Scientia Iuridica

La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán

María Corona Quesada González

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN SCIENTIA IURIDICA
TÍTULOS PUBLICADOS

El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica, *Aurelia María Romero Coloma* (2007).

Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral), *Jesús Palmou Lorenzo* (2007).

Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social, *Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoguera Carreres* (2007).

Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia, *Domingo Bello Janeiro* (2008).

El carácter distintivo de las marcas, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2008).

La imparcialidad en la función pública, *Rafael Gil Cremades* (2008).

La intimidad privada: problemática jurídica, *Aurelia María Romero Coloma* (2008).

El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas, *Silvia Tamayo Haya* (2009).

El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión, *Aurelia María Romero Coloma* (2009).

Breve introducción a las teorías criminológicas, *Moisés Cayetano Rodríguez* (2009).

Familia y discapacidad, *Silvia Díaz Alabart (coordinadora)* (2010).

Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo, *Mª del Carmen Gómez Laplaza (coordinadora)* (2010).

Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar, *Aurelia María Romero Coloma* (2010).

La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria), *Aurelia María Romero Coloma* (2011).

Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización, *Aurelia María Romero Coloma* (2012).

Capacidad, incapacidad e incapacitación, *Aurelia María Romero Coloma* (2013).

Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU), *Silvia Díaz Alabart (directora) y Mª Teresa Álvarez Moreno (coordinadora)* (2014).

La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos, *Eva R. Jordà Capitán y Verónica de Priego Fernández (directoras)* (2014).

Fiducia, leasing y reserva de dominio, *Gorka Galicia Aizpurua* (2014).

Parejas de hecho: situación actual de su regulación en la legislación mercantil y perspectivas de futuro, *Carlos Argudo Gutiérrez* (2016).

Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar, *José Antonio Rodríguez Santisteban* (2017).

Imputación objetiva en los accidentes de tráfico. Una perspectiva práctica, *Adolfo Costas Gascón* (2017).

Los pactos de mejora en el Derecho Civil de Galicia, *Teresa Estévez Abeleira* (2018).

Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e intraestatal español: cuestiones y soluciones, *Ana Moreno Sánchez-Moraleda* (2018).

Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales, *Reyes Sánchez Lería y Lucía Vázquez-Pastor Jiménez (coordinadoras)* (2018).

La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo (Derecho Común y Foral), *María Corona Quesada González* (2018).

Las atribuciones sucesorias determinadas por ley en el Derecho Civil de Cataluña, *Cristina Villó Travé* (2019).

Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial, *María del Carmen Núñez Zorrilla* (2019).

Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua, *Santiago Castán Pérez-Gómez* (2019).

La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán, *María Corona Quesada González* (2019).

MARÍA CORONA QUESADA GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona

LA ASISTENCIA Y OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE AVANZADA EDAD EN EL DERECHO CATALÁN

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

Esta monografía es fruto de la actividad del grupo de investigación Derecho Patrimonial y de la Empresa -Norma Jurídica y Cambio Social-, de ESADE Law School (Universidad Ramon Llull), del que es investigador principal el Catedrático Dr. Don Sergio Llebaría Samper.

© María Corona Quesada González
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+ 34 91 521 36 19 – +34 91 522 30 54
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (noviembre, 2019)
ISBN: 978-84-290-2183-7
Depósito Legal: M-36276-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Ulzama Digital

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mi madre,
Manuela González López

«Hay que aprovecharse de lo que hay y, hagas lo que hagas, hacerlo según tus fuerzas».

(Marco Tulio Cicerón, De senectute, año 44 a. de C., parte IX. 27., traducción: M.ª Nieves Fidalgo Díaz, Editorial Triacastela, Madrid, 2006, p. 161).

ÍNDICE

ABREVIATURAS 15

I. INTRODUCCIÓN 19

II. NORMATIVA APLICABLE A LA ASISTENCIA 29

III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA REGULACIÓN DE LA ASISTENCIA 35

1. Principio de necesidad 35
2. Principio de subsidiariedad 36
3. Principio de individualización de la protección 37
4. Principio del deber de respetar la libertad y la voluntad del asistido. 38
5. Principio de intervención de la autoridad judicial. 39

IV. CONSTITUCIÓN DE LA ASISTENCIA 41

1. Diferencias entre la constitución de la asistencia y la constitución de la curatela o de la tutela 42
2. Legitimación para pedir la constitución de la asistencia 44
3. Solicitud de medidas judiciales de protección del patrimonio de personas con alguna deficiencia física o mental no incapacitante 46

V. NOMBRAMIENTO DE ASISTENTE 51

1. Número de asistentes 52
2. ¿Puede ser asistente una persona jurídica? 53
3. Elección de asistente por la autoridad judicial 56

4. Retribución del cargo de asistente 57

VI. APTITUD, EXCUSAS Y REMOCIÓN DEL ASISTENTE 59

1. Aptitud para ejercer el cargo de asistente 59
2. Excusas para no ejercer el cargo de asistente 62
2.1. Excusas originarias 64
2.2. Excusas sobrevenidas 64
3. REMOCIÓN DEL ASISTENTE 64

VII. CONTENIDO DE LA ASISTENCIA 67

1. Funciones en el ámbito personal 68
2. Funciones en el ámbito patrimonial 69

VIII. IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE LA PERSONA ASISTIDA 75

1. Ámbito de aplicación 75
2. Legitimación 76
3. Plazo 77
4. Consecuencias de la impugnación 78

IX. IMPUGNACIÓN DE ACTOS DEL ASISTENTE 79

X. ACTOS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL ... 81

XI. RENDICIÓN DE CUENTAS 83

1. Rendición anual de cuentas 84
2. Obligación de hacer inventario 85
3. Rendición final de cuentas 87

XII. PODER EN PREVISIÓN DE PÉRDIDA SOBREVENIDA DE CAPACIDAD 89

1. Ventajas y desventajas del otorgamiento de un poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad respecto de la constitución de la asistencia 89
2. Régimen jurídico del poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad 90
3. Posible coexistencia de los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad y de la asistencia 94

XIII. AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA ASISTENCIA 97

XIV. MODIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA 103

XV. EXTINCIÓN DE LA ASISTENCIA..... 105

XVI. LA GESTIÓN DE ASUNTOS AJENOS SIN MANDATO COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN..... 107

BIBLIOGRAFÍA..... 113

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil.
art. (arts.)	artículo (artículos)
BGB	Bürgerlichesgesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado
BtÄndG	Betreuungsrechtsänderungsgesetz
2. BtÄndG	Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz
BtBG	Betreuungsbehördengesetz
BtG	Betreuungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CDPD	Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad
CE	Constitución Española
Code civ.	Code civil français
Codice civ.	Codice civile italiano
D.	Recueill Dalloz
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Fam. dir.	Famiglia e diritto

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamGKG	Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG-RG	Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
JUR	Resoluciones publicadas por la editorial Aranzadi
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
loc. cit.	lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
núm.	número
p. (pp.)	página (páginas)
RDP	Revista de Derecho Privado.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRC	Reglamento del Registro Civil
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RTDCiv	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	y siguientes
STS (SSTS)	Sentencia (o Sentencias) del Tribunal Supremo
t.	tomo
v.	von (de)
vol.	volumen
VV. AA.	varios autores

I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza media de vida son los motivos principales que me han llevado a reflexionar sobre cuáles pueden ser los mejores medios de protección de las personas mayores o ancianas que necesitan ayuda para ocuparse de sus asuntos o que precisan que otra persona se encargue de ellos[1].

Además, los adelantos científicos permiten hacer diagnósticos precoces de enfermedades mentales, que facilitan que las personas afectadas puedan planear con tiempo como organizar su vida ante una eventual y progresiva pérdida de su capacidad de obrar.

Cuando una persona mayor ha de ser protegida porque no puede cuidar correctamente de ella misma o de sus bienes, hay que examinar muy detenidamente las circunstancias concurrentes antes de decidir qué institución de protección de las personas es la más adecuada para atender sus necesidades y velar por sus intereses[2].

---

[1] Algunos autores distinguen entre persona *mayor* y persona *anciana*. Con fundamento en estadísticas consideran que la condición de persona mayor se fija a partir de una edad que se acostumbra a iniciar a los 65 años hasta los 79 años momento a partir del cual se matiza y se califica a la persona como "anciana" [así GETE-ALONSO Y CALERA/NAVAS NAVARRO (2007: 41)]. No obstante, por simplificar, utilizaré indistintamente en este trabajo estos y otros términos.

[2] En la Recomendación Nº R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 23 de febrero de 1999, sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, se hace especial hincapié en la flexibilidad en la respuesta jurídica. En concreto, como principio director 2.1. se establece en esta Recomendación: "Las medidas de protección y los otros mecanismos jurídicos destinados a garantizar la protección de los intereses personales y económicos de los mayores incapacitados deberían ser suficientemente amplios y flexibles para que permitan aportar una respuesta jurídica apropiada a los diferentes grados de incapacidad y a la variedad de las situaciones".

Me parece oportuno pensar sobre todo en la situación de las personas de la tercera edad[3] que por una u otra causa precisan ayuda porque es un importante problema social[4] y además es muy probable que en el futuro aumente notablemente el número de personas de avanzada edad que habrán de someterse a algún régimen jurídico de protección[5].

En este trabajo centraré la atención en la asistencia con el fin de intentar delimitar su ámbito de aplicación, distinguiéndola de otras figuras afines reguladas en el Derecho catalán (tutela, curatela, poderes preventivos, guarda de hecho), porque considero que la asistencia puede ser un medio de protección muy útil y debería convertirse en la institución general de protección de las personas ancianas en Cataluña[6].

La asistencia puede resultar adecuada para velar por el bienestar de personas de la tercera edad y para ayudarlas a administrar su patrimonio cuando se sienten débiles, su estado físico se halla deteriorado o padecen enfermedades mentales en una fase leve (demencia senil, Alzheimer, *late*[7]) que les impiden cuidar de su persona y bienes convenientemente.

Como para constituir la asistencia la persona que desea someterse a esta institución ha de necesitar ayuda por padecer una disminución *no incapacitante* de sus facultades físicas o psíquicas, habrá que valorar si se cumple o no este requisito con arreglo al artículo 200 CC. Según este artículo: "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". De este precepto resulta que para incapacitar a una persona han de concurrir dos requisitos: el impedimento de autogobierno y su persistencia[8]. Para constituir la asistencia la persona ha de poder gobernarse por sí misma. La disminución *no incapacitante* de sus facultades físicas o psíquicas[9] puede ser persistente o temporal.

---

[3] Sobre el origen de la expresión tercera edad (*tertia aetas*) y el uso de otras similares para designar la época de la vida de la persona caracterizada por la lenta pérdida de facultades que siempre le han acompañado, se puede consultar TORRES GARCÍA (2018: 593 ss.).

[4] Véase ALVENTOSA DEL RÍO/COBAS COBIELLA (2018: 475) y TORRELLES TORREA (2004: 224 ss.).

[5] Desafortunadamente no todas las personas que alcanzan la *tertia aetas* reúnen las características del anciano venerable y juicioso protagonista de la célebre obra de Cicerón *De senectute.* Comentó desde un punto de vista jurídico esta importante obra clásica de forma muy amena ALONSO PÉREZ (2004: 5 ss.)

[6] Conforme al segundo párrafo del artículo 9.6 CC: "La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual".

[7] *Late,* término inglés que significa *tarde,* es la palabra escogida para denominar un nuevo tipo de demencia que afecta a personas de muy avanzada edad que hasta hace poco se diagnosticaba erróneamente como Alzheimer porque sus síntomas son parecidos. A causa del envejecimiento de la población esta enfermedad puede ser el motivo por el cual muchos ancianos tendrán que someterse a alguna institución de protección de la persona en el presente y en el futuro.Véase NELSON (2019: 1).

[8] Así ROMERO COLOMA (2013: 15) y MARTÍNEZ GALLEGO (2004: 150).

[9] Entiendo que procede constituir la asistencia cuando una persona necesita apoyo o ayuda

Entiendo que basta con que no se cumpla el requisito del impedimento de autogobierno para que no se pueda incapacitar a una persona y sea posible la constitución de la asistencia[10].

No obstante, hay que tener presente que la incapacidad es susceptible de graduación, por eso en el artículo 760 LEC se establece que "la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado"[11].

Por la trascendencia de la incapacitación en la situación jurídica de la persona afectada se afirma con rotundidad en el artículo 199 CCC: "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley"[12]. Sobre el tema de la prueba en los procedimientos de incapacitación ha manifestado el Tribunal Supremo[13] que "la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración

---

tanto por la merma de sus facultades mentales, como porque su estado físico se ha deteriorado. Es decir, por una u otra causa o por ambas. Sin embargo, opina NÚÑEZ ZORRILLA (2014: 51) que la asistencia tendrá lugar, única y exclusivamente, si existe en el individuo una disminución de tipo mental o psíquica, y no solo física.

[10] Sobre las diferencias entre los conceptos *incapaz* e *incapacitado* y *discapacitado* se puede consultar ÁLVAREZ MORENO (2010: 13 ss.).

[11] Como observan con acierto DÍAZ ALABART/HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA/ÁLVAREZ MORENO/REPRESA POLO (2004: 43): "*no poder gobernarse por sí mismo* no siempre tendrá la misma gravedad. Pueden presentarse diferentes grados, y el Derecho ha de dar respuesta aquilatada a esas diferentes necesidades, garantizando siempre con un procedimiento adecuado que no se limite indebidamente la capacidad de obrar de las personas, que a partir de la mayoría de edad se presume plena (art. 315 CC). En todo caso, bajo esta expresión 'no poder gobernarse por sí mismo', subyace la idea de que la persona no pueda por sí misma desarrollar su vida, privada y en sociedad, conforme a la conciencia social".

[12] El Tribunal Constitucional en su sentencia 174/2002, de 9 octubre (RTC 2002\174) por lo que se refiere al ámbito de su competencia, en materia de incapacitación ha considerado: "En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación".

[13] En sentencia de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986\520) entre otras sentencias.

mediante una adecuada prueba directa". A estos efectos son prueba directa los dictámenes periciales médicos que acrediten de manera totalmente convincente que el presunto incapaz padece una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí mismo[14].

La asistencia se introdujo en el Derecho catalán con la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Según el Preámbulo[15] de esta ley: "la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida. Es por ello mismo que el capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad".

La gran variedad de instrumentos de protección regulados en el Derecho catalán, que pretenden abarcar todas las situaciones en que se pueden encontrar las personas ancianas que necesitan ayuda es muy loable[16], pero puede com-

---

[14] Así SAP de Girona (Sección 1ª) de 16 de febrero de 1998 (AC 1998\3671).

[15] Epígrafe III b), párrafo noveno.

[16] En el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia [epígrafe III b), párrafos segundo y tercero], se pone de manifiesto la gran variedad de instituciones de protección de la persona que se regulan en el Derecho civil catalán con las siguientes palabras: "La principal característica del título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. Esta Ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de

plicar decidir qué institución de protección es la más adecuada en cada caso concreto[17], sobre todo cuando la regulación legal no es clara como sucede con la figura jurídica de la asistencia[18].

Seguramente el régimen jurídico de la asistencia en el Código Civil de Cataluña es algo confuso porque se trata de una institución de protección de las personas nueva que se ha regulado tomando como modelo la figura alemana de la *Betreuung*[19], sin reflexionar suficientemente acerca del más amplio ámbito de aplicación de esta figura jurídica y de su peculiar configuración en el ordenamiento jurídico alemán.

La evolución de la regulación de la asistencia en el Derecho alemán es un exponente claro de las dificultades con las que puede tropezar la implantación de una nueva institución de protección de la persona.

La ley de la asistencia (*Betreuungsgesetz – BtG*) de 12 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 1 de enero de 1992[20], suprimió la incapacitación (su denominación: *Entmündigung*) tal como se regulaba entonces y la tutela para personas mayores de edad que fue sustituida por la asistencia. La tutela solo se pudo constituir a partir de ese momento para proteger a menores de edad[21].

El 1 de enero de 1999 entró en vigor la ley de modificación de la asistencia (*Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG*)[22], de 25 de junio de 1998, en la que fundamentalmente se intentó aclarar el concepto de asistencia (denominada *rechtliche Betreuung* a partir de la vigencia de esta ley)[23] y su diferenciación de

---

las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal".

[17] Ha destacado BARRÓN ARNICHES (2011: 220, 227 y 236) que en la nueva normativa del Código civil de Cataluña se produce una acumulación (¿confusión?) de instituciones jurídicas de protección de la persona, de cargos entre los que se observan importantes puntos de confluencia que dificultan enormemente su delimitación y cuya distinción queda a criterio del juez al aplicar las normas a cada caso, lo que redunda en una cierta inseguridad jurídica.

[18] Sobre la evolución de la regulación de las instituciones de protección en el Derecho catalán se puede consultar BARDAJÍ GÁLVEZ (2011: 173 ss.) y TORRELLES TORREA (2004: 229).

[19] Ejemplo para la reforma de la normativa sobre instituciones de protección de la persona en Alemania fue la regulación existente sobre esta materia en Austria, país en el que la incapacitación y la tutela de adultos ya en 1984 fueron reemplazadas por la denominada *Sachwalterschaft*. En Alemania se introdujo en su lugar la *Betreuung*. Véase LIPP (2017: 4).

[20] Con esta reforma se acometió una de las más importantes modificaciones del BGB desde 1900. *Sic* SCHWAB (1990: 681) y (2017: 1963).

[21] Véase SCHWAB (1990: 682).

[22] Sobre los cambios que introdujo la *Betreuungsrechtsänderungsgesetz* se puede consultar DODEGGE (1998: 3073 ss.).

[23] Al añadir al sustantivo "asistencia" (*Betreuung*) el adjetivo calificativo "jurídica" (*rechtliche*) se pretendía que quedara claro que la asistencia es un institución jurídica y que al asistente se asignan no solo los deberes de cuidar y ayudar de hecho al asistido sino también el deber de ocuparse de la ejecución jurídica de asuntos de este. Véase SCHWAB (2017: 1974).

la tutela (*Vormundschaft*) y de la curatela[24] (*Pflegschaft*[25]). Con posterioridad, la regulación de la *Betreuung* ha sido objeto de reformas por diversos motivos[26]. A algunas de estas reformas aludiré en otros apartados de este trabajo[27].

Por lo tanto, mientras en el Derecho catalán tanto los menores como los mayores de edad pueden quedar sometidos a la tutela, en el Derecho alemán la tutela es una institución de protección de las personas menores de edad y la asistencia es una institución de protección de las personas adultas[28], por lo que su ámbito de aplicación es más extenso que el de la asistencia regulada en el Código Civil de Cataluña.

En atención al amplio contenido que puede tener la asistencia en Alemania, ya que incluso se puede nombrar asistente contra la voluntad del asistido, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha considerado que la constitución de la asistencia representa una injerencia importante en derechos fundamentales y produce una eficacia estigmatizante (*stigmatisierende Wirkung*) en el entorno social y profesional del asistido[29]. Por eso, en general, la doctrina

---

[24] Véase SPICKHOFF (2017a: 1552) y SCHWAB (2017: 1967).

[25] En el Derecho alemán la *Pflegschaft* es una institución de protección semejante a la tutela, pero se diferencia de esta en que tiene como objeto solo un determinado ámbito de asuntos [*cfr.* SPICKHOFF (2017a: 1552) y SCHWAB (2017: 2278 ss.)]. Según el motivo por el cual se constituye se distinguen en el BGB diferentes tipos de curatela: complementaria (*Ergänzungspflegschaft*, § 1909 BGB), para persona ausente (*Abwesenheitspflegschaft*, § 1911 BGB), para un concebido (*Pflegschaft für eine Leibesfrucht*, § 1912 BGB), para un interesado desconocido (*Pflegschaft für unbekannte Beteiligte*, § 1913 BGB) y para la administración de un patrimonio obtenido por colecta pública (*Pflegschaft für gesammeltes Vermögen*, § 1914 BGB). Sobre supuestos de *Pflegschaft* que se hallan contemplados fuera del BGB se puede consultar BIENWALD (2017: 1027).

[26] Véase BIENWALD (2017: 38 ss.) y SCHWAB (2017: 1968).

[27] Una de las últimas reformas del régimen jurídico de la *Betreuung* se ha producido a consecuencia de pronunciamientos del *Bundesverfassungsgericht* con la *Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten,* de 17 de julio de 2017, que entró en vigor el 22 de julio de 2017. Véase GÖTZ (2017: 413 ss.) y SPICKHOFF (2017b: 1633 ss.).

En sentencia de 23 de marzo de 2011 apreció el *Bundesverfassungsgericht* que los presupuestos para la admisibilidad de un tratamiento médico forzoso requieren regulación legal determinada y clara (BVerfG Beschluss v. 23.3.2011, *FamRZ,* 2011, 14,1128 ss.). Aunque esta interesante sentencia se refería a tratamientos forzosos en el ámbito penal, sus argumentos también eran de importancia fundamental para los tratamientos forzosos conforme al § 1906 BGB en el ámbito de la asistencia (BVerfG Beschluss v. 23.3.2011, *loc. cit.*, p. 1133).

Con anterioridad ya se habían producido cambios en la regulación de la asistencia sobre medidas médicas a adoptar respecto del asistido, con la *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts,* de 29 de julio de 2009, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2009.

[28] Aunque en algunos casos también se pueden adoptar las medidas de los preceptos que regulan la asistencia para menores con diecisiete años, como dispone el § 1908a BGB, cuando necesitarán un asistente al alcanzar la mayoría de edad. Estas medidas serán eficaces al llegar a la mayoría de edad. Véase SCHWAB (2017: 2237).

[29] BVerfG Beschluss v. 2.7.2010 (*FamRZ,* 2010, 19, 1624; y *NJW*, 2010, 46, 3360) y BVerfG Beschluss v. 23.3.2016 (*FamRZ,* 2016, 13, 1041). Comenta estas decisiones del Tribunal Constitu-

alemana entiende que como la asistencia afecta básicamente a la libertad de autodeterminación del asistido sus requisitos legales se tienen que interpretar estrictamente[30]. No obstante, en el ordenamiento jurídico alemán, a diferencia del tutor que tiene amplias funciones respecto del tutelado (como los padres que ostentan la potestad parental), el asistente solo excepcionalmente se ocupa de todos los asuntos del asistido[31].

Sobre la nueva institución de protección de la asistencia es muy importante desarrollar una labor de sensibilización social y divulgar, dar a conocer, que existe esta figura en el Derecho civil catalán[32], no solo a los profesionales que se dedican a la protección de personas ancianas, sino también a los ciudadanos y a entidades privadas o públicas, como pueden ser hospitales, centros residenciales para personas de la tercera edad, fundaciones y asociaciones entre cuyos fines se encuentre la protección de personas de avanzada edad o discapacitadas, e incluso, por ejemplo, a las entidades bancarias y financieras[33].

---

cional alemán SONNENFELD (2016: 1043).

[30] Véase SCHWAB (2017: 1974).

[31] Así SPICKHOFF (2017a: 1553).

[32] En este sentido VENTURA MAS (2013: 111), PUIGGALÍ I TORRENTÓ (2013: 118) y SORIANO (2013: 120).

[33] Me parece importante poner de manifiesto que si ya es más complicado para el tutor realizar ciertas operaciones bancarias por el tutelado que si se trata de asuntos propios, cabe esperar que en el caso de la asistencia todavía será peor por el mayor desconocimiento de esta figura. Por ejemplo, en ciertos bancos para poder realizar transferencias bancarias *on line,* con el fin de no tener que pagar comisión, se ha de validar un teléfono móvil. Al tutor le obligan a validar dos distintos teléfonos móviles, uno para los asuntos del tutelado y otro para sus asuntos propios. En otros bancos supuestamente más preparados para operar *on line* el problema con el que se encuentran los tutores es que el sistema informático no está preparado para que el tutor realice operaciones bancarias por el tutelado sin complicaciones adicionales, por lo que para contratar un producto bancario corriente (*v. gr.*, hacer un simple depósito de dinero a plazo) han de abrir incidencias con el fin de consultar a los servicios jurídicos de la entidad bancaria sobre cómo actuar y obtener el permiso en cada caso para poder contratar.

También sería oportuno favorecer la especialización jurídica de distintos profesionales (jueces[34], fiscales[35], abogados[36], funcionarios) sobre esta delicada materia de tanta trascendencia social[37].

Incluso se defiende que se debería cambiar la terminología empleada en materia de modificación de la capacidad de obrar[38] por otra más respetuosa con la dignidad de la persona[39].

Es importante tener presente que en Alemania existe la *Betreuungsbehörde* o autoridad competente sobre la asistencia[40] a la que corresponde cumplir

---

[34] Para conseguir las denominades "sentencias guante", esto es, completamente adaptadas a las concretas necesidades de cada persona, la Magistrada SAN PASTOR SEVILLA (2011: 218) defiende que sería conveniente la especialización de los Juzgados y de las Secciones de las Audiencias Provinciales competentes para conocer de los procedimientos sobre las instituciones de protección de las personas.

[35] Después de la reforma de la ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por la ley 24/2007, de 9 de octubre, es defendible con fundamento legal la existencia de una fiscalía especializada en materia de modificación de la capacidad de obrar y para todo lo relativo a instituciones de protección de la persona. En el párrafo octavo del apartado VII de la Exposición de motivos de la ley 24/2007, de 9 de octubre, literalmente se asevera: "se recoge en la Ley la idea de crear Secciones especializadas por materias en las Fiscalías territoriales, solución organizativa ampliamente extendida «de facto» en muchas Fiscalías". Sobre este tema se puede consultar CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (2011: 241 ss.).

Recientemente en el Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, por el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes, se crea, previo informe favorable del Consejo Fiscal, una plaza de Fiscal de Sala coordinador de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y atención a los mayores. En concreto, el artículo 1.1. a) de este Real Decreto dispone: "Se crean ochenta plazas que se distribuirán en la siguiente forma: a) En la Fiscalía General del Estado: Una plaza de primera categoría de Fiscal de Sala coordinador de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y mayores". Obviamente la creación de esta plaza especializada en la protección de personas con discapacidad y mayores es insuficiente, pero no deja de ser un paso importante, porque significa que se tiene presente la necesidad de especialización del Ministerio Público sobre esta materia. Necesidad que es superior en Cataluña por la mayor complejidad del sistema catalán de instituciones de protección de la persona, sobre todo debido a la regulación de la asistencia.

[36] Es muy importante la buena preparación y especialización de los abogados que han de asesorar en cada caso concreto sobre cuál es la institución jurídica más idónea para proteger a la persona o para planificar el futuro pensando en una eventual y progresiva pérdida de la capacidad de obrar. Sobre la relevante intervención de estos profesionales cree PUIGGALÍ I TORRENTÓ (2013: 118) que su función de preparación del expediente es fundamental para facilitar el trabajo del órgano judicial, por eso piensa que los abogados que se dedican a esta materia tienen que conocer a fondo la figura de protección de la asistencia y proporcionar un asesoramiento claro al cliente.

[37] Así VENTURA MAS (2013: 111).

[38] Como observa EGEA I FERNÀNDEZ (2017: 71) la LJV tan solo ha incidido en aspectos terminológicos, concretamente se ha limitado a abandonar los términos "incapaz" o "incapacitación" y los ha sustituido por "personas con capacidad modificada judicialmente" y "modificación judicial de la capacidad".

[39] Véase SAN PASTOR SEVILLA (2011: 210).

[40] La organización y funciones de la *Betreuungsbehörde* se regulan en la *Gesetz über die Wahrnehmung beördlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljähriger* (*Betreuungsbehördengesetz – BtBG*).

funciones generales como informar y aconsejar acerca de cuestiones jurídicas relativas a la asistencia (*cfr.* § 4.1 BtBG), o más específicas, como ayudar al tribunal a nombrar asistente idóneo (*cfr.* § 8 BtBG)[41].

Desde la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2009 de la importante ley de 17 de diciembre de 2008, que regula en la actualidad el procedimiento sobre asuntos familiares en Alemania (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*) los aspectos procesales de las cuestiones relativas a la asistencia[42] se regulan en esta ley[43] y son competencia de unos nuevos tribunales especializados (los *Betreuungsgerichten*)[44].

En definitiva, la infraestructura que existe en Alemania y en Cataluña para aplicar el régimen jurídico de la asistencia y para controlar el buen funcionamiento de esta institución de protección de la persona tras su constitución es muy diferente, hecho que puede justificar que el legislador catalán haya sido cauto, prudente y bastante ambiguo al regular esta nueva figura jurídica en el Código civil.

Por último, quiero destacar que la importancia social de esta materia es de tanta envergadura que se empieza a hablar acerca de la posibilidad de que dentro de unos años se produzca el nacimiento de una nueva rama del Derecho, que se podría denominar *Derecho de las personas vulnerables*[45].

He dividido este trabajo en los siguientes capítulos: normativa aplicable a la asistencia, principios que informan la regulación de la asistencia, constitución de la asistencia, nombramiento de asistente, aptitud, excusas y remoción del asistente, contenido de la asistencia, impugnación de actos de la persona asistida, impugnación de actos del asistente, actos que requieren autorización judicial, rendición de cuentas, poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad, ampliación del contenido de la asistencia, modificación de la asistencia, extinción de la asistencia y la gestión de asuntos ajenos sin mandato como institución de protección.

---

[41] Sobre la *Betreuungsbehördengesetz* se puede consultar BIENWALD (2017: 343 ss.).

[42] Acerca de lo que son asuntos relativos a la asistencia (*Betreuungssachen*) véase el comentario de FRÖSCHLE (2018: 2117).

[43] La *FamFG* apareció en el *Artikel* 1 de la *Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FGG-Reformgesetz – FGG-RG,* en adelante *FGG-RG*) de 17 de diciembre de 2008, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2009. La *FGG-RG,* además de contener la *FamFG* y la *Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen* (*FamGKG*), modificó más de cien leyes del ordenamiento jurídico alemán.

[44] Véase SCHWAB (2017: 1969).

[45] HAUSER (2009: 299).

En esta monografía se explica e interpreta la regulación (poco clara) de la *asistencia* en el Código Civil de Cataluña, delimitando su ámbito de aplicación respecto de otras instituciones de protección de la persona, teniendo presentes los principios que informan su régimen jurídico y la importante Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Aunque se analiza principalmente el Derecho catalán también se abordan cuestiones relevantes del Derecho estatal.

Este libro interesa tanto a los profesionales que se dedican a la protección de las personas vulnerables, de avanzada edad, como a quienes desean planificar de la mejor manera posible su vida por padecer una disminución no incapacitante de sus facultades o por el temor de tener que soportar en el futuro una eventual y progresiva pérdida de su capacidad de obrar.

La autora, María Corona Quesada González, es Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. Ha escrito varias monografías (v. gr., *La determinación judicial de la filiación*, Bosch, 2012; *Régimen jurídico de los jueces deportivos de disciplinas hípicas*, Reus, 2012; *La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo*, Reus, 2018) y otras publicaciones en las que ha tratado diversos temas (v. gr., "La regulación de la usucapión en el Derecho catalán", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015; "Impugnación de acuerdos del consejo de administración", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015; "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, 2018).

REUS
EDITORIAL

ISBN 978-84-290-2183-7
9 788429 021837