

## **LA ASISTENCIA.**

La regulación de las instituciones de protección contenida en el Libro II del Código Civil de Cataluña presenta como singular novedad con respecto a la precedente la introducción de una nueva figura, cual es la asistencia, que supone un importante paso en la necesaria acomodación de tales instituciones a las diferentes situaciones fácticas a las que han de atender;

## **VISIÓN GENERAL DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN:**

Podemos afirmar que en materia de instituciones de protección se cumple el propósito del legislador de no efectuar una simple traslación del contenido del Código de Familia al Libro II del Código Civil, sino que se continúa la línea evolutiva que había iniciado la Ley 39/1991 de 30 de diciembre sobre Tutela e Instituciones Tutelares, proseguida por la reforma introducida por la Ley 11/1996 de 29 de julio, cuya novedad más llamativa fue la introducción de la figura de la autotutela y profundizada en la propia Ley 9/1998 de 15 de julio por la que se aprobó el Código de Fa-

milia. En todas ellas se denota una flexibilización progresiva del sistema de las instituciones de guarda y protección, con el propósito, por una parte, de dar soluciones diferentes a las distintas situaciones de hecho que la realidad presenta (menores huérfanos o desamparados, personas con anomalías congénitas, enfermos mentales, discapacitados físicos, ancianos desamparados, enfermos o discapacitados,...) y, por otro, de ofrecer flexibilidad en la configuración y ejercicio de las funciones de guarda y protección, ante la evidencia de la inadecuación (hay autores que prefieren hablar directamente de fracaso) del sistema de tutela de autoridad puro al que se acercó en buena medida en legislador del Código Civil en la reforma de 1983.

A la hora de enfocar la reforma de la regulación de las instituciones de protección, es importante remarcar que las ya sabidas transformaciones sociales (envejecimiento de la población, tránsito de la familia amplia hacia nuevas formas -nucleares, monoparentales, homosexuales, reconstituidas,...-, extensión del número de personas dependientes, modificaciones en los sistemas de protección social,...) han provocado en los últimos años del pasado siglo y en lo que va de éste importantes transformaciones legislativas, tendentes a poner en valor las capacidades de todas las personas, superando el aislamiento de los discapacitados, modificando el enfoque de su consideración jurídico privada y creando nuevas instituciones de protección en las que, sin descuidar la impor-

tancia de los controles públicos, se dé un mayor campo de actuación a la autonomía personal.

Así pueden subrayarse tanto normas internacionales, como la Recomendación R(99)4 de 28 de febrero del Comité de Ministros del Consejo de Europa (citada en la Exposición de Motivos del Libro II), el Convenio sobre Protección Internacional de Adultos de La Haya de 13 de enero de 2000 o la importante Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad suscrita en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre e 2007), como normas nacionales, entre las que cabe citar, por referirnos a las más cercanas, la reforma de las legislaciones civiles alemana (introducción de la figura de la asistencia o “Betreuung” para los mayores de edad que devienen incapaces o discapacitados, respecto de los cuales desaparece la tutela, complementada con la innecesidad, a partir de 1998, de institución de protección si las necesidades del mayor están suficientemente cubiertas por un poder al efecto), francesa (regulación de la “salvaguardia de justicia” y de los mandatos de protección futura, introducidos éstos en la reforma de 2007, en los que la ordenación de tal protección futura se permite no solo respecto del otorgante, al modo de la autotutela, sino también respecto de los hijos mayores bajo custodia de los otorgantes), italiana (que contempla la institución del “administrador del sostenido” como figura de complemento para las personas mayores de edad que gozan de limitado grado de autonomía y libertad) o de Qué-

bec (que regula, por un lado, la figura del “consejero del mayor” para complementar la actuación de quien ha sufrido merma en sus capacidades mediante su intervención de los actos relevantes para su persona o patrimonio, y por otro un mandato de protección en previsión de la futura incapacidad, con amplio respeto de las medidas de control que el ordenante quiera establecer).

Centrándonos en el Derecho Catalán, entiendo que pueden destacarse varios principios que informan la nueva regulación, enunciados en la Exposición de Motivos y desarrollados en el texto articulado:

a.- Ha de respetarse en la mayor medida posible la autonomía individual y la capacidad natural de las personas. Recordando viejos principios civiles, la capacidad es la regla general, y la incapacidad, la excepción, por lo que cuando las condiciones psíquicas de una persona permitan que ésta forme adecuadamente su voluntad, tal voluntad deberá ser social y jurídicamente respetada y eficaz.

b.- Se supera definitivamente el dogma de la necesidad de la incapacitación judicial para la adopción de medidas de protección para los mayores de edad. El principio que, animado por buenos propósitos, sentó el Código Civil estatal en 1983 (sólo cabe la privación de capacidad por sentencia de incapacitación) se ha revelado ineficaz para atender a las muy diversas situaciones que la realidad ofrece. El carácter estigmatizador de la incapacitación ha

provocado en la práctica que sólo un pequeño porcentaje (diversos estudios lo sitúan entre el 10% y el 20%) de las personas “incapacitables” sean efectivamente incapacitadas, por lo que el legislador no hace sino atender a la demanda social de figuras de protección de los discapacitados e incapaces sin tener que pasar por el amargo trago de la incapacitación. Por otra parte, no conviene desconocer que las demandas de incapacitación provocan en ocasiones el desencadenamiento de conflictos intrafamiliares no deseables (distintas personas o grupos familiares que pretenden hacerse con el control de un patrimonio a través de la tutela).

c.- En paralelo con lo anterior, se supera también el dogma de que sólo pueden establecerse instituciones permanentes o estables de protección si ha mediado un previo proceso contradictorio. Ciertamente es que la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales obliga en muchos casos a la formulación de un juicio ordinario, con contradicción y defensa, para evitar abusos, pero también lo es que tal estructura formal resulta excesiva y perturbadora en otros, especialmente cuando la iniciativa para la adopción de las medidas proviene de la propia persona que precisa la protección e incluso de alguien expresamente encomendado por ésta. Un primer paso en este sentido lo trajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, al permitir que el mayor de edad promueva el proceso de incapacitación, pero ello por sí solo no obsta la necesidad del proceso contradictorio. Y un paso más ha venido dado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de

2015, al regular una buena suerte de materias relativas a las instituciones de protección.

d.- Finalmente, cabe indicar que las rigideces de los controles del sistema tutelar no siempre se acomodan bien a las necesidades del cuidado de la persona y bienes de los mayores. Mientras que las finalidades a las que normalmente ha de estar encaminada la actividad de quien cuida de un menor, discapaz o no, son las de educar y formar a la persona y conservar y poner en producción su patrimonio, para que pueda reportar beneficios de manera prolongada en el tiempo, en el caso de los ancianos lo que se precisa es, más bien, compañía y atención personal y agilidad en la gestión del patrimonio, aunque pueda suponer una mayor consunción del mismo, en aras de atender necesidades inmediatas y con un horizonte temporal limitado. No parece tener mucho sentido, a pesar de las prestaciones públicas que el anciano pueda recibir, que deba conservarse su patrimonio para que haga tránsito a unos eventuales herederos con merma de la calidad de vida del propio titular.

Consecuencia de lo anterior es que la promoción de una institución de protección para un incapaz mayor de edad se gradúa en atención a la autonomía y voluntad de éste. En primer lugar, ha de atenderse a la voluntad del afectado, expresada a través de figuras como la asistencia, la autotutela y los apoderamientos preventivos; a falta de ésta, se toman en consideración las decisiones del grupo familiar, que puede optar por la promoción de la inca-

pacitación pero también por mantenerse en una situación de simple guarda de hecho; solo en defecto de una y otra interviene directamente la autoridad pública, bien para asumir la guarda del desamparado, bien para promover la constitución de un organismo tutelar.

Señala el legislador que es su propósito el alejar el tratamiento de las instituciones tutelares como un mero sucedáneo de las instituciones familiares, y es cierto que ello se refleja en aspectos tales como su control por la autoridad judicial, las figuras de la asistencia o el patrimonio protegido o la regulación de las situaciones de desamparo. Pero no por ello deja de ser cierto que el recurso a la institución estable ordenada por la autoridad aparece cuando las medidas personales y familiares fallan. No puede ser de otra forma, no sólo por puras razones económicas (los recursos públicos no son ilimitados, y han de centrarse en quienes más lo necesiten) sino también sociológicos y psicológicos.

### **LA ASISTENCIA:**

Introduce la reforma del Derecho de Familia que se plasma en el nuevo Libro II, como hemos dicho, una figura sin antecedentes directos en los Derechos Civiles españoles, cual es la asistencia, institución de protección prevista para la persona mayor de edad que, en situación de ancianidad, enfermedad física o psíquica que no han llegado a privarle de su capacidad de querer y en-

tender, se ve sin embargo limitada en su capacidad de obrar, y decide voluntariamente dotarse de un instrumento estable de protección y complemento de capacidad.

**a) Principios que la inspiran:**

En línea con lo expuesto hasta aquí, podemos resumir de esta forma los principios que inspiran la regulación de la asistencia (RIVERO HERNÁNDEZ):

1.- Principio de necesidad: Sólo se impondrá la actuación del asistente cuando sea estrictamente necesario, para salvaguardar al máximo la autonomía personal en la adopción de decisiones.

2.- Principio de subsidiariedad y mínima intervención.

3.- Principio de personalización o individualización del régimen de protección.

4.- Equilibrio entre protección y libertad civil.

5.- Decisión individual con control judicial.

**b) Sus caracteres:**

Prescindiendo de una exposición detallada de sus antecedentes en Derecho comparado (ya hemos hecho referencia anteriormente a la salvaguardia de justicia, a la Betreuung y al administrador del sostenido), voy a caracterizarla e incardinarla dentro del ámbito de las instituciones de protección diferenciándola de las anteriormente existentes:

a.- Es una institución que se constituye por la autoridad pública jurisdiccional: el establecimiento de la asistencia ha de reali-



zarse necesariamente por mandato judicial, en el ámbito de un expediente de jurisdicción voluntaria. Su constitución por la autoridad pública la equipara a la tutela, curatela y defensa judicial, distinguiéndose de las dos primeras tanto desde el punto de vista material (no requiere una previa declaración de incapacitación) como del procedimental (no requiere juicio contradictorio).

b.- Es una institución de promoción siempre voluntaria: sólo se constituye si hay voluntad expresa del asistido, que solicita al Juez la adopción de la medida. La iniciativa del particular es común con los apoderamientos preventivos (en los que, sin embargo, no se requiere intervención judicial) y con los supuestos de autodelación de la tutela y de la curatela, de los que se diferencia por el resultado (no hay declaración de incapacitación) y por el procedimiento judicial (voluntario y no contradictorio).

c.- Es una institución estable: aunque no se requiera la intervención del asistente de manera constante y continuada, su carácter no es transitorio u ocasional (como la guarda pública o la defensa judicial), sino estable y su duración naturalmente indefinida, mientras no concurra causa de extinción o modificación; además, del conjunto de la regulación se deduce que su sustitución por otra institución más rígida (tutela) se contempla por el legislador como una medida extraordinaria, si las circunstancias lo exigen. En ello se asemeja grandemente a la curatela, de la que la separan los caracteres materiales y formales antes citados.

d.- Es una institución complementaria de la capacidad y no supletoria de la misma; a diferencia de la tutela, la asistencia no conlleva la atribución de facultades representativas a su titular, ya que su labor es de complemento o intervención, y no de suplencia o sustitución de la actividad del asistido. También en ello se asemeja a la curatela.

e.- No obstante tal carácter complementario, puede tener un contenido tanto personal como patrimonial, siendo la autoridad judicial quien lo fijará en el momento de su constitución y sin perjuicio de una posterior modificación. Tal circunstancia, común a la tutela y que la separa de la curatela (cuyo ámbito es preferentemente patrimonial) es consecuencia del ámbito de personas para las que está contemplada, ya que las personas mayores que alcanzan una edad avanzada o se ven afectadas de discapacidades físicas o psíquicas van a procurar la mayor parte de las veces una atención personal además de la asistencia puramente patrimonial.

f.- Es una institución de desempeño naturalmente gratuito, salvo que el impulsor de la misma haya previsto alguna retribución para el asistente de manera específica. Aunque no existe remisión específica en este extremo a las normas de la tutela, parece que la posibilidad de que la autoridad judicial establezca una retribución casa mal con el origen puramente voluntario de la asistencia. Ello no obsta a que el asistente deba verse reembolsado de los gastos que el ejercicio de su labor le ocasione.

### **c) Capacidad del promotor y del asistente:**

c.1.- En cuanto al promotor de la asistencia, la regulación legal (artículo 226-1) viene a exigir, de manera expresa, la mayoría de edad, y, por vía negativa, la plena capacidad de obrar, ya que no podrá promover la constitución de la asistencia la persona que esté afectada por una disminución incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. En el primer caso, quizá tan solo una sordomudez que implique la incomunicación total del sujeto pueda considerarse impeditiva de la facultad de nombrar asistente (si la voluntad puede expresarse, por lenguaje de signos o de la manera que sea, parece que el juez podrá y deberá tenerla en cuenta), mientras que el segundo caso, la disminución psíquica, pudiere ofrecer más dificultades prácticas. Ahora bien, dada la interpretación legal restrictiva de las causas limitativas de la capacidad de obrar (artículo 211-3), parece que solo en caso de evidente incapacidad inhabilitante del promotor podría desestimarse la solicitud de nombramiento de asistente. Volveremos sobre el tema al tratar del procedimiento.

Es necesario, por otra parte, que la persona sufra una disminución no incapacitante de sus facultades físicas y/o psíquicas, en grado que haga innecesaria una incapacitación. Se engloban en este concepto situaciones tales como un alzheimer o demencia senil en fase inicial, afasias, cierto tipo de esquizofrenias o trastornos del espectro autista....

A la hora de valorar cuándo procede la designación de un asistente o cuando es precisa la constitución de un organismo tutelar, los Tribunales suelen atender, dentro de las circunstancias del caso concreto, a la mayor o menor necesidad de permanencia de la institución de ayuda, como puede verse, en sentido favorable a la asistencia, en sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2012 (512/2012), 7 de mayo de 2013 (297/2013), 18 de febrero de 2014 (118/2014) o en dos sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 24 de abril de 2015 (164/2015 y 165/2015), y en sentido contrario a la asistencia, en sentencias como las de 13 de mayo de 2014 (312/2014) de la misma Audiencia Provincial de Barcelona, o de 13 de febrero de 2015 (68/2015) de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Se plantea la doctrina la compatibilidad de la asistencia con un apoderamiento preventivo concedido al amparo del artículo 222 CCCat. Al no haber exclusión expresa por el legislador, parece que ambas instituciones serán compatibles, ya que la labor del asistente no es la misma que la del apoderado, el poder de éste está llamado a subsistir incluso en casos de incapacitación judicial, no parece que sea un supuesto incardinable en el “nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio” que supondría una revocación tácita del poder ex art. 1735 CC (que además requeriría notificación al apoderado) y porque, en fin, siempre le cabe al interesado, que conserva su capacidad, revocar el poder preventivo que hubiese conferido.

c.2.- En cuanto al asistente, el legislador (artículo 226-6) remite al régimen de la tutela en cuanto a la aptitud exigible. Por ello, y también porque la propia finalidad de la asistencia es complementar la capacidad de una persona mayor de edad interviniendo en su toma de decisiones, resultará exigible la capacidad de obrar plena, que se alcanza con la mayoría de edad.

La remisión legal nos conduciría a pensar que las causas de inhabilidad o ineptitud previstas para los tutores serían aplicables sin más a los asistentes; ahora bien, creo que ello ha de ser modulado. En el primer caso, salvo que exista un documento de autotutela (artículo 222-9), se ha de nombrar al titular de la institución de protección respecto de una persona que no tiene plena capacidad de obrar, y cuya opinión puede no ser relevante o simplemente no existir; en el segundo, el promotor de la asistencia es por principio una persona capaz, por lo que su decisión se valora de una manera especial (artículo 226-1.2); por ello, opino que inhabilidades tales como haber sido privado de la potestad parental o removido de una tutela anterior habrán de ser apreciadas en cada caso concreto por el juez que designe al asistente, a fin de considerar si constituyen o no motivos graves que desaconsejen su elección (artículo 226-1.2). Lo mismo cabe pensar respecto de la exclusión por conflicto de intereses que contempla el artículo 222-17: si a pesar de la existencia de tal conflicto el promotor de la asistencia solicita que sea nombrada tal persona, no habrá de entenderse automáticamente excluida, sino que será el Juez el que

haya de adoptar la decisión a la vista de las circunstancias. Finalmente, entiendo que sí son aplicables al asistente la causas de excusa que recoge el artículo 222-18, cuya concurrencia valorará el Juez al hacer la designación o al recibir la alegación sobrevenida.

Aunque la nueva regulación no contiene una declaración expresa en este sentido (como sí lo hay en el BGB alemán, que lo admite) y parece presuponer que el asistente será siempre una persona física, la remisión general a las normas de la tutela, el propio significado de la institución y la posible voluntad del promotor en tal sentido permiten incluir como asistentes también a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la protección de menores e incapaces y reúnan los demás requisitos legales. En este caso, será necesario que realicen la designación de la persona física que ejercite directamente la labor de asistencia. En esta línea milita la sentencia 512/2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de mayo de 2013.

Tampoco establece nada el legislador acerca de la posible pluralidad de asistentes (sí la admite el BGB), ahora bien, tanto el respeto de la voluntad del promovente como la aplicación analógica de las normas de la tutela pueden habilitar la existencia de dos asistentes, con facultades conjuntas o solidarias, la previsión de asistentes suplentes o la distribución de funciones entre un asistente encargado del cuidado de la persona y otro encargado de las funciones patrimoniales.

#### **d) Procedimiento de nombramiento y su publicidad:**

El texto legal encomienda de manera clara y terminante a la iniciativa particular, como hemos dicho, la iniciación del procedimiento, no estando prevista en ningún caso la promoción de oficio.

Teniendo en cuenta que la promoción de la asistencia es materia que afecta a los derechos individuales y que la designación de la persona que haya de ejercitar el cargo de asistente supone una evidente relación de confianza, parece dudoso que pueda procederse a la promoción de la asistencia y al nombramiento de asistente por apoderado. De hecho, la regulación legal parece presuponer que es el propio interesado el que hace una cosa y otra. Ahora bien, creo que pueden hacerse algunas precisiones:

1.- No existe ninguna obligación legal de promover la asistencia, por lo tanto entiendo que no son aplicables a la institución ni el elenco de personas obligadas a pedir la constitución de la tutela (la asistencia presupone capacidad) ni siquiera el de personas facultadas para pedirla; si estiman que la incapacidad que afecta al sujeto es suficientemente invalidante, lo propio es que unas y otras inicien el procedimiento de delación de la tutela. En este extremo, la legislación catalana se aparta del modelo alemán, ya que en el BGB cabe que la promoción de la asistencia pueda realizarla la autoridad judicial de oficio si el afectado por una discapacidad física no puede expresar su voluntad, o si el afectado por una discapacidad psíquica se encuentra internado. La razón de la diferen-

cia radica en que en Derecho catalán la asistencia se contempla como una figura alternativa y no sustitutiva de la tutela, como en el Derecho alemán.

2.- Me parece sin duda posible que el promotor del expediente pueda otorgar un poder específico o nunciatura para que el apoderado pueda iniciar, con especificación de unos límites, un procedimiento de asistencia e incluso solicitar el nombramiento o exclusión de alguna persona si el poderdante la ha designado expresamente; incluso creo defendible que el poderdante pueda identificar suficientemente sus características o condiciones, aun sin designar persona.

3.- En caso de que la persona haya otorgado un apoderamiento preventivo o un apoderamiento con subsistencia de efectos, dado que el apoderado es persona que puede promover la constitución de la tutela, podría defenderse que pudiera promover la adopción de una medida menos invasiva, cual es la constitución de una asistencia. Cuestión diferente es que en el procedimiento de jurisdicción voluntaria sería necesaria la intervención del asistido.

4.- Por analogía con lo establecido en el artículo 222.4.3, entiendo que la iniciación del procedimiento de incapacitación o las diligencias incoadas por el Ministerio Fiscal al efecto vedan la posibilidad de iniciar el expediente de asistencia: lo propio será que el afectado haga valer su voluntad en el procedimiento contencioso o en las diligencias.



En cuanto al procedimiento, habrá de estarse en cuanto a su iniciación, dirección y asistencia letrada, postulación, trámites y resolución a las normas recogidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015, y al no contemplar ésta específicamente la figura de la asistencia, han de entenderse aplicables por analogía y “mutatis mutandi”, las previstas para el nombramiento de tutores y curadores en sus artículos 43 y siguientes, con la especialidad de que en este caso no habrá un órgano jurisdiccional que haya conocido previamente del caso en sede de jurisdicción contenciosa.

La designación tendrá en cuenta la opinión del promotor del expediente, tanto desde el punto de vista positivo (preferencia por una persona determinada) como negativo (exclusión) y, a falta de tal opinión, y aunque la remisión a las normas de la tutela no alcance a este extremo, parece lógico que el Juez escoja a alguna de las personas que preferentemente podrían desempeñar el cargo de tutor (artículo 222-10), pero sin verse vinculado por el orden legal (no es idéntica la finalidad de representación y custodia de la persona que la de simple asistencia). Entiendo que, a estos efectos, también puede resultar relevante la designación previa efectuada en un documento de autotutela.

Por otra parte, nada impide, y de hecho hay una línea jurisprudencial consolidada al efecto en la Audiencia Provincial de Barcelona (por ejemplo, la sentencia 297/2013, de 7 de mayo – singular porque encomienda el cargo a una SCP- o la 118/2014 de

18 de febrero) que, iniciado un procedimiento contencioso de incapacitación, en el curso del mismo se decida que no procede tal medida, y sí una menos agresiva, cual es el nombramiento de un asistente, llevándose a cabo el mismo por el propio Juzgador, previa solicitud de la persona interesada.

Deferido el cargo al asistente y aceptado por éste, se procederá a la publicidad de la institución y del nombramiento en el Registro Civil (artículo 226-7). La asistencia no inscrita no es inexistente, pero sí que tiene limitados sus efectos frente a terceros (entiendo que de buena fe), por lo que no podrá oponérseles la anulabilidad del acto del asistido celebrado sin la intervención del asistente cuando ésta es preceptiva.

#### **e) Facultades y obligaciones del asistente:**

La inclusión de la asistencia entre las instituciones de protección hace que le sean aplicables los principios generales que disciplinan la materia, modulados a la especial naturaleza de la figura. Así, el interés predominante ha de ser el del protegido; cuando la intervención del asistente sea necesaria ha de procurar tanto el cuidado de la persona del asistido como la debida administración de sus bienes e intereses y el correcto ejercicio de sus derechos; la función de asistencia constituye una obligación para el asistente en los supuestos en que ha de prestarse; el respeto de la voluntad del asistido y el deber de informarle tienen particular relevancia por cuanto el asistido es, en principio, una persona ple-

namente capaz o que conserva buena parte de sus capacidades naturales; y el asistente, en fin, está sometido a las medidas de control previstas por el asistido y homologadas judicialmente y a las medidas concretas que la autoridad judicial pueda adoptar en el decurso de su ejercicio.

Descendiendo a las facultades y obligaciones concretas del asistente, la redacción legal es deliberadamente flexible, ya que cada asistencia ha de confeccionarse a medida de las capacidades del asistido y de la voluntad de éste, de manera que será la resolución de nombramiento la que necesariamente haya de delimitar el ámbito de la asistencia. De todas maneras, el artículo 226-2 da unas orientaciones generales:

a.- En el ámbito personal, el titular de la asistencia ha de velar por el bienestar del asistido, con respeto de su voluntad y opciones personales. Por supuesto que no podrá extenderse la intervención de la asistencia a todos los actos que tengan carácter personalísimo o supongan el ejercicio de derechos de la personalidad. Sí contiene el texto una previsión específica: a falta de designación de representante en un documento de voluntades anticipadas, será el asistente quien deba recibir la información clínica y médica sobre la salud del asistido y prestar el consentimiento a cualquier intervención o tratamiento médico (o revocarlo) siempre que la situación de la persona protegida (física o psíquica) le incapacite para decidir por sí misma.

En el caso de que la situación de la persona protegida lo exija (recordemos que sus facultades son de complemento o intervención, no de representación), el asistente estará obligado, como guardador de la misma, a promover la constitución del organismo tutelar estable (artículo 222-14 en relación con el 222-10), pudiendo ser designado él mismo tutor. En su caso, también el asistente podrá promover el internamiento de la persona protegida.

En cuanto a una posible remuneración del asistente, no hay previsión específica en la nueva regulación, por lo que se aplicará la normativa general: el cargo será gratuito, sin perjuicio de la facultad de reembolso de los gastos e indemnización de los daños sufridos, pero el asistido podrá prever la existencia de una retribución, que el juez, al hacer el nombramiento, establecerá siempre que la entidad de su patrimonio lo permita.

b.- En el ámbito patrimonial, la dicción del precepto es todavía más parca. En principio, sólo tendrá el asistente facultades de administración de los bienes de la persona protegida cuando ésta lo haya solicitado y la autoridad judicial así lo haya aprobado. En otro caso, sólo será precisa la intervención del asistente en los supuestos específicamente referenciados en la resolución judicial. Dada la diferente naturaleza jurídica de la figura, no creo que sea analógicamente aplicable de manera automática el elenco de supuestos del artículo 222-43 (aquellos en que el tutor requiere autorización judicial), aunque sin duda puede resultar una pauta aconsejable, dado que son todos ellos actos que pueden compro-

meter gravemente el patrimonio del asistido. De todas formas, recordemos que la intervención del asistente es normalmente complementaria, de suerte que será necesaria también la intervención de la persona protegida en el acto o contrato, salvo que la resolución judicial haya atribuido al asistente facultades expresas de administración en tal sentido.

En el supuesto de que exista conflicto de intereses entre el asistente y la persona protegida en un supuesto en que se requiera la intervención del primero, pudiera pensarse que lo correcto sería solicitar la designación de un defensor judicial “ad hoc”. Ahora bien, el hecho de que el asistido pueda conservar suficiente capacidad de obrar y que el supuesto no esté previsto en la regulación legal, nos lleva a pensar que será suficiente con que el Juez supla por sí la intervención del asistente, autorizando el acto concreto. Caso distinto será el que pueda solicitarse el nombramiento de un defensor mientras se discute acerca de una posible remoción del asistente, o en caso de que éste no ejerza efectivamente las facultades de intervención y/o administración que tiene atribuidas.

En caso de que el asistente tenga encomendadas funciones de administración, el artículo 226-6 nos remite a las normas sobre rendición de cuentas previstas para la tutela. Ello nos deja la duda de si le será aplicable o no la obligación de formular inventario que se establece para el tutor (la prestación de caución o fianza solo será exigible si la resolución de nombramiento lo exige). La ausencia de remisión en este caso y la diferente naturaleza de la

figura nos lleva a pensar que la obligación de inventariar solo será exigible si la resolución de nombramiento la impone de manera expresa, en atención a la mayor o menor amplitud de las facultades de administración conferidas. En cuanto a las cuentas que han de rendirse, entiendo que es tanto la cuenta periódica (en principio anual, salvo que se fije un plazo superior) a que se refiere el artículo 222-31 del Código, como el informe sobre la situación personal del artículo 222-32 (especialmente importante, pues puede aconsejar la sustitución de la asistencia por otra institución estable de protección) como la cuenta final en caso de cese del asistente o de extinción de la asistencia. No establece la ley ante quién han de rendirse las cuentas, y pudiera pensarse que, si la persona protegida conserva suficiente capacidad, es ella el destinatario natural de la rendición. Ahora bien, creo que la remisión legal no deja duda en cuanto a que es la autoridad judicial que ha nombrado al asistente la destinataria de la rendición de cuentas.

**f) Régimen de los actos celebrados sin intervención del asistente:**

El artículo 226-3 del CCCat. impone la anulabilidad como sanción para los actos de la persona asistida celebrados sin la intervención del asistente, esto es, para aquellos que estén específicamente incluidos en el ámbito de protección que la institución haya en concreto establecido.

Tal anulabilidad supone que el acto será sanable o confirmable por la intervención posterior del asistente, además de por el transcurso del plazo de caducidad de la acción, que el precepto fija en cuatro años.

Están legitimados activamente para interponer la acción el asistente, la propia persona asistida (que, recordemos, no ha perdido su capacidad), así como los herederos de éste, si hubiere fallecido, o la persona encargada de su tutela, si hubiere sido incapacitado. En el caso de fallecimiento, suscita dudas el cómputo del plazo de cuatro años, ya que parece desconocer el tiempo de que hayan podido disponer el asistido y el asistente para impugnar.

Un problema singular es el de cómo asegurar la necesidad de la intervención del asistente en relación con los bienes que acceden a los Registros Públicos, singularmente al Registro de la Propiedad, a fin de evitar la aparición de terceros protegidos que puedan hacer ineficaz la anulación del acto realizado sin la intervención del asistente. Es sabido que el que adquiere directamente de la persona del asistido no podrá invocar la protección registral, ya que es parte del negocio viciado de anulabilidad, pero no ocurrirá lo mismo si este primer adquirente transmite la finca a un tercero, que si es de buena fe, adquiere por título oneroso e inscribe a su vez, quedará protegido ex art. 34LH frente a cualquier eventual reclamación por parte del asistido.

Nos ofrece una posibilidad muy interesante en este sentido la línea marcada por la resolución de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya 0114/2013 de 28 de noviembre de 2012, al permitir el acceso al Registro de la Propiedad de la limitación de las facultades de libre disposición autoimpuestas por el titular registral. Si en el caso examinado por la resolución se admitió la constancia registral de la limitación autoimpuesta por una persona, consistente en la imposición de la necesidad de contar con el consentimiento de su padre o madre para disponer de un determinado bien, parece que no debería haber problema en solicitar la constancia registral de la necesidad de contar con el consentimiento del asistente para disponer de un bien concreto. Ello sin perjuicio de que pueda discutirse si cabe o no el acceso al Registro de la limitación de las facultades dispositivas de un titular registral via art. 2.4 LH., cuando como, en el caso de la asistencia, pueda dudarse si existe o no una verdadera limitación de la capacidad de la persona en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

**g) Modificación de la asistencia:**

El supuesto fáctico a que responde la institución de la asistencia (personas ancianas o con capacidades parcialmente limitadas) hace que la posible modificación de su contenido tenga particular importancia. Desde el punto de vista del asistido, a diferencia del poder preventivo no le cabe revocar la designación de asis-



tente, por lo que deberá encauzar a través de la solicitud de modificación de la asistencia una sustitución en la persona del asistido o una reducción del contenido de la asistencia. Y desde el punto de vista del asistente, la solicitud de modificación se contempla, más que como un derecho, como una carga u obligación en los supuestos en que el cambio de circunstancias haga aconsejable la ampliación o reducción de sus facultades o la extinción de la asistencia, tanto para hacer tránsito a una situación de capacidad plena como para hacerlo a una institución estable de protección.

#### **h) Extinción de la asistencia:**

El artículo 226-5 recoge las causas de extinción de la asistencia (esto es, de la institución de protección), y cita como tales la muerte, declaración de fallecimiento y de ausencia de la persona protegida, la desaparición de las circunstancias que la determinaron, la incapacitación de la persona asistida (supuesto que hará tránsito a otro sistema de protección) y la resolución judicial adoptada a instancia de parte, parte que podrá ser o la persona protegida o el propio asistente, ya que en otro supuesto parece que lo procedente será la demanda de incapacitación.

Ahora bien, además de la extinción de la asistencia en sí, también puede producirse la extinción del cargo del asistente con mantenimiento de la situación de protección. Serán causas de extinción del cargo la muerte o declaración de fallecimiento del asistente, por supuesto, la excusa sobrevenida aceptada judicial-

mente, la renuncia del asistente, también judicialmente aceptada, y el cese o remoción. Por aplicación de las normas de la tutela, tal remoción podrá tener lugar por ineptitud sobrevenida (conurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 222-15), incumplimiento de deberes inherentes al cargo, negligencia en el ejercicio de sus funciones, por problemas de convivencia graves con la persona protegida (si tal convivencia existe), y la remoción podrá ser instada por la persona protegida, pero también de oficio por el Juez, por el Ministerio Fiscal o incluso por las personas facultadas para instar la constitución de la tutela, ya que puede ocurrir que la capacidad física o psíquica del asistido esté tan disminuida que le impida hacerlo por sí; ahora bien, puede ocurrir que en este último caso lo que proceda sea la declaración de incapacitación. Si el asistente ha cesado pero se mantiene la institución de protección, se abrirá un nuevo proceso de nombramiento, y el asistente cesado quedará obligado a rendir cuentas.

**Manuel Ángel Martínez García.**

**Notario.**