

# Els sistemes de protecció de menors i les institucions de protecció de la persona

Isabel Miralles González  
Encarna Roca Trias

Revisió a càrrec de  
Esther Farnós Amorós

PID\_00237373

---

Temps mínim previst de lectura i comprensió: **3 hores**





# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. La potestat parental</b> .....	7
1.1. Concepte .....	7
1.2. Titulars .....	8
1.3. Contingut .....	9
1.4. La representació dels fills per part dels progenitors .....	10
1.5. L'administració dels béns dels fills .....	10
1.6. Actes de disposició sobre els béns dels fills .....	11
1.7. Les vicissituds de la potestat: privació, recuperació i extinció ....	12
<b>2. La potestat prorrogada</b> .....	14
<b>3. Institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya</b> .....	15
3.1. La tutela .....	16
3.1.1. Modalitats de delació .....	16
3.1.2. Constitució i exercici .....	18
3.1.3. Contingut .....	19
3.1.4. Extinció .....	20
3.1.5. El consell de tutela .....	20
3.2. La curatela .....	20
3.3. El defensor judicial .....	22
3.4. La guarda de fet .....	22
3.5. L'assistència .....	22
3.6. El patrimoni protegit .....	23
3.7. La protecció dels menors desemparats: l'acolliment .....	24
<b>Resum</b> .....	27
<b>Activitats</b> .....	29
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	29
<b>Solucionari</b> .....	31
<b>Glossari</b> .....	32
<b>Bibliografia</b> .....	33



## **Introducció**

Aquest mòdul tracta dels sistemes de protecció de menors i de les institucions de protecció de la persona en general, que en alguns casos també són útils per a la protecció de menors d'edat. Els sistemes varien segons la situació en què es trobi el menor: si té progenitors, si no en té, si tenint-los no pot estar sota les seves ordres, etc. L'ordenament jurídic dóna una solució per a cadascuna d'aquestes hipòtesis. Es parteix sempre d'un únic pressupòsit, i és que el menor no pot actuar per ell mateix i, per tant, s'ha d'assenyalar qui actuarà per ell, quins seran els límits d'aquesta gestió, i com i qui controlarà els actes que faci.

## Objectius

L'objectiu principal que es pretén assolir en aquest mòdul és el coneixement del funcionament i la finalitat dels sistemes de protecció de menors. En concret, això suposarà:

- 1.** Saber com es determinen les titularitats de les diverses institucions estudiades i com funciona la representació, l'administració i la disposició dels béns del menor.
- 2.** Distingir les diverses vicissituds que poden afectar la potestat parental –privació, recuperació i extinció–, així com les situacions de potestat prorrogada i rehabilitada. Es posarà una atenció especial en els efectes que cal atribuir a cadascuna.
- 3.** Descriure les necessitats que determinen l'aparició d'altres institucions tutelars –curatela, defensor judicial i guarda de fet– i examinar-ne l'exercici.
- 4.** I per acabar, conèixer els supòsits en què es produeix el desemparament del menor i les solucions que l'ordenament preveu.

# 1. La potestat parental

## 1.1. Concepte

El sistema mixt que estableix l'article 39 CE situa a càrrec dels pares la funció de proporcionar tot el que calgui als fills. El 3r. paràgraf d'aquest article estableix:

“[...] els pares han de prestar assistència de tota mena als fills que hi hagi hagut dins o fora del matrimoni”.

En conseqüència, l'atenció primària l'han de prestar els pares i, si no n'hi ha, els poders públics són els que han de proveir les necessitats del menor.

En conseqüència, la llei atribueix als pares la potestat sobre els fills<sup>1</sup>, i aquest és un efecte principal de la filiació (art. 235-2.2 CCCat). Per tant, el sistema de protecció de menors, constitueix el contingut bàsic de la relació paternofilial.

<sup>(1)</sup>Articles 236-1 CCCat i 154 CC.

El preàmbul del CCCat estableix el següent:

“El capítol VI té per objecte la potestat parental, que és un dels elements integrants de les responsabilitats parentals que els progenitors assumeixen com a resultat del vincle de filiació”.

El legislador català segueix, amb el concepte més ampli de “responsabilitats parentals”, que integra, entre d'altres, la potestat parental i la guarda dels fills, la tendència de molts països europeus i dels *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, elaborats per la Comissió sobre Dret de Família Europeu el 2007.

La potestat parental consisteix en una funció que s'exerceix sempre en benefici dels fills i que, en definitiva, s'estén més enllà, fins i tot, de la majoria d'edat, ja que els fills han de respectar sempre els pares<sup>2</sup>. Per això, l'article 236-2 CCCat estableix que la finalitat de la potestat parental és la de facilitar el ple desenvolupament de la personalitat del menor per mitjà del seu exercici i en el seu interès. Una conseqüència clara d'aquest sistema és l'obligació d'aliments que hi ha entre els ascendents i els descendents, fins i tot un cop extingida la potestat parental. A més, els pares, encara que no siguin titulars de la potestat, estan obligats a relacionar-se amb els fills, prestar-los aliments i vetllar per ells<sup>3</sup>.

<sup>(2)</sup>Articles 236-17.3 CCCat i 155 CC.

<sup>(3)</sup>Articles 236-6.6 CCCat i 110 CC.

El Codi civil de Catalunya defineix la potestat parental en l'article 236-2 CCCat, que s'ha de completar amb l'article 236-17 CCCat. En aquests articles es determinen els drets que formen el contingut de la potestat: s'exerceix en el marc de l'interès familiar amb la finalitat de facilitar el desenvolupament global de la personalitat de qui hi està sotmès, per la qual cosa els pares estan

obligats a relacionar-se amb els fills, amb qui tenen obligacions de convivència, d'aliments i a qui han de procurar l'educació que els proporcioni una formació integral. Per la seva banda, el Codi civil espanyol defineix la potestat parental, que segueix anomenant *patria potestat*, en l'article 154 com el deure de vetllar pels fills, tenir-los en la seva companyia, alimentar-los i educar-los, i procurar-los una formació integral. Tot això en benefici dels fills i d'acord amb la personalitat de cadascun.

D'aquí es dedueix que la potestat és una funció que s'exerceix en benefici dels fills. Per això comprèn deures i facultats, que no són lliures, sinó d'exercici obligat, fins al punt que l'article 236-2 CCCat declara que constitueix "una funció inexcusable". En aquesta línia, la jurisprudència<sup>4</sup> ha declarat que té un caràcter personalíssim i que és irrenunciable, intransmissible i imprescriptible. La potestat parental no acaba amb la majoria d'edat dels fills, ja que si han estat incapacitats, en comporta la pròrroga (quan la incapacitació té lloc durant la minoria d'edat) o la rehabilitació (quan ha tingut lloc durant la majoria d'edat del fill i els progenitors poden exercir encara aquesta funció). En aquest sentit, vegeu els articles 236-33 i 236-34 CCCat i 171 CC.

<sup>(4)</sup>Sobre el caràcter personalíssim i irrenunciable, intransmissible i imprescriptible, vegeu la STS de 26 de novembre de 1995, entre d'altres decisions en el mateix sentit.

## 1.2. Titulars

Els progenitors, per a complir les responsabilitats parentals, tenen la potestat respecte als fills menors no emancipats<sup>5</sup>. En situacions normals, la potestat s'exerceix conjuntament, encara que es presumeix que cada progenitor actua amb el consentiment de l'altre en l'exercici ordinari de la potestat<sup>6</sup>.

<sup>(5)</sup>Articles 236-1 CCCat i 154 CC.

<sup>(6)</sup>Articles 236-9 CCCat i 156 CC.

No obstant això, hi ha casos, a causa de les circumstàncies dels pares, en què l'exercici conjunt planteja problemes:

a) Es poden produir desacords. Si són reiterats, provoquen la intervenció del jutge, que decidirà quin dels progenitors ha de tenir la facultat de decidir. No obstant això, la intervenció judicial s'ha de produir a instàncies dels progenitors<sup>7</sup>.

<sup>(7)</sup>Articles 236-13 CCCat i 156.2 CC.

b) Si hi ha absència o incapacitat d'un dels progenitors, l'altre exercirà sol la potestat parental<sup>8</sup>.

<sup>(8)</sup>Articles 236-10 CCCat i 156.4 CC.

c) Si 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<sup>9</sup>.

<sup>(9)</sup>Article 236-11 CCCat. Cal notar, però, que la regla de l'article 156.5 CC és lleugerament diferent.

Els progenitors poden sotmetre els acords, i també el pla de parentalitat que hagin convingut, a aprovació judicial. Els acords han de ser aprovats sempre que no siguin perjudicials per als fills. 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.

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. 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.

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.

L'article 236-14 CCCat permet al cònjuge o la parella del progenitor biològic intervenir en la potestat parental sobre els fills d'aquest. Ara bé, en cas de desacord amb el progenitor preval el criteri d'aquest. En qualsevol cas, el cònjuge o convivent pot adoptar les mesures necessàries en cas de risc imminent per al fill, amb el deure d'informar sense demora el progenitor, que al seu torn haurà d'informar l'altre progenitor.

També l'article 236-15 CCCat preveu que un cop mort el progenitor que tenia la guarda de manera exclusiva, si l'altre progenitor no la recupera, l'autoritat judicial pugui atribuir excepcionalment al vidu o al convivent supervivent del progenitor amb qui el menor vivia la guarda i les altres responsabilitats parentals, sempre que això sigui favorable a l'interès del menor i es garanteixi que tant aquest com l'altre progenitor han estat escoltats. En cas que això no procedeixi, el vidu o convivent supervivent podrà sol·licitar a l'autoritat judicial un règim de relacions personals amb el menor. En aquest cas, haurà de provar que ha conviscut amb el menor durant, com a mínim, els darrers dos anys.

### **1.3. Contingut**

La llei atribueix a la potestat parental dos continguts:

a) **Un contingut personal**, que es refereix a l'obligació esmentada abans que els pares vetllin pels fills, els eduquin, els alimentin i els procurin una formació integral. Això vol dir que els procurin atencions físiques i morals, sempre amb la finalitat de permetre el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Com a contrapartida, s'exigeix també als fills una determinada conducta. Així, l'article 236-17 CCCat imposa el deure d'obediència, llevat que els pares pretenguin imposar-los conductes indignes o delictives.

b) **Un contingut patrimonial**, ja que els pares han de representar els fills i administrar-ne els béns. Només estan exclosos de la representació aquells actes relatius als drets de la personalitat<sup>10</sup> que els fills poden exercir per ells mateixos quan la seva capacitat natural els ho permet. També estan exclosos de la representació dels pares aquells drets en què hi hagi conflicte d'interessos amb els fills.

#### 1.4. La representació dels fills per part dels progenitors

Els progenitors amb potestat tenen la representació legal dels fills no emancipats, com a conseqüència de la limitada capacitat d'actuar per ells mateixos. Així s'estableix en l'article 236-18.1 CCCat i en els articles 154, 2n. i 162.1 CC. En principi, aquesta representació comprèn tots els àmbits d'actuació del menor o del major sotmès a potestat prorrogada, encara que s'exceptuen determinats actes en les disposicions següents:

- Els actes relatius als drets de la personalitat.
- Els que el fill pugui fer per ell mateix, d'acord amb les lleis i amb la seva capacitat natural. Així, per exemple, el fill no necessita un representant legal per a consentir la seva pròpia adopció, si té més de 12 anys.
- Els progenitors tampoc no podran exercir la representació quan hi hagi un conflicte d'interessos amb els fills; en aquest cas, s'haurà de nomenar un defensor judicial.
- Els relatius als béns exclosos de l'administració dels progenitors.

En alguns supòsits, els pares necessiten el consentiment del fill. Això passa quan l'acte que volen fer comporta prestacions personals a càrrec del fill. El consentiment l'haurà de prestar sempre que tingui més de 12 anys, encara que també quan, a pesar de tenir-ne menys, tingui prou coneixement<sup>11</sup>.

#### 1.5. L'administració dels béns dels fills

Els progenitors són els administradors dels béns dels fills, com disposen els articles 236-21 CCCat i 164 CC. Tenen les obligacions generals de tot administrador, i han d'actuar segons la naturalesa i les característiques dels béns que

<sup>(10)</sup>Respecte als drets de la personalitat, vegeu l'article 3 LO 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, i l'article 17 i del 28 al 36 de la LDOIA. Vegeu també la LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, en la redacció donada per la LO 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, i la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència.

<sup>(11)</sup>Article 236-19 CCCat.

<sup>(12)</sup>Articles 236-20 CCCat i 163 i 299, 1r. CC.

administren. Quan en l'administració es produeixi un conflicte d'interessos entre els progenitors i el fill, el jutge haurà de nomenar un defensor judicial que representi els interessos del fill<sup>12</sup>.

No obstant això, alguns béns queden al marge del poder d'administració dels progenitors: els que el fill hauria adquirit a títol gratuït, quan el donant hagués establert una administració especial; el mateix passa amb els béns adquirits per causa de mort, quan el causant també hagués previst un sistema independent d'administració<sup>13</sup>. També en queden exclosos aquells béns que el fill hagi obtingut amb el seu treball a partir dels 16 anys<sup>14</sup>.

Els fruits i les rendes dels béns del fill li pertanyen, passen a formar part del seu patrimoni, encara que està obligat a contribuir en les despeses familiars, de manera equitativa, mentre convisqui amb els pares<sup>15</sup>. Els progenitors poden destinar aquests rendiments a aquesta finalitat i a les necessitats pròpies del menor o del sotmès a la potestat.

Els progenitors no han de fer inventari, encara que són responsables dels danys o perjudicis que ocasionin als béns que administren, sempre que es produeixi per dol o culpa pròpia. Tampoc no tenen dret a ser remunerats, ateses les característiques de funció que s'atribueixen a la potestat, encara que tinguin dret a un rescabament si l'Administració els ocasiona danys o perjudicis o els genera un determinat tipus de despesa que d'una altra manera no pot ser recuperada<sup>16</sup>.

### 1.6. Actes de disposició sobre els béns dels fills

En principi, de les disposicions que contenen els articles 236-27 CCCat i 166 CC es pot deduir que els progenitors tenen un poder de disposició respecte als béns del menor. De tota manera, per a evitar perjudicis irreparables, la llei estableix unes regles bastant precises, amb la finalitat de controlar la correcció de l'acte de disposició, de manera que es requereix autorització judicial per a fer algun dels actes següents<sup>17</sup>:

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* (aquest darrer incís de la lletra a de l'article 236-27 CCCat contrasta amb el tenor literal de l'article 166 CC).

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. La

<sup>(13)</sup>Articles 236-25 a) i b) CCCat i 164, apt. 1 i 2, CC.

<sup>(14)</sup>Articles 236-25 c) CCCat i 164.3 CC.

<sup>(15)</sup>Articles 236-22 i 231-6.2 CC-Cat.

<sup>(16)</sup>Article 236-23 CCCat.

<sup>(17)</sup>Articles 236-27 CCCat i 166 CC.

mateixa regla estableix l'article 166.1 CC, però exigeix que, a més a més de l'autorització judicial, hi intervingui el ministeri fiscal i que es justifiqui la necessitat d'alienació en la "utilitat o necessitat".

d) Renunciar a crèdits.

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

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

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.

L'autorització judicial ha de ser prèvia, s'ha de concedir sempre en interès del fill i per raons d'utilitat. L'article 236-28 CCCat permet una autorització per a fer una pluralitat d'actes de la mateixa naturalesa, encara que siguin futurs, quan això sigui convenient per a l'interès dels fills. Si no hi ha autorització, els actes subscriptes es poden anul·lar, d'acord amb el que disposa l'article 236-31 CCCat, i el fill pot exercir l'acció a partir dels quatre anys següents d'haver arribat a la majoria d'edat. Al Codi civil espanyol no hi ha una regla semblant, encara que tant la doctrina com la jurisprudència consideren que els actes són impugnables per l'afectat, perquè el titular de la potestat ha actuat sense poder<sup>18</sup>.

<sup>(18)</sup>Article 1259.2 CC.

### **1.7. Les vicissituds de la potestat: privació, recuperació i extinció**

Qualsevol dels progenitors pot perdre la titularitat o l'exercici de la potestat per mitjà d'una resolució judicial. L'extinció de la potestat consisteix en el cessament total i sense caràcter punitiu de la potestat. Té lloc per l'arribada del fill a la majoria d'edat, l'emancipació, la mort, declaració de mort o declaració d'absència de tots dos titulars o l'adopció del fill.

Els progenitors poden ser privats de la titularitat de la potestat parental per incompliment greu o reiterat de llurs deures. Hi ha incompliment greu si el fill menor o incapacitat pateix abusos sexuals o maltractaments físics o psíquics, o si és víctima directa o indirecta de violència familiar o masclista.

La privació de la potestat parental s'ha de decretar en un procés civil o penal i és efectiva des que la sentència esdevé ferma, sens perjudici que es pugui acordar cautelament de suspendre'n l'exercici. Si s'ha sol·licitat en la demanda, es pot constituir la tutela ordinària en el mateix procediment de privació de potestat parental, amb l'audiència prèvia de les persones legalment obligades a promoure'n la constitució.

La privació de la potestat no eximeix els progenitors de complir l'obligació de fer tot el que calgui per a assistir els fills ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli. L'autoritat judicial ha de disposar, si l'interès dels fills ho aconsella, la recuperació de la titularitat i, si escau, de l'exercici de la potestat parental, si ha cessat la causa que n'havia motivat la privació<sup>19</sup>.

<sup>(19)</sup>Articles 236-6 i 236-7 CCCat.

Quan s'extingeix la potestat, s'ha de procedir a la liquidació de la situació produïda per l'administració atribuïda legalment als pares. Els fills poden exigir la rendició de comptes i els pares responen del deteriorament dels béns, sempre que en la pèrdua hi hagin tingut una culpa greu<sup>20</sup>.

<sup>(20)</sup>Article 236-24 CCCat.

## 2. La potestat prorrogada

La potestat es pot prorrogar en aquells casos en què els fills hagin estat incapacitats abans d'arribar a la majoria d'edat o es pot rehabilitar quan, tot i ser majors d'edat o emancipats, estan incapacitats i conviuen amb els progenitors. No obstant això, la potestat no es rehabilita si l'incapaç ha designat un tutor o un curador per ell mateix, d'acord amb el que estableix aquest codi, o si s'ha de 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 l'incapaç. Aquesta institució està regulada en els articles 236-33 i 236-34 CCCat.

L'autoritat judicial, tenint en compte l'edat i la situació personal i social dels progenitors, el grau de deficiència del fill incapaç i les seves relacions personals, pot no acordar la pròrroga o la rehabilitació de la potestat i ordenar la constitució de la tutela o de la curatela.

S'extingeix per les mateixes causes d'extinció de la potestat parental, per la declaració judicial de cessació de la incapacitat del fill, per la constitució posterior de la tutela a favor del cònjuge, de la persona amb qui conviu en parella estable o dels descendents i pel matrimoni de l'incapaç amb una persona major d'edat capaç<sup>21</sup>.

<sup>(21)</sup>Article 236-36 CCCat.

### 3. Institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya

El títol segon del llibre segon del CCCat regula les institucions de protecció de les persones majors d'edat que no es poden governar per si mateixes i la protecció del menors, en particular dels menors en situació de desemparament. Juntament amb aquestes institucions, inclou la regulació de l'assistència i la protecció patrimonial de les persones discapacitades i dependents (l'anomenat "patrimoni protegit").

El capítol I sistematitza unes disposicions comunes a totes les institucions de protecció:

- L'article 221-1 CCCat ens diu que les funcions de protecció s'han d'exercir sempre en interès de la persona assistida, d'acord amb la seva personalitat, s'han d'adreçar a la cura de la persona i a l'administració o defensa dels seus béns i interessos patrimonials i a l'exercici dels seus drets.
- L'exercici d'aquests càrrecs té caràcter personalíssim.
- S'exerciran de manera gratuïta, excepte quan s'estableixi expressament una remuneració. Tot i així, tindran dret al reemborsament de despeses i indemnització per danys per raó d'aquest exercici a càrrec del patrimoni de la persona assistida<sup>22</sup>.
- Els titulars de les funcions de protecció hauran d'escoltar i informar la persona assistida<sup>23</sup>.
- En referència a les mesures de control, serà 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, la que podrà acordar, en qualsevol moment, les mesures que estimi necessàries per al bon funcionament de la institució de protecció, i podrà requerir la intervenció d'especialistes per al seguiment de l'evolució i les condicions de vida de les persones protegides i per al control de la gestió del patrimoni d'aquests<sup>24</sup>.

(22) Article 221-3.

(23) Article 221-4 CCCat.

(24) Article 221-5 CCCat.

### 3.1. La tutela

El Codi civil de Catalunya, en regular la tutela, estableix un sistema mixt de protecció. Juntament amb la intervenció judicial, es dóna un paper important a la família, tant pel que fa al nomenament del tutor com als aspectes de l'exercici de les funcions tutelars.

El règim de tutela es constitueix per a la protecció dels menors no emancipats que no estiguin en potestat parental i per a la dels incapacitats, si ho determina la sentència.

#### **Poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat**

Com a novetat, trobem l'article 222-2 CCCat, en el qual es permet que en el cas de persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es puguin governar per si mateixes, no hi hagi necessitat de constituir una tutela, si a aquest efecte ja havien nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingués cura dels seus interessos. Ara bé, això no impedeix que en interès de la persona protegida s'arribi finalment a constituir la tutela i que l'autoritat judicial, si ho demana el tutor, pugui resoldre l'extinció del poder.

En el cas que l'apoderat fes actes sense autorització judicial, aquests són anul·lables a instància del tutor, després d'haver constituït tutela i a instància del poderdant en el termini de quatre anys a partir del moment en que té lloc l'acte o a partir del moment en què surt de la tutela. També poden impugnar aquests actes els hereus del poderdant en el termini de quatre anys a partir de la seva mort<sup>25</sup>.

(25) Article 222-46.2 CCCat.

#### **3.1.1. Modalitats de delació**

Hi ha dues modalitats de delació de la tutela ordinària: la delació voluntària i la judicial.

##### **1) La delació voluntària**

És dóna en dos casos: quan l'interessat mateix, en previsió d'una futura declaració d'incapacitat, nomena un tutor<sup>26</sup>, o bé quan els titulars de la potestat parental nomenen un tutor a favor dels fills que tinguin en la seva potestat<sup>27</sup>.

(26) Article 222-4 CCCat.

(27) Article 222-5 CCCat.

**a) Tutela deferida per un mateix:** l'article 222-4 CCCat permet que qualsevol persona, en previsió de ser declarada incapaç, pugui nomenar en escriptura pública, la persona o les persones que vol que exerceixin el càrrec tutelar, i també pot fer disposicions respecte del contingut i el règim de protecció envers la seva persona. La delació feta per un mateix s'haurà de fer amb anterioritat a l'inici del procés sobre la seva capacitat o abans que el Ministeri fiscal iniciï les diligències preparatòries, ja que si es fa començat el procés, la delació esdevindrà ineficaç.



## L'autotutela

La Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, ha introduït la figura de l'autotutela, fent-se ressò de les diferents veus que, en la doctrina, en reclamaven des de feia temps la incorporació en el nostre ordenament jurídic. Aquesta figura respon a la necessitat de dotar les persones en qui es pugui presentar qualsevol possible causa de futura incapacitació de la facultat d'adoptar anticipadament les mesures que estimi necessàries per a afrontar amb garanties aquesta eventualitat, nomenant el tutor que vulgui, organitzant els seus béns, etc.

En aquest sentit, l'article 223 CC, a la redacció reformada que li ha atorgat la Llei esmentada, estableix que qualsevol persona amb suficient capacitat d'obrar, en previsió d'una futura incapacitació judicial, pot en document públic notarial adoptar qualsevol disposició relativa a la seva pròpia persona o béns, inclosa la designació de tutor, el qual serà preferit per l'autoritat judicial encarregada de dur a terme el seu nomenament (art. 234 CC, igualment reformat per la Llei estudiada).

**b) Tutela deferida pels titulars de la potestat parental:** tal com preveu l'article 222-5 CCCat, els progenitors podran ordenar la tutela dels seus fills menors no emancipats, i si tenen la potestat prorrogada o rehabilitada, la dels fills emancipats o majors d'edat incapacitats. La delació de la tutela la podran fer mitjançant escriptura pública, testament o codicil, i de manera individual o conjunta.

En tots dos casos es poden designar substituïts i, un cop constituïda la tutela, l'autoritat judicial haurà de nomenar les persones designades en l'acte de delació voluntària, tret que concorrin els supòsits següents<sup>28</sup>:

- Si s'ha modificat de manera sobrevinguda de les causes que es van tenir en compte en fer l'acte de delació voluntària.
- 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.

La inscripció de les delacions atorgades en escriptura pública es farà en el Registre de nomenaments tutelars no testamentaris<sup>29</sup>.

## 2) La delació judicial

En defecte de delació voluntària o bé si les persones designades són incapaces per a exercir els càrrecs, se n'excusen o en són remoguts, la delació correspon a l'autoritat judicial<sup>30</sup>.

A l'hora de designar la persona que exercirà la tutela, el jutge ha de seguir l'ordre de prelación establert en l'article 222-10.2 CCCat. Tanmateix, si es considera més convenient per als interessos de la persona tutelada, es pot alterar l'ordre previst, i fins i tot escollir a una altra persona que es presenti voluntàriament per a exercir el càrrec<sup>31</sup>.

<sup>(28)</sup> Article 222-9 CCCat.

<sup>(29)</sup> Article 222-8 CCCat. El registre, creat per la Disposició addicional 1a. de la Llei 25/2010, va ser desenvolupat pel Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del registre de patrimonis protegits.

<sup>(30)</sup> Article 222-10.1 CCCat.

<sup>(31)</sup> Article 222-10.3.

En el cas que hi hagi diverses persones que volen assumir la tutela, els remetran a una sessió informativa sobre mediació familiar perquè assoleixin un acord, i si no hi ha persones de l'entorn familiar que vulguin assumir la tutela, es designaran persones jurídiques, públiques o privades, sense ànim de lucre, que la puguin assumir satisfactòriament<sup>32</sup>.

(32) Article 222-10.4 i 5 CCCat.

En el cas de tutela de germans menors d'edat, aquesta haurà de recaure en una mateixa persona, tret que les circumstàncies justifiquin una resolució diferent<sup>33</sup>.

(33) Article 222-11 CCCat.

En constituir la tutela, l'autoritat judicial podrà separar la tutela de la persona, de l'administració dels seus béns, designant els titulars dels dos càrrecs, i si el patrimoni del tutelat assoleix una importància considerable es podrà nomenar un administrador patrimonial<sup>34</sup>. Si hi ha un administrador patrimonial, el tutor només s'ocuparà de l'àmbit personal del tutelat, i els desacords que hi pugui haver entre tots dos s'hauran de resoldre judicialment<sup>35</sup>.

(34) Article 222-12 CCCat.

(35) Article 222-27 i 222-28 CCCat.

Tant en la delació voluntària com en la delació judicial de la tutela es podrà fixar una remuneració per al tutor i, si escau, per a l'administrador patrimonial, i l'autoritat judicial podrà modificar aquesta remuneració si la considera excessiva o insuficient ateses les circumstàncies de la tutela<sup>36</sup>.

(36) Article 222-13 CCCat.

### 3.1.2. Constitució i exercici

Les persones obligades a promoure la constitució de la tutela són les que s'inclouen en l'article 222-10 CCCat i les persones o institucions que tinguin en la seva guarda un menor o una persona que s'ha de posar en tutela.

A més, el ministeri fiscal ha de demanar la constitució de la tutela o l'autoritat judicial l'ha de disposar d'ofici si s'assabenten que hi ha alguna persona que ha de ser tutelada<sup>37</sup>.

(37) Respecte del jutge competent per a la constitució de la tutela, vegeu article 43 Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària.

També, tota persona que conegui algú que s'ha de posar en tutela ho haurà de comunicar a l'autoritat judicial o al ministeri fiscal<sup>38</sup>. Les persones titulars de la tutela o de l'administració patrimonial dels tutelats no han d'incórrer en cap de les causes d'ineptitud que preveu l'article 222-15 CCCat.

(38) Article 222.14 CCCat.

També poden ser nomenats tutors les persones jurídiques sense ànim de lucre que es dediquin a la protecció de persones menors o incapacitades, i s'han d'assignar a un o més professionals perquè es responsabilitzin del benestar del tutelat<sup>39</sup>.

(39) Article 222-16 CCCat.

Si s'esdevé una situació de conflicte d'interessos entre el tutor i la persona protegida, els primers seran exclosos de la titularitat de la tutela o de l'administració patrimonial sempre que no ens trobem davant de circumstàn-

(40) Article 222-17 CCCat.

(41) Article 222-30 CCCat.

cies excepcionals<sup>40</sup>. En el cas que hi hagi dos tutors o un tutor i un administrador patrimonial, i per qualsevol causa, un d'ells cessa, s'haurà de comunicar a l'autoritat judicial perquè designi un substitut<sup>41</sup>.

Les persones nomenades es poden excusar d'exercir el càrrec per alguna de les causes legals establertes en l'article 222-18 CCCat. En cas que el jutge accepti les excuses, procedirà al nomenament d'una altra persona<sup>42</sup>.

(42) Article 222-19 CCCat.

L'autoritat judicial pot exigir caució a la persona designada com a tutor i, si n'hi ha l'administrador patrimonial, aquests hauran de fer inventari detallat del patrimoni del tutelat, formalitzat judicialment o notarial<sup>43</sup>. Totes les despeses originades per a la realització de l'inventari i la prestació de caució aniran a càrrec del patrimoni del tutelat<sup>44</sup>.

(43) Article 222-20, 222-21 i 222-22 CCCat.

(44) Article 222-24 CCCat.

Quant als comptes anuals, el tutor o l'administrador els han de retre davant l'autoritat judicial amb la intervenció del ministeri fiscal, i aquesta rendició de comptes consistirà a detallar els ingressos i despeses del tutelat, fer un inventari de l'actiu i passiu del patrimoni i el detall dels canvis en relació amb l'inventari de l'any anterior, tot seguint el que estableixen els articles 222-31 i 222-32 CCCat.

Tant el tutor com l'administrador patrimonial poden ser remoguts del càrrec si els sobrevé una causa d'ineptitud, si incompleixen els deures inherents al càrrec o si actuen amb negligència en l'exercici d'aquest. Serà l'autoritat judicial l'encarregada d'ordenar aquesta remoció alhora que haurà de nomenar un substitut. Mentre l'autoritat judicial no ordeni la remoció s'haurà de designar un defensor judicial<sup>45</sup>.

(45) Article 222-33 i 222.34 CCCat.

### 3.1.3. Contingut

El tutor i l'administrador patrimonial, si n'hi ha, són els representants legals del tutelat a excepció dels casos previstos en l'article 222-47 CCCat.

L'article 222-36 CCCat estableix que el tutor ha de tractar el tutelat amb consideració, i no li pot imposar sancions humiliants ni que atemptin contra els seus drets, i tots dos s'han de respectar mútuament.

Quant als deures del tutor respecte del tutelat, el CCCat estableix els següents: deure de cura i de procurar aliments, deure d'educació i deure respecte a la persona incapacitada per tal d'assegurar el seu benestar social i material<sup>46</sup>.

(46) Article 222.35, 222.37 i 222.38 CCCat.

El tutor també pot establir el lloc de residència del tutelat, i el domicili del tutelat haurà de ser el del seu tutor. En cas d'haver-hi diversos tutors, el domicili del tutelat serà el d'aquell amb qui convisqui<sup>47</sup>.

(47) Article 222-39 CCCat.

Respecte al patrimoni del tutelat, el tutor o l'administrador patrimonial han d'administrar el patrimoni diligentment i en són responsables de l'administració. L'acció per a reclamar responsabilitats prescriu al cap de tres anys de la rendició final de comptes<sup>48</sup>.

<sup>(48)</sup>Article 222-40 CCCat.

L'actuació del tutor i de l'administrador patrimonial està subjecta determinades vegades a l'autorització judicial. Aquests actes de contingut patrimonial es recullen en l'article 222-43 CCCat. Si el tutor o administrador patrimonial fa algun d'aquests actes sense l'autorització judicial oportuna, seran anul·lables a instància del nou tutor o, si no n'hi ha, de les persones legalment obligades a constituir la tutela i del tutelat mateix, en aquest darrer cas en el termini de quatre anys a partir del moment en què surti de la tutela. També els hereus del tutelat tenen el termini de quatre anys a partir de la mort d'aquest<sup>49</sup>.

<sup>(49)</sup>Article 222-46 CCCat.

### 3.1.4. Extinció

L'article 222-48 CCCat ens enumera les causes d'extinció de la tutela. Quan això es produeix, el tutor i l'administrador patrimonial han de retre comptes a l'autoritat judicial i aquesta és l'encarregada d'aprovar o denegar l'aprovació dels comptes, amb la intervenció del ministeri fiscal i l'audiència del tutelat, del tutor o de l'administrador patrimonial<sup>50</sup>.

<sup>(50)</sup>Article 222-49, 222-51 i 222-52 CCCat.

Si abans de l'extinció de la tutela es produeix el cessament del tutor o administrador patrimonial, aquests també hauran de retre comptes davant l'autoritat judicial<sup>51</sup>.

<sup>(51)</sup>Article 222-50 CCCat.

### 3.1.5. El consell de tutela

L'article 222-54 CCCat estableix la possibilitat que en la tutela deferida per l'interessat o pels pares, es prevegi la constitució d'un consell de tutela, integrat per un mínim de tres membres, nomenats per l'autoritat judicial.

Les funcions del consell seran les de vetllar pel bon desenvolupament de la tutela, i s'hauran de reunir, com a mínim, un cop a l'any per a ser informats sobre la situació de la persona tutelada i perquè li siguin retuts els comptes anuals de la tutela i, si l'acte de delació així ho estableix, haurà de resoldre conflictes entre tutors i autoritzar els actes a què fa referència l'article 222-43 CCCat.

## 3.2. La curatela

La curatela és un règim d'assistència o complement de capacitat en l'àmbit patrimonial al qual poden tenir accés<sup>52</sup>:

<sup>(52)</sup>Article 223-1 CCCat.

- Els 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.
- Els incapacitats en relació amb els quals no s'hagi considerat adequada la constitució de la tutela.
- Els pròdigs.

La curatela es constitueix per les mateixes persones que haurien de demanar la tutela, i l'autoritat judicial la pot demanar, malgrat que hom hagi demanat la tutela, d'acord amb les circumstàncies de la persona afectada.

En el cas de constitució de la curatela d'un tutelat, serà el seu tutor o administrador patrimonial el que l'exerceixi, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa.

El contingut típic de la curatela és la prestació d'assentiment a un pacte patrimonial que pretengui fer la persona limitadament capaç. Si el curador refusa sense causa justificada prestar assistència en algun dels actes que el requereixen, la persona posada en curatela podrà demanar l'autorització judicial per a actuar tota sola. A la sentència en què es declara la prodigalitat o la incapacitat relativa s'ha de determinar l'àmbit en el qual la persona afectada necessita l'assistència del curador<sup>53</sup>.

<sup>(53)</sup>Article 223-4 CCCat.

Pel que fa a la curatela de menors emancipats, aquesta només es constituirà quan calgui la intervenció del curador<sup>54</sup>; en la curatela de persones incapacitades, la sentència d'incapacitació pot conferir al curador funcions d'administració de determinats aspectes del patrimoni de la persona posada en curatela, sens perjudici de les facultats d'aquesta per a fer altres actes per ella mateixa<sup>55</sup>.

<sup>(54)</sup>Article 223-5 CCCat.

<sup>(55)</sup>Article 223-6 CCCat.

En el cas de conflicte d'interessos entre el curador i la persona posada en curatela, l'autoritat judicial designarà un defensor judicial<sup>56</sup>, i si, essent necessària l'assistència del curador per a fer determinats actes, la persona assistida els fa sense el seu complement, els actes seran 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<sup>57</sup>.

<sup>(56)</sup>Article 223-7 CCCat.

<sup>(57)</sup>Article 223-8 CCCat.

La curatela s'extingeix per les causes que es determinen en l'article 223-9 CCCat, i s'apliquen les normes de la tutela quant a la rendició de comptes, sempre que el curador tingui atribuïdes funcions d'administració ordinària<sup>58</sup>.

<sup>(58)</sup>Article 223-10 CCCat.

### 3.3. El defensor judicial

El CCCat regula la figura del defensor judicial des de l'article 224-1 fins al 224-5. En l'article 224-1 CCCat s'estableixen els casos en què es precisa l'actuació del defensor judicial. El seu nomenament per part de l'autoritat judicial es pot donar d'ofici o a petició del ministeri fiscal, del tutor, del curador, del menor mateix o de qualsevol persona amb un interès legítim<sup>59</sup>.

<sup>(59)</sup>Article 224-2 CCCat.

En cas de conflicte d'interessos, l'actuació del defensor judicial es limita als actes que n'hagin determinat el nomenament. Si no hi ha nomenament, els actes fets pel tutor, curador o apoderat són anul·lables d'acord amb el que els articles 222-46 i 223-8 estableixen per a la tutela i la curatela, respectivament.

Al defensor judicial se li aplicaran 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 remuneració. Un cop acabada la seva tasca haurà de donar compte de la seva gestió a l'autoritat judicial<sup>60</sup>.

<sup>(60)</sup>Article 224-5 CCCat.

Pels especials conflictes d'interessos que es poden plantejar, la possibilitat de nomenar un defensor judicial es preveu expressament en els supòsits d'exercici d'accions de filiació (art. 235-16.3 CCCat) i en l'àmbit de la potestat parental (art. 236-20 CCCat).

### 3.4. La guarda de fet

L'article 225-1 CCCat estableix que el guardador de fet és 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.

Les seves funcions estan recollides en l'article 225-3 CCCat, i té l'obligació de comunicar la guarda a l'autoritat judicial<sup>61</sup>.

<sup>(61)</sup>Article 225-2 CCCat.

La guarda de fet s'extingirà per les causes recollides en l'article 225-5 CCCat i l'autoritat judicial podrà disposar que el guardador li reti els comptes de la seva gestió si ho justifica la durada de la guarda.

### 3.5. L'assistència

La persona major d'edat que necessiti un assistent 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, el podrà sol·licitar a l'autoritat judicial pel procediment de jurisdicció voluntària<sup>62</sup>.

<sup>(62)</sup>Article 226-1 CCCat.

L'article 226-2 CCCat preveu les funcions de l'assistent envers la persona assistida i l'article 226.5 CCCat estableix les causes d'extinció d'aquesta assistència.

Igual que en el cas del defensor judicial, a l'assistent se li aplicaran les normes del CCCat en matèria d'aptitud, excusa i remoció de tutors, i les relatives a la rendició de comptes si administrava el patrimoni de la persona assistida.

El càrrec d'assistent s'ha d'inscriure en el Registre Civil del domicili de la persona assistida mitjançant la comunicació de la resolució judicial<sup>63</sup>.

<sup>(63)</sup>Article 226-7 CCCat.

### 3.6. El patrimoni protegit

El Llibre segon del CCCat (art. 227-1 a 227-9) incorporà una nova institució de protecció de la persona pensada específicament per la seva protecció patrimonial: el patrimoni protegit, la qual, a més, és compatible amb les altres institucions de protecció.

Així, per exemple, els pares d'un menor discapacitat (en potestat parental) poden decidir afectar una sèrie de béns fructífers a les necessitats actuals i futures del menor. També, aquests mateixos pares si ens trobem amb una potestat prorrogada, o bé el tutor o tutors si fos el cas. Aquest nou patrimoni és un "patrimoni de destinació" que, com a tal, és totalment independent del patrimoni dels pares o dels tutors i també del patrimoni del fill. El mateix esquema el podem pensar per a persones incapacitades i sotmeses a tutela o per persones sotmeses a curatela. També per l'assistència, sempre que es compleixin els requisits subjectius que s'esmenten més endavant.

El patrimoni protegit és un patrimoni de destinació que comporta l'afectació de béns aportats a títol gratuït pel seu constituent (o per terceres persones i també de manera successiva) i també dels seus rendiments i subrogats, a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari. Els possibles beneficiaris d'un patrimoni protegit són persones afectades per una discapacitat física igual o superior al 33% o psíquica o sensorial igual o superior al 65%. També ho poden ser les persones en situació de dependència de grau II –dependència severa– o III –gran dependència–. El patrimoni es caracteritza per ser autònom o separat del de la persona discapacitada o dependent que en sigui beneficiària, però també ho és del patrimoni del constituent o de qui hi faci aportacions. És un patrimoni sense titular (a diferència del previst per la Llei estatal 41/2003) i sense personalitat jurídica, al qual se li donarà la denominació de patrimoni protegit "a favor" de la persona que en sigui beneficiària. En aquest sentit, l'article 227-2.1, *in fine*, estableix que sobre aquest patrimoni no tenen la propietat ni cap altre dret real ni el constituent, ni l'administrador ni el beneficiari. Tot i que el beneficiari en rebi les rendes o els fruits o pugui gaudir dels béns sense ser-ne titular, cosa que ens aproxima a la figura de l'usdefruit, la llei defuig la qualificació de la seva situació com a dret real.

La figura, ja existent en el dret estatal, on fou incorporada per la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, s'incorpora al dret català amb una regulació pròpia que pretén ajustar-se millor al conjunt del sistema de protecció de la persona que dissenya el Llibre segon

i donar-li algunes característiques que la facin més atractiva i n'incentivin un ús que, malgrat alguns avantatges fiscals, s'ha mantingut més aviat escàs, com anuncia el propi preàmbul del Llibre segon:

“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. És per això que la regulació que es proposa, coherent amb l’objectiu d’oferir una protecció patrimonial a la persona beneficiària, afecta el patrimoni protegit a aquesta finalitat i parteix de la idea que aquest patrimoni no respon de les obligacions de la persona beneficiària, ni tampoc de les de la persona constituent o de qui hi va fer aportacions, sinó que únicament queda vinculat per les obligacions concretes per l’administrador per a atendre les necessitats vitals de la persona protegida. Com a complement d’aquesta figura, es dissenya un règim d’administració del patrimoni protegit i de supervisió de l’activitat de l’administrador i la disposició addicional primera regula, també, la creació del Registre de patrimonis protegits”.

Així, tot i que les persones beneficiàries són les mateixes, són diferències importants, entre d’altres, que el patrimoni no és independent, ja que té titular, i que no està sotmès al règim de no-responsabilitat per les obligacions diferents de les relatives a la satisfacció de les necessitats vitals del seu beneficiari.

El patrimoni el pot constituir qualsevol persona, inclosa la beneficiària (art. 227-3). En cas que el patrimoni sigui constituït per una persona diferent de la beneficiària, caldrà la seva acceptació o la dels seus representants legals. El negoci de constitució haurà de ser per causa gratuïta, tot i que s’admet la possible inclusió de condicions revocatòries, a diferència de la llei estatal.

La constitució s’ha de fer en escriptura pública<sup>64</sup>, en el qual han de constar els extrems a què al·ludeix l’article 227-3.2.

### 3.7. La protecció dels menors desemparats: l’acolliment

Són menors desemparats els que estan en una situació de fet en la qual 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<sup>65</sup>.

#### Article 228-1.2 CCCat

“L’entitat pública competent ha d’adoptar les mesures necessàries per a assolir la protecció efectiva dels menors desemparats, d’acord amb el que estableixen aquest codi i la legislació sobre la infància i l’adolescència”.

Vegeu, en particular, els articles 105 a 118 de la LDOIA.

Mitjançant la declaració de desemparament, l’entitat pública competent assumeix de manera immediata la tutela del menor, que implica la suspensió de la potestat parental o de la tutela ordinària durant el temps d’aplicació de la mesura, i es pot demanar la privació de la potestat parental o la remoció de la tutela<sup>66</sup>.

<sup>(64)</sup>Pel que fa al Registre de patrimonis protegits, vegeu el Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d’incapacitat i del registre de patrimonis protegits.

<sup>(65)</sup>Article 228-1.1 CCCat.

<sup>(66)</sup>Article 228-3 CCCat.



Només si es produeix un canvi en les circumstàncies que van motivar el desemparament, els progenitors o tutors no privats de la potestat o remoguts de la tutela podran sol·licitar que es deixi sense efecte la declaració de desemparament<sup>67</sup>.

(67) Article 228-5 CCCat.

La STS de 31 de juliol de 2009 interpreta la doctrina del canvi de circumstàncies, a la qual també es refereix l'article 172.2 CC, en la redacció donada per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència (anterior art. 172.7 CC): "[...] no n'hi ha prou amb una evolució positiva dels pares biològics, ni amb el seu propòsit d'acomplir adequadament el rol patern i matern, sinó que és necessari que aquesta evolució, en el pla objectiu i amb independència de les deficiències personals o d'un altre tipus que puguin haver determinat el desemparament, sigui suficient per a restablir la unitat familiar en condicions que suposin l'eliminació del risc de desemparament del menor i compensin el seu interès en que es mantingui la situació d'acolliment familiar en la que es trobi tenint en compte, entre altres circumstàncies, el temps transcorregut en la família d'acollida, si la integració en aquesta i en l'entorn són satisfactòries, si s'han desenvolupat vincles efectius amb ella, si s'obtenen en la família d'acollida els mitjans necessaris per al seu desenvolupament físic i psíquic, si es mantenen les referències parentals del menor amb la família biològica i si el seu retorn a l'entorn familiar biològic comporta riscos rellevants de caire psíquic" (FJ 6è.).

La declaració de desemparament i la posterior aplicació d'una mesura de protecció (establertes en la legislació sobre la infància i l'adolescència), no ha d'impedir les relacions personals del menor amb els seus familiars, llevat que l'interès superior del menor faci aconsellable limitar-les o excloure-les<sup>68</sup>.

(68) Article 228-5 CCCat.

Com a mesura de protecció es pot acordar l'acolliment familiar simple o permanent, de manera que la família acollidora ha de vetllar pel menor, alimentar-lo i educar-lo, entre d'altres. Aquesta família assumirà la guarda i l'exercici ordinari de les funcions tutelars personals sobre el menor. Tot el procediment que cal seguir per a formalitzar i revisar l'acolliment està establert en la legislació sobre infància i adolescència<sup>69</sup>.

(69) Article 228-9 CCCat.

Una de les mesures que es poden prendre en la situació de desemparament és l'acolliment, que consisteix en què el menor d'edat sigui atribuït a una família perquè l'eduqui i en tingui cura, mentre no se soluciona la situació que ha provocat el no-exercici de la potestat parental o la tutela. Normalment es concep com a prèvia a l'adopció, però això no és necessari. A Catalunya es preveu un acolliment preadoptiu, previ a l'adopció i amb la finalitat d'integrar el menor en la futura família que l'adoptarà.

La família que acull té les mateixes obligacions que el titular de la potestat, i el mateix passa amb el menor acollit. No hi ha un trencament amb la família d'origen, per la qual cosa els pares naturals tenen dret a visitar el fill acollit. Aquest dret pot ser suspès pel jutge.

L'acolliment ha de constar per escrit. Es constitueix sempre per mitjà d'un procés judicial.

Les persones que acullen i el menor acollit, si tingués més de 12 anys, hi han de donar el consentiment.

El procés per a formalitzar l'acolliment s'ha de fer amb la reserva necessària per a protegir el dret a la intimitat de tots els implicats.

Si hi ha uns quants germans, es procurarà que siguin acollits per la mateixa família.

L'acolliment cessa per decisió judicial, per l'adopció del menor acollit o a petició dels acollidors o dels que en tenen la potestat parental.

## Resum

L'especial condició d'incapacitat i debilitat del menor requereix una particular resposta de l'ordenament jurídic que es tradueix en l'articulació dels anomenats "sistemes de protecció del menor".

El nostre sistema de protecció del menor es decanta per a atribuir la funció de protecció als particulars (pares o tutors). Els poders públics assumeixen la tasca de proveir les necessitats del menor només en defecte dels primers. Per altra banda, no es preveu tan sols una institució de protecció, sinó diverses (potestat parental, tutela, curatela, defensor judicial, etc.) amb la idea de garantir la millor atenció al menor adaptant-se sempre a la seva situació concreta.

La potestat parental és la institució bàsica i principal del sistema de protecció de menors, d'acord amb el que disposa l'article 39.3 CE. Confereix a qui l'exerceix una major llibertat en la gestió patrimonial i pot estendre's, fins i tot, al menor d'edat incapacitat (potestat parental prorrogada i rehabilitada). La tutela és una institució paral·lela a la potestat parental que només es constitueix si no hi ha potestat parental i mitjançant un pronunciament judicial. Les altres institucions de protecció no tenen l'estabilitat que comporten la potestat parental i la tutela, i destaquen pel seu caràcter fàctic, parcial o temporal.



## Activitats

Al final de cada mòdul hi ha una indicació bibliogràfica on s'han procurat triar treballs, no especialment llargs, sobre alguns dels temes que s'hi ha tractat. Òbviament, llegir-la sempre és recomanable, però val més deixar llibertat al consultor perquè decideixi les que li semblin més idònies en cada moment.

El que sí que sembla necessari és la realització del "cas pràctic" proposat. En aquest cas s'han concretat les activitats que es proposen i que es faran després d'haver estudiat els mòduls "La filiació" i "Els sistemes de protecció de menors: potestat parental, tutela i acolliment", ja que el tema, objecte del supòsit fàctic, és conjunt. Hi ha una sèrie de qüestions que constitueixen un mecanisme valuós d'autoavaluació i que es presenten sota l'epígraf de preguntes. Totes les preguntes es basen en un "supòsit fàctic" i no són altra cosa que alguns dels interrogants que planteja el text mateix. La resposta teòrica es pot trobar en els materials d'estudi. Cal recordar que si bé la forma en què es resol és important, interessa més el contingut.

### Filiació. Protecció de menors. Adopció. Síntesi

En Joan és un jove solter de 35 anys que es dedica completament a la feina i tasques socials. És precisament en un centre d'atenció a la infància on coneix en Lluís, de 12 anys, un nen sa i feliç que passa les tardes al centre, ja que la seva mare, que el va tenir com a mare soltera i l'ha educat sola, ha de treballar i no el pot atendre com cal. La relació del nen amb en Joan es va fent més profunda i dependent. En Joan és el pare que en Lluís no va tenir mai i el nen representa tot allò que en Joan no té.

Després d'un temps, en Joan coneix la mare del Lluís i s'adona que el que els dos senten pel nen els va unint. Després d'oblidar antics fracassos, en Joan proposa a la mare del Lluís que es casi amb ell.

El Lluís constava al Registre Civil com a fill de pare desconegut. El pare biològic no l'havia reconegut.

Després de casar-se amb la mare d'en Lluís, en Joan reconeix el nen com a seu, tot i que evidentment coneix la falsedat d'aquesta declaració. Després ell i la seva dona adopten un nadó. Les coses els van molt bé fins que el pare biològic d'en Lluís, que no el va reconèixer mai com a fill i que acaba de sortir de la presó, decideix iniciar un procés d'investigació de la paternitat.

### Preguntes

1. Pot en Joan reconèixer legalment com a fill propi en Lluís? Com ho pot fer? Podria ser impugnada més endavant aquesta reconeixement?
2. En quins casos és possible l'adopció per més d'una persona? Amb quins requisits?
3. Quines possibilitats té el pare biològic d'en Lluís per a determinar la seva paternitat?
4. En cas que prosperés l'acció del pare biològic, seria possible privar-lo de la potestat parental?

## Exercicis d'autoavaluació

1. L'acolliment sempre és necessari com a pas previ per a procedir a l'adopció:
  - a) cert.
  - b) fals.
2. La titularitat de la potestat parental...
  - a) sempre és compartida pel pare i la mare.
  - b) és compartida pel pare i la mare, sempre que la seva filiació estigui determinada legalment.
  - c) és compartida pels progenitors, sempre que estiguin casats entre si.
  - d) correspon només a la mare, encara que el seu exercici és compartit pels dos progenitors.
3. Es nomena un defensor judicial...
  - a) en tot cas, si el menor no emancipat no té progenitors.
  - b) si hi ha un conflicte d'interessos entre els pares i el menor.
  - c) si el menor ha d'acceptar una donació.
  - d) sempre que el menor sigui demandat.
4. Si la potestat parental és exercida pels dos progenitors i sorgeix un conflicte entre un d'ells i el menor, la representació d'aquest últim correspon...

- a) al defensor judicial.
  - b) a l'altre progenitor.
  - c) al ministeri fiscal.
  - d) a un administrador judicial nomenat especialment.
5. Si els pares d'un menor decideixen repudiar una herència que se li ha deferit...
- a) ho poden fer si tots dos hi estan d'acord.
  - b) ho pot fer qualsevol d'ells si és en interès del menor.
  - c) necessiten autorització judicial.
  - d) els pares no poden repudiar una herència.
6. Segons el Codi civil de Catalunya, una persona major d'edat no casada resulta incapacitada...
- a) es constitueix en tot cas la tutela.
  - b) es constitueix en tot cas la curatela.
  - c) se li nomena un defensor judicial.
  - d) es rehabilita la potestat parental.
7. Els pares que no hagin estat privats de la potestat parental tenen capacitat per a designar la persona del tutor dels seus fills menors o incapacitats, en previsió de la seva necessitat:
- a) cert.
  - b) fals.
8. Si un menor d'edat resulta incapacitat...
- a) es constitueix la tutela en assolir la majoria d'edat.
  - b) un menor d'edat no pot ser impossibilitat.
  - c) es rehabilita la potestat parental quan assoleixi la majoria d'edat.
  - d) es prorroga la potestat parental quan faci els 18 anys.
9. La figura jurídica en què un menor d'edat s'atribueix a una família mentre no se solucionen els problemes que ha provocat el fet de no exercir la potestat parental o de la tutela per part de qui hauria d'exercir aquesta funció, s'anomena...
- a) acolliment.
  - b) defensor judicial.
  - c) guarda de fet.
  - d) desemparament.
10. La situació de desemparament ha de ser declarada judicialment:
- a) cert.
  - b) fals.

## Solucionari

### Activitats

1. Evidentment es tracta d'un reconeixement de complaença, és a dir, un reconeixement en què el reconeixedor sap perfectament que no és progenitor i reconeix, amb decisió conscient, una filiació inexistente. Aquest reconeixement és, en paraules del Tribunal Superior, "ineficac i invàlid, d'una nul·litat absoluta" (STSJC de 16 de desembre de 1997).

El problema, si escau, està en el fet que la impugnació judicial d'aquest acte, creador d'aparença jurídica i no discutit, només la pot dur a terme qui va emetre el reconeixement fals (vegeu l'article 235-27, apt. 1 i 2, CCCat).

Interessa que quedi clar que no es tracta d'un reconeixement causat per un error. No hi ha error en qui sap que un fet és fals. Per tant, no podem aplicar les regles ni els supòsits de vicis del consentiment, sinó que la possible ineficàcia del reconeixement derivaria precisament de la impossibilitat de reconèixer "l'objecte del reconeixement", és a dir, en Lluís. Seria aplicable, per tant, la regla de l'article 235-27.4 CCCat, que indirectament impedeix impugnar el reconeixement al reconeixedor de complaença i al que ha actuat amb frau de llei. Ara bé, la possibilitat d'impugnació queda oberta al ministeri fiscal i al fill, en tant que es pot considerar que té un interès directe i legítim.

El reconeixement es pot fer tant en testament i en escriptura pública com per compareixença davant de l'encarregat del Registre Civil.

2. L'adopció per més d'una persona és possible en cas dels cònjuges o dels membres d'una parella estable (vegeu art. 235-30 CCCat). Els requisits (a més dels tràmits d'idoneïtat i control) són estar en ple exercici dels drets civils, tenir més de 25 anys i tenir una diferència d'almenys 14 anys amb la persona que s'adopta.

3. En el cas del pare biològic que s'enfronta a una filiació determinada que no coincideix amb la que ell considera real, i si vol que consti la seva, l'acció que ha de plantejar és de les anomenades *mixtes*: impugnació de la que consta i reclamació de la que acredita (vegeu art. 235-22 CCCat, de l'acumulació de pretensions).

Ha de provar d'una manera concloent que el presumpte pare no és el progenitor de la persona de la qual s'impugna la filiació (art. 235-28 CCCat).

4. La potestat parental és per als pares un deure i una funció que s'estableix en benefici del fill i que exerceixen tots dos progenitors quan la filiació ha quedat determinada legalment. Aquest deure inclou tenir el fill en la seva companyia, tenir-ne cura, educar-lo i atendre'l en tot tipus de necessitats.

La privació de la potestat parental és una sanció civil davant de la manca de compliment de tots aquests deures. Si hagués prosperat l'acció del pare biològic se li hauria atribuït la potestat, atès que en aquest moment es fixen els deures per a ell. Si després de la determinació judicial els incomplís greument o reiteradament, s'hauria d'iniciar el procés per a aconseguir-ne la privació.

### Exercicis d'autoavaluació

1. b, 2. b, 3. b, 4. b, 5. c, 6. d, 7. a, 8. d, 9. a, 10. b

## Glossari

**acolliment** Mesura que s'ha de prendre judicialment i que consisteix a atribuir temporalment el menor a una família perquè en tingui cura i l'eduqui.

**curatela** Mesura de protecció que té la finalitat de completar la capacitat de certes persones, limitada per a dur a terme determinats actes.

**defensor judicial** Figura de protecció no permanent que actua quan hi ha contraposició d'interessos entre el sotmès a potestat parental o tutela i el seu representant legal.

**delació de la tutela** Sistema voluntari o judicial de fixació de les persones que estan cridades a exercir el càrrec de tutor.

**desempament** Menor en situació de risc greu, tant per incompliment com per inexistència dels qui estan obligats a tenir-ne cura, sotmès a l'actuació de l'Administració pública per tal de protegir-lo.

**extinció de la potestat parental** Cessació, sense caràcter punitiu, de la potestat. Deriva de la majoria d'edat del sotmès, de la mort dels titulars o de l'adopció del menor.

**guarda de fet** Situació en què qui atén el menor o l'incapaç (el guardador) no té un títol que habiliti aquesta gestió.

**potestat parental** Funció que s'exerceix en benefici dels fills i que té la finalitat de possibilitar el desenvolupament integral del menor.

**privació de la potestat parental** Sanció imposada sempre per sentència, com a conseqüència de l'incompliment dels deures inherents a la potestat.

**pròrroga de la potestat parental** Quan el fill ha estat impossibilitat abans d'assolir la majoria d'edat, es prorroga la potestat dels pares quan arriba a la majoria d'edat, en lloc de constituir la tutela.

**recuperació de la potestat parental** Situació que es dona quan el jutge decideix no privar els pares de la pàtria potestat, sinó suspendre'n temporalment l'exercici mentre es mantingui la causa que n'ha provocat la privació, la cessació o desaparició del motiu que l'ha causada en determina la recuperació.

**rehabilitació de la potestat parental** Quan el fill, major d'edat, és incapacitat, i falten les persones que tindrien preferència en la designació com a tutor (nomenat/cònjuge), es pot rehabilitar la potestat parental.

**tutela** Sistema de protecció dels menors (quan no hi ha pares o si els pares han estat privats de la potestat parental) i dels incapacitats en què la funció de protecció l'exerceix qui ha estat designat tutor i ha acceptat el càrrec.



## Bibliografia

**Allueva Aznar, L.** (2011). "Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors. A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i la adolescència". *InDret* (núm. 4).

**Arroyo, E.; Bosch, E.; Ferrer, J.; Ginebra, M. E.; Lamarca, A.; Navas, S.; Ribot, J.; Vaquer, A.** (coord.) (2013). *Dret civil. Part general i dret de la persona*. Barcelona: Atelier.

**Barrón Arniches, P. de** (2011). "La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi civil de Catalunya". A: Florensa i Tomàs, C. E.; Fontanellas i Morell, J. M. (coord.). *La codificación del Derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación* (pàg. 217-236). Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons.

**Escribano Tortajada, P.** (2012). *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*. València: Tirant lo Blanch.

**Espiau Espiau, S.; Vaquer Aloy, A.** (ed.) (1999). *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Madrid - Barcelona: Tirant lo Blanch.

**Ferrer Riba, J.** (1995). "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas". *Derecho privado y Constitución* (núm. 7, pàg. 31-86).

**Garriga Gorina, M.** (2010). "Nota a la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència". *InDret* (núm. 3).

**Gete-Alonso y Calera, M. C.** (2011). *Derecho de la persona vigente en Cataluña*. València: Tirant lo Blanch.

**Lauroba Lacasa, E.** (2014). "La protecció patrimonial de les persones discapacitades o dependents en el Codi civil de Catalunya: el 'patrimoni protegit'". *Revista Catalana de Dret Privat* (núm. 14, pàg. 27-67).

**Llácer Matacás, M. R.** (2012). "1. La protección civil de los menores desamparados en el derecho catalán". A: Padial Albás, A. M. (coord.). *El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada* (pàg. 11-28). Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida.

**Miralles González, I.** (2004). "El interés del menor y la privación de la patria potestad". *Aranzadi Civil* (núm. 10).

**Padial Albás, A.** (2011). "La protecció de la infància i l'adolescència a l'actual normativa catalana: la declaració de desemparament i l'acolliment". A: Florensa i Tomàs, C. E.; Fontanellas i Morell, J. M. (coords.). *La codificación del Derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación* (pàg. 149-162). Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons.

**Parra Lucán, M.** (2014). "La guarda de hecho de las personas con discapacidad". A: Díez-Picazo Giménez, L. M. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (pàg. 2482-2509). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

**Ravellat Ballesté, I.** (2014). "La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana". *InDret* (núm. 2).

**Valls Xufré, J. M.** (2010). "Institucions de protecció de la persona. Novetats de la Llei 25/2010 Llibre II del Codi civil català: consideració especial del poder en previsió d'incapacitat i de l'administració ordenada pel donant o testador". *La Notaria* (núm. 3, pàg. 106-117).

