



Roj: **SAP B 12725/2022 - ECLI:ES:APB:2022:12725**

Id Cendoj: **08019370182022100568**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **02/12/2022**

Nº de Recurso: **782/2022**

Nº de Resolución: **637/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812442120188200761

Recurso de apelación 782/2022 -B

Materia: Proceso especial incapacitación, capacidad y prodigalidad

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Mollet del Vallés (UPSD)

Procedimiento de origen:Juicio verbal especial sobre capacidad 557/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012078222

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012078222

Parte recurrente/Solicitante: Araceli

Procurador/a: M^a Luisa Montero Correal

Abogado/a:

Parte recurrida: Asunción , MINISTERI FISCAL

Procurador/a: Carlos Vargas Navarro

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 637/2022

Magistradas:

D^a Margarita B. Noblejas Negrillo

D^a Myriam Sambola Cabrer (ponente) D^a M^a José Pérez Tormo

Barcelona, 2 de diciembre de 2022



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 16 de septiembre de 2022 se han recibido los autos de Juicio verbal especial sobre capacidad 557/2018 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Mollet del Vallés (UPSD) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la procuradora M^a Luisa Montero Correal, en nombre y representación de Araceli contra la Sentencia de fecha 08/07/21 y en el que consta como parte apelada/oponente el procurador/a Carlos Vargas Navarro, en nombre y representación de Asunción , con intervención del MINISTERIO FISCAL.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Luisa Montero Correal, en nombre y representación de Dña. Araceli , no procede modificar la capacidad jurídica de la persona de Dña. Asunción . Todo ello sin efectuar expresa condena en costas. "

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la vista que ha tenido lugar el 29/11/2022.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Myriam Sambola Cabrer .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

En septiembre de 2018 D.^a Araceli presentó demanda interesando la declaración de incapacidad de su madre, D^a Asunción , y se designase como tutor a una Fundación Tutelar.

La Sra. Asunción contestó pidiendo la desestimación de la demanda.

Practicada la exploración judicial y realizado el correspondiente examen médico forense y oídos los parientes y allegados más próximos se dictó sentencia que desestimó íntegramente la demanda.

D^a Araceli recurre en apelación. En su escrito de 6 de septiembre de 2021 expone como motivos de su recurso los siguientes: 1.- Error en la valoración de la prueba pericial obrante en autos y 2.- Infracción en la normativa aplicable , arts. 199 y ss CC , Tratados internacionales y Jurisprudencia aplicable. Por todo ello pide " se revoque la sentencia recurrida, se incapacite a la Sra. Asunción y se nombre tutora legal a la institución competente en la CA, subsidiariamente se nombre curadora par la ayuda y supervisión de todos aquellos actos para los que no esté capacitada.

La parte demandada y el Ministerio Fiscal inicialmente se han opuesto al recurso

En esta alzada se ha practicado la prueba preceptiva que marca la ley. En trámite de conclusiones/ informe todas las partes han reformulado sus peticiones adaptándolas al cambio legislativo.

La parte actora/ apelante se ha ratificado en su petición y pide se nombre asistente con funciones representativas en todas las esferas a una Fundación.

El Ministerio Fiscal a la vista de la prueba practicada en esta alzada interesa también el nombramiento de un asistente representativo para el ámbito personal y patrimonial.

La parte apelada solicita se mantenga la situación actual entendiendo suficientemente cubierta la situación existente mediante la guarda de hecho que viene ejerciendo la hija Fátima o subsidiariamente su nieta.

SEGUNDO.- Reajuste legal y necesidad de apoyos.

A la vista del cambio normativo operado durante la tramitación del procedimiento es preciso adaptar las pretensiones formuladas y el tenor de la sentencia a la nueva Ley 8/2021 y reconducir la petición de la recurrente al apoyo conforme a las previsiones del Decret Llei 19/2021. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la DT1º de la citada norma.

Considerando lo actuado entendemos que en este caso es palmaria la necesidad de establecer en interés de la persona concernida apoyos intensos en la línea de lo petitionado tanto por la parte apelante como por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.



El último informe forense recabado por este Tribunal como es preceptivo y que ha sido emitido el pasado 25 de octubre basta para decidir sobre esta cuestión. Y es que es un hecho plenamente acreditado que la Sra. Asunción presenta un deterioro cognitivo notable que le impide el control de sus patologías y bienes necesitando ayuda para numerosas actividades de la vida diaria.

El informe precitado concluye que D^a Asunción padece un deterioro cognitivo moderado - grave GDS 5 de etiología mixta (vascular- enfermedad de Alzheimer) de carácter crónico e irreversible. Debido a ello tiene afectada plenamente su capacidad para llevar a cabo de forma autónoma actividades instrumentales y avanzadas de la vida diaria y también para aceptar y seguir tratamientos médicos y farmacéuticos o para decidir el ingreso en centro residencial o sanitario. Las serias limitaciones derivadas de su patología se extienden también al ámbito patrimonial - económico y contractual. D^a Asunción no puede tomar ninguna decisión de este tipo en su vida diaria extendiéndose la afectación incluso para la disposición de pequeñas cantidades de dinero al desconocer el valor de la moneda, realizar mal el intercambio y estar imposibilitada para realizar gestiones bancarias de cualquier tipo y complejidad. El citado informe concluye también que la limitación psicofuncional derivada de la enfermedad neurodegenerativa afecta también, parcialmente, su capacidad y voluntad para designar a la persona que pueda prestarle ese apoyo "aunque todavía puede designar al familiar de referencia con el que se encuentra mejor cuidada".

Por todo ello la Dra. Concluye que la Sra. Asunción requiere que terceras personas velen por salvaguardar su patrimonio y la ayuden a gestionar actos o trámites bancarios y de la vida diaria así como en la supervisión médica, en la administración y toma de medicación y en decisiones vitales simples o complejas.

El informe ha sido ratificado y ampliamente explicado en la vista de modo que resulta en definitiva clara la necesidad de intensos apoyos y en todos los ámbitos.

CUARTO.- Sobre la necesidad de una asistencia.

D^a Asunción se opone al nombramiento de un asistente y esgrime ahora que es suficiente con la guarda de hecho que viene ejerciendo la hija Fátima con la ayuda de su nieta, dado que convive con ellas. Sin embargo la existencia de una guarda de hecho no basta para rechazar la designa de un asistente (apoyo formal). Teniendo en cuenta la regulación del Código Civil de Catalunya, aquí aplicable con la reforma introducida por el Decreto Ley 19/2021 y la afectación que dicha reforma tiene en la configuración de la guarda de hecho (no reformada todavía) no compartimos la tesis de la parte apelada. El contenido de la guarda de hecho viene determinado en tanto no se reforme por el art. 225-3 CCC "cuidar de la persona en guarda y actuar siempre en beneficio de esta y si asume la gestión patrimonial debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria", mientras que las funciones del asistente las define la autoridad judicial, si no hay medida voluntaria, o la propia persona interesada en escritura pública (art. 226-1 y 226-4 CCC).

Vemos pues que en la redacción actual el guardador de hecho tiene limitadas sus funciones, definidas en la ley, en el ámbito personal, se limitan al deber de "cuidar", en un contexto claramente asistencial de acompañamiento y cuidado personal, de apoyo en las decisiones en el ámbito de la salud y en otros ámbitos como puede ser el laboral, pero no permite asumir decisiones en estos ámbitos.

La realidad a la que la normativa viene a dar respuesta nos enseña que la constitución de la asistencia es necesaria incluso en los supuestos en los que existe una persona que haya asumido la guarda de hecho cuando el nivel de apoyo que puede llevar a cabo no sea suficiente o adecuado para garantizar a la persona con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Y esto es lo que deberá verificarse en cada caso, atendiendo al principio de necesidad al que hace referencia el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2021 y no solo en los supuestos de inexistencia de guardador de hecho o de conflictividad.

Atendido el marco normativo de aplicación y a la vista de todos los datos médicos expuestos en el anterior fundamento vamos a acoger el primer motivo de recurso con el reajuste legal pertinente y disponemos el nombramiento de un asistente para la Sra. Asunción .

El art. 226-2.4 CCC en su nueva redacción, establece que "el ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias" y el art. 226-4.1 CCC añade que "la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona se deben tener en cuenta con respecto al tipo y alcance de la asistencia". Conviene también considerar "la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores" (art. 226-2.2 CCC).

QUINTO.- Familia versus fundación.

Conviene recordar de entrada que la nueva legislación consagra como regla general el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona y que sea ella la que se encargue de tomar sus propias decisiones. El nuevo



sistema prevé además la delación notarial, con mayor fuerza si cabe, en el art. 226-1 en relación con el 226-3 CCC. Sin embargo conforme al actual art. 226-2.3, excepcionalmente y mediante resolución motivada, puede prescindirse de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo, conflicto de intereses o influencia indebida.

Por otra parte y como venimos señalando en sentencias de 14-5-2013 (ROJ: SAP B 5603/2013), 14-10-2013 (ROJ: SAP B 11193/2013) y 5-12-2013 (ROJ: SAP B 15049/2013), el artículo 222-10 del CCC establece un orden de delación en la designación de la figura de protección de la persona con discapacidad por parte de la autoridad judicial, que tal como se ha referido, será la de asistente, cuando no haya ningún acto de delación voluntaria. De dicho precepto se deriva claramente **la preferencia legal de nombramiento de un familiar como asistente**, en el orden de prelación establecido, respecto al nombramiento de una persona jurídica que debe ser siempre subsidiario. Cuando en el entorno familiar se produce entre las personas llamadas a ser tutores discrepancias importantes de las cuales pueda derivarse de forma clara y directa un perjuicio para la persona que ha de ser protegida, en tanto se prevea un posible conflicto de intereses o la existencia de graves perturbaciones en el cuidado personal de la persona tutelada, deberá designarse como Asistente a una persona jurídica.

Asimismo, procederá el nombramiento de una persona jurídica cuando se aprecien en la persona que debería ser designada para ello circunstancias personales que le impidan ejercer el cargo de forma adecuada con riesgo para la persona necesitada de apoyo o concurra en el mismo alguna de las causas de ineptitud para ejercer el cargo (art. 222-15 CCC).

Partimos pues del principio general de que una persona cercana como lo es un familiar puede cumplir con mayor facilidad los deberes que impone el artículo 222- 38 del CCC, pues precisamente su cercanía y parentesco le ha de permitir asegurar su bienestar moral y material, respetar sus deseos conforme a su capacidad natural, favorecer su recuperación, prevenir su empeoramiento y mitigar las consecuencias de su estado. El contacto directo, la proximidad de afectos que comporta la relación de parentesco, por regla general, permite el ejercicio del cargo de forma más adecuada que lo hace una persona jurídica.

En este nuestro caso la Sra. Asunción manifestó en la entrevista su deseo de seguir viviendo con su hija Fátima y su nieta con las que convive. Indicó que la cuidan y la acompañan al médico y que mantiene con ellas una buena relación afectiva. La médico forense precisó en la vista que la Sra. Asunción mantiene todavía conservada la parte afectiva (conexión emocional) y pudo constatar en su exploración que tiene mucha afectividad con ambas al tiempo que no es plenamente consciente del conflicto entre sus hijas. En el acto de la vista se ha puesto de manifiesto también y de forma muy clara la existencia de un conflicto notable entre las hermanas, agudizado tras el fallecimiento del padre, que les ha impedido aceptar la herencia y llevar una gestión ordenada y adecuada del patrimonio materno.

Tras nuevo examen de todo lo actuado en la instancia y teniendo en cuenta la prueba practicada en esta alzada vamos a disponer de conformidad con lo dispuesto en los arts. 222-27 y 222-12 CCCC un asistente para el ámbito personal y otro para el ámbito patrimonial. Ambos con funciones representativas.

Para la esfera personal designamos a la nieta Fátima quien ha declarado ser conocedora de las necesidades de su abuela y tener disponibilidad para atenderla y ocuparse como viene haciendo de sus cuidados a nivel personal, médico y asistencial. Y es que consideramos conveniente mantener la situación de hecho que a nivel personal viene dándose desde hace varios años. No apreciamos concurra circunstancia que aconseje preferir en este caso a una Fundación como pide el Ministerio Fiscal. Su hija Fátima y su nieta la atienden diariamente de forma satisfactoria y cubren adecuadamente todas sus necesidades. Es cierto que la relación entre las hermanas es muy difícil, con enfrentamientos y hostilidad que ha llegado incluso a los tribunales, y esta situación con toda seguridad no ha beneficiado emocionalmente a D^a Asunción . Sin embargo la causa del enfrentamiento es fundamentalmente económica y las interferencias en la relación familiar no van a cesar por apartar del cuidado personal a D^a Fátima y a su hija con las que convive. Tampoco lo pide la parte apelante que ve bien mantener a su hermana en el cuidado personal. Y es que no hay prueba suficiente de que directamente impidan o dificulten la normal comunicación de D^a Asunción con la hija que reside en Madrid ni hay base tampoco de que aquella no pueda visitarla en su domicilio. Para el ámbito patrimonial y por las razones expresadas entendemos en cambio conveniente nombrar a una persona jurídica, una Fundación sin ánimo de lucro. Las decisiones que conciernan a los dos ámbitos deberán tomarse conjuntamente como pide el art. 222-17 CCC.

Recordamos a las partes que la familia es el núcleo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables y exhortamos a las dos hijas para



que, en interés de su madre, aparten sus diferencias y velen por su bienestar acompañándola en sus últimos años de vida.

SEXO.- Control de la asistencia y revisión de la medida de apoyo.

El art. 226-2.4 CCC nos dice que la autoridad judicial puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y también para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

A la vista de todo lo expuesto vamos a establecer un inicial control del ejercicio del cargo al año de su nombramiento para que la asistente reporte e informe al juzgado de la ejecución sobre la situación personal de su madre (médica y residencial) y económica. Ello sin perjuicio de que pueda hacerlo en cualquier momento de ser necesario en interés de la Sra. Asunción. En cuanto a la revisión de las medidas de apoyo, atendida la situación de la persona afectada, descrita en los fundamentos precedentes y conforme al art. 226-2.6 CCC establecemos que la revisión de la medida dispuesta se adoptará en el plazo máximo de revisión de seis años.

SEPTIMO.- Ejecutividad inmediata de esta resolución.

Como ya dijimos en el auto de 16-2-2022 denegatorio de la medida cautelar interesada, debemos insistir ahora que el nombramiento de asistente es eficaz, conforme al art.45.6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria aún cuando se formule recurso extraordinario. Así lo hemos recordado en nuestros AAP, Civil sección 18 del 20 de diciembre de 2019 (ROJ: AAP B 11726/2019 - ECLI:ES:APB:2019:11726A), SAP, Civil sección 18 del 18 de octubre de 2021 (ROJ: SAP B 12115/2021 - ECLI:ES:APB:2021:12115), AAP, Civil sección 18 del 25 de febrero de 2021 (ROJ: AAP B 1000/2021 - ECLI:ES:APB:2021:1000A), AAP, Civil sección 18 del 09 de julio de 2018 (ROJ: AAP B 4135/2018 - ECLI:ES:APB:2018:4135A) y las que allí se citan.

La eficacia directa nace de la necesaria protección inmediata de los afectados, del carácter preferente de la tramitación (art. 753.3 LEC) y del principio general de que los efectos de lo resuelto son directamente ejecutivos, regla general en todos los procesos de infancia, familia y capacidad (arts. 762, 768, 771, 773.5, 774.5, 778 ter 7 LEC). Dictada sentencia, no es preciso adoptar medidas cautelares que reproduzcan sus dispositivos.

No es aplicable el art. 525.1, 1ª LEC, referido a la ejecución provisional de las sentencias en sus pronunciamientos "constitutivos" en relación a la paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio y no a sus efectos. La referencia de este precepto a las sentencias sobre "capacidad y estado civil" ha quedado tácitamente derogada al no ser ya posible la consideración de la incapacitación como constitutiva (Ley 8/2021).

Cuando la Ley expresamente establece el efecto suspensivo (protección de menores y sustracción internacional) los plazos de resolución de los recursos son perentorios (arts. 778 quater 5 y 778 quinquies 11, 780 LEC), lo que refuerza la consideración de la regla general de ejecutoriedad.

OCTAVO- Costas.

Dada la resolución que se adopta no vamos a imponer las costas del recurso.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación deducido por Dª Araceli contra la Sentencia de fecha 08/07/21 DEL Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 5 de Mollet del Vallès y el formulado por el Ministerio Fiscal disponemos:

1.-Nombrar asistente con funciones representativas de apoyo en el ámbito personal de Dª Asunción a su nieta Dª Fátima y para el ámbito patrimonial nombramos administrador a una Fundación que será designada en ejecución de sentencia. Ambas deberán ajustarse en el ejercicio del cargo a las previsiones de los arts. 226-1 y ss. CCC. Y las decisiones que conciernan a los dos ámbitos deberán tomarse conjuntamente.

2.- En el ámbito personal Dª Fátima deberá asistir a su abuela en todas las áreas de las ABVD (aseo personal, vestirse..) y las AIVD (salir a comprar, preparar comida, limpiar, desplazarse si fuera el caso). También le procurará apoyo para manejar su medicación, asistir a las citas médicas, procurar su autocuidado de procesos leves (heridas, úlceras, procesos febriles...) tomar decisiones sobre intervenciones quirúrgicas o actos médicos que precisen consentimiento, así como para la adecuada toma de decisiones sobre su lugar de residencia partiendo de su voluntad, deseos y preferencias y con respeto a su interés y bienestar para evitar que se cercenen sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.



Designamos a una Fundación como asistente administradora encargada del patrimonio de la Sra. Asunción con la extensión y alcance descritos en la fundamentación de esta resolución.

La asistencia tendrá carácter representativo y el ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona asistida y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias.

3.- Los designados rendirán cuentas anuales de su actuación. La Sra. Fátima deberá informar al juzgado de la ejecución sobre la situación personal de su abuela (médica y residencial) y la Fundación designada de la situación económica. Ello sin perjuicio de que puedan hacerlo en cualquier momento de ser necesario en interés de la Sra. Asunción .

4.- La medida de apoyo será revisada cada seis años. En el caso de que se considere necesario modificar la medida de apoyo, se realizará la revisión en un periodo inferior.

5.- El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se inscribirán en el Registro Civil mediante la comunicación de la presente resolución.

No se hace expreso pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada procedimental.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Las Magistradas :