mateixes funcions. Suspensió, doncs, i no privació ni remoció de la tutela, és a dir, progenitors i tutor segueixen essent titulars del càrrec, que no s'extingeix, però sense funcions.

L'atribució de les funcions tutelars per part del jutge al guardador de fet produeix un resultat inesperat: la situació de fet s'institucionalitza i estabilitza, les funcions ja no són transitòries i sense nomenament, sinó indefinides –cal notar que en cap moment es diu que el jutge hagi de fixar un termini– i per decisió judicial. Un resultat poc congruent amb la mateixa guarda de fet, atès el seu concepte inicial, fins a cert punt lògic, atesa la progressiva benvolença amb què es ve contemplant la guarda de fet des de la LTIT de 1991. En realitat, l'única diferència amb el defensor judicial es troba en que aquest té les funcions limitades a la concreta actuació pel qual ha estat nomenat, com resulta dels supòsits que emmenen al seu nomenament (art. 224-1) i de l'art. 224-3; però salvant aquesta diferència, estem en realitat davant d'un defensor judicial amb les funcions

ampliades, com resulta també de la coincidència d'alguns supòsits de fet de l'art. 222-1 [“b): Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi; c) Mentre no es constitueixi la curatela de pròdigs o de persones en situació d'incapacitat relativa; d) En els supòsits en què per qualsevol causa els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs”]. La conseqüència final és que entenem que aleshores és d'aplicació analògica l'art. 224.5.2, segons el qual “[s]i el defensor judicial, d'acord amb el que estableix l'article 224-1, exerceix funcions tutelars, se li apliquen les normes de la tutela o de la curatela, segons que correspongui”, de manera que deixarien de ser aplicables les normes de la guarda de fet a favor de les normes de la tutela, la qual cosa resulta més coherent amb aquesta nova situació del guardador de fet que exerceix funcions tutelars per resolució judicial. I encara més difícil resulta la delimitació amb l'assistència, tema que ocuparà el capítol següent d'aquest treball.

1.5. L'extinció de la guarda de fet

Ja hem indicat abans que la guarda de fet és una situació transitòria, abocada d'una manera irremeiable a l'extinció³⁶, per bé que a la pràctica pugui subsistir durant llargs períodes i que, excepcionalment, el jutge pugui concedir estabilitat en l'exercici de funcions tutelars. Doncs bé, l'art. 225-5 s'ocupa de detallar quines són les causes d'extinció. S'ha de partir del supòsit de fet que origina la guarda de fet: la desaparició del seu pressupòsit, ja perquè cessen les causes que la van motivar, ja perquè s'ha procedit al nomenament del càrrec de protecció de la persona més oportú, comporten lògicament l'extinció de la guarda de fet. Per això, les causes concretes extintives de la guarda de fet són les següents:

a) la desaparició de les causes que la van motivar, en aquest cas, la causa incapacitadora o la situació de necessitat imminent de la persona en guarda³⁷;

³⁶ Assenyala encertadament la ja citada SAP Cadis 22.12.2004 que “la regulación de la guarda de hecho es esencialmente a posteriori (...) no se regula hacia el futuro ni se completa totalmente la regulación, ya que ese futuro o desenlace natural, a la mayor brevedad, es la constitución de la tutela o la declaración de incapacidad. Per a NÚÑEZ MUÑOZ, “La guarda de hecho”, pàg. 432, “[e]s como si, en cuanto se detecta una situación de este tipo, hubiera que proceder a su ‘liquidación’, para de inmediato regularizar la situación, sometiendo al menor o presunto incapaz a uno de los regímenes de guarda previstos y regulados en la ley”.

³⁷ Com diu FÁBREGA RUIZ, “Mecanismos jurídico-privados”, pàg. 303, “no podemos condicionar de forma absoluta la validez de la guarda de hecho a que la persona sea luego incapacitada con

- b) la declaració de desemparament del menor, que suposa l'assumpció de les funcions tutelars per l'entitat competent (art. 228-3 i art. 3 Llei 37/1991);
- c) el nomenament de defensor judicial;
- d) la constitució del règim de protecció pertinent, causa que engloba al defensor judicial, que és també càrrec de protecció, a més de la tutela, la curatela i l'assistència, i també la pròrroga i la rehabilitació de la potestat parental.

No s'esmenta la recuperació de la potestat parental (art. 236-7), que no suposa la constitució d'un règim nou de protecció, sinó la restitució del que havia estat privat un progenitor. També determina l'extinció de la guarda de fet la defunció de la persona protegida. Però no és causa d'extinció l'atribució per l'autoritat judicial de funcions tutelars, que determina l'estabilització de la guarda de fet.

Cal tenir en compte, però, el corrent en la jurisprudència menor que considera que si la guarda de fet s'ha prolongat en el temps de manera que les necessitats del menor han estat ateses pel guardador, ja no es pot apreciar desemparament als efectes de l'assumpció de les funcions tutelars per l'entitat pública competent, sense que en conseqüència s'extingeixi la guarda de fet³⁸. És evident que això xoca amb l'obligació de comunicar la situació de guarda, però la contradicció se salva atenent al principi de la millor protecció del menor.

L'extinció de la guarda de fet genera dues conseqüències. La primera és que, desaparegut com diem el supòsit de fet que legitima *ex post facto* l'actuació del guardador, a partir d'aquest moment qui era guardador deixa de poder ser considerat com a tal, i qualsevol nova intromissió en l'esfera jurídica del menor o incapacitat –evidentment, mentre no s'esdevingui un nou supòsit de fet legitimador– haurà de merèixer una qualificació

sometimiento a tutela o, al menos, a curatela, o en el caso de menores, que se encuentre en situación de absoluto desamparo, así sea declarado judicial o administrativamente. Si así lo exigiríamos privaríamos de eficacia a la figura”.

³⁸ Per exemple, SAP Cadis 22.12.2004 o Biscaia, sec. 4, 5.7.2005 (JUR 238160). A favor d'aquest corrent s'han manifestat FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección*, pàg. 46 seg., i PÉREZ MONGE, “Regulación de la guarda de hecho”, pàg. 385. Ho resumeix perfectament PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, a DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), *Manual de derecho civil aragonés*, Zaragoza, 2006, pàg. 248-249: “para hablar de guarda de hecho es necesario que esa situación [de privación de la necesaria asistencia moral o material] no haya sido detectada por la entidad pública, porque en tal caso lo que procede es que esta, en virtud de resolución administrativa, asuma la tutela automática (art. 105). Al mismo tiempo, si la guarda se asume adecuadamente, el menor o incapacitado ya no se encontrará, de hecho, en situación de desamparo, por lo que no procederá la intervención de la administración”. Vegeu, a més, QUESADA GONZÁLEZ, *La tutela*, pàg. 259 i seg.

jurídica diferent: ja no podrem parlar més de guarda de fet, sinó, en tot cas, de gestió de negocis aliens.

La segona conseqüència és la rendició de comptes, a la qual ens referim a continuació.

1.6. La rendició de comptes del guardador de fet

D'acord amb l'art. 225-5.2, “[e]n acabar la guarda de fet, l'autoritat judicial pot disposar que el guardador li reti comptes de la seva gestió si ho justifica la durada de la guarda”. Sorprèn l'ús del verb “pot”, ja que denota que és discreció del jutge exigir o no la rendició de comptes. Aparentment, l'únic criteri que ha de guiar el jutge en la seva decisió és la durada de la guarda. No obstant, que l'únic criteri sigui el de la durada és criticable, ja que hi ha altres factors igualment importants, com per exemple si ha realitzat algun acte de caire patrimonial o algun acte personal de transcendència especial (per exemple, l'autorització per a un tractament mèdic delicat). En els casos en què s'hagi administrat el patrimoni de la persona en guarda o aquesta s'hagi prolongat durant un període o uns actes significatius, el jutge hauria de demanar sempre la rendició de comptes.

La rendició de comptes, que entenem s'ha de referir tant a l'àmbit personal com al patrimonial, comporta judicar l'actuació del guardador, i aleshores es produirà per part del jutge una primera aproximació al criteri del benefici del guardat (art. 225-3.1). Tot i que la Llei no conté cap especificació al respecte, això no ha de ser obstacle perquè el jutge pugui apreciar l'existència de responsabilitat en el capteniment del guardador³⁹.

Que l'art. 225-5.2 es refereixi a la rendició de comptes en el moment d'acabar la situació de guarda significa que el legislador pensa que aquest és el moment normalment més oportú per tal de procedir a efectuar-la. Però no significa que sigui l'únic possible. Entenem que si el guardador està obligat a informar el jutge o el ministeri fiscal de les causes determinants de la guarda i, per tant, de la seva mateixa actuació com a conseqüència de l'observació de dites causes, el jutge, abans de prendre altres determinacions, podrà, en atenció a les circumstàncies del cas, obtenir del guardador la justificació dels seus actes, en definitiva, que reti comptes de la seva actuació fins aquell moment, la qual cosa redundarà, a més, en una major informació del jutge a l'hora de

³⁹ Com bé diu ZURITA MARTÍN, *Protección de la ancianidad*, pàg. 177, la responsabilitat del guardador es pot obtenir per la via de la impugnació dels actes del guardador, cas en què són aplicables els art. 1303 i seg. del Codi civil espanyol, i per la de la responsabilitat extracontractual de l'art. 1902 del mateix Codi civil espanyol.

prendre qualsevol decisió amb relació a la persona en guarda⁴⁰. En tot cas, és convenient que el jutge fixi un termini breu a fi de practicar la rendició de comptes, ja que altrament hauríem d'aplicar el termini defectiu previst per a la tutela, que és de sis mesos (art. 222-31), el qual sembla, per consegüent, excessiu aplicat a la guarda de fet.

1.7. La indemnitat del guardador

El guardador ha realitzat un seguit d'actes en una esfera jurídica aliena sense la legitimitat que altrament li conferiria un càrrec tutelar, actes que han d'haver representat un benefici per a la persona en guarda. Doncs bé, per molt que totes les institucions de protecció de la persona són gratuïtes (art. 221-3), el legislador té en compte que el guardador pot haver realitzat despeses o patit perjudicis com a conseqüència d'aquesta actuació en principi altruista. I contempla el dret del guardador a percebre la corresponent indemnització. Així, disposa l'art. 225-4 que “[e]l guardador de fet té dret al reemborsament de les despeses i a la indemnització per danys per raó de la guarda, a càrrec dels béns de la persona protegida”.

Dos són, doncs, els conceptes dels quals té dret a rescabalar-se el guardador de fet. Per un costat, les “despeses”, de qualsevol tipus, però sempre realitzades en benefici de la persona en guarda i dins de l'àmbit de les seves funcions (per exemple, compra de medicines). Per l'altre costat, els danys; dins d'aquest concepte tant genèric de "danys" cal incloure-hi tant el dany emergent de qualsevol altre tipus de dany que hagi sofert en l'exercici de la guarda, com el lucre cessant derivat de la impossibilitat de desenvolupar la seva pròpia activitat mentre tenia cura del guardat . Amb un límit, però: que, com diu l'art. 225-4, siguin “danys” que el guardador ha sofert “per raó de la guarda”. Cal, doncs, que aquestes despeses i aquests danys siguin conseqüència de l'exercici per part del guardador de "funcions tutelars" sense càrrec.

Tot i que no es diu expressament, cal, a més, que les despeses i els danys del guardador no li siguin imputables a ell mateix⁴¹, com ara si ha estat negligent tant en l'apreciació de les circumstàncies del cas –és a dir, que no existia el supòsit de fet de l'art. 225-1 i 225-2– com en el decurs de la seva actuació; això abasta, per un costat, que l'actuació no fos en benefici del menor –paradigma: que ho fos en el propi benefici del guardador–, la qual cosa no obsta que, a més d'excloure el dret a la indemnització, incorri en responsabilitat; i, per l'altre, que l'actuació no representi cap benefici per a la persona

⁴⁰ Vegeu, també, SANCHO GARGALLO, com. art. 258 CF, pàg. 1048.

⁴¹ Tambe opina així SANCHO GARGALLO, com. art. 257 CF, pàg. 1043.

en guarda, que tampoc no serà reemborsable. A més, el guardador tampoc no podrà reemborsar-se allò que ell hagi de pagar com a responsable pels danys causats per la persona en guarda. En efecte, creiem que, sobre la base d'una interpretació àmplia de l'art. 1903 CC espanyol, el guardador és responsable dels danys que ocasioni la persona en guarda⁴², ja que la responsabilitat dels guardadors declarada judicialment ja suposa que no s'ha apreciat la causa eximent d'haver exercit tota la diligència d'un bon pare de família per tal d'evitar el dany; en particular, per al cas dels danys causats amb ocasió de la comissió d'un delictes o falta, estableix expressament la responsabilitat solidària del guardador de fet l'art. 61.3 de la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener, de Responsabilitat Penal dels Menors⁴³.

El subjecte passiu del deure d'indemnització és el propi guardat, ja que l'art. 225-4 declara que el reemborsament és a càrrec dels béns de la persona guardada. Evidentment, l'efectivitat d'aquesta previsió legal ve determinada perquè el guardat tingui béns que puguin restar-hi subjectes, per la qual cosa sovint el guardador no recuperarà les despeses realitzades ni veurà reparats els danys soferts.

Aquest art. 225-4 només contempla l'obligació d'indemnitzar despeses i danys i manté un silenci complet pel que fa a una possible remuneració del guardador. Creiem que el silenci de la Llei s'ha d'interpretar com un refús de la possibilitat de remuneració. Per dos motius: primer, perquè el guardador no és un càrrec; segon, perquè, com ja hem dit, el legislador no contempla el guardador com un càrrec durador, no mira al futur, sinó només a l'actuació passada, que, puix no tenia legitimació per a ella, ara cal judicar. Per aquest motiu es contempla el dret a la indemnitat, però no dret a remuneració: la remuneració es preveu de cara a l'activitat futura, i quan es tracta del guardador, ens referim al passat, a l'actuació ja desenvolupada⁴⁴. Per consegüent, el guardador no té dret a percebre cap remuneració, i sí –i només– dret a ser indemnitzat, en les circumstàncies abans descrites. Però això no casa prou bé amb la possible estabilització de l'exercici de funcions tutelars

⁴² De la mateixa opinió, DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad*, pàg. 277-278; ZURITA MARTÍN, *Protección civil*, pàg. 180; FÁBREGA RUIZ, "La guarda de hecho y la protección", pàg. 70 seg.

⁴³ Al respecte, VAQUER ALOY, Antoni, "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores", *La Ley*, Número 5224, 12 de gener de 2001, pàg. 2.

⁴⁴ Com diu GETE-ALONSO, la regulació de la guarda de fet "persigue legitimar la actuación del guardador de hecho y determinar su legalización a través de su control judicial"; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, SOLÉ RESINA, Judith, YSÀS SOLANES, Maria, *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 2^a ed., Valencia, 2008, pàg. 171.

pel guardador de fet en aplicació de l'art. 225.3.2, supòsit en què tampoc no es preveu remuneració i en el qual sí hi ha aquesta perspectiva de l'actuació futura del guardador en benefici de la persona necessitada de protecció. Només amb una laxa aplicació analògica de les regles previstes per a la tutela (art. 222.13) i, en particular, per al defensor judicial (art. 224-5.1), com hem defensat abans a l'epígraf 4.5, seria possible entendre que sí que el jutge pot fixar –si ho estima escaient– una remuneració per al guardador en aquests casos excepcionals en què li encarregui l'exercici de les funcions tutelars.

2. L'assistència⁴⁵

2.1. El perquè d'un institut nou de protecció de les persones en el dret civil de Catalunya

El preàmbul de la Llei 25/2010 afirma solemnement: “l'ordenament civil ha de fer possible, no obstant les especials necessitats de protecció per raó d'edat o de disminució psíquica o física, que tothom pugui desenvolupar el seu projecte de vida i prendre part, en igualtat de drets i deures, en la vida social. És per això que la nova regulació posa èmfasi en la capacitat natural de les persones i en el respecte a llur autonomia en l'àmbit personal i familiar, sense ignorar que la possibilitat d'abusos reclama la previsió de mecanismes de control adequats. En aquesta línia, s'insereixen dues noves institucions adreçades a protegir i afavorir l'autonomia de persones que, per diferents raons, poden necessitar protecció: d'una banda, l'assistència, concebuda com un mitjà de protecció a disposició de persones per a les quals, per llurs condicions psicofísiques, la incapacitació i la tutela posterior sovint no són possibles ni tan sols aconsellables (...)”. I segueix més endavant: “el capítol VI inclou un nou instrument de protecció, l'assistència, adreçat al major d'edat que ho necessita per a tenir cura de la seva persona o dels seus béns a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques. Es parteix, així, d'una concepció de la protecció de la persona que no es vincula, necessàriament, als casos de manca de capacitat, sinó que inclou instruments que, basant-se en el lliure desenvolupament de la personalitat, serveixen per a protegir les persones en situacions com la vellesa, la malaltia psíquica o la discapacitat. Aquest instrument pot ésser molt útil, també, per a determinats col·lectius especialment vulnerables però per als quals la

⁴⁵ Agraïm als professors Francisco Rivero Hernández i Esther Arroyo Amayuelas la seva amabilitat en facilitar-nos una còpia de les seves aportacions al procés legislatiu del Llibre II del CCCat en matèria d'assistència.

incapacitació i l'aplicació d'un règim de tutela o curatela resulten desproporcionades, com ara les persones afectades per un retard mental lleu o altres per a les quals, pel tipus de disminució que sofreixen, els instruments tradicionals no són apropiats per a atendre llurs necessitats. En línia amb les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, del 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció, paral·lel a la tutela o la curatela. A més, aquesta tendència és la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat”.

Aquesta explicació oficial de la introducció de la figura de l'assistent, clarament inspirada en la *Betreuung* del dret alemany (*Betreuer* = assistent), s'ha de posar en relació amb el que hem dit abans quan s'ha analitzat la guarda de fet: el legislador parteix no només de la constatació fàctica que moltes famílies tenen recança a l'hora d'incapacitar els seus membres afectats per alguna causa que afecta a la seva capacitat de discerniment, sinó que considera que la incapacitació pot suposar una solució massa radical als dèficits en la capacitat d'obrar de la persona en tant que els suposa la privació de la capacitat d'obrar. Una altra vegada cal citar el preàmbul de la Llei 10/2005: “Aquesta llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però també en regula d'altres que operen o poden eventualment operar al marge d'aquesta, atenint-se a la constatació que en molts de casos la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure-la. Aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, i amb els principis de proporcionalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció, tal com preconitza la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol”.

No obstant, les bones intencions del legislador català s'han de contrastar amb la legislació que ha de fer front a la realitat social. El CCCat presenta ara mateix una acumulació de càrrecs de protecció de les persones –que l'assistent és un càrrec ho diu expressament l'art. 226-7.2– de no sempre fàcil delimitació, ja que algunes figures s'arriben a encavalcar, a banda que el sistema d'incapacitació no és tan radical com aparenta, ja que cal pensar que, tradicionalment, han existit dues figures com la tutela i la curatela precisament amb la finalitat d'adaptar la sentència d'incapacitació i els seus efectes a les condicions concretes de la persona en qüestió⁴⁶, i a més l'art. 760.1 LEC ja

⁴⁶ Recordem, per exemple, que l'art. 223-6 estableix que “[l]a sentència d'incapacitació pot conferir al curador funcions d'administració ordinària de determinats aspectes del patrimoni de la persona

adverteix que la sentència que declari la incapacitació en determinarà l'extensió i els límits, de manera que es deixa clar que la sentència s'ha d'acomodar a les circumstàncies específiques de cada cas. Sobre aquestes premisses, escau ara analitzar el règim jurídic de l'assistència en el dret civil de Catalunya⁴⁷.

2.2. La polisèmia del terme “assistència” al CCCat

Un problema inicial que planteja la introducció del terme “assistència” com a institut de nova regulació al CCCat és la polisèmia d'aquest terme, que descriu figures molt distintes. En els epígrafs següents s'analitza el règim jurídic d'un càrrec específic de protecció de la persona major d'edat i capaç d'obrar però que necessita d'algú per tenir cura de la si mateixa o dels seus afers. Però l'assistència té un altre significat al CCCat, que trobem als art. 222-42 i 223-1.a) (i també als art 223-4.2 i 224-4), 223-4.3 i 223-8). En efecte, en ells es fa esment de la funció d'“assistència” que correspon a tutor i curador sobre la persona tutelada o sota curatela. A l'art. 222-42 es disposa que “[e]l menor tutelat que adquireix béns amb la seva activitat té, a partir dels setze anys, facultat per a administrar-los, amb l'assistència del tutor en els supòsits a què fa referència l'article 222-43”, mentre que l'art. 223-1.a) preveu que “[e]ls menors d'edat emancipats, si els progenitors han mort o han quedat impeditos per a exercir l'assistència prescrita per la llei, llevat del menor emancipat per matrimoni amb una persona plenament capaç”. En aquests dos articles “assistència” significa complement de capacitat a fi que l'acte sigui completament eficaç quan el realitza una persona sotmesa a tutela o curatela, és a dir, no es tracta de cap càrrec de protecció de la persona sinó d'una de les comeses institucionals d'altres càrrecs de protecció de la persona com són el tutor i el curador. Cal, doncs, anar en compte a fi de no barrejar ambdues accepcions del terme “assistència”, malgrat que, com veurem, tenen alguns punts de coincidència.

assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta per a fer els altres actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa”, la qual cosa demostra la flexibilitat de la curatela per tal d'adaptar-se al cas concret.

⁴⁷ L'esmena núm. 128 en Comissió de CiU sol·licitava la supressió de tot el capítol dedicat a l'assistència. Vegeu *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 728, de 2.6.2010, pàg. 69.

2.3. La persona assistida

L'art. 226-1 es refereix a la persona assistida en aquests termes: “La persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques”. No tothom pot disposar d'assistent, sinó que cal que la persona ho *necessiti*, segons destaca el precepte⁴⁸. Aquesta necessitat, que es converteix en el nucli justificador de l'assistència, no es pot referir a “tenir cura” en un sentit merament material, sinó que ha de tenir un contingut jurídic, tant si es tracta de l'esfera persona com de l'esfera material de la persona; dir d'una altra manera, l'assistent no s'ha de confondre amb el cuidador d'una persona dependent⁴⁹. Dos elements bàsics destaquen en aquesta aproximació a la persona assistida: que sigui major d'edat i que estigui afectada per una disminució no incapacitant.

2.3.1. Persona major d'edat

En la literalitat del precepte, només les persones majors d'edat poden ser dotades d'un assistent. Això exclou els qui siguin menors d'edat, àdhuc els que siguin emancipats. No obstant, és perfectament imaginable que hi hagi menors d'edat emancipats –els que viuen de manera independent (art. 211-11), els emancipats per resolució judicial per la impossibilitat de la convivència amb els progenitors o amb els tutors (art. 211-10)– que es pugui preveure que en assolir la major edat requeriran un assistent. El dret català no ho preveu, a diferència de l'alemany, que sí ho autoritza per als que han complert els disset anys, si bé l'assistència només desplegarà els seus efectes amb la majoria d'edat⁵⁰, i a

⁴⁸ És el que la doctrina alemanya anomena “principi de necessitat”, i que ahora explica que, a diferència de la tutela, com veurem al text, l'assistent només assumeixi aquelles funcions de “cura” de la persona assistida que aquesta requereixi. Vegeu BAUER, Andreas, § 1896, Rn 2, a PRÜTTING, Hans, WEGEN, WEINREICH, Gerhard Gerd (ed.), *BGB Kommentar*, Köln, 2010⁵.

⁴⁹ A Alemanya aquesta distinció és objecte d'èmfasi, i així el § 1896(2) adverteix: “Un asistente legal sólo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal” (S'ha utilitzat la traducció dirigida per Albert Lamarca Marquès, *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008); vegeu GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Actualidad Civil*, 1999, pàg. 554 i 560.

⁵⁰ “§ 1908a Nombramiento de asistente legal y ordenación de la reserva de consentimiento, de manera preventiva, para un menor de edad

Las medidas establecidas en los §§ 1896 y 1903 pueden ser adoptadas incluso para un menor de edad que ha cumplido los diecisiete años de edad, siempre que sea de suponer que al llegar a la

diferència de la pròrroga de la potestat parental, que d'acord amb l'art. 236-33 es pot acordar en la declaració d'incapacitació del fill menor no emancipat amb efectes des que aquest arribi a la majoria d'edat.

2.3.2. Persona afectada per una disminució no incapacitant

La clau de l'assistència rau en el fet que estem davant de persones que no tenen afectada la seva capacitat d'obrar o que la tenen afectada en un grau que no justifica la incapacitació. D'aquí la referència a la "disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques"⁵¹. Es tracta de persones que no poden tenir cura per sí soles com a conseqüència de les seves circumstàncies d'edat o salut d'elles mateixes o dels seus béns, però que mantenen una capacitat de discerniment suficient (el retard mental lleu a què es refereix, recordem-ho, el preàmbul de la Llei 25/2010)⁵². En aquest sentit, no només la persona que pateix és l'única que pot sol·licitar el nomenament d'assistent, com veurem després, sinó que l'art. 226-1.2 indica que "l'autoritat judicial ha de respectar la *voluntat* de la persona", l'art. 226-2.2 afegeix que l'assistent ha de respectar "plenament la *voluntat* i les *opcions personals*" de la persona assistida⁵³, l'art. 226-2.3 li reconeix la facultat de realitzar vàlidament actes jurídics, i l'art. 226-3 la legitima per a anul·lar actes jurídics. En conclusió, la persona assistida és una persona amb facultats volitives suficients, raó per la qual no ha de ser incapacitada, però que necessita suport, per motius de malaltia psíquica o deficiència mental o de discapacitat física, per a realitzar els actes

mayoría de edad serán necesarias. Las medidas no serán eficaces hasta que se alcance la mayoría de edad". Sobre aquesta possibilitat de nomenar assistent per als que han complert disset anys al dret alemany, vegeu RAUSCHER, Thomas, *Familienrecht*, Heidelberg, 2008, p. 1115, Rn 1268.

⁵¹ Alguns exemples extrets de la jurisprudència alemanya són: malalties psíquiques (esquizofrènia), malalties neurodegeneratives (alzheimer, arterioesclerosi), impediments intel·lectuals (retards mentals lleus, analfabetisme) i físics (paràlisi, ceguesa). Vegeu BAUER a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1897, Rn. 11-14; SCHWAB, Dieter, § 1896, a *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2010⁵, Rn. 8-19.

⁵² Vegeu la transcripció a l'apartat 1.

⁵³ Com diu BAUER, a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1896, Rn. 3, l'assistència ha de permetre la lliure determinació de la persona assistida tant com sigui possible, i per això l'assistent n'ha d'atendre per mandat legal els seus desitjos. A més, indica aquest autor en el comentari al § 1901(3), Rn. 5, que només pot desatendre els desitjos de la persona assistida quan siguin contraris a la llei o puguin perjudicar el seu benestar.

propis de la vida quotidiana, suport que li presta l'assistent⁵⁴. Com veurem, la incapacitació de la persona assistida esdevé causa d'extinció de l'assistència d'acord amb l'art. 226-5.c.

2.4. El nomenament de l'assistent

El nomenament de l'assistent només es pot produir a instàncies de la persona que no pot tenir cura de si mateixa o dels seus béns per la disminució no incapacitant que l'afecta. Ho deixa ben clar l'art. 226-1.1, la qual cosa suposa que cap altre persona té legitimació per a sol·licitar el nomenament d'un assistent i que tampoc l'autoritat judicial d'ofici pot procedir a obrir un procediment de nomenament d'assistent. Novament cal tenir en compte que la persona assistida és una persona que no té anihilada la seva capacitat d'obrar, per la qual cosa no se li pot imposar l'assistència⁵⁵.

El nomenament s'ha de realitzar en procés de jurisdicció voluntària, i el jutge ha de donar preferència a la voluntat expressada per la persona sol·licitant quant a la persona nomenada per a desenvolupar el càrrec. Té la possibilitat de directament decidir qui vol que sigui el seu assistent, i en aquest cas el jutge haurà de respectar aquesta decisió, llevat que consideri que la persona designada no és apta per a exercir el càrrec, tot fent ús de l'aplicació de les normes sobre aptitud del tutor que reclama l'art. 226-6, i que suposa la crida a l'art. 222-15, que contempla supòsits d'enemistat, de compliment de penes de privació de llibertat o impossibilitat de fet que podrien permetre al jutge canviar la persona designada. Hom podria pensar que en tal cas no s'hauria de nomenar cap assistent, ja que la persona assistida és capaç, però aquesta ja ha posat de relleu que li cal suport per tenir cura de la seva persona o béns, raó per la qual sembla més escaient mantenir el nomenament d'assistent pensant en el benestar de la persona que necessita l'assistència.

⁵⁴ Al dret alemany en el qual s'inspira el dret català, només es pot nomenar assistent d'una persona a causa de la seva discapacitat física si ella mateixa ho demana (§ 1895.1: "Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad"); d'aquesta manera, s'intenta separar els supòsits de les persones que tenen afectada, encara que no sigui prou per incapacitar-les, la seva capacitat volitiva, d'aquelles que únicament pateixen deficiències físiques que les impedeixen autogovernar-se completament.

⁵⁵ En dret alemany, excepcionalment es pot nomenar un assistent contra la voluntat de la persona si per raó de la seva malaltia o discapacitat té afectades les seves facultats volitives i per aquest no reconeix la necessitat d'algun tractament mèdic. Vegeu, amb anàlisi de jurisprudència, BAUER, a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1896, Rn. 16.

En qualsevol cas, han de concórrer circumstàncies de gravetat especial perquè el jutge prescindi de la designació realitzada per la persona que sol·licita l'assistència.

La persona assistida també té la facultat d'excloure persones del càrrec d'assistent; en aquest cas, el jutge sí que ha d'observar la voluntat de la persona assistida i en cap cas podrà nomenar una persona que hagi estat exclosa, encara que pugui pensar que seria la més idònia.

El CCCat no regula com s'ha de manifestar aquesta voluntat; pressuposa, potser, que la persona designada o la persona exclosa s'especificaran en l'escrit que obri el procés de jurisdicció voluntària⁵⁶, però no sembla que hagi d'haver cap inconvenient en què ho manifesti oralment al jutge durant el procediment, i serà suficient amb què es pugui identificar la persona designada o la persona o persones excloses, amb independència de les paraules concretes amb què es manifesti la persona assistida.

En tant que càrrec de protecció de la persona, l'assistent ha de prendre possessió del càrrec (art. 226-7.2). Entre les normes de la tutela aplicables per remissió a l'assistència, no hi figura ni la prestació de caució, que d'acord amb l'art. 222-20 ha de precedir a la presa de possessió del càrrec, malgrat que, com veurem més endavant, l'assistent pot assumir funcions d'administració dels béns de la persona assistida, ni tampoc la pràctica d'inventari (art. 222-21).

La redacció del capítol VI dedicat a l'assistència parla sempre de l'assistent en singular, donant a entendre que només pot ser una la persona que ocupi el càrrec⁵⁷. En teoria, no hi hauria problema perquè es poguessin nomenar diversos assistents per a aquelles comeses específiques en què la persona requerís l'assistència⁵⁸, però la complexitat de la regulació pel que fa al contingut de l'assistència i al règim de

⁵⁶ El § 1901.a BGB contempla les instruccions escrites en previsió d'una futura assistència, que s'han de fer arribar al jutge competent.

⁵⁷ En canvi, l'art. 1899(1) BGB contempla que es nomeni una pluralitat d'assistents ("El juzgado de tutelas puede nombrar a una pluralidad de asistentes legales, si así se pueden gestionar mejor los asuntos del asistido. En este caso debe indicar de que ámbito de funciones se ocupa cada uno de los asistentes legales", els quals, segons l'apartat (2), han d'actuar de manera conjunta llevat disposició judicial o motius d'urgència. Al respecte, PALANDT/DIEDERICHSEN, Uwe, *Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2011⁷⁰, § 1899, esp. Rn 1-5 i 8-9, i, emfasitzant l'excepcionalitat del nomenament plural, BAUER, a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1899, Rn. 1 i 2.

⁵⁸ A similitud de la tutela, on poden conviure tutor i administrador patrimonial (art. 222-12.1).

l'anul·labilitat aconsella el nomenament d'un sol assistent a fi d'evitar les complicacions derivades de la intervenció de més d'una persona.

Una última qüestió que tampoc resol amb claredat el CCCat és si l'assistent pot ser tant una persona física com una persona jurídica. Genèricament l'art. 226-1.2 parla de "persona" per referir-se a l'assistent, sense ulterior concreció. Atès el silenci legal i la possibilitat que els càrrecs tutelars siguin ocupats per persones jurídiques, sembla que aquesta solució hauria de valer també per a l'assistència⁵⁹, encara que des d'un punt de vista de la pràctica quotidiana no deixi de plantejar dificultats, atès que l'assistència està ideada per als actes més ordinaris de la vida diària, per la qual cosa es molt aconsellable que es tracti d'una persona jurídica especialitzada i que disposi de prou personal.

2.5. Inscripció de l'assistència al Registre Civil

L'art. 226-7⁶⁰ preveu, de manera indirecta, la inscriptibilitat al Registre Civil de l'assistència, des del moment que estableix que "[l]l'assistència, mentre no s'inscrigui en el Registre Civil, no és oposable a tercers". Aquesta és una norma prescindible, ja que és obvi que allò que no està inscrit al Registre Civil no és oposable a tercers; aquesta és, precisament, la funció que compleix la inscripció. L'únic que denota el precepte és que la inscripció no és constitutiva, però això resulta ja de l'art. 226-2.1 quan explícitament es refereix a la resolució judicial de nomenament de l'assistent.

El càrrec d'assistent no està previst al Codi civil espanyol ni, en conseqüència, al Registre Civil. Per això, encara que l'assistència no sigui un supòsit de representació legal

⁵⁹ L'art. 1908f BGB contempla les associacions dedicades a l'assistència, que poden ser reconegudes com a tals si compleixen els requisits que enumera el precepte; en concret, ha de garantir que:

- “1. tiene un número suficiente de trabajadores cualificados a los que supervisará y perfeccionará y que les asegurará debidamente contra los daños que pudieran causar a terceros en el ejercicio de su actividad,
2. se esforzará sistemáticamente por conseguir asistentes legales voluntarios, a los que introducirá en sus funciones, perfeccionará y les asesorará como apoderados,
- 2a. informará sistemáticamente sobre apoderamientos preventivos y disposiciones sobre asistencia legal,
3. posibilitará el intercambio de experiencias entre sus trabajadores”.

⁶⁰ L'esmena núm. 134 en Comissió del Grup Parlamentari Popular interessava la supressió de l'apartat primer d'aquest article. Vegeu *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 728, de 2.6.2010, pàg. 69.

–el CCCat no ho diu en cap moment, a diferència del Codi civil alemany⁶¹–, caldrà trobar el suport per a la inscripció a l’art. 88 de la Llei del Registre Civil, quan disposa que “[e]n la Sección 4ª se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones”. De fet, quan l’art. 226-7.2 preveu que “[l]a presa de possessió del càrrec d’assistent s’ha d’inscriure en el Registre Civil del domicili de la persona assistida mitjançant la comunicació de la resolució judicial”, el que fa és recollir el criteri de l’art. 89 de la Llei del Registre Civil, d’acord amb la qual “[l]as 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”. La qüestió de la inscripció de l’assistència als efectes de l’oposabilitat a tercers no és una qüestió menor, atès que, com veurem més endavant a l’apartat 7.2, l’assistent pot assumir funcions d’administració dels béns de la persona assistida i li caldrà per a realitzar segons quin tipus concret d’actes acreditar la seva condició d’assistent. Per això, el jutge encarregat del Registre Civil no només hauria de fer constar el nomenament d’assistent, sinó també l’abast de les seves funcions, i el CCCat hagués hagut de preveure que es comunicuessin al Registre Civil les resolucions judicials d’ampliació de les funcions de l’assistent que preveu l’art. 226-4.1.

2.6. Aplicació de les normes de la tutela

D’acord amb l’art. 226-6, i sempre en la mesura que siguin compatibles amb la funció d’assistència, són d’aplicació a l’assistent les normes del CCCat en matèria d’aptitud, excusa i remoció de tutors.

Pel que fa a l’aplicació de les causes d’inaptitud de l’art. 222-15, com ja hem advertit abans, el jutge ha de ser molt cautelós si la persona assistida ha expressat la seva voluntat sobre qui vol que sigui l’assistent; pràcticament, el marge de maniobra del jutge es mouria entre les causes de la lletra c) (estar complint pena de privació de llibertat), ja que fa impossible l’exercici de la funció, i les lletres e) (la condemna penal per un delicte que permeti pressuposar un exercici incorrecte de les funcions tutelars) i g) (la impossibilitat de fet per a l’exercici del càrrec) sempre i quan la persona assistida desconegés aquests fets; la resta de causes, davant l’elecció realitzada per qui sol·licita l’assistència, no sembla que puguin ésser tingudes en compte d’ofici pel jutge. En canvi, l’autoritat judicial sí disposa d’un arbitri major si la persona que sol·licita el nomenament d’assistent no designa

⁶¹ § 1902 BGB: “Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él.”

la persona que vol que desenvolupi el càrrec o s'ha limitat a excloure'n algú. Creiem que també ha de resultar aplicable, en aquest cas en què l'assistent el nomena el jutge, l'art. 222-17 que preveu l'exclusió del càrrec de tutor per conflicte d'interessos, quan preveu que “[n]o poden ésser titulars de la tutela ni de l'administració patrimonial, ni executores materials de les funcions tutelars, les persones físiques o jurídiques privades que estiguin en una situació de conflicte d'interessos amb la persona protegida. En particular, no ho poden ésser les que, en virtut d'una relació contractual, prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la persona protegida”. Entenem que no es podria nomenar com a assistent el cuidador professional de la persona assistida si se li encomanen funcions d'administració, llevat que concorrin les circumstàncies excepcionals que contempla el segon apartat de l'art. 222-17.

Pel que fa a l'excusa, no sembla que existeixi cap dificultat en l'aplicació de l'art. 222-18.1, segons el qual constitueixen excuses “l'edat, la malaltia, la manca de relació amb la persona que s'ha de posar en [assistència], les derivades de les característiques de l'ocupació professional del designat o qualsevol altra que faci l'exercici de [l'assistència] especialment feixuc o que el pugui afectar”, per bé que les funcions de l'assistent són menys exigents que les del tutor, ja que no abasten la completa esfera jurídica de la persona necessitada de protecció.

Quant a la remoció de l'assistent, tampoc no hi ha dificultat a aplicar les causes que enumera l'art. 222-33.1, llevat, potser, la que fa referència als problemes de convivència entre assistent i persona assistida, ja que aquesta convivència no és indispensable quan es tracta de la intervenció en assumptes concrets que afecten la persona necessitada de protecció. El problema és planteja, més aviat, en l'al·legació de la concurrència de la causa de remoció. En efecte, no hi ha tutor ni administrador patrimonial, i és difícil que el jutge d'ofici pugui arribar a conèixer la situació, atès que, recordem-ho, estem davant d'una persona afectada per una disminució no incapacitant. Per això, de les persones legitimades per a instar la remoció que esmenta l'art. 222-33.2, les que han d'assumir un paper més destacat són les persones obligades a demanar la constitució de la tutela. Però, a més, i justament perquè la persona assistida és qui ha sol·licitat el nomenament del càrrec i fins i tot pot haver proposat aquell o aquella que l'ocupi, i no està incapacitada, la mateixa persona assistida ha de poder posar en marxa el procés de remoció de l'assistent. En realitat, segurament aquí el legislador hagués de preveure un sistema més àgil de substitució de la persona de l'assistent, atès tant que les seves funcions són més migrades

que les del tutor com la pròpia situació de capacitat d'enteniment de la persona assistida, tot evitant un procés llarg com pot ser el de remoció que s'haurà de tramitar judicialment.

Hi ha altres normes de la tutela que és factible aplicar-les a la tutela. Per exemple, l'art. 222-23, segons el qual “[e]l tutor o, si escau, l'administrador patrimonial ha de disposar o tenir en un lloc segur els valors, les joies, les obres d'art i els altres objectes preciosos del tutelat, i ho ha de comunicar al jutjat”; ateses les comeses en l'àmbit patrimonial de l'assistent, hauria d'actuar igual com ho faria un tutor. El mateix si sorgeix un conflicte d'interessos entre assistent i persona assistida, caldria procedir al nomenament d'un defensor judicial per a aquell concret acte a l'empara de l'art. 222-29.

2.7. El contingut de l'assistència

Amb caràcter general, assenyala l'art. 221-1 que les funcions de protecció de les persones que “necessiten assistència s'han d'exercir sempre en interès de la persona assistida, d'acord amb la seva personalitat, i s'adrecen a la cura de la seva persona, a l'administració o defensa dels seus béns i interessos patrimonials i a l'exercici dels seus drets”. Resta clar, doncs, que l'assistència té una funció protectora de la persona, que pot abastar tant l'àmbit personal com el patrimonial.

Si bé és la persona que necessita l'assistència per a tenir cura de la seva persona o béns qui n'ha de sol·licitar el nomenament, l'art. 226-2.1 indica que és el jutge qui, en la resolució de nomenament, “determina l'àmbit personal o patrimonial de l'assistència i els interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent”. Aquesta previsió no sembla massa coherent amb l'amplitud amb què es descriu el contingut dels poders preventius en previsió d'una futura incapacitat a l'art. 222-2.1, quan assenyala que no cal nomenar tutor si la persona ha atorgat dit poder a fi que l'apoderat “tingui cura de llurs interessos”, sense ulteriors especificacions, ni amb el fet que la persona assistida no estigui privada de capacitat d'obrar i el nomenament d'assistent s'iniciï a petició seva. Sembla, doncs, que en l'àmbit de l'assistència és només l'autoritat judicial qui en determina el contingut, previsió que, al nostre entendre, s'ha interpretar amb laxitud tot permetent que, si més no, la persona que sol·licita l'assistència expressi quines són les comeses per a les quals precisa l'assistent i que l'autoritat judicial tingui en compte aquesta voluntat com ho haurà de fer l'assistent quan sigui nomenat d'acord amb l'art. 226-2.2; a més, una altra interpretació no seria congruent amb el fet que es prevegi que és la persona que demana l'assistència qui interessa que a l'assistent se li confereixin funcions d'administració. Sota aquestes premisses, L'arbitri de l'autoritat judicial s'estén tant a la decisió de si l'assistència comprèn

l'àmbit personal, el patrimonial o ambdós i, dins de cadascun dels àmbits, els concrets interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent.

La previsió de l'art. 222-2.1 que no s'ha de nomenar tutor quan la persona ha atorgat poder preventiu ha de valer també per a l'assistència, encara que no es digui expressament. En el model alemany, l'assistent només es nomena per realitzar aquelles funcions en què cal l'assistència i té caràcter subsidiari, és a dir, només ha de ser nomenat quan per altres mitjans no es pugui trobar una solució per a aquells actes en els quals calgui l'assistència⁶² i, en particular, és una figura subsidiària a manca d'existència de poders preventius⁶³. Com veurem, encara que no es digui de manera directa, hi ha un seguit de normes en el Codi civil de Catalunya que fan palès aquest caràcter subsidiari de l'assistent, un càrrec que només caldrà nomenar judicialment quan la pròpia persona que necessita algú que en tingui cura no hagi previst aquesta eventualitat amb anticipació designant a l'efecte algun altre càrrec o fent ús d'altres mitjans que la Llei posa al seu abast.

En tot cas, l'assistència sembla que, en general, només ha de tenir un abast parcial, és a dir, que no s'ha de referir a tots els actes jurídics de la persona assistida, i reduït, ja que aleshores hi ha les figures més definides del tutor i del curador, les funcions dels quals també són modulables pel jutge en atenció a la seva major o menor pèrdua de facultats volitives incapacitants, aspecte aquest que no ha de concórrer en l'assistència⁶⁴. Cal relacionar les concretes funcions que desenvolupa l'assistent amb el "principi de necessitat" que emmena al seu nomenament, és a dir, les funcions específiques que s'assignen a l'assistent depenen dels dèficits per als quals la persona requereix l'assistència. El principi de necessitat demana que l'esfera de llibertat de la persona assistida no sigui més limitada del que calgui, però, en particular si es tracta de malalties o disminucions degeneratives, alhora s'ha de preveure, tant com sigui possible, l'evolució psíquica o física sobre la que existeixi un mínim de certesa –no mera especulació– en el

⁶² El mateix succeeix a Alemanya; vegeu PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1896, Rn 11, BAUER, a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1896, Rn. 19, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "La nueva legislación", pàg. 559-560.

⁶³ Vegeu, al respecte, RAUSCHER, *Familienrecht*, pàg. 1117.

⁶⁴ Segons la doctrina que ha estudiat l'assistència al Codi civil alemany, només excepcionalment es podria admetre un assistent per a tots els actes jurídics de la persona; vegeu PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1896, Rn 18, BAUER, a PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH (ed.), *BGB Kommentar*, § 1896, Rn. 20, SCHWAB, Dieter, *Familienrecht*, München, 201018, pàg. 437, Rn. 911, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "La nueva regulación", pàg. 561.

moment de constituir l'assistència⁶⁵, sens perjudici, òbviament, de modificacions futures (vegeu apartat 9).

2.7.1. Àmbit personal

“En l'àmbit personal, l'assistent ha de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant-ne plenament la voluntat i les opcions personals”, comença assenyalant l'art. 226-2.1. Per consegüent, les funcions en l'àmbit personal es descriuen en forma molt àmplia, alhora que indeterminada, i recordant que la persona assistida no és una persona incapaç, sinó amb voluntat, que s'ha de respectar. En definitiva, l'assistent ha de vetllar i intervenir en els actes jurídics necessaris perquè la persona assistida disposi de totes les atencions necessàries, en consonància amb el seu nivell de vida possible, és a dir, companyia, aliments, salut, etc. Certament, l'enunciat és molt genèric, i a continuació el precepte ha de concretar en un aspecte molt sensible: “En particular, correspon a l'assistent rebre la informació i donar el consentiment a què fan referència, respectivament, els articles 212-1 i 212-2, si la persona assistida no pot decidir per ella mateixa sobre la realització d'actes i tractaments mèdics i no ha atorgat un document de voluntats anticipades”. Hi ha una certa reiteració entre les opcions personals que han de ser respectades i la referència a l'existència d'un document de voluntats anticipades. L'assistent supleix la recepció de la informació i el consentiment als tractaments mèdics, però sempre que la persona assistida no hagués manifestat al respecte una voluntat oposada. Cal recordar que, d'acord amb l'art. 212-3.1, “[l]a persona major d'edat amb plena capacitat d'obrar pot expressar en un document de voluntats anticipades les instruccions per a la realització d'actes i tractaments mèdics, per al cas en què es trobi en una situació en què no ho pugui decidir per ella mateixa. També pot designar la persona que, en substitució seva, ha de rebre la informació sobre la seva salut i decidir sobre la realització d'aquells actes i tractaments”. Aquí es torna a manifestar el caràcter subsidiari de l'assistent: si la persona ja ha designat la persona que en substitució seva haurà de rebre la informació i decidir sobre els tractaments mèdics, el nomenament d'assistent és improcedent, i, quant als tractaments mèdics, tampoc no caldrà el nomenament si la persona ha atorgat un document de voluntats anticipades a l'empara de l'art. 212-3.

2.7.2. Àmbit patrimonial

“En l'àmbit patrimonial, l'assistent ha d'intervenir, juntament amb la persona assistida, en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistència”. Aquest incís

⁶⁵ SCHWAB/Münchener Kommentar, § 1896, Rn. 42.

primer de l'art. 226-2.3 és de difícil intel·ligència. En primer lloc, per l'ús de l'expressió "intervenir". En efecte, "intervenir" té un sentit processal a l'art. 235-16.3 (la intervenció del fill en un procés de filiació) i de tràmit administratiu a l'art. 235-46 (la intervenció de l'entitat pública en un procés d'adopció), però no té un significat substantiu al llarg del Llibre II del CCCat. Per tant, es fa difícil saber què pretén indicar el legislador quan empra aquest terme, que no pot ser equivalent a "assistir" (cal recordar allò que hem dit a l'epígraf 2) ja que ara no es tracta de donar un complement de capacitat, puix la persona assistida té plena capacitat d'obrar, encara que necessiti d'un assistent per a tenir cura de la seva persona o interessos. I, en segon lloc, aquesta "intervenció" es produeix "juntament amb la persona assistida", és a dir, qui actua és la mateixa persona que necessita l'assistència, amb la intervenció de l'assistent, que no complementa la seva capacitat d'obrar. Sembla, doncs, que "intervenir" s'utilitza en un sentit purament material, com si es tractés d'acompanyar la persona assistida quan realitza l'acte en qüestió per al qual requereix l'assistència, però sense prestar cap consentiment per la persona assistida ni cap assentiment ni cap complement de capacitat que garanteixi l'eficàcia completa de l'acte. Es podria dir que la funció de l'assistent és essencialment de coneixement i de control, d'ajudar a la realització dels actes de la persona assistida amb transcendència jurídica.

Però encara és més difícil d'entendre el segon incís d'aquest art. 226-2.3. Literalment estableix el següent: "A petició de la persona assistida, l'autoritat judicial també pot conferir a l'assistent funcions d'administració del patrimoni de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta de fer actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa". Per consegüent, la persona assistida –no, doncs, sembla que el jutge ho pugui acordar d'ofici– pot demanar que l'assistent assumeixi funcions d'administració del patrimoni. I cal notar que, igual com la guarda de fet, aquesta administració es limita a l'ordinària, sense que es pugui ampliar a l'extraordinària, i no perquè ho digui aquest precepte, sinó perquè més endavant ho adverteix l'art. 226-6 quan només esmenta l'administració ordinària; òbviament, l'assistent està mancat de poder per a alienar béns de la persona assistida. Tanmateix, en la redacció del precepte, podria entendre's que la legitimació per a administrar conferida al l'assistent no és incompatible, ans al contrari, amb la facultat pròpia de la persona assistida de seguir administrant. És evident que una interpretació que permeti realitzar els mateixos actes d'administració a l'assistent i a la persona assistida només pot conduir a dificultats greus; d'una banda, perquè podria obligar a actuar conjuntament a assistent i persona assistida per a tots els actes d'administració, de manera que sense la participació d'ambdós l'acte no seria eficaç, i amb la possibilitat de

contradicció entre ells⁶⁶; de l'altra banda, perquè l'article següent, el 226-3, contempla l'anul·labilitat dels actes de la persona assistida realitzats sense la intervenció de l'assistent, per la qual cosa és clau conèixer amb exactitud quins són els actes per als quals és necessària la "intervenció" de l'assistent a fi d'evitar possibles impugnacions.

En conseqüència, s'hauria d'interpretar aquest article en el sentit que el jutge, a petició de la persona assistida, pot conferir funcions d'administració a l'assistent sobre els béns de la persona assistida però sempre que es concretin quins són els actes d'administració en particular i, en tal cas, l'administració resta conferida en exclusiva a l'assistent, mentre que la persona assistida, en ús de la seva capacitat d'obrar, podria actuar per si sol quant a la resta d'actes d'administració i tots els de disposició.

Amb això no es resolen tots els problemes. Segueix sense estar clar què significa "intervenir". Entès de la manera que proposem l'article, el més coherent és aproximar aquesta "intervenció" amb l'"assistència" que presta el curador, és a dir, una mena de complement de capacitat –cal insistir que l'assistent no és representant legal i no pot actuar com a tal en nom de la persona assistida, llevat que la llei ho prevegi expressament com succeeix en el vas dels tractaments mèdics que esmenta el citat art. 226-2.2– per les dificultats que té la persona assistida per a actuar per si mateixa, i l'absència d'aquest complement donaria lloc a la possibilitat d'anul·lació de l'article següent. Aquesta construcció topa amb la dificultat d'explicar com es pot complementar la capacitat d'una persona que té una disminució no incapacitant, és a dir, que no està ni incapacitada parcialment; però és la que millor concorda amb la resta de regulació, en particular l'art. 226-6, quan obliga l'assistent –aquí no és facultat del jutge sol·licitar-ho per la remissió a les regles de la tutela, a diferència de la guarda de fet– a retre comptes si ha administrat els béns de la persona assistida. No es tractaria, però, d'un complement per manca de capacitat suficient, sinó per la disminució no incapacitant que li impedeix tenir cura per si sola de la seva persona o dels seus béns. En aquest sentit, el millor dels paral·lelismes possibles seria amb el complement de capacitat dels menors emancipats (art. 211-12), atès que el menor emancipat s'assimila al major d'edat (art. 211-7), és a dir, a qui té capacitat d'obrar plena, i ens situaria en l'òrbita dels actes que enumera l'art. 236-27.1, que podria servir d'indici dels actes en què sigui necessària la intervenció

⁶⁶ Expressa la mateixa crítica per al dret alemany GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "La nueva legislación", pàg. 579.

2.8. Impugnació dels actes jurídics

2.8.1. L'anul·labilitat dels actes de la persona assistida

L'art. 226-3 recull una norma discutible: "Els actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de l'assistent, si aquesta intervenció és necessària, són anul·lables a instància de l'assistent o de la persona assistida. També ho són a instància del tutor, si es constitueix la tutela, i dels hereus de la persona assistida, en el termini de quatre anys a comptar de la posada en tutela o la mort d'aquesta". És discutible perquè l'anul·labilitat pressuposa manca de capacitat d'obrar –o vici de la voluntat, que aquí no és el cas–, i el punt de partida de l'assistència és, precisament, una disminució no incapacitant. Per consegüent, que s'estableixi una norma que permet l'anul·lació per manca d'intervenció de l'assistent quan sigui necessària i a instàncies de la mateixa persona assistida –la qual cosa torna a palesar que és una persona amb capacitat d'obrar– és difícil d'explicar.

En primer lloc, cal saber quins són els actes en què és necessària la intervenció de l'assistent, que són els únics que poden ser anul·lats per aquesta via. Només ho poden ser els que estiguin relacionats amb les funcions d'assistència, però és prou evident que els actes merament materials no poden ser impugnats, sinó que ha de tractar-se d'actes jurídics. Per això hem de pensar en el que hem indicat abans: que el jutge hagi atorgat facultats d'administració del patrimoni de la persona assistida. Els actes d'administració, doncs, podrien ser impugnats, però sorgeix un altre obstacle: d'entrada, assistent i persona assistida intervenen conjuntament en la realització de l'acte, per la qual cosa la persona assistida no estaria legitimada per a impugnar un acte que ha realitzat ella mateixa. La solució consisteix a reduir els actes anul·lables a aquells actes d'administració que el jutge hagi pogut conferir en exclusiva a l'assistent, sense que hi hagi de participar la persona assistida. L'anul·labilitat descansaria en aquest cas en aquella interpretació que hem proposat d'aproximar la "intervenció" en dits casos de l'assistent a un complement de capacitat. Tot i amb això, l'argumentació que oferim planteja altres dubtes: quin interès hi pot haver a anul·lar actes de mera administració ordinària, que són els únics que pot realitzar en l'àmbit patrimonial l'assistent? Encara menys té sentit per als actes en l'àmbit personal, ja que, per posar un exemple, el consentiment prestat a un tractament mèdic que un cop s'ha realitzat ja no té sentit anul·lar-lo.

Aparentment, podria tenir més raó d'ésser la legitimació de l'assistent, si ha estat legitimat judicialment per a administrar individualment i en canvi l'acte l'ha realitzat la persona assistida per si sola, i, en particular, la del tutor, si es constitueix després la tutela,

ja que en tal cas és que, en realitat, a la persona assistida li mancava capacitat d'obrar i precisament per aquest motiu ha estat incapacitada, de manera que aleshores sí pot ser pertinent l'anul·lació de l'acte en qüestió realitzat per la persona assistida sense la intervenció de l'assistent; ara bé, en realitat tal acte podria ser impugnat en qualsevol cas, hi hagués o no nomenat un assistent per a la persona, per defecte de capacitat en la persona que l'atorga d'acord amb els art. 1301 i seg. CC espanyol. Les mateixes dificultats es plantegen en el cas de la legitimació que es reconeix als hereus de la persona assistida. En tot cas, com en qualsevol altra pretensió d'anul·lació, el termini per exercir-la és de quatre anys a comptar des de la constitució de la tutela o des de la mort de la persona assistida.

2.8.2. Impugnació dels actes de l'assistent

Cap norma, en canvi, preveu la impugnació dels actes que realitzi l'assistent. Quan es tracta d'actes que hagin de realitzar conjuntament assistent i persona assistida no hi ha problema, ja que sense la participació d'ambdós l'acte no serà completament eficaç. La dificultat apareix en els actes que compet realitzar en exclusiva a l'assistent en exercici de les funcions d'administració conferides per l'autoritat judicial. Tenint en compte que l'assistent no és representant legal de la persona assistida, i que no es requereix cap autorització judicial, no és possible pensar en l'aplicació analògica de l'art. 222-46. Per consegüent, la via més factible és acudir a l'acció de responsabilitat per demanar una indemnització pels danys que hagi pogut ocasionar l'assistent en la seva actuació com a administrador. La legitimació per a l'exercici d'aquesta acció, a banda de la mateixa persona assistida, correspondria als hereus de la persona assistida i al tutor que es pogués nomenar a la persona assistida en cas que fos incapacitada.

2.9. Modificació de l'assistència

L'assistència pot ser objecte de modificació quant a l'abast de les seves funcions. Aquesta modificació pot consistir tant en la reducció com en l'ampliació de l'àmbit de les funcions de l'assistent, sempre que la modificació sigui necessària en atenció a les circumstàncies, és a dir, a l'interès de protecció de la persona assistida. Per consegüent, l'assistència no es presenta com un institut rígid ni en la seva constitució ni en el seu desenvolupament, ja que es pot anar adaptant als canvis en l'estat de la persona protegida, ja sigui reduint la intervenció de l'assistent o, el que és el mateix, ampliant la seva esfera d'actuació individual, ja sigui a l'inrevés, incrementant els actes en els quals és

necessària la intervenció de l'assistent, bé de manera conjunta amb la persona assistida, bé conferint-li més àmbits d'administració ordinària exclusiva.

La legitimació per a sol·licitar la modificació de l'assistència, que només pot ser acordada per l'autoritat judicial, planteja una dificultat interpretativa: "a instància de part, inclosa la persona assistida", comença dient l'art. 226-4.1. Sorprèn, en efecte, que mentre que l'assistència només es pot constituir a petició de la persona assistida, la modificació es pugui obtenir "a instància de part, inclosa la persona assistida", de manera que, un cop constituïda l'assistència, la modificació del seu abast deixa de ser una exclusiva de la persona assistida. Però encara sorprèn més aquesta amplitud i inconcreció que suposa "a instància de part". A qui es refereix el precepte? En principi, a qualsevol persona: literalment, tothom podria demanar la modificació de l'assistència d'una altra persona. Òbviament, aquesta interpretació de l'article no és raonable, ja que conduiria a una mena d'acció pública; caldrà, almenys, que qui sol·liciti la modificació hi tingui un interès. Això inclou els familiars de la persona assistida i totes aquelles persones que, d'acord amb l'art. 222-14, estan obligades a promoure la constitució de la tutela, incloent-hi el ministeri fiscal.

L'assistent, per la seva banda, està obligat a promoure la modificació de l'assistència quan concorren circumstàncies que així ho recomanen i ho ha de comunicar a l'autoritat judicial a fi que es faci efectiva l'ampliació o la reducció de les funcions d'assistència.

2.10. L'extinció de l'assistència

L'art. 226-5 es dedica a l'extinció de l'assistència. L'apartat 1 enumera tres causes d'extinció: a) la mort o la declaració de mort o d'absència de la persona assistida; b) la desaparició de les circumstàncies que la van determinar; i c) la incapacitació de la persona assistida. La primera de les causes és lògica: si mor la persona assistida o es declara la seva absència, l'assistència ja no té sentit, perquè no hi ha funcions d'assistència que complir. La tercera és una conseqüència del caràcter no incapacitant de l'assistència: si la persona assistida perd les seves facultats intel·lectuals i esdevé incapacitada, l'assistència no és la institució idònia, i aleshores caldrà nomenar un tutor o un curador, segons el cas i el criteri de l'autoritat judicial competent.

Cal, doncs, centrar l'atenció en la segona de les causes, la desaparició de les circumstàncies que la van determinar. Òbviament, aquesta desaparició de les causes no es pot referir a una pèrdua de les facultats volitives, ja que aquest és el supòsit de la causa c), és a dir, la incapacitació de la persona. Per tant, es tractaria del supòsit en què la disminució física o psíquica de la persona assistida ha remès i ja no necessita l'assistent

per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns. La persona pot actuar completament per si sola i la figura de l'assistent, que recordem-ho és subsidiària, esdevé innecessària. Per aquest motiu, l'apartat segon de l'art. 226-5 indica que "l'autoritat judicial, a instància de part, ha de declarar el fet que dóna lloc a l'extinció de l'assistència i ha de deixar sense efecte el nomenament de l'assistent". Torna a sobtar que es digui que l'autoritat judicial decideix "a instància de part", quan sembla que només la persona assistida hauria d'estar legitimada per la cessació de l'assistència quan és ella qui l'ha sol·licitada; aquesta ampliació no es pot referir a l'assistent, ja que la seva legitimació específica per a instar l'extinció de l'assistència està especificada, com ja s'ha avançat, a l'art. 226-4.2. Per consegüent, caldrà entendre, ja que no es limita la legitimació a la persona assistida, que també estan legitimats els familiars més propers de la persona assistida, encara que aquesta ampliació legal de la legitimació per a instar l'extinció de l'assistència té una justificació més aviat escassa.

2.11. Rendició de comptes

Extingida l'assistència, l'assistent només ha de retre comptes en el supòsit que hagi administrat els béns de la persona assistida. Per indicació de l'art. 226-6, s'apliquen les normes previstes per a la tutela, per la qual cosa cal acudir a l'art. 222-49, del qual en resulta que "en el termini de sis mesos a partir de l'extinció d'aquella, prorrogables judicialment, per una causa justa, per un altre període de tres mesos com a màxim. L'obligació es transmet als hereus si la persona obligada mor abans de la rendició de comptes, però, en aquest cas, el termini se suspèn entre la defunció i l'acceptació de l'herència". L'aplicació del mateix termini que la tutela no és massa coherent amb l'abast distint de les respectives funcions. Tanmateix, segons el segon apartat d'aquest article, si no es compleix amb l'obligació de retre comptes, el representant legal de la persona assistida o els seus hereus disposen de tres anys d'ençà el venciment d'aquest termini per a reclamar la rendició de comptes. Les despeses que generi la rendició de comptes són a compte del patrimoni de la persona assistida.

Igualment esdevé aplicable l'art. 222-50 que preveu la rendició de comptes en els supòsits en què l'assistent cessi per una altra causa –per exemple, la remoció– en l'exercici del seu càrrec.

4. La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit

4.1. ASPECTES GENERALS

Els art. 227-1 a 227-9 del CCCat incorporen al dret civil de Catalunya una nova institució de protecció de la persona: el *patrimoni protegit*. El Preàmbul, III-b) la descriu assenyalant que el patrimoni protegit "comporta l'afectació de béns aportats a títol gratuït per la persona constituent, i també dels seus rendiments i béns subrogats, a la satisfacció de les necessitats vitals d'una persona afectada per discapacitat psíquica o física d'una certa gravetat o per una situació de dependència igualment severa" (vegeu també l'art. 227-2.1). Aquesta afectació de béns es tradueix en l'existència d'un patrimoni separat i destinat a fer front a les necessitats de la persona discapacitada, que, a més, tindrà el seu propi patrimoni, com tota persona.

Per exemple, els pares d'un nen discapacitat decideixen afectar una sèrie de béns fructífers a les necessitats, actuals i futures, del seu fill. Aquest nou patrimoni és totalment independent dels patrimonis dels pares i del patrimoni propi del fill.

Per la seva finalitat, el patrimoni protegit no solament és perfectament compatible, sinó també complementari de les altres institucions de protecció de la persona. Així, per exemple, pot haver-hi un patrimoni protegit que garanteixi la viabilitat de la tutela d'una persona incapacitada.

El legislador català ha regulat aquesta figura amb la finalitat de millorar i fer més viable i atractiva una figura amb la que té algunes semblances, regulada en el dret estatal (Ley 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de las personas con discapacidad), i en relació amb la qual el Preàmbul, III-b) assenyala que "s'ha pogut detectar que, malgrat els beneficis fiscals que estableix la legislació estatal, els casos en què les famílies catalanes han fet servir aquest instrument han estat més aviat pocs".

4.2. ESTRUCTURA DEL PATRIMONI PROTEGIT

El patrimoni protegit és un patrimoni independent, sense personalitat jurídica, i que no és propietat de ningú, com remarca l'art. 227-2.1 en assenyalar que sobre el mateix, ni el constituent, ni l'administrador ni el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real; és a dir, el patrimoni protegit és un patrimoni sense titular. El caràcter independent del patrimoni protegit queda palès pel fet mateix que li cal una denominació que l'identifica, que ha de constar necessàriament en l'escriptura de constitució del patrimoni, i que s'ha de fer mitjançant l'expressió "patrimoni protegit a favor de" seguida del nom i els cognoms del beneficiari (art. 227-3.c; vegeu també l'art. 227-2.1).

Tot i que l'existència d'un patrimoni sense titular pugui semblar estrany o paradoxal en el nostre ordenament jurídic, no és una situació excepcional. Pensem, per exemple, en el cas de l'herència jacent: en el període que va des de la mort del causant fins l'acceptació per part del cridat a ser hereu, l'herència no té un titular actual.

Que el patrimoni protegit sigui un patrimoni sense titular no impideix que els béns que l'integren siguin inscriptibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics *a favor del mateix patrimoni* amb la denominació que consta en l'escriptura de constitució d'acord amb l'article 227-3.2.c (art. 227-9.1). Que els béns s'inscriguin *a favor del mateix patrimoni* no perjudica la titularitat –que no n'hi ha-, sinó que es tracta del mecanisme tècnic necessari per possibilitar la inscripció dels béns.

Podem afirmar que el patrimoni protegit és un patrimoni fiduciari semblant al *trust* anglosaxó, si bé limitat al seu àmbit d'actuació específic, de protecció de les persones discapacitades o dependents. En efecte, el patrimoni protegit es crea per a què amb els seus béns, els seus rendiments i subrogats, siguin satisfetes les necessitats vitals del beneficiari (art. 227-2.1 i 227-4.3); el patrimoni protegit és, per tant, una patrimoni vinculat única i exclusivament a la finalitat que descriu aquest article, el que significa que no pot ser utilitzat per altres finalitats.

Els articles que regulen el patrimoni protegit no descriuen què s'ha d'entendre per "necessitats vitals del beneficiari". És per això que, tret que el constituent del patrimoni protegit hagi especificat el sentit d'aquesta expressió, adaptant-lo a les circumstàncies concretes del cas, haurem de buscar-ne el sentit en els articles del CCCat que fan referència al dret d'aliments. En aquest sentit, a més de l'art. 237-1, que descriu el

contingut del dret d'aliments, cal fer referència especial, per la seva claredat, a l'art. 427-30, quan descriu el llegat d'aliments assenyalant que "comprèn tot el que sigui necessari per al manteniment, l'habitatge, el vestit, l'assistència mèdica i l'educació de l'afavorit".

Podem observar ja que, en relació amb el patrimoni protegit, intervenen tres persones, o grups de persones, que després estudiarem amb més detall: el constituent el beneficiari, i l'administrador. Cap d'ells és propietari ni té cap dret real sobre el patrimoni protegit, de manera que els seus patrimonis individuals estan absolutament desvinculats de les vicissituds del patrimoni protegit. En aquest sentit, podem constatar la independència absoluta del patrimoni protegit en la primera part de l'art. 227-2.2, en assenyalar que "el patrimoni protegit no respon de les obligacions del beneficiari, ni tampoc de les del constituent o de qui hi va fer aportacions". Com remarca el Preàmbul, III-b), el patrimoni protegit "únicament queda vinculat per les obligacions concretes per l'administrador per a atendre les necessitats vitals de la persona protegida". Lògicament, la figura del patrimoni protegit no pot ser utilitzada per a defraudar els drets de tercers, especialment dels creditors. És per això que la segona part de l'art. 227-2.2 estableix que les aportacions fetes a un patrimoni protegit després de la data del fet o de l'acte del qual neixi un dret de crèdit no perjudiquen els creditors de la persona que les va fer, si manquen altres recursos per a cobrar-lo; així mateix, tampoc no perjudiquen els legitimaris.

4.3. ELS BENEFICIARIS DEL PATRIMONI PROTEGIT

4.3.1. NOMÉS PODEN SER BENEFICIÀRIES DEL PATRIMONI PROTEGIT LES PERSONES DISCAPACITADES O EN SITUACIÓ DE DEPENDÈNCIA

Només poden ser beneficiàries del patrimoni protegit les persones afectades per una discapacitat psíquica o física d'una certa gravetat o per una situació de dependència igualment severa. El CCCat no defineix estrictament què s'entén per discapacitat o dependència, sinó que ho fa per una remissió genèrica a altres lleis. En aquest sentit, l'art. 227-1.1 estableix que poden ésser beneficiàries de patrimoni protegit les persones amb discapacitat psíquica igual o superior al 33% o amb discapacitat física o sensorial igual o superior al 65%, i les persones que estan en situació de dependència de grau II o III, d'acord amb la legislació aplicable.

Sobre la concreció de les situacions esmentades, vegeu la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, el RD 1414/2006, d'1 de desembre, que desenvolupa aquesta llei, i la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*.

Finalment, l'acreditació del grau de discapacitat o de dependència es fa per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent o per mitjà d'una resolució judicial ferma (art. 227-1.2). Aquesta resolució judicial pot ser de dos tipus:

1r. Una resolució específica que decideix una controvèrsia sobre l'existència o el grau d'una minusvalia o una situació de dependència.

2n. Una sentència d'incapacitació en la que, tot i que l'art. 760 LEC no ho esmenti específicament, entenem que no hi ha inconvenient per tal que la sentència es pronunciï també sobre el grau de discapacitat o de dependència.

Cal destacar també que l'acreditació del grau de discapacitat o de dependència fet per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent no perjudica l'existència d'una causa d'incapacitació, si bé és evident que constitueix un argument que el jutge, si escau, haurà de tenir en compte en un hipotètic procés d'incapacitació.

4.3.2. EL BENEFICIARI POT SER EL CONSTITUENT DEL PATRIMONI PROTEGIT, PERÒ NO EL SEU ADMINISTRADOR

El constituent i el beneficiari d'un patrimoni protegit poden ser una mateixa persona. Així ho destaca l'art. 227-3.1: "Tota persona, inclosa la beneficiària, pot constituir un patrimoni protegit". Això possibilita que una persona organitzi la seva protecció futura, des del punt de vista patrimonial, en previsió que pugui caure en una situació de minusvalia o dependència. No hi ha cap risc anormal pels titulars de crèdits posteriors a la constitució del patrimoni protegit, ja que sabem que l'únic patrimoni de responsabilitat és el patrimoni personal del deutor, en el que ja no figuren els béns que han passat a integrar el patrimoni protegit.

En canvi, el beneficiari no pot ser, alhora, administrador del patrimoni protegit (art. 227-3.2.e), ja que aquesta situació podria donar lloc a frauds dels drets dels creditors.

Finalment, si bé el cas més habitual serà que el beneficiari sigui una única persona, la llei no exclou que hi hagi una pluralitat de beneficiaris, com palesa l'art. 227-7.1.c, que assenyala que el patrimoni protegit s'extingeix per renúncia de *tots* els beneficiaris, el que significa, lògicament, que n'hi havia més d'un.

Aquest és l'argument definitiu, i més concloent. No ho és tant, en canvi, la utilització que, els art. 227-1 a 227-9 fan del plural a l'hora de referir-se als beneficiaris, ja que de vegades és un mer recurs estilístic (com en els art. 227-1.1 i 227-3.2.e), i d'altres vegades s'utilitza el singular (cas dels art. 227-2.2 i 227-4.2, per exemple). Caldria que el legislador fes servir un criteri únic, en aquesta matèria, en tot l'àmbit del CCCat.

La possibilitat de designar una pluralitat de beneficiaris pot ser útil en el cas de la designació de germans, o també en el cas d'un matrimoni que, en previsió de la possible situació de dependència, decideix constituir un patrimoni protegit.

4.4. LA CONSTITUCIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

4.4.1. EL CONSTITUENT

El criteri del CCCat és generós a l'hora d'establir la legitimació per constituir un patrimoni protegit: qualsevol persona, inclosa la beneficiària, pot constituir un patrimoni protegit (art. 227-3-1). La única limitació que adopta el CCCat és, com hem apuntat anteriorment, que el constituent no pot ser, a més, alhora administrador i beneficiari del patrimoni (art. 227-4.2).

El caràcter ample i flexible d'aquests criteris de legitimació permet fer dues precisions addicionals:

1^a. Malgrat la utilització del singular en l'art. 227-3-1, és possible que *diverses persones constitueixin alhora un patrimoni protegit*. Aquesta afirmació resulta evident quan els béns que s'aporten al patrimoni estan en situació de comunitat, però també és aplicable quan diverses persones aporten béns de titularitat exclusiva a un patrimoni que decideixen que sigui únic, en comptes de constituir una pluralitat de patrimonis diferents. En aquest cas, l'autonomia de la voluntat juga un paper fonamental (art. 111-6).

Es tractaria d'una situació semblant a la dels art. 119 a 122 LH, que permet constituir una única hipoteca sobre varies finques -pertanyents a una o a diverses persones- en garantia d'un únic crèdit.

2^a. És possible que una *persona jurídica* constitueixi un patrimoni protegit. Hi ha dos arguments sòlids per mantenir aquesta afirmació. D'entrada, ja que l'expressió "tota persona", que utilitza l'art. 227-3.1 no ho exclou. En segon lloc, perquè l'art. 227-4.1 permet que l'administrador sigui una persona jurídica i, com hem vist abans, l'administrador pot ser el mateix constituent del patrimoni protegit.

D'altra banda, la constitució d'un patrimoni protegit pot ser un instrument idoni per donar resposta a l'interès d'una persona jurídica. Pensem, per exemple, en la societat anònima que constitueix un patrimoni protegit a benefici dels fills menors d'un dels seus treballadors, mort en un accident laboral.

4.4.2. EL NEGOCI DE CONSTITUCIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

3.4.2.1. Tipologia

El CCCat no precisa gens la tipologia dels negocis que poden servir per constituir un patrimoni protegit. Les escasses referències al negoci de constitució són les següents:

1^a. L'*expressió de la voluntat* de constituir un patrimoni protegit (art. 227-3.2.b). La única voluntat que intervé és la del constituent (art. 227-3.1: "tota persona ... pot constituir un patrimoni protegit"); es tracta d'un negoci unilateral, del que no forma part la possible acceptació del beneficiari (art. 227-3.1), a la que farem referència posteriorment.

2^a. La voluntat expressada va referida a una *finalitat* (causa) molt concreta: satisfer les necessitats vitals dels beneficiaris (art. 227-3.2.b).

3^a. L'aportació de béns que el constituent fa per complir aquesta finalitat és *a títol gratuït* (art. 227-2.1).

4ª. No cal que l'aportació de béns sigui simultània a l'expressió de la voluntat de constituir el patrimoni protegit, sinó que es pot fer en el futur (art. 227-3.2.d: "es fa o es farà").

5ª. Des del punt de vista formal, la voluntat s'ha d'expressar en una *escritura pública* (art. 227-3.2 i 3).

Aquestes dades tipificadoras del negoci de constitució d'un patrimoni protegit permeten mantenir que aquest negoci pot ser tant entre vius com per causa de mort.

Per la similitud del supòsit de fet, vegeu els art. 331-3 i 334-2, que també permeten constituir tant per acte entre vius com per causa de mort les fundacions i els anomenats fons especials.

En el cas que la constitució del patrimoni protegit es faci per negoci entre vius, ens trobem davant d'un tipus negocial específic. En aquest cas, la constitució és immediata, amb independència que l'aportació efectiva dels béns es faci amb posterioritat.

Si el patrimoni protegit es constitueix *mortis causa*, la voluntat de constituir un patrimoni protegit s'ha de vehicular en un dels negocis per causa de mort taxats pel CCCat, i està subjecte als requisits i vicissituds del mateix. Així, si es fa en testament, és revocable fins el moment de la mort del causant; si s'inclou en un pacte successori, estarà subjecte als criteris de revocabilitat per voluntat unilateral de l'art. 431-14. Cal remarcar que el negoci *mortis causa* és tan sols el vector o vehicle que el constituent utilitza per articular el negoci específic de constitució del patrimoni protegit; és per això que ni el mateix patrimoni -que no té personalitat jurídica- ni els beneficiaris es poden qualificar com a hereus o legataris.

Finalment, quan el patrimoni protegit es constitueix en interès d'una persona diferent del constituent, cal l'acceptació del beneficiari o, si escau, la dels seus representants legals (art. 227-3.1). L'acceptació fa que el beneficiari adquireixi el dret a gaudir del patrimoni protegit. A més, si el negoci de constitució va ser entre vius, l'acceptació del beneficiari el fa irrevocable, de manera semblant a l'acceptació de la donació (art. 531-8).

3.6.2.2. Contingut

L'art. 227-3 distingeix entre un contingut obligatori de l'escritura de constitució del patrimoni protegit i un d'opcional o facultatiu.

Com a contingut obligatori, l'apartat segon del precepte esmentat estableix que en l'escriptura *s'han de fer constar* les dades següents:

a) *El constituent i els beneficiaris, i també les circumstàncies d'aquests que autoritzen la constitució del patrimoni protegit.* Ja que la redacció del precepte no és massa clara, cal precisar que "les circumstàncies d'aquests que autoritzen la constitució" es refereix a la concurrència, en els beneficiaris, d'alguna de les causes de minusvalia o dependència a que fa referència l'art. 227-1.1.

b) *L'expressió de la voluntat de constituir un patrimoni protegit i d'afectar els béns que l'integren a la satisfacció de les necessitats vitals dels beneficiaris.*

c) *La denominació del patrimoni protegit, que s'ha de fer mitjançant l'expressió "patrimoni protegit a favor de" seguida del nom i els cognoms del beneficiari.* Aquesta dada d'identificació és fonamental, ja que la inscripció en el Registre de la Propietat o en altres registres públics es fa a favor del patrimoni identificat d'aquesta manera.

d) *La descripció dels béns objecte de l'aportació i de la forma com es fa o es farà.*

e) *Les persones designades per a administrar el patrimoni protegit, que no poden ésser els beneficiaris.* En relació amb l'administració del patrimoni, vegeu l'apartat tercer del mateix art. 227-3 i l'art. 227-4.

f) *Les persones davant les quals s'han de retre comptes en cas de conflicte d'interessos.* En relació amb la rendició de comptes, vegeu l'art. 227-6.

Com a contingut opcional o facultatiu, l'apartat tercer del mateix art. 227-3 estableix que en l'escriptura *s'hi pot* fer constar qualsevol altra disposició referent al patrimoni protegit, especialment les normes d'administració dels béns que l'integren, les facultats de disposició i administració conferides a l'administrador i les garanties que aquest ha de prestar. També hi pot constar la destinació del romanent del patrimoni protegit per al moment en què aquest s'extingeixi d'acord amb l'article 227-7.

3.7. APORTACIONS SUCCESSIVES

El patrimoni protegit no és un patrimoni estàtic, sinó que es pot veure incrementat per aportacions posteriors, fetes pel mateix constituent o per terceres persones. Aquestes aportacions successives s'han de formalitzar en escriptura pública i la seva administració s'ha de subjectar al que s'hagi establert en l'escriptura de constitució (art. 227-3.4). No obstant això, si la persona que fa l'aportació considera que les normes d'administració que conté l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no serveixen adequadament la seva finalitat, pot demanar al jutge que les modifiqui (art. 227-4.6).

En relació amb aquest tema, l'art. 227-3.4 fa una remissió errònia al paràgraf cinquè de l'art. 227-4, que s'ha d'entendre feta al paràgraf sisè.

3.8. L'ADMINISTRACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

Com sabem, una de les característiques més rellevants del patrimoni protegit és que no té titular. Ningú no és propietari ni té un dret real sobre el mateix: ni l'administrador, ni el constituent ni el beneficiari (art. 227-2.1). Aquesta característica augmenta de manera exponencial la importància d'una bona administració del patrimoni, ja que només d'aquesta manera se'n pot garantir la subsistència i la obtenció d'una rendibilitat correcta, que permeti assolir les finalitats que el constituent es va proposar. És per aquest motiu que el CCCat conté unes regles força detallades sobre el funcionament de l'administració del patrimoni protegit, en els art. 227-4 a 227-6; a més, com a regulació supletòria, aquests preceptes fan una remissió a les regles de la tutela (art. 227-4.1 i 5, i art. 227-6.3).

3.6.1. PERSONES LEGITIMADES PER A ADMINISTRAR

L'administració del patrimoni protegit correspon a la persona física o jurídica designada en l'escriptura pública de constitució del patrimoni protegit (art. 227-4.1). L'únic límit és que l'administrador no pot ser el beneficiari d'aquest patrimoni, però sí que en pot ser el constituent (art. 227-3.3 i 227-4.2)

En el cas que persona designada no pugui o no vulgui acceptar el càrrec, o bé renunciï a continuar exercint-lo, qualsevol persona interessada o el ministeri fiscal poden sol·licitar al jutge el nomenament d'un administrador (art. 227-4.1).

L'últim incís de l'art. 227-4.1 estableix que són aplicables als administradors del patrimoni protegit les normes de la tutela en matèria d'aptitud, excusa i remoció del tutor (vegeu els art. 222-15 a 222-19).

3.6.2. ACTUACIÓ DE L'ADMINISTRADOR

L'administrador ha de conservar els béns que integren el patrimoni protegit, n'ha de mantenir la productivitat i els ha d'aplicar, directament o per mitjà dels seus rendiments, a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari; per tal de complir la finalitat per a la qual es va constituir el patrimoni protegit, l'administrador pot contreure obligacions a càrrec del mateix (art. 227-4.3 i 4). A més, l'administrador està legitimat per a defensar processalment el patrimoni protegit (art. 227-4.4).

Si l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no estableix res respecte a les facultats de disposició i administració sobre els béns afectats, o si el que s'estableix resulta insuficient, s'apliquen a l'administrador els articles 222-40 a 222-46, en matèria d'administració dels béns del tutelat (art. 227-4.5).

Finalment, cal remarcar que les normes d'administració que conté l'escriptura de constitució del patrimoni protegit no són immutables, ja que si no serveixen adequadament la seva finalitat, qualsevol persona interessada o el ministeri fiscal poden sol·licitar a l'autoritat judicial que les modifiqui (art. 227-4.6).

3.6.3. EL CONTROL DE L'ADMINISTRACIÓ

3.6.3.1. La rendició anual de comptes

El control habitual de l'administració és el que deriva de la rendició de comptes que l'administrador ha de fer anualment al beneficiari o als seus representants legals (art. 227-6.1). A més, si escau, els comptes s'han de retre davant la persona designada per al cas de conflicte d'interessos (art. 227-6.1 i 227-3.2.f).

En el cas que, en constituir el patrimoni protegit, s'hagi designat una persona especialment encarregada de supervisar l'administració, també a ella se li haurà de retre comptes anualment; i, també, si s'ha previst expressament en l'escriptura de constitució, caldrà retre comptes al mateix constituent o als seus hereus (art. 227-6.2).

Finalment, són aplicables a la rendició de comptes del patrimoni protegit els articles 222-31 i 222-32, referents a la tutela, llevat que l'escriptura de constitució del patrimoni protegit disposi una altra cosa (art. 227-6.3).

Per error, aquest precepte fa referència a la "rendició dels comptes de la tutela", en comptes de "la rendició dels comptes del patrimoni protegit".

L'art. 222-31 es refereix pròpiament a la rendició anual de comptes de la tutela, i l'art. 222-32 a l'informe que, en ocasió de la rendició de comptes, ha d'emetre el tutor sobre la situació personal del tutelat.

3.6.3.2. Les mesures addicionals de control

Com hem vist anteriorment, l'art. 227-3.3 permet que, en l'escriptura de constitució del patrimoni protegit, es faci constar "qualsevol altra disposició referent al patrimoni protegit, especialment les normes d'administració dels béns que l'integren, les facultats de disposició i administració conferides a l'administrador i les garanties que aquest ha de prestar". De manera poc sistemàtica i fins i tot redundat, l'art. 227-5.1 afegeix que "en constituir el patrimoni protegit, es poden designar persones que en supervisin l'administració i es poden adoptar les mesures de control de la gestió de l'administrador que es considerin convenients".

Té, en canvi, més utilitat el segon apartat del mateix art. 227-5 que, de manera imperativa, estableix que "si els beneficiaris del patrimoni protegit són menors d'edat o incapacitats, s'ha d'aplicar el que l'article 221-5 estableix sobre la facultat de l'autoritat judicial d'acordar d'ofici les mesures que estimi necessàries per al bon funcionament de l'administració del patrimoni protegit".

L'art. 221-5 estableix el següent:

"1. L'autoritat judicial, d'ofici o a instància del ministeri fiscal, dels titulars de les funcions de protecció, de la mateixa persona assistida o de les persones cridades a l'exercici de la tutela d'acord amb l'article 222-10, pot acordar, en qualsevol moment, les mesures que estimi necessàries per a controlar el bon funcionament de la institució de protecció, sens perjudici de les mesures de control previstes per la persona interessada o pels progenitors del menor o incapacitat.

2. L'autoritat judicial, per al seguiment de l'evolució i de les condicions de vida de les persones i amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial, pot requerir la intervenció d'especialistes, que tenen la consideració d'auxiliars dels tribunals".

3.7. EXTINCIÓ I LIQUIDACIÓ DEL PATRIMONI PROTEGIT

3.7.1. CAUSES D'EXTINCIÓ

Per la seva finalitat, de fer front a les necessitats de persones amb minusvalies o en situació de dependència, el patrimoni protegit és necessàriament temporal, ja que si no s'extingeix abans per una altra causa, ho farà quan mori el beneficiari (o, si n'hi havia més d'un, l'últim dels beneficiaris).

Cal tenir en compte que, malgrat l'expressió de l'art. 227-7, que el patrimoni protegit *s'extingeix*, en realitat el que succeeix és que aquell règim jurídic específic d'aquell patrimoni desapareix i els béns que el formaven passen a integrar-se en un altre patrimoni.

L'art. 227-7 enumera les causes d'extinció. En el primer apartat n'enumera quatre, que tenen com a denominador comú el seu automatisme o, si més no, el no requerir la intervenció judicial (lògicament, tret que hi hagi una discussió no resolta sobre la concurrència mateixa de la causa d'extinció del patrimoni protegit). Són les següents:

- a) Mort o declaració de mort del beneficiari.
- b) Pèrdua de la condició de persona discapacitada o en situació de dependència.
- c) Renúncia de tots els beneficiaris.
- d) Expiració del termini pel qual es va constituir el patrimoni protegit, o compliment d'alguna condició resolutòria establerta en l'escriptura de constitució.

El segon apartat del mateix art. 227-7 es refereix a una altra causa l'apreciació de la qual requereix necessàriament la intervenció judicial. En concret, aquest precepte estableix que "a instància del constituent o dels seus hereus, l'autoritat judicial ha de disposar l'extinció del patrimoni protegit si el beneficiari incorre en una causa d'ingratitude envers el constituent, d'acord amb el que estableix l'article 531-15.1.d en matèria de revocació de donacions".

En concret, l'art. 531-15.1.d) estableix que "són causes d'ingratitude els actes penalment condemnables que el donatari o donatària faci contra la persona o els béns del donant o la donant, dels fills, del cònjuge o la cònjuge o de l'altre membre de la unió estable de parella, i també, en general, els que representen una conducta amb relació a les mateixes persones no acceptada socialment".

Finalment, cal tenir en compte que, tot i que el art. 227-7 no en fa referència, el patrimoni protegit es pot extingir quan s'extingeixen tots els béns que en formaven part, la qual cosa es pot produir per la seva desaparició física o bé per haver estat consumits en la seva totalitat per fer front a les necessitats de la persona discapacitada o en situació de dependència.

3.7.2. LIQUIDACIÓ I RENDICIÓ FINAL DE COMPTES

Un cop el patrimoni protegit s'ha extingit, cal procedir a la seva liquidació, que ha de ser feta per les persones designades en l'escriptura de constitució o, si no n'hi ha, per l'administrador (art. 227-7.3).

Finalment, l'apartat quart del mateix art. 227-7 estableix que "l'extinció del patrimoni protegit per alguna de les causes que estableix aquest article comporta l'obligació de l'administrador de retre comptes finals de la seva gestió davant de la persona beneficiària o dels seus hereus". Aquesta norma, afegida durant la tramitació parlamentària del Llibre II CCCat, està plenament justificada, però conté un error de redacció que pot donar lloc a confusions. En efecte, d'acord amb la literalitat de l'article, el deure de retre comptes només té lloc si l'extinció del patrimoni protegit es produeix "per alguna de les causes que estableix aquest article", el que significa que si l'extinció s'ha produït per una causa que no hi figura, com ara la desaparició o el consum de tots els béns, no cal retre comptes. Aquesta conclusió no està justificada, des del punt de vista de la finalitat mateixa de la figura del patrimoni protegit, ja que també en aquests casos, especialment quan tots els béns del patrimoni han estat consumits, és convenient controlar l'actuació de l'administrador. En conclusió, cal estendre el deure de retre comptes a *qualsevol* causa d'extinció del patrimoni protegit.

Una vegada practicada la liquidació del patrimoni protegit, la persona que l'ha feta ha de donar al romanent la destinació establerta en l'escriptura de constitució, que pot incloure la reversió dels béns al constituent o als seus hereus (art. 227-8.1 i 227-3.3; sobre la reversió de les donacions, que pot servir de regulació supletòria per al cas que ara ens ocupa, vegeu l'art. 531-19). En el cas que l'escriptura de constitució no estableixi la destinació dels béns o si aquesta no es pot complir, el romanent ha de revertir al constituent o als seus hereus testamentaris o legals. En cas de successió per la Generalitat, s'ha d'adjudicar a una entitat no lucrativa que tingui per finalitat la protecció de persones amb discapacitats o en situació de dependència (art. 227-8.2).

3.8. PUBLICITAT REGISTRAL

3.8.1. ÀMBIT GENERAL: EL REGISTRE DE PATRIMONIS PROTEGITS

La DA 1^a de la Llei 25/20010, que va aprovar el Llibre segon del CCCat, crea l'anomenat Registre de Patrimonis Protegits, que estarà adscrit al Departament de Justícia de la Generalitat i, més concretament, a la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (la redacció del núm. 1r de l'esmentada DA 1^a es molt genèrica pel que fa a l'adscripció administrativa, en establir que el Registre de Patrimonis Protegits estarà "adscrit al departament competent en matèria de dret civil mitjançant el centre directiu que tingui atribuïda la competència"). L'organització, el funcionament i la publicitat d'aquest Registre s'han d'establir per reglament (DA 1^a, núm. 3r).

L'apartat segon de l'esmentada DA 1^o estableix que en el Registre de Patrimonis Protegits s'hi han de fer constar les dades següents:

- a) Les escriptures de constitució de patrimonis protegits i les seves modificacions.
- b) Les escriptures d'aportació de béns a patrimonis protegits ja constituïts i inscrits en el Registre.
- c) Els canvis en la persona de l'administrador de patrimonis protegits inscrits en el Registre.
- d) Les mesures adoptades judicialment, amb caràcter transitori o permanent, referides a l'administració de patrimonis protegits inscrits en el Registre.

3.8.2. ÀMBITS ESPECÍFICS DE PUBLICITAT

L'art. 227-9 estableix algunes dades fonamentals de la publicitat del patrimoni protegit en àmbits específics. En aquest sentit, l'apartat 1r de l'esmentat article estableix que "els béns que integren el patrimoni protegit són inscriptibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics a favor del mateix patrimoni amb la denominació que consta en l'escriptura de constitució d'acord amb l'article 227-3.2.c", és a dir, mitjançant l'expressió "patrimoni protegit a favor de" seguida del nom i els cognoms del beneficiari.

Aquest precepte permet, per tant, inscriure el règim de patrimoni protegit en el Registre de la Propietat, en el cas dels immobles, en el Registre de Béns Mobles, pel que

fa a aquest tipus de béns, i en el Registre Mercantil, si en el patrimoni protegit figura una empresa.

En qualsevol cas, "en la inscripció dels béns que integren el patrimoni protegit, s'han de fer constar les facultats conferides a l'administrador, les causes d'extinció del patrimoni protegit i la destinació establerta per al romanent" (DA 1^a, núm. 2n).

4. El desemparament

4.1. La regulació del desemparament al CCCat

Seguint el model que ja es va instaurar al CF, el Llibre II del CCCat conté també un capítol (el VIII) dedicat a "la protecció dels menors desemparats" (el títol del capítol VI del CF era, simplement, "El desemparament"). És novetat destacable, i positiva, que es reguli dins del mateix Llibre II l'acolliment preadoptiu que, com veurem, pot ser una de les conseqüències de la declaració de desemparament. Ho destaca el preàmbul de la Llei /2010: "l'acolliment preadoptiu, com a període de prova de l'adopció, passa a regular-se, juntament amb aquesta, en el capítol V del títol III. Es posa fi, així, a la discriminació, encara que només ho hagi estat en termes de tècnica legislativa, derivada del fet que el règim protector dels menors desemparats, és a dir, aquells respecte als quals no es pot constituir una tutela ordinària, perquè en llur cercle proper no hi ha persones que se'n puguin fer càrrec, es mantingués en una llei especial, fora de la norma simbòlicament més emblemàtica del dret civil català"⁶⁷. No obstant això, les altres mesures de protecció dels menors desemparats segueixen estant regulades fora del CCCat, a la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), i, si bé es pot argumentar que hi ha una marcada intervenció de l'administració en aquestes mesures, no és menys cert que la majoria de les mesures de protecció i, en particular, la més rellevant, l'acolliment, són institucions de caire civil. D'aquí que, com es comprovarà després, la jurisdicció competent sigui la civil.

L'esmentat capítol VIII del Llibre II del CCCat s'estructura de la següent manera: el concepte de desemparament, la declaració de desemparament, els seus efectes i el règim

⁶⁷ Per una crítica de la sistemàtica del CF, ara resolta al CCCat, VAQUER ALOY, Antoni, com. art. 164, a Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000, pàg. 745.

de guarda per l'entitat pública competent i les mesures de protecció, amb especial esment de l'acolliment familiar. Aquesta serà, a grans trets, l'estructura que seguirem en les pàgines següents.

4.2. Concepte de desemparament

L'art. 228-1 dóna la següent definició del desemparament: "Es consideren desemparats els menors que estan en una situació de fet en la qual els manquen els elements bàsics per al desenvolupament integral de llur personalitat, o que estan sotmesos a maltractaments físics o psíquics o abusos sexuals, sempre que per a llur protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del menor del seu nucli familiar". D'una manera similar, tant el preàmbul de la LDOIA com el seu art. 105, presenten així el desemparament: "es considera desemparat l'infant o l'adolescent que es troba en una situació de fet en què li manquen els elements bàsics per al desenvolupament integral de la personalitat, sempre que per a la seva protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del nucli familiar". Per la seva part, la SAP Barcelona 29.4.2010⁶⁸, defineix el desemparament com "aquella situación de hecho, querida o no, que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores, situación caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias". Al respecte de la definició, cal tenir en compte l'advertiment que fa el preàmbul de la Llei 25/2010, quan assenyala que "el Codi civil de Catalunya regula la protecció de menors desemparats en paral·lel a les altres institucions de protecció de la persona, i remet a la legislació sobre la infància i l'adolescència els indicadors de desemparament, les mesures de protecció, el procediment per a adoptar-les i revisar-les, el règim de recursos i les causes de cessament". És a dir, sempre s'ha de tenir en compte allò que reguli la LDOIA.

La noció de desemparament ve determinada per la manca dels elements morals i materials que permetin el desenvolupament integral del menor, del qual en constitueixen sengles concrecions –o sigui, una simple enumeració enunciativa, en cap cas un nombre tancat– no només els supòsits que esmenta específicament l'art. 228-1 –els maltractaments físics o psíquics o abusos sexuals– sinó també els altres contemplats a l'art. 105.2 LDOIA. En efecte, aquest art. 105.2 LDOIA intenta fer una enumeració exhaustiva dels supòsits que donen lloc al desemparament:

⁶⁸ Id Cendoj: 08019370182010100254.

a) L'abandonament.

b) Els maltractaments físics o psíquics⁶⁹, els abusos sexuals, l'explotació o altres situacions de la mateixa naturalesa efectuades per les persones a les quals correspon la guarda o que s'han portat a terme amb el coneixement i la tolerància d'aquestes persones.

c) Els perjudicis greus al nadó causats per maltractament prenatal. A aquests efectes, s'entén per maltractament prenatal la manca de cura del propi cos, conscient o inconscient, o la ingestió de drogues o substàncies psicotròpiques per part de la dona durant el procés de gestació, i també el produït indirectament al nadó per la persona que maltracta la dona en procés de gestació.

d) L'exercici inadequat de les funcions de guarda que comporti un perill greu per a l'infant o l'adolescent⁷⁰.

⁶⁹ Interlocutòries AP Barcelona 30.10.1992, *RJC, jurisprudència*, 1993-I, pàg. 102-103, Girona 24.1.1997, AC 107.

⁷⁰ Per exemple, la SAP Girona 16.9.2009, Id Cendoj: 17079370022009100302: "Segons van manifestar les tècniques de la Generalitat que van declarar a l'acte del judici (la psicòloga i educadora que han tractat el cas) ja des de l'any 2004 comença la seva intervenció. Aquesta intervenció, per altra banda, ja deriva d'una actuació anterior dels Serveis Socials de Bescanó (que es remunta a l'any 1996) que es veuen incapaços de redreçar la problemàtica familiar en la qual es troba immers en Jose Pablo i els seus germans. Segons la declaració de la psicòloga, ja en aquells moments es trobaven davant d'una situació on es donava un problema de negligència per part dels pares, manca de pautes educatives amb relació als fills, problemes de caire econòmic, de maltractaments, de precarietat d'habitatge i de desestructuració familiar. En aquell temps hi havia dos nuclis familiars. El pare tenia els fills grans a càrrec seu, mentre que la mare tenia els dos petits, un d'ells en Jose Pablo . Malgrat que la EAIA intenta també fer un pla de treball amb la Sra. Gregoria , ella no acudeix a les visites i el mes de desembre 2004 se'n va de Bescanó. No és fins al mes de febrer de 2007, és a dir, més de dos anys després, que no tornen a saber d'ella, circumstància que té lloc per una comunicació que els fa un centre d'acollida de dones maltractades on es troba la Sra. Gregoria. Malgrat aquest perllongat desinterès de la mare pel seu fill, la Sra. Gregoria, segons informen les tècniques d'Infància, no reconeix cap tipus d'abandó ni de negligència per part seva. Demana veure el fill, però se li informa que, atesa la situació, això no es pot fer de manera immediata sinó que, en tot cas, exigeix un previ procés que necessita de la seva col·laboració. Malgrat això, el mes de març de 2007 deixa el centre d'acollida on es trobava i, en una trucada que fa el mes de juny de 2007, no vol facilitar cap adreça o telèfon per poder ser localitzada. El mes d'abril de 2008 Infància pot tornar-se a posar en contacte amb l'ara recurrent. Malgrat que segueix sense reconèixer cap negligència per part seva, ni quines són les necessitats dels seus fills, es pensa en un pla de millora per aconseguir que puguin tenir contactes amb en Jose Pablo. Però la Sra. Gregoria marxa novament sense tenir cap implicació amb els serveis

- e) El trastorn o l'alteració psíquica o la drogodependència dels progenitors, o dels titulars de la tutela o de la guarda, que repercuteixi greument en el desenvolupament de l'infant o l'adolescent; per exemple, supòsits de mares drogaaddictes que exerceixen la prostitució⁷¹.
- f) El subministrament a l'infant o l'adolescent de drogues, estupefaents o qualsevol altre substància psicotròpica o tòxica portat a terme per les persones a les quals correspon la guarda o per altres persones amb llur coneixement i tolerància.
- g) La inducció a la mendicitat, la delinqüència o la prostitució per part de les persones encarregades de la guarda, o l'exercici de les dites activitats portat a terme amb llur consentiment o tolerància, i també qualsevol forma d'explotació econòmica.
- h) La desatenció física, psíquica o emocional greu o cronificada; per exemple, no preocupar-se de la salut dels fills⁷².
- i) La violència masclista o l'existència de circumstàncies en l'entorn sociofamiliar de l'infant o adolescent, quan perjudiquin greument el seu desenvolupament.
- j) L'obstaculització pels progenitors o els titulars de la tutela o de la guarda de les actuacions d'investigació o comprovació, o llur falta de col·laboració, quan aquest comportament posi en perill la seguretat de l'infant o l'adolescent, i també la negativa dels progenitors o els titulars de la tutela o de la guarda a participar en l'execució de les

d'Infància i ni tan sols truca al seu fill, malgrat poder fer-ho. Infància té una darrera entrevista amb la Sra. Gregoria el mes de desembre de 2008 (per raó d'una qüestió relacionada amb una altra filla seva, la Laura), sense que llavors demani poder veure o parlar amb en Jose Pablo”.

⁷¹ SAP Girona 27.1.1999, AC 43.

⁷² SAP Barcelona 5.5.2010, Id Cendoj: 08019370182010100273: “La irregularidad en el seguimiento médico de las menores se pone claramente de manifiesto en los informes del ICS firmados en abril de 2008 que reflejan respecto a Elisenda , la ausencia de las revisiones de los cinco, doce y quince meses, el retraso en el desarrollo psicomotor, destacando la preocupación de este retraso en el área del lenguaje y el retraso también en el desarrollo físico, así como el estrabismo y la mala oclusión dental y respecto a Amanda la irregularidad en las visitas destacando varias inasistencias a visitas de odontología y pediatría, teniendo asimismo importantes problemas de oftalmología y dentarios. En los informes iniciales del centro se detecta respecto a Elisenda un desarrollo psicomotor inadecuado, retraso en el lenguaje y en la estructura del habla, vocabulario reducido, retraso en la expresión escrita, retraso en la adquisición de hábitos y respecto a Amanda falta de fluidez en el lenguaje, vocabulario pobre, baja autoestima, dificultades en la expresión escrita, retraso en la adquisición de hábitos. Respecto a ambas se detectan problemas de salud de oftalmología y dentarios”.

mesures adoptades en situacions de risc si això comporta la persistència, la cronificació o l'agreujament d'aquestes situacions.

k) Les situacions de risc que per llur nombre, evolució, persistència o agreujament determinin la privació a l'infant o l'adolescent dels elements bàsics per al desenvolupament integral de la personalitat; per exemple, supòsits d'infants nascuts en centres d'acollida de mare amb minusvàlua psíquica i pare sense feina, immadur i agressiu, mancats d'habitatge i de capacitat econòmica⁷³.

l) Qualsevol altra situació de desatenció o negligència que atempti contra la integritat física o psíquica de l'infant o l'adolescent, o l'existència objectiva d'altres factors que n'impossibilitin el desenvolupament integral.

Aquesta llarga enumeració oblida, però, el supòsit de l'absència de persones a qui correspongui per llei l'exercici de les funcions de guarda, de manera que no es trobarà desemparat el menor el pare i la mare del qual hagin mort però resti atès pels seus avis o per qualsevol altre guardador de fet, com s'ha palesat al capítol dedicat a la guarda de fet, apartat 5. Ara bé, tot i l'esforç de l'enumeració, tots els supòsits contemplats sens dubte constitueixen un incompliment dels deures legals de protecció que corresponen a pares i tutors, de manera que, al capdavall, no representen cap cas que no es pugui subsumir en una causa genèrica de desemparament constituïda per l'incompliment o l'exercici inadequat dels deures legals de protecció, en particular si s'incorre en causa de privació de la potestat o de remoció de la tutela⁷⁴.

El desemparament s'ha de considerar una situació de fet objectiva, és a dir, allò que interessa és la manca dels elements necessaris perquè el menor pugui desenvolupar de manera integral la seva personalitat sense que sigui imprescindible un judici d'imputabilitat

⁷³ Interlocutòria AP Tarragona 23.10.1997, AC 2277.

⁷⁴ LLEBARÍA SAMPER, Sergio, "El desamparo de menores en el Derecho catalán", *Tribunal*, 1992-I, pàg. 27-28. Així resulta, també, de la SAP Girona 10.11.2008, Id Cendoj: 17079370022008100420: "en el recurs no se'ns diu res dels fets provats, com el que la menor de catorze anys va quedar embarassada arran de l'agressió sexual del company de la Sra. Clara. No se'ns diu res sobre el fet que ella es troba igualment processada per aquests fets ja que, sense prejudicar lògicament el que és objecte del procediment penal, de les declaracions de la menor i dels informes que són a la causa penal es desprendria la possibilitat que la Sra. Clara hagués conegut dels abusos comesos i, ahora, hi hagués participat algun. No se'ns diu res del fet que la Sra. Clara no va valorar negativament l'embaràs de la seva filla i que no va actuar en un primer moment sinó passat un temps i, pel que sembla, no per iniciativa pròpia sinó del seu exmarit. És clar que en el cas que ens ocupa la mare no ha exercit correctament els deures de cura i protecció de la seva filla que deriven de la seva potestat".

respecte dels titulars de les funcions de guarda, de manera que no interessa què és el que pretenien els guardadors amb la seva conducta o les causes que han motivat la seva actuació, sinó el resultat –voluntari o involuntari– que el seu capteniment ha produït en el menor⁷⁵. Aquest resultat ha de ser previsiblement durador per tal que pugui perjudicar el desenvolupament del menor, la qual cosa no es contraposa al seu caràcter temporal i revisable de la situació de desamparament (art. 115 i 122 LDOIA). El judici d'imputabilitat als guardadors sí que assolirà un paper decisiu, per contra, a l'hora de decidir la concreta

⁷⁵ És il·lustrativa la Interlocutòria AP Barcelona 24.5.1991 (*RJC, Jurisprudència*, 1991-IV, pàg. 1000-1003: "consta en Autos, que la menor Estefanía se encuentra en situación de desamparo forzoso, esto es, que su madre biológica primero y en la actualidad sus padres legales no pueden ofrecerle una vida familiar normal por causas ajenas a su voluntad (obsérvese la juventud de ambos, que determina -según los informes psicológicos- una cierta inmadurez para hacer frente a las responsabilidades inherentes al ejercicio de la patria potestad, así como también su actual situación económica)". Es pot citar, també, la SAP Barcelona 11.5.2010, Id Cendoj: 08019370182010100279: "La trayectoria vital de estos menores hace ya demasiados años que se ha visto gravemente afectada por las sucesivas modificaciones de su situación personal en función de la posible y coyuntural mejora del estado emocional y económico de la madre, Acreditada la incapacidad de la madre para asumir de forma responsable la custodia de sus hijos y sus hermanos, algunos de los cuales son mayores de edad, y pese a todos los intentos de tratar de asegurar la permanencia de los niños en el entorno familiar y en el hogar materno, la realidad es que no ha sido posible conseguir la estabilidad en ese entorno. La madre no ha conseguido aprender a anteponer el beneficio de sus hijos frente a su inestabilidad emocional, no ha sabido preservarlos de posibles situaciones de riesgo y aún a pesar de la vinculación afectiva y de la voluntad que haya podido mostrar al tratar de superar sus dificultades, la realidad se impone de una manera evidente. Lo cierto es que, pese a los períodos de mejora que al ser detectados han podido dar lugar a la adopción de medidas de acercamiento entre madre e hijos, a partir de octubre del año 2007, con el inicio para la madre de una nueva relación de pareja, se reproducen las situaciones de agresividad en el domicilio, malos tratos en el ámbito doméstico, dificultades económicas, ansiedad y conflictividad permanente que afecta seriamente la estabilidad de los menores. El hecho de que a la madre le haya sido diagnosticado un trastorno de personalidad, trastorno distímico que junto a la existencia de una escoliosis y osteoartrosis generalizada ha dado lugar a la Resolución de Declaración de Disminución en un porcentaje del 68 %, lo único que hace es evidenciar que eran ciertas las imputaciones de la existencia de trastorno de la personalidad en la madre que efectuadas a lo largo de todo el expediente administrativo y este trastorno, unido al hecho de la ausencia de una figura paterna o de una familia extensa dispuesta a compartir el cuidado de los menores, lo que hace es revelar la posible situación de indefensión en que estos se encontraban, agravado este hecho por la coincidencia de unas relaciones de pareja cuya influencia es del todo negativa para la convivencia familiar".

mesura protectora que es consideri més beneficiosa per al menor, com es desprèn, per exemple, de l'art. 235-34 CCCat⁷⁶, que preveu per al casos de desemparament agreujat la mesura de l'acolliment preadoptiu, o de l'art. 228-6.1 que, per al supòsits de desemparament no imputable en què els progenitors o els titulars de la tutela ho demanen per la concurrència de circumstàncies greus i alienes, estableix que l'entitat pública només assumirà la guarda.

El desemparament no ha de ser absolut, sinó que s'ha de mesurar en termes relatius, segons les atencions morals i materials que es puguin considerar normals o habituals entre menors de la mateixa edat i condició social (art. 37.2 LDOIA: “[e]ls pares i les mares i les persones que tenen atribuïda la tutela o la guarda dels infants i els adolescents han d’assegurar, *dins llurs possibilitats*, les condicions de vida necessàries per al desenvolupament integral dels infants i els adolescents”), i tenint en compte que en l’apreciació de les atencions morals cal acceptar la pluralitat de posicions ideològiques i religioses possibles en una societat democràtica (s’ha de recordar la STC 260/1994, de 3 d’octubre⁷⁷), ja que allò que ha de ser decisiu en l’actuació de les autoritats competents és sempre la incidència de la conducta dels guardadors en el menor, atesa la superioritat legalment reconeguda a l’interès de l’infant i l’adolescent (art. 211-6 CCCat i 5 LDOIA)⁷⁸.

La declaració de desemparament és una mesura dràstica, ja que suposa la separació dels menors de la seva família, i per això és l’última que s’ha d’acordar, essent subsidiària a totes les altres possibles mesures de protecció. Com diu el preàmbul de la Llei 25/2010, la regulació “té en compte el nou model de protecció de la legislació sobre la infància i l’adolescència, en la qual la declaració de desemparament es reserva per als

⁷⁶ “1. L’entitat pública competent ha d’acordar la mesura d’acolliment preadoptiu, com a pas previ a l’adopció, en els casos següents:

- a) Si no és possible el retorn del menor a la seva família d’origen i el més favorable al seu interès és la plena integració en una altra família mitjançant l’adopció.
- b) Si els progenitors o els tutors ho sol·liciten a l’entitat pública competent i abandonen els drets i els deures inherents a llur condició”.

⁷⁷ Comentada per EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “La doctrina constitucional sobre la oposició judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”, a *Derecho Privado y Constitución*, 1995, núm. 5, pàg. 274-288.

⁷⁸ Ho subratlla el preàmbul de la Llei 25/2010: “L’interès superior de l’infant o l’adolescent constitueix el principi bàsic de tot el dret relatiu a aquestes persones, i en les últimes dècades s’ha confirmat com un dels principis essencials del dret modern de la persona i la família (en la protecció de menors, en l’adopció o en les relacions familiars)”.

casos més greus, és a dir, aquells en què cal separar el menor del seu nucli familiar”. En el mateix sentit, la SAP Girona 13.4.2010 ha afirmat que “la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación”⁷⁹. Ara bé, tot i el caràcter restrictiu amb què cal valorar el possible desemparament dels menors, sempre és preponderant l’interès del menor sobre l’interès de la seva família biològica; així s’ha expressat la STS 31.7.2009⁸⁰: “Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

4.3. El subjecte desemparat

Atenent al que s’ha dit fins ara, el subjecte desemparat és un menor d’edat (art. 228.1 CCCat), ja que només els menors d’edat es poden trobar sota guarda. Això fa que s’excloquin del desemparament els emancipats, ja que l’art. 124.b LDOIA disposa que l’emancipació suposa l’extinció dels efectes jurídics de la declaració de desemparament, entre ells les mesures protectores adoptades. A més, la protecció s’estén també al concebut no nascut, tant si pateix el risc de danys durant l’embaràs com en la mesura que es pugui preveure raonablement que el futur nadó es veurà abocat a una situació de desemparament (art. 40.3 de l’Estatut d’Autonomia⁸¹ i art. 5, 105.c i 110.4 LDOIA que es refereixen al maltractament prenatal⁸²).

⁷⁹ Id Cendoj: 17079370012010100130.

⁸⁰ Id Cendoj: 28079110012009100603.

⁸¹ “Els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d’explotació, d’abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa i els seus efectes. En totes les actuacions portades a terme pels poders públics o per institucions privades l’interès superior de l’infant ha d’ésser prioritari”.

⁸² Vegeu, per exemple, les SAP Cadis, sec. 5, 19.9.2006, JUR 2007\70625 (“el menor Abelardo fue sometido a una situación de maltrato prenatal al nacer el día 19 de agosto de 2001, tras un

El menor que pot ser objecte de desemparament i, per consegüent, protegit per l'administració –amb la consegüent aplicació de la legislació catalana– és tot aquell menor que es trobi a Catalunya, encara que sigui eventualment (arts. 2 LDOIA), cosa que permetria incloure-hi els menors d'edat estrangers, més encara si es llegeix l'art. 9.6.3 CC espanyol en relació amb l'art. 16 CC espanyol (amb el principi que es deriva de l'art. 1 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*) i s'entén que serà aplicable la llei del lloc on es trobi el menor en relació amb les mesures de caràcter protector i educatiu dels menors abandonats "que se hallen en territorio español", tenint en compte que l'art. 172.1 CC espanyol es refereix a "[l]a entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores"⁸³.

4.4. La declaració de desemparament

4.4.1. Procediment

Quan es detecta una possible situació de desemparament d'un menor, l'entitat competent, que a Catalunya és la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA), ha d'obrir un període d'informació i, si escau, obrir un expedient de desemparament⁸⁴. La incoació s'ha de notificar als progenitors o als titulars de la tutela o

embarazo no controlado dando la analítica de tóxicos en orina positiva a cocaína y anfetaminas lo que provocó la intervención urgente de la Entidad pública acordando el desamparo del menor y asumiendo la tutela un mes más tarde de su nacimiento”), o Illes Balears 24.11.2009, JUR 2010\36266 (“falta de control del embarazo y el maltrato prenatal (consumo de sustancias tóxicas durante el embarazo), cuyas consecuencias se mantienen ya que el niño presenta sintomatología acorde con el síndrome de abstinencia”)

⁸³ Cf. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, “Las entidades pública y la protección de los menores extranjeros en España”, *Actualidad Civil*, 1998-II, pàg. 434 seg; ARENAS GARCÍA, Rafael, “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998-III, pàg. 378 seg.

⁸⁴ Explica el preàmbul de la LDOIA que “[u]na altra novetat important en matèria de desemparament és la fixació d'un procediment administratiu específic per a acordar-lo. En aquest procediment resta plenament garantida la intervenció de totes les parts interessades, per tal que puguin fer valer llurs drets. Al mateix temps, es regula un procediment simplificat per als casos d'abandonament voluntari de l'infant o l'adolescent o per a quan els progenitors o els titulars de la tutela o de la guarda manifesten conformitat amb la declaració; la Llei estableix també la possibilitat de declarar-lo cautelament i de disposar les mesures que siguin necessàries, sens perjudici que el procediment de desemparament prossegueixi els tràmits fins a la resolució definitiva, la qual ha de ratificar, modificar o deixar sense efecte la resolució inicial i les mesures que s'hagin acordat també

de la guarda de l'infant o l'adolescent, tot informant-los de la possibilitat de comparèixer en l'expedient i formular les alegacions i aportar les proves que estimin escaients. En qualsevol cas, l'equip tècnic que s'ocupi del cas en concret ha d'escoltar aquestes persones, i també l'infant o l'adolescent. L'equip tècnic ha d'emetre un informe, sobre la base del qual l'entitat competent ha de dictar, en el termini màxim d'un any ja que altrament l'expedient caduca, resolució motivada que declara la situació de desemparament o, en cas contrari, ordenar l'arxivament de l'expedient i posar fi a dit expedient (art. 106 LDOIA). No obstant això, l'entitat competent pot dictar, sense més tràmits, la resolució que declara la situació de desemparament, si els progenitors o els titulars de la tutela o de la guarda manifesten la conformitat amb la declaració, i un cop escoltat l'adolescent, o l'infant, si té prou coneixement, segons preveu l'art. 107 LDOIA en el que anomena procediment simplificat. La declaració de desemparament ha de ser notificada en el termini de dos dies al ministeri fiscal, i també ho ha de ser als pares, tutor, guardadors i al mateix adolescent –no, doncs a l'infant–, segons preveu l'art. 108 LDOIA; en aquesta notificació se'ls ha d'informar dels efectes de la resolució, de la possibilitat d'impugnació i dels terminis per fer-ho, i també dels requisits i els tràmits que s'han de complir per al reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta. Tant el ministeri Fiscal com els progenitors, tutor o guardadors es poden oposar a la declaració i, d'acord amb l'art. 113 LDOIA, la declaració de desemparament, sens perjudici de la seva eficàcia immediata, és impugnable en els termes establerts per la Llei d'enjudiciament civil davant la jurisdicció civil sense necessitat de reclamació prèvia per via administrativa en el termini de tres mesos a comptar de la notificació de la resolució que s'impugna⁸⁵. Per consegüent, la declaració de desemparament haurà de ser confirmada o deixada sense efecte per l'autoritat judicial. L'oposició a la declaració de desemparament s'ha d'articular processalment segons les normes de la jurisdicció voluntària (DA 1^a i DF 21^a.2 LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; al respecte de la constitucionalitat d'aquest procediment, SsTC 298/1993, de 18 d'octubre⁸⁶, i 114/1997, de 16 de juny). Si

provisionalment”.

⁸⁵ Segons el preàmbul de la Llei 14/2010, “amb la voluntat, a més, de no perllongar les situacions d'incertesa amb oposicions injustificades i sovint extemporànies dels progenitors o dels familiars – que s'acaben convertint en un perjudici irreparable per a l'infant o l'adolescent, que veu, completament indefens, com la seva infància i adolescència s'escola irremeiablement als centres d'internament–, la nova regulació limita el termini per a oposar-se judicialment a la declaració de desemparament a tres mesos comptadors des de la notificació de la resolució que l'acorda”.

⁸⁶ Comentada per EGEA FERNÁNDEZ, “La doctrina constitucional”, pàg. 254-274, i per DE PABLO

l'expedient detecta no una situació de desemparament, sinó de risc, que no pot donar lloc a la separació del menor de la seva família d'origen, l'expedient s'ha de derivar als serveis socials especialitzats o als serveis socials bàsics per tal que procedeixin d'acord amb el previst per a les situacions de risc (art. 106.6 LDOIA)⁸⁷.

Atès que l'oposició a la declaració de desemparament pot provenir del mateix menor, l'art. 113.2 LDOIA estableix que “[l]a impugnació per part de l'adolescent requereix que prèviament l'autoritat judicial hagi nomenat un defensor o defensora judicial. A aquests efectes, quan un cop notificada la resolució l'adolescent manifesti, dins de termini, la disconformitat i la voluntat d'impugnar, l'òrgan competent que ha assumit la tutela n'ha de promoure el nomenament judicial”. Es parla, ara, de qualsevol menor, no d'un adolescent, però evidentment aquest menor haurà de tenir prou capacitat de voler i entendre. Es tractaria d'un supòsit de defensor judicial dels que s'encabeixen en la lletra e) de l'art. 224-1, és a dir, els altres casos previstos en la llei.

En el cas que tingui lloc l'oposició a la declaració de desemparament, l'art. 114 conté una norma de caràcter clarament processal, que preveu l'acumulació processal. En concret, disposa que “[e]l departament competent en matèria d'atenció als infants i als adolescents, sens perjudici de les obligacions que pertoquen al Ministeri Fiscal d'acord amb la disposició final vintena de la Llei orgànica 1/1996, del 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil, ha de vetllar perquè, incoat un procediment d'oposició a mesures administratives de protecció de menors, es resolguin en un mateix procediment totes les accions i incidències que afectin un mateix infant o adolescent o que afectin germans. A aquest efecte, ha de promoure les actuacions oportunes establertes per la legislació processal”. No obstant, la

CONTRERAS, Pedro, *Cuadernos Civitas de Jurisprudència Civil*, núm. 34, pàg. 75-89.

⁸⁷ El preàmbul Llei 14/2010, ho emfasitza: “s'opta per un model de protecció nou en què la declaració de desemparament ja no és l'únic títol que habilita els poders públics per a la intervenció protectora, sinó que aquella declaració es reserva per a quan calgui separar l'infant o l'adolescent del seu nucli familiar o, el que és el mateix, per als casos més greus de desprotecció. Per això es configura un sistema descentralitzat de protecció, que es fonamenta en la distinció entre les situacions de desemparament i les de risc, mantenint la competència de la Generalitat quan es tracta d'infants o adolescents desemparats i atribuint-la als ens locals si afecta infants o adolescents en situació de risc. Per tant, ja no cal que totes les intervencions públiques en matèria de protecció de menors hagin d'estar emparades per una resolució que declari el desemparament; només serà així si la mesura de protecció implica la separació de l'infant o l'adolescent del seu nucli familiar”.

norma no confereix cap legitimació processal ni directament ordena l'acumulació, sinó que es limita a indicar que "ha de vetllar". En conseqüència, la norma conté un mandat a l'entitat competent perquè insti en el moment processal oportú l'acumulació processal de manera que en un únic procediment es tractin totes les qüestions relatives a un mateix menor i als seus germans. Ara bé, que això sigui efectiu dependrà que es compleixin els requisits processals de l'acumulació i del criteri del jutge que conegui l'assumpte.

Quan existeixi una situació de perill per a l'infant o l'adolescent, o concorri qualsevol altra causa que exigeixi una intervenció urgent i que faci necessària la separació del nucli familiar, l'organisme competent ha de declarar preventivament el desemparament mitjançant resolució motivada i ha d'aplicar les mesures que calguin, amb les notificacions establertes per l'article 108 (art. 110.3 LDOIA), la qual cosa suposa prescindir, amb l'empara d'aquesta situació de perill excepcional, del procediment previst al qual ens acabem de referir; si és possible, però, s'haurà d'escoltar el menor que tingui prou coneixement i els progenitors, tutor o guardador. Tanmateix, alhora que es fa aquesta declaració preventiva, s'ha d'iniciar el procediment administratiu que condueixi, si escau, a la declaració de desemparament definitiva.

4.4.2. Efectes de la declaració de desemparament

Els art. 228-3 CCCat i 109 LDOIA, amb una duplicitat manifesta, regulen els efectes de la declaració de desemparament, amb una redacció que no és exactament la mateixa. D'acord amb el primer paràgraf de l'art. 228-3, "[l]a declaració de desemparament comporta l'assumpció immediata, per l'entitat pública competent, de les funcions tutelars sobre el menor, mentre no es constitueixi la tutela per les regles ordinàries o mentre el menor no sigui adoptat o reintegrat a qui en tingui la potestat o la tutela, o mentre no s'emancipi o arribi a la majoria d'edat; l'art. 1209.1 LODIA, per la seva part, estableix que "[l]a resolució de declaració de desemparament comporta l'assumpció immediata de les funcions tutelars sobre l'infant o l'adolescent, mentre no es constitueixi la tutela per les regles ordinàries o l'infant o l'adolescent no sigui adoptat, no sigui reintegrat a qui en tingui la potestat o la tutela, no s'emancipi o no arribi a la majoria d'edat". L'esment de les funcions tutelars, que es repeteix a l'apartat segon, podria fer pensar que l'entitat competent no esdevé tutora, sinó que es limita a exercir les funcions tutelars, conclusió que confirmaria el fet que el desemparament i l'assumpció de les funcions tutelars suposen la suspensió temporal de la potestat del pare i de la mare o de la tutela ordinària, sense que en siguin causa d'extinció, i amb el caràcter transitori de la mesura, és a dir, fins que el menor no sigui reintegrat als seus guardadors o no s'acordi una mesura de caire definitiu

com constituir una tutela ordinària o l'adopció del menor. Tanmateix, l'art. 222-3.2 CCCat diu amb claredat que “[l]a tutela dels menors desemparats es defereix de la manera que estableixen les lleis i es regeix per les seves normes especials”, cosa que permetria afirmar que l'entitat competent esdevé tutora, encara que aparentment es contradigui amb la previsió de l'art. 109.1 LDOIA de la constitució de la tutela per les regles ordinàries. Però, encara, trobem l'art. 222-14.2 CCCat, conforme al qual “[l]’entitat pública competent en matèria de protecció de menors ha d’instar la constitució de la tutela dels menors desemparats que tingui a càrrec si hi ha persones que la puguin assumir en interès d’aquells”. Finalment, el segon incís de l'art. 228-3 CCCat indica que les funcions tutelars que assumeix l'entitat competent “comprehen les mateixes facultats que la tutela ordinària, i s’hi aplica el que estableix el capítol II, llevat d’allò que s’oposi a la regulació específica del present capítol o al règim propi de l’entitat pública, d’acord amb la legislació sobre la infància i l’adolescència”; si assumeix les funcions tutelars i aquestes són les mateixes de la tutela ordinària, és que no esdevé en realitat tutora, ja que seria suficient dir directament que l'entitat competent és tutora amb remissió a les especialitats que calguin, però no és aquesta l’opció que pren el legislador. Per consegüent, sembla que l'entitat competent, si més no inicialment, sols assumeix les funcions tutelars i ha d’instar la constitució de la tutela, però si no hi ha persones que puguin assumir-la, caldrà entendre que no només té la guarda, sinó que és una tutela que es defereix per aquestes regles especials que invoca l'art. 222-3.2 i que es troben a la LDOIA⁸⁸.

Aquesta idea la confirma el fet que la declaració de desemparament només suspèn l'exercici de la potestat parental o de la tutela (art. 228-3.2 CCCat i 109.2 LDOIA). En efecte, la privació de la potestat parental o la remoció de la tutela requereixen una resolució judicial (art. 236-6.3 i 222-3.2 CCCat, respectivament), d'aquí que els art. 228-3.3 i 236-6.4 CCCat i 109.3 LDOIA legitimin l'entitat competent per a obtenir un pronunciament en aquest sentit⁸⁹. Aquesta suspensió no allibera els progenitors ni el tutor de les seves

⁸⁸ En el règim jurídic anterior, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, a GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, SOLÉRESINA, Judith y YSÀS SOLANES, Maria, *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 2^a ed., Valencia, 2008, pàg. 150, afirmava igualment que “esta asunción automática de funciones tutelares por parte de la entidad pública competente, la DGAI, no implica, en ningún caso, que tenga la consideración legal de tutora, *strictu sensu*, sino que la ley atribuye *funciones tutelares*, es decir, parte del contenido de la institución ordinaria de la tutela”. El mateix deia ARROYO I AMAYUELAS, Esther, a BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona, 2003, pàg. 547: “l’entitat no és tutora”.

⁸⁹ “Tot i que se n’ha fet un ús més aviat escàs, es manté la legitimació de l’Administració pública

responsabilitats envers el menor. Ho adverteixen a l'uníson els art. 228-3.4 CCCat i 109.4 LDOIA: “La suspensió o la privació de la potestat parental no afecten l'obligació dels progenitors o d'altres parents de fer tot el que calgui per a assistir els menors ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli”. A més, l'apartat cinquè de l'art. 109 LDOIA permet imposar als progenitors o a altres parents –amb oblit del tutor– la contribució al pagament dels serveis utilitzats per l'infant o l'adolescent.

Les funcions tutelars que assumeix l'entitat competent consisteixen en la guarda i la protecció de la persona i el seu patrimoni, d'acord amb la remissió que efectua l'art. 228-3.1 a les facultats que la tutela ordinària, de manera que impliquen la representació legal del menor. Específicament, l'organisme competent gaudeix de legitimació per a interposar demanda sol·licitant la declaració d'incapacitació del menor sobre el que exerceix les funcions tutelars (art. 222-14.1 i 2).

La declaració de desemparament, per si sola, no impedeix la comunicació, la relació i les visites de l'infant o l'adolescent amb els seus familiars; només ha de ser així si convé a l'interès del menor (art. 228-8 CCCat i 116.1 LDOIA). En tot cas, els seus familiars poden sol·licitar tenir comunicació i visites amb el menor. La negativa de l'entitat competent a permetre la relació amb el menor, negativa que es produeix també epr silenci administratiu negatiu si no s'obté resposta en el termini d'un mes des de la sol·licitud, és impugnable directament davant de la jurisdicció civil, sense necessitat d'interposar recurs administratiu previ (art. 116.2 LDOIA).

4.4.3. Dret del menor a ser informat de la declaració de desemparament

L'art. 117 LDOIA reconeix el menor que tingui prou coneixement a ser informat sobre la seva situació, les mesures adoptades i el seu temps previst de duració, quins són els seus drets i a quines institucions es pot adreçar perquè defensin els seus drets. En aquest sentit, pot prendre protagonisme un organisme de nova creació, el règim jurídic del qual ha de ser regulat reglamentàriament, que és el procurador dels infants i dels adolescents (art. 118 LDOIA). Segons la seva capacitat volitiva, el menor fins i tot pot participar en la decisió sobre les mesures a adoptar. El menor té dret a la informació al llarg de tot el procés mentre l'entitat competent desenvolupa les funcions tutelars. Igualment, té dret a conèixer la seva història personal i familiar i els seus antecedents socials i culturals. Assolida la majoria d'edat, la persona interessada té dret a accedir al seu expedient i a conèixer les dades sobre els seus orígen i parents biològics, per a la qual

per a instar la privació de la potestat parental”, assenyala el preàmbul de la Llei 25/2010.

cosa l'entitat competent ha de preveure un procediment confidencial de mediació (art. 118.3 LDOIA).

4.4.4. La revisió de la declaració de desemparament

L'art. 228-5 contempla la revisió de la declaració de desemparament, però únicament si s'ha produït un canvi substancial en les circumstàncies que van motivar-la i sempre que mentrestant els progenitors o el tutor no hagin estat privats de la potestat parental o remogut de la tutela. L'art. 115 LDOIA regula els detalls d'aquesta petició. El primer que cal destacar és que la petició s'ha de realitzar "dins el termini d'un any a comptar de la notificació de la resolució administrativa de desemparament". Per consegüent, es produeix una acumulació de requisits que pot fer certament difícil, com és que el canvi de circumstàncies es produeixi dins de l'any següent a comptar des de la notificació. Un canvi de circumstàncies posterior no permet la revisió de la declaració de desemparament, la qual cosa no és comprensible llevat que s'hagi adoptat una mesura que sigui definitiva, com ara l'acolliment preadoptiu, per molt important que sigui l'estabilitat per al menor desemparat⁹⁰. Com gràficament diu l'art. 115.4 LDOIA, "[p]assat el termini d'un any establert per l'apartat 1, decau el dret de petició de revisió i hom no es pot oposar a les mesures que s'adoptin per a la protecció de l'infant o l'adolescent". L'ús de l'expressió "decau" significa que una petició presentada no ha de ser ni admesa a tràmit; és tant com dir que la facultat caduca. En definitiva, no sembla senzill que es deixi sense efectes la declaració de desemparament.

La sol·licitud presentada pels progenitors o el tutor s'ha de resoldre en el termini de tres mesos. Passat aquest termini, la sol·licitud s'entén desestimada per silenci, a fi de salvaguardar sempre l'interès superior de l'infant o l'adolescent, rebla l'art. 115.2 LDOIA. L'argumentació és sorprenent, ja que no s'endevina què té a veure el silenci administratiu negatiu amb l'interès superior del menor.

⁹⁰ Precisament, l'explicació del preàmbul de la Llei 14/2010 és la següent: "s'estableix un termini d'un any, a comptar de la notificació de la resolució administrativa de desemparament, perquè els progenitors o els titulars de la tutela suspesos en llur potestat puguin sol·licitar que es deixi sense efecte la intervenció protectora acordada, sempre que s'hagi produït un canvi substancial en les circumstàncies que van motivar la declaració de desemparament. Aquesta revisió, però, no és possible si ja s'ha constituït l'acolliment preadoptiu, ja que preval l'interès superior de l'infant o l'adolescent davant qualsevol altre dret concurrent". Doncs bé, la pregunta és per què l'interès superior del menor no compta si no s'ha constituït l'acolliment preadoptiu quan es produeix un canvi de circumstàncies que podria deixar sense efecte la declaració de desemparament però es produeix un cop ha transcorregut un any des de la notificació de la declaració de desemparament.

De tota manera, cal tenir en compte la doctrina jurisprudencial establerta per la STS 31.7.2009, segons la qual en qualsevol cas d'impugnació de la resolució de declaració de desemparament, el jutge ha de valorar les circumstàncies posteriors de la família biològica a fi de decidir-ne la confirmació o no. En concret, el TS afirma: "esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC , contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad"⁹¹. Tot i que la doctrina jurisprudencial es refereix al Codi civil espanyol, és molt probable que els tribunals catalans també l'apliquin als casos que coneguim.

4.4.5. L'oposició judicial a la declaració de desemparament

Els progenitors i el tutor es poden oposar judicialment a la declaració de desemparament⁹². Ho poden fer directament i també si l'entitat competent rebutja la revisió

⁹¹ Vegeu el comentari a la sentència de DE LA IGLESIA MONJE, Isabel, "Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible inserción en la familia biológica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, pàg. 297 i seg.

⁹² La STC núm. 58/2008 (Sala Segona), de 28 abril, recorda quina és la jurisprudència consolidada en la matèria: "en la STC 75/2005, de 4 de abril, F. 3, hemos afirmado «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio, F. 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, F. 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, F. 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de

de la declaració de desemparament. Cal entendre que això és el que disposa l'art. 115.3 LDOIA quan indica que “[c]ontra aquesta resolució es pot formular oposició judicial en el termini de dos mesos a comptar de la notificació o des del finiment del termini per a resoldre, en els termes establerts per la Llei d'enjudiciament civil”. Per consegüent, la demanda judicial s'ha d'interposar en el termini màxim de dos mesos, comptadors bé des de la notificació de la resolució de desemparament o de denegació de la seva revisió, bé des que fineix el termini per a resoldre i s'ha d'entendre desestimada la petició per silenci administratiu negatiu. L'oposició es resoldrà en via civil d'acord amb els art. 779 i seg. de la Llei d'Enjudiciament Civil i la sentència ha de resoldre si era o no procedent la declaració de desemparament⁹³. Això pressuposa que les mesures protectores acordades per l'administració són immediatament executives, sens perjudici que, si s'impugnen amb èxit, deixin d'aplicar-se.

4.4.6. El desemparament no imputable als guardadors

El desemparament pot no ser imputable als guardadors del menor. Així s'esdevé quan el desemparament s'esdevé perquè "concorren circumstàncies greus i alienes que els impedeixen temporalment complir les funcions de guarda" als titulars d'aquest deure,

oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, F. 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LECiv)”.

⁹³ Amb cita d'altres decisions, la interluctòria del Tribunal Constitucional 47/2009 (Sala Primera, Secció 2), de 13 febrer, recorda que “[l]a importancia de los bienes en juego en los procedimientos de declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, y su relación con el derecho a la integridad moral protegido por el art. 15 CE, exigen aplicar un canon de razonabilidad reforzado, pues no basta con que la resolución judicial se adopte de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; dicha decisión, al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad”.

supòsit que regulen els art. 228-6 CCCat i 119 LDOIA. Cal que es compleixi aquest triple pressupòsit: la gravetat de les circumstàncies, que siguin alienes als guardadors –és a dir, que no els siguin imputables– i de caire temporal Aleshores, són els propis guardadors els qui s'han d'adreçar a l'organisme competent sol·licitant la seva intervenció, que en aquest cas es limita a la guarda del menor. En el benentès, però, que si es produeix la situació greu, aliena i temporal que impossibilita l'adequat exercici de les funcions legals de guarda i no se sol·licita la intervenció, la situació de desemparament deixa d'estar justificada. No es regula amb detall el tràmit, però la referència que fa l'art. 119.3 LDOIA a la “resolució administrativa de guarda” evidencia que la sol·licitud dels guardadors dóna lloc a la tramitació d'un expedient, en què caldrà acreditar la situació que concorre i, entenem, concedir audiència, a més dels sol·licitants, al menor que tingui més de dotze anys i al que, tot i no tenir-los, gaudeixi de prou coneixement.

A diferència de quan l'organisme competent assumeix les funcions tutelars, la guarda d'aquest dos preceptes no comporta la suspensió de la potestat o de la tutela ordinària. Això significa que l'abast de la guarda es circumscriu a l'esfera personal del menor, sense afectar l'esfera patrimonial, per la qual cosa el seu contingut es pot resumir en "ocupar-se" o en "tenir cura" del menor, en definitiva l'atenció directa de les necessitats personals del menor⁹⁴. Per consegüent, els pares o el tutor continuen essent els representants legals del menor, encara que estigui temporalment exclòs l'exercici de les funcions corresponents a l'àmbit personal. L'assumpció de la guarda temporal no eximeix els progenitors o altres parents de les seves obligacions envers els fills; els art. 228-6.2 i 119.2 LDOIA assenyalen que “[l]a guarda no afecta l'obligació dels progenitors o d'altres parents de fer tot el que calgui per a assistir els menors ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli. I, a més, en la resolució administrativa de guarda s'ha de determinar l'obligació dels progenitors o altres parents de contribuir al sosteniment de l'infant o l'adolescent, per bé que aquesta previsió ha de ser objecte de desenvolupament reglamentari (art. 119.3 LDOIA).

Pel que fa a les modalitats d'exercici d'aquesta guarda, l'art. 119.1 LDOIA assenjala l'acolliment simple per una persona o una família i l'acolliment simple en un centre, sempre sota la vigilància de la DGAIA, a qui els acollidors o el director del centre residencial

⁹⁴ EGEA FERNÁNDEZ, Joan, “La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)”, a Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1990, pàg. 210; VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, pàg. 59.

hauran d'informar almenys semestralment sobre la situació del menor, termini que sembla excessiu per a una situació definida legalment com a "transitòria" (art. 23 del Decret 2/1997, de 7 de gener, per qual s'aprova el Reglament de Protecció dels Menors Desemparats i de l'Adopció [RPDMA], que es pot considerar aplicable d'acord amb la Disposició Derogatòria, apartat 2, de la Llei 14/2010).

La guarda té un caràcter essencialment temporal, ja que el supòsit de fet legal és un desemparament degut a força major de caràcter transitori. Per això, l'art. 25 RPMA preveu la cessació de la guarda a sol·licitud dels pares, tutor o guardador quan estiguin en situació adequada de fer-se'n responsables, és a dir, quan hagi desaparegut la situació de greu i aliena que va decidir la mesura. Però aquesta no és l'única possibilitat, ja que pot succeir que es mantingui l'impediment per a l'exercici correcte de les funcions de guarda sense el caràcter transitori, de manera que tot i que per causa que no els sigui imputable, els guardadors no puguin complir els seus deures de manera previsiblement duradora. En aquest cas, atès el canvi de les circumstàncies, s'hauria diniciar el procediment de declaració de desemparament, tenint en compte l'interès del menor i la perdurabilitat de la impossibilitat d'assumir les funcions legals de guarda.

Ja que el desemparament no és imputable als guardadors, en especial quan es tracta dels pares del menor, s'ha aplicar amb rigor que els acollidors –persona, família o centre– hagin de facilitar les relacions entre el menor i la seva família natural (ho diu expressament l'art. 134.f LDOIA amb relació a l'acolliment en centre, però en virtut del reconeixement per l'art. 38.2 LDOIA del dret a mantenir un contacte directe amb els progenitors amb qui no convisquin s'ha d'estendre a qualsevol supòsit d'acolliment resultant de la guarda administrativa en cas de manca de desemparament; el mateix resulta de l'art. 228-8 CCCat). Cal no oblidar que, per definició, es tracta d'un supòsit en què inicialment sempre és possible el reintegrament del menor a la seva família d'origen, perquè altrament s'hauria de declarar el desemparament.

4.4.7. Les mesures de protecció adoptables

La declaració de desemparament ha d'acordar la mesura protectora del menor més escaient. Es preveu la possibilitat d'un acolliment immediat d'urgència mentre s'analitza la problemàtica i es determina, si s'escau, la mesura de protecció més adequada (art. 111 LDOIA). La mesura habitual de protecció és l'acolliment familiar simple o permanent, d'acord amb l'art. 228-9.1 CCCat, per bé que la LDOIA concreta els següents tipus d'acolliment al seu art. 120.1:

- a) L'acolliment familiar simple per una persona o una família que pugui suplir, temporalment, el nucli familiar natural de l'infant o l'adolescent.
- b) L'acolliment familiar permanent.
- c) L'acolliment familiar en unitat convivencial d'acció educativa.
- d) L'acolliment en un centre públic o concertat.
- e) L'acolliment preadoptiu.

L'acolliment familiar és sempre preferent, i a més es poden adoptar altres mesures de tipus assistencial, educatiu o terapèutic, d'acord amb les circumstàncies de cada menor en concret, igual com s'han de preveure els mesures de transició a la vida adulta (art. 146 LDOIA).

4.5. L'extinció dels efectes jurídics de la declaració de desemparament

El legislador català no contempla directament l'extinció de la declaració de desemparament, sinó que aborda aquesta qüestió des de la perspectiva de l'extinció de les concretes mesures de protecció adoptades arrel de la declaració de desemparament. En concret, l'art. 124 LDOIA enumera les següents:

- a) Adopció.
- b) Assoliment de la majoria d'edat, emancipació o habilitació d'edat.
- c) Resolució judicial civil ferma.
- d) Constitució de la tutela.
- e) Acord de l'òrgan competent que declara que han desaparegut les circumstàncies que havien donat lloc a l'adopció de la mesura.
- f) Mort o declaració de defunció de l'infant o l'adolescent.

A més, l'art. 130 LDOIA contempla una seguit de causes d'extinció de la mesura de l'acolliment familiar: la mort, incapacitat o voluntat de la família o la persona acollidora, i per voluntat de l'adolescent; en aquests casos cal establir seguidament la mesura de protecció que escaigui en benefici de l'infant o l'adolescent.

Totes aquestes mesures suposen que o bé el menor s'integra en una nova família (l'adopció) o resta sota tutela, que triomfa la via judicial instada pels familiars o tutor contra la declaració de desemparament, o que han desaparegut les circumstàncies que van motivar la declaració de desemparament i així ho acorda l'entitat competent. A banda, com que el desemparament es refereix a menors, l'assoliment de la majoria d'edat implica igualment l'extinció dels efectes derivats la declaració de desemparament. En sentit propi, doncs, la declaració de desemparament només s'extingeix per dos motius: per resolució judicial que dóna lloc a la impugnació realitzada per qui tenia la guarda del menor, i per

resolució de la pròpia administració arran de la desaparició de les circumstàncies que la van motivar.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO PÉREZ, Mariano, "El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad", *RDP*, 1973, p. 7 a 39

ARENAS GARCÍA, Rafael, "Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998-III, p. 378 i seg.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: "Les institucions civils de protecció relatives a la incapacitat d'obrar", a BADOSA COLL, Ferran (director): *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2006, p. 551-569

BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona, 2003

BAUER, Andreas, § 1896, Rn 2, a PRÜTTING, Hans, WEGEN, WEINREICH, Gerhard Gerd (ed.), *BGB Kommentar*, Köln, 2010

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, arts. 164 a 166, p. 1102 a 1124, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "De la guarda de hecho", a *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, p. 788 i seg.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»*, Barcelona, Bosch - Centro de Estudios Registrales de Cataluña (coed.) 1999

CASTÁN VÁZQUEZ, José M^a, *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960

CASTILLO TAMARIT, José, "Reflexiones sobre la modificación del Código Civil en materia de patria potestad", *RDN*, nº 12, Abril-Junio 1981

COUTO GÁLVEZ, Rosa M^a de, "De la guarda de hecho", a RAMS ALBESA, Joaquín (coord.), *Comentarios al Código civil*, II-2º, Barcelona, 2000

DE LA IGLESIA MONJE, Isabel, "Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, p. 297 i seg.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), *Manual de derecho civil aragonés*, Zaragoza, 2006

EGEA FERNANDEZ, Joan, "El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil en materia de tutela", *RJC*, 1986, p. 57 i ss,

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (propostes de nova regulació)", *V Jornades de dret català a Tossa*, Barcelona 1990, p. 161 i ss.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", a *Derecho Privado y Constitución*, 1995, núm. 5, p. 274 i ss.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La protecció dels menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)", a Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), *Materials de les V Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1990, pàg. 210 i ss.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado", a SALAS MURILLO, Sofía de (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010.

FERNÁNDEZ GALBÍS, Eduardo, "Supuestos especiales de enajenación de los bienes inmuebles del hijo menor de edad sometido a patria potestad", a *La Reforma del Derecho de Familia*, p. 309 a 315, Jornadas hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia, 1982

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Las entidades pública y la protección de los menores extranjeros en España", *Actualidad Civil*, 1998-II, p. 434 i ss.

FERRER RIBA, Josep, "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña", *DPyC* 1995, vol. 7, p. 31-85;

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo", *Actualidad Civil*, 1999, p. 554 i ss.

GARRIDO MELERO, Martín, *La intervención notarial en la nueva regulación de la potestad del padre y de la madre y la tutela en Cataluña*, separata de *La notaria*, 1997

GARRIDO MELERO, Martín: *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1999

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, SOLÉRESINA, Judith y YSÀS SOLANES, Maria, *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 2^a ed., Valencia, 2008.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen: "El patrimonio protegido de la persona discapacitada o dependiente. Una primera lectura de su regulación en el Libro II del Código Civil de Cataluña" (*ponència presentada en el V Congrés de Dret Civil Català, Tarragona, 2009; en premsa*)

GIMÉNEZ SALINAS, Esther, "Protecció de menors", en *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. II, Barcelona 1988, p. 169 i ss.

GONZÁLEZ BOU, Emilio, «Administración y disposición de los bienes de los menores adquiridos por título gratuito en Catalunya. Examen especial del art. 66.1 del Código de Sucesiones de Catalunya», *La Notaria*, 1994-3, p. 39 i ss.

GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel, "Bienes de menores y Registro de la Propiedad", *RCDI* nº 570, sept.-oct. 1985 , p 1177 a 1195.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", a SALAS MURILLO, Sofía de (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010.

JOU MIRABENT, Lluís, "Les relacions paterno-filials en el futur Codi de Família de Catalunya", a AA.VV., *Materials de les vuitenes Jornades de Dret Civil a Tossa*, 1994, València, Tirant lo Blanch, 1996, p. 109-129;

LARRONDO LIZARRAGA, Joaquín: "Notas sobre la administración y disposición de los bienes fiduciarios ante el Registro, a NASARRE AZNAR, Sergio - GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid - Barcelona, p. 695-714

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado", a *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000

LINACERO DE LA FUENTE, M^a Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990

LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Ed. Trivium S.A., Madrid, 1993

LLEBARÍA SAMPER, Sergio, "El desamparo de menores en el Derecho catalán", *Tribunal*, 1992-I.

MARTÍNEZ DÍE, Rafael: "Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado", a NASARRE AZNAR, Sergio – GARRIDO MELERO, Martín, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid - Barcelona, p. 297-306

MORENO QUESADA, Bernardo, "El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 1985, p. 326 i ss.

MUÑIZ ESPADA, Esther: "Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad", a NASARRE AZNAR, Sergio - GARRIDO MELERO, Martín, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid - Barcelona, p. 283-295

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, "La guarda de hecho", *Revista de Derecho Privado*, 1999.

PALANDT/DIEDERICHSEN, Uwe, *Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2011

PARRA LUCÁN, María Ángeles, "El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el derecho catalán (2)", *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, 1994, núm. 21

PAU PEDRÓN, Antoni: "El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral", a NASARRE AZNAR, Sergio - GARRIDO MELERO, Martín, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid - Barcelona, p. 671-694

PAU PEDRÓN, Antonio, "La nueva regulación alemana sobre patria potestad", *ADC*, 1982, t. 35, Fascículo 3, p. 723 a 749

PÉREZ MONGE, Marina, "Regulación de la guardia de hecho en la Ley de Derecho de la Persona de Aragón", a SALAS MURILLO, Sofía de (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010

PRADA GONZÁLEZ, José M^a De, "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *RDN*, 1982-1, nº 117 i 118, p 261 a 290

PUIG I FERRIOL, Lluís - ROCA I TRIAS, Encarna: *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. II (*Dret de la persona i dret de família*), Tirant lo Blanch, València, 2005

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona, 2004

RAUSCHER, Thomas, *Familienrecht*, Heidelberg, 2008

RICO PEREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Madrid, 1980

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, “¿Realiza el guardador de hecho una función que le legitima para la obtención de información jurídica y económica de los organismos públicos?”, a SALAS MURILLO, Sofía de (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006

ROGEL VIDE, Carlos, "De la guarda de hecho", a MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991

ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986

SALAS MURILLO, Sofía de, *Responsabilidad civil e incapacidad*, Valencia, 2003

SANCHO GARGALLO, Ignacio, “Tutela y demás instituciones tutelares”, a *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja*, separata de *La notaria*, 1999, p. 187-213

SANCHO GARGALLO, Ignacio, com. art. 253, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000

SAURA MARTINEZ, Fernando, *Incapacidad y tuición*, Madrid, 1986

SCHWAB, Dieter, § 1896, a *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2010

SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, José M^a- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando, "Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil", *RDP*, 1981-2, p. 851 a 891

URIBE SORRIBES, Antonio, "La representación de los hijos", *AAMN*, 1982, pp. 262 y ss.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994

VENTOSO ESCRIBANO, Adolfo *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Ed. Colex, Madrid, 1989

ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004