



Roj: **AAP B 9535/2017 - ECLI:ES:APB:2017:9535A**

Id Cendoj: **08019370182017200517**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **888/2017**

Nº de Resolución: **371/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO N. 371/2017

Barcelona, 26 de septiembre de 2017

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita Noblejas Negrillo

Myriam Sambola Cabrer

María José Pérez Tormo

Ana Hortensia García Esquiús

María Dolores Viñas Maestre

Rollo n.: 888/2017

Jurisdicción voluntaria (guarda de hecho) n.: 1528/2017

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 58 de Barcelona

Objeto del recurso: alcance de la intervención judicial ante la comunicación de la situación de una persona anciana ingresada en un establecimiento residencial (art. 225-2.2 CCCat)

Motivos del recurso: nulidad de actuaciones, afectación del Derecho a la libertad (art. 17 CE), procedencia de una tramitación procesal al amparo del art. 763 o del 762 LEC , obligatoria celebración de vista y práctica de pruebas

Criterio de la Sala: En Cataluña, la guarda de hecho, generalmente ejercida por familiares, es una institución de protección de las personas de rango similar a la tutela o la curatela. Adquiere significación mayor cuando las personas afectadas ven, por razón de edad, progresivamente disminuidas sus facultades cognitivas y volitivas. El art. 225-2, 2 CCCat tiene por finalidad que el titular del establecimiento residencial ponga en conocimiento del juez o fiscal que, concurriendo una causa de incapacitación, el guardador de hecho no ejerce debidamente sus funciones y que el centro las está asumiendo (sólo en estos casos es obligado comunicarlo al Juzgado). Recibida la comunicación, el juez debe valorar *ab limine* si concurre causa para actuar (en otro caso puede archivar la comunicación), si ha de adoptar alguna prevención o petición de información (art. 52.1 LJV), o si es precisa alguna medida de control o de vigilancia o pueden ser necesarias medidas cautelares, de carácter personal o patrimonial (arts. 52.2 LJV , 762 LEC y 221-5 CCCat). Para adoptar medidas cautelares (en concreto, la "autorización de continuación del ingreso") se requiere audiencia de parte, celebración de vista y práctica de las pruebas oportunas (no, necesariamente, las de los arts. 763.3 , o 759 LEC). Es posible adoptar alguna medida cautelar *inaudita parte* atendiendo a razones de urgencia o a no comprometer el buen fin de la medida

Apelante: el Ministerio Fiscal



Afectado: Alfonso

Familiar cuidador: Amador

Titular del establecimiento residencial: Vitalia Bilbilis, S.L. (representante legal: Armando ; Director técnico: Baldomero)

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 6 de junio de 2017 el director técnico de la Residencia Vitalia Sants presentó escrito, a los efectos del art. 225-2.2 CCat, poniendo en conocimiento del Juzgado que el Sr. Alfonso está ingresado desde el 27 de mayo de 2017 y presenta una situación que puede motivar un proceso de modificación de la capacidad de obrar. Acompaña diversos documentos.

El Auto recurrido, de fecha 9 de junio de 2017, sin trámite procesal alguno y a la sola vista de la documental, considera que se da una situación de guarda de hecho asumida por el hijo, entiende que procede acordar medidas de control y, en suma, el juez tiene por efectuada la comunicación de la existencia de dicha situación de guarda de hecho, "autorizándose la continuación de dicho ingreso"; advierte al guardador de sus obligaciones conforme al art. 225-3 CCCat, dispone que éste comunicará [al Juzgado] cualquier hecho sobrevenido que exija para la protección del afectado "la constitución de un régimen de representación o asistencia bajo tutela o curatela mediante el pertinente proceso especial de incapacitación"; dispone también el juez la notificación de la resolución y traslado de la documentación al Ministerio Fiscal (implícitamente, a los efectos del art. 3.7 de su Estatuto y 757.2 LEC), a la residencia (informando ésta al guardador de hecho) y librar oficios a los Servicios Sociales y a la Sección de Inspección de Asuntos Sociales del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya para que informen de cualquier circunstancia de relevancia "de que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus funciones", de cualquier hecho sobrevenido que exija para la protección del afectado la constitución de un régimen de representación o asistencia bajo tutela o curatela mediante el pertinente proceso especial de incapacitación y pide que dicho informe se remita también al Ministerio Fiscal.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

El Ministerio Fiscal sostiene que, comunicado por el responsable de la residencia que no ha sido posible obtener la manifestación de la libre voluntad del afectado en cuanto a su ingreso, el Auto recurrido, que autoriza la continuación de dicho ingreso, vulnera el art. 17 CE (cita como caso similar el de la STC 34/2016). Afirma que con carácter cautelar se debió acordar el internamiento, ya a través del art. 762 o bien del art. 763 LEC y que era preciso acordar las diligencias que el tribunal considerase necesarias, siempre con examen por parte del juez de la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo. Insta la nulidad del Auto, la retroacción de las actuaciones y la incoación de medidas cautelares del art. 762-1 LEC.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 1 de septiembre de 2017. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 26 de septiembre de 2017. Esta resolución se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) y es firmada por todos los integrantes de la Sala al constituir precedente en la fijación de doctrina y criterio de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. EL CONTEXTO ASISTENCIAL DE LA PERMANENCIA RESIDENCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES

El art. 4.2 g) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, recoge el Derecho de estas personas a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial y el apartado h) añade su derecho al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.

Dentro del amplio catálogo de servicios que recoge la Ley 39/2006, se encuentra la denominada "residencia de personas mayores en situación de dependencia". El art. 25 señala que el servicio de atención residencial ofrece "desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario", que se presta "en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona". Como recoge la legislación social, se trata de abandonar un modelo de atención a las personas reactivo, centrado en la enfermedad, fragmentado y paternalista, y por potenciar uno nuevo proactivo, centrado en la persona, de atención integral y deliberativo.



Por su parte, el art. 51.9 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece también que, "[s]in perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en esta ley, cuando la especificidad y la necesidad de apoyos lo hicieran necesario, la persona con discapacidad tendrá derecho a residir o ser atendida en un establecimiento especializado".

El art. 7 del Decret 284/1996, de 23 de julio, del Sistema Català de Serveis Socials establece que para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial será condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona que haya de ingresar o la de su representante legal y, en su defecto [a falta de previa y libre manifestación de voluntad y de cargo tutelar], constancia de que el ingreso se efectúa a petición del cónyuge o descendientes, o, a falta de éstos, de los ascendientes o hermanos.

Y añade el texto que, al ingreso, la entidad titular del establecimiento residencial deberá disponer de un informe médico (a excepción de los casos urgentes) en que deberá constar, entre otros extremos, las enfermedades activas, medicación, atenciones sanitarias o de enfermería que necesita y la valoración de la disminución cuando sea procedente (hay que entender, disminución de facultades intelectivas, cognitivas o volitivas debida a la edad). Y concluye, de forma alternativa, que cuando el ingreso se efectúe por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por ella misma, será necesario que se cumplan las prescripciones del artículo 211 del Código civil (hoy 763 LEC).

En la Circular de la Fiscalía General del Estado n. 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, el Fiscal General menciona el art. 4.2 g) (el derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial) y h) (el derecho del dependiente al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Pero no realiza ninguna reflexión sobre su interacción, ni tiene en cuenta el origen asistencial de los ingresos en residencia geriátrica.

Dice la misma Circular que los arts. 212-4 a 212-6 CCCat no hacen referencia expresa a los centros residenciales, pero tampoco los excluyen, pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordar que una residencia geriátrica puede ser un "centro" psiquiátrico a los efectos del art. 763 LEC sólo en determinadas condiciones, no siempre (lo veremos después), y la Circular no tiene en cuenta que hay otros preceptos que sí se refieren este tipo de residencias con un alcance completamente distinto, como es el art. 225-2.2 CCCat que nos ocupa.

Por tanto, la permanencia residencial es un derecho y tiene en Cataluña un origen asistencial. Parte de la inicial aceptación del internado y el deterioro sobrevenido (art. 225-2.2 CCCat) surge sobre la base de un internamiento orgánicamente voluntario y asistencial.

2. LOS PRINCIPIOS DE FLEXIBILIDAD Y DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

En la línea de la mínima intervención, la Recomendación n. R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referidos a la protección de las personas mayores incapaces (adoptada el 23 de febrero de 1999) predica que 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, añade que deberían ser previstas, para casos de urgencia, medidas de protección u otros mecanismos jurídicos apropiados y concluye que la legislación debería ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

Añade este instrumento que entre el abanico de medidas de protección propuestas deberían figurar en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados y medidas de protección que conllevaran disposiciones que se limiten a un acto específico y que no necesiten la designación de un representante o de un representante dotado de poderes permanentes. También sugiere considerar la posibilidad de prever expresamente que ciertas decisiones, en particular aquellas que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, más que de una medida judicial o administrativa (es el caso de la guarda de hecho en Cataluña, como vamos a ver).

Por otra parte, son cada vez más frecuentes las referencias legales al asistente o acompañante como guardador de hecho del incapaz, en un apoyo informal o profesionalizado, y al reconocimiento de su papel, (cfr. arts. 226-1 y ss. CCCat; el *betreuung* alemán, la *s auvegarde de justice* francesa, el "acompañante" a que se refiere el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe de 20 de febrero de



2012). Se predica la autodeterminación del afectado, sin excesivas trabas formales, en la perspectiva de la incapacidad judicial y el establecimiento de un organismo tutelar como *ultima ratio*.

El propio Tribunal Supremo acoge el principio de mínima intervención (STS, Civil sección 1 del 14 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4280) y STS, Civil sección 1 del 17 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1163/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1163). Un ejemplo importante lo encontramos en la STS. Civil, sección 1 del 16 de mayo de 2017 (ROJ STS 1901/2017 -ECLI:ES:TS:2017:(1901).

Estas medidas mínimas ajenas a la intervención judicial de apoyo para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen vienen amparadas en el *numerus apertus* de los preceptos sustantivos y procesales, en la potestad legislativa y en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto , que insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley debía establecer las modificaciones necesarias de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen.

LA GUARDA DE HECHO EN CATALUÑA

En el Código estatal, la guarda de hecho no ha venido nunca referida como mecanismo tutelar. El Título X del Libro I del Código civil reza: "De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados" y el art. 215 C.c . solo recoge como instituciones de protección la tutela, la curatela y el defensor judicial. La guarda de hecho es considerada por el legislador estatal como una situación anómala.

Por el contrario, en el Código civil catalán la guarda de hecho es una institución de protección. El Título II del Libro Segundo se dedica a: "Las instituciones de protección de la persona" y prevé como tales la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, la asistencia y la protección patrimonial. La guarda de hecho viene configurada en Cataluña como una institución de carácter estable y se recoge una regulación de notable amplitud. La guarda de hecho viene regulada en los arts. 225-1 a 225-5 CCCat , con un alcance diverso y más amplio que en el Código civil.

En el Código estatal, y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, posterior a la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, la guarda de hecho (art. 303.2 en relación con 239 bis C.c.) parece venir referida sólo a las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo, es decir, privadas de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela. En otras palabras, la guarda de hecho parece actuar a nivel estatal fundamentalmente en situaciones de modificación judicial de la capacidad de obrar debidamente declarada y ante la falta de actuación del tutor.

En Cataluña, en otro sentido, el guardador de hecho cuida de una persona con mayor perspectiva: cuando se da una causa de incapacidad sin que exista sentencia judicial, cuando la persona no está sometida a tutela, o cuando, estándolo, el titular de la tutela no la ejerce efectivamente (sólo en este último caso coincide con la regulación estatal). Por tanto, la guarda de hecho en Cataluña tiene carta de naturaleza propia y un alcance más amplio como institución tutelar que en el régimen común (sin que esta diferencia se haya reflejado en una legislación procesal específica).

Esta regulación propia supone la defensa, en Cataluña, de la guarda de hecho como institución suficiente para proteger al presunto incapaz, en lo que implica el reconocimiento del papel que, *de facto* , desarrollan los familiares que estarían legalmente llamados a ejercer el cargo tutelar.

Ello responde sin duda a las especiales características del ordenamiento jurídico catalán. En efecto, el Preámbulo de la Llei 25/2010, apartado III, b, recoge que "aquesta llei manté les institucions de protecció tradicionals vinculades a la incapacitació, però també en regula d'altres que operen o poden eventualment operar al marge d'aquesta, atenint-se a la constatació que en molts de casos la persona amb discapacitat o els seus familiars prefereixen no promoure-la. Aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, i amb els principis de proporcionalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció, tal com preconitza la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol. En particular, les referències del llibre segon a la incapacitació i a la persona incapacitada s'han d'interpretar d'acord amb aquesta convenció, en el sentit menys restrictiu possible de l'autonomia personal. (...) Es tracta que no sempre calgui la incapacitació i la constitució formal de la tutela, que es configura com una mesura de protecció, especialment en casos de desemparament de l'incapaç, quan a la greu malaltia psíquica s'hi afegeix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar (...).



"[...] els canvis en relació amb la guarda de fet són un reflex del nou model de protecció de la persona que dissenya el llibre segon. Aquest model ha estat guiat per la idea de considerar que la incapacitació és un recurs massa dràstic i, a vegades, poc respectuós amb la capacitat natural de la persona protegida.

(...) En línea amb les directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, del 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya, es considera més adequat aquest model de protecció, paral·lel a la tutela o la curatela. A més, aquesta tendència és la mateixa que inspira la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.

En la misma línea, esta regulación propia lleva incluso a la exclusión de la tutela en caso de designa de apoderado (art. 222-2.1 CCCat).

En este contexto, son exigibles interpretaciones que, sin desmerecer la necesaria protección de la libertad, la persona y el patrimonio del presunto incapaz, no impliquen un retroceso en la concreción de un "traje a medida" (cfr. STS, Civil sección 1 del 13 de mayo de 2015 (ROJ: STS 1945/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1945) y STS, Civil sección 1 del 04 de abril de 2017 (ROJ: STS 1335/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1335) y las que citan) también en el ámbito de la permanencia en centro residencial o gerontológico, que no revierta en contra del bienestar del residente mediante controles judiciales no previstos en las leyes y que aparezcan como innecesarios.

Cabe recordar que la posibilidad de obviar el control judicial imperativo en cuestiones referidas a la libertad y a la autonomía de la voluntad no es ajena al ordenamiento jurídico, aparece en las cuestiones relacionadas con el consentimiento informado, de las personas en un estado físico o psíquico que no le permite recibir información o comprenderla, hacerse cargo de la situación y decidir (arts. 212-1.4 y 212-2.2 CCCat) y en las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 212-7 CCCat) y la legislación sanitaria establece mecanismos para suplir la capacidad de decisión del enfermo, sin intervención judicial (cfr. art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula la decisión sustitutoria de la persona designada en documento de voluntades anticipadas, asistente legal, representante legal, guardador de hecho, familiar o persona vinculada de hecho).

EL ALCANCE DE LA COMUNICACIÓN DEL ART 225-2.2 CCCAT

En este contexto, el art. 225-2.2 establece que, si se da causa de incapacitación y la persona está en un establecimiento residencial, el titular del establecimiento lo ha de comunicar a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo de 72 horas.

Esta previsión deja fuera, por un lado, a todas las personas que, con causa de incapacitación y sin sentencia judicial, no se encuentran en establecimiento residencial (estén en su casa, en un hospital o en otro lugar), lo que permite una interpretación de la obligación como de alcance exclusivamente informativo (para que cualquier persona legitimada pueda instar la intervención judicial en el ámbito que proceda), aleja el sentido de la norma de un supuesto de internamiento no voluntario y lo reconduce a la atención de situaciones de desprotección (las que dan cuando no hay guardador de hecho en ejercicio) de modo parecido al "desamparo" de los arts. 303.2 y 239 bis CC)

El art. 225-2.2 CCCat no regula, pues, el ingreso no voluntario, ni está previsto para la adopción de medidas cautelares, sino que da cauce a la constatación de la concurrencia sobrevenida de una causa de incapacitación cuando no hay guardador de hecho que ejerza debidamente sus funciones de protección.

Por tanto, con apoyo en la especial regulación de los mecanismos de protección del incapaz en el Derecho catalán, el ingreso en un establecimiento residencial y la atención del incapacitado, en lo que supone una manifestación del sistema dual de protección en Cataluña (privado y público, por parte de la familia y por la autoridad judicial), quedará generalmente atendido por el familiar guardador de hecho. Si éste falta o no ejerce bien su responsabilidad, entonces la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo y, en tal caso, podrá ser preciso, a instancia de parte, pedir información o adoptar medidas judiciales de control y vigilancia o cautelares.

EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO Y SU ALCANCE

Estamos ante un expediente de jurisdicción voluntaria que se califica como de "guarda de hecho".

Sin mencionarlo, la calificación parece referirse al art. 52.1 LJV , que prevé que, a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente "o de la que hubiera de estarlo", y de su actuación en relación con los mismos.



Por tanto, para dar curso a este procedimiento es preciso: a) la existencia de un guardador de hecho (en Cataluña, que no ejerza sus funciones o cuando las haya asumido el titular del establecimiento residencial); b) la "notitia" o conocimiento de esa situación por parte del juez de ese hecho (ese es el alcance de la comunicación del art. 225-2.2 CCCat); y c) que haya instancia de parte en demanda de información.

Pero no ha habido en este caso un promotor, el expediente se ha admitido a trámite sin demandante o solicitante, en tanto no acciona el Ministerio Fiscal, ni el sometido a tutela, ni ningún titular de interés legítimo, ni siquiera acciona el comunicante. Tampoco ha existido petición o súplica concreta alguna (sólo de forma sobrevenida y a través del recurso de apelación el Ministerio Fiscal habla de medidas cautelares, pero en el sentido de considerar inadecuado el procedimiento seguido, sin concretar medida alguna para proteger al Sr. Alfonso , que todavía está en disposición de instar). Por tanto, se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria apenas anunciado.

El expediente ha empezado con una comunicación del titular del establecimiento, la prevista en el art. 225-2.2 de la Ley catalana, que equivale en el Código civil estatal. al art. 230, y el 239 bis inciso final C.c. - "o por carecer de tutor"- en relación con 303.2, aunque estos preceptos regulan el desamparo de personas incapaces en la perspectiva de la asunción de funciones de protección de la Entidad Pública y el precepto catalán se enmarca en la guarda de hecho como institución de protección equivalente a la tutela o curatela.

Es posible una interpretación integradora que permita al juez, en Cataluña, aplicar el art. 52.1 LJV , cuando no haya guarda de hecho o no se ejerza (asumiendo la residencia estas funciones), o la situación venga derivada de la pasividad del tutor (presupuesto sustantivo, en el resto de España, de este procedimiento). Entendemos que es válida esta vía procesal para tomar prevenciones o imponer comunicaciones en estos casos.

Se puede salvar la legitimación activa con una interpretación amplia, con base en considerar el interés legítimo del representante de la residencia en cumplir una obligación (en el intento de salvar su responsabilidad) y en evitar un perjuicio (cfr. art. 222-14.1 CCCat) y aun a falta de un *petitum* concreto. El comunicante no actúa en interés del presunto incapaz, sino en interés propio y lo que insta es que se tenga por cumplida la obligación legal de notificar.

En este caso, el juez atiende a este esquema procesal y limita el objeto del expediente (salvo en cuanto a la autorización de la continuación del ingreso, de la que después hablaremos), a lo prescrito en el apartado 1 del art. 52, es decir, a constatar, sin señalar vista ni practicar pruebas y a la vista tan solo de la documental, la situación de guarda de hecho y recordar las obligaciones que implica (incluida la de comunicar la evolución de la situación), a comunicar la existencia de los hechos al Ministerio Fiscal y a instar un seguimiento a los Servicios Sociales y a la correspondiente Sección de Inspección de la Generalitat.

Estas disposiciones no requieren ser acordadas previa audiencia de partes o celebración de comparecencia y entendemos que son posibles de oficio, aunque nadie haya instado la petición de información. El párrafo 2º del art. 52 establece la posibilidad de adoptar medidas de control y de vigilancia, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal, pero no ha sido este el trámite seguido en este caso, limitándose el juez a establecer prevenciones generales.

En suma, la comunicación del titular del establecimiento residencial del art. 225-2.2 CCCat , puede dar lugar a un expediente de jurisdicción voluntaria del art. 52.1 LJV , cuyo objeto se limite a pedir información o a tener por recibida la información cuando ésta se acompaña con la comunicación (no son medidas de control, ni cautelares). No es obligado dar curso procesal a la comunicación si hay guardador de hecho sobre el que no recaiga duda de que actúa correctamente.

No debe confundirse esta vía con el expediente de internamiento involuntario del art. 763 LEC , que se tramita cuando se trata de una privación de libertad por trastorno psiquiátrico y el comunicante es médico psiquiatra.

En este sentido, para Cataluña y para la permanencia residencial geriátrica, no podemos estar al art. 212-6 CCat, porque este precepto regula el cambio de circunstancias en el internamiento psiquiátrico voluntario y, por tanto, para cuando las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de manera significativa. Se trata de personas ingresadas inicialmente con trastorno psiquiátrico, no de un deterioro cognitivo o volitivo sobrevenido a un anciano ingresado en una residencia. El director del establecimiento psiquiátrico lo ha de comunicar a la autoridad judicial, para que, si procede, ratifique la continuación del internamiento (psiquiátrico, devenido involuntario) en el término de 72 horas, lo que no es el caso que aquí estudiamos, aunque coincida el plazo legal.

Tampoco coincide con el expediente para la adopción de medidas cautelares del art. 52.2 LJV o del art. 762 LEC , adecuado cuando se pretenda adoptar medidas que exceden de la mera prevención, de la petición de información, y con la total amplitud de medidas que prevé el art. 221-5 CCCat , incluso de oficio.



6. LA PETICIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR FALTA DE SEÑALAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES, CON VISTA Y PRÁCTICA DE DILIGENCIAS

Centrado así el objeto de las diligencias, no puede estimarse la petición de nulidad de actuaciones.

El párrafo 2 del art. 52 LJV dice que el Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al posible guardador y al Ministerio Fiscal y el art. 762 LEC regula las medidas cautelares. Pero el juez no ha aplicado estos preceptos, sino el art. 52.1 LJV .

Si se hubiera dado cauce a medidas de control, vigilancia o cautelares (a instancia de parte o, en su caso, de oficio) del párrafo 2 del art. 52 LJV o del art. 762 LEC ello hubiera implicado la necesidad de señalamiento de vista y práctica de pruebas (no necesariamente las de los arts. 759 o 763.3 LEC), con respeto a los principios procesales de audiencia, defensa y práctica de pruebas, pero no es este el caso.

Tampoco se ha seguido el cauce del internamiento involuntario del art. 763 LEC (que hubiera debido partir de informe psiquiátrico de ingreso forzoso y habría exigido examen judicial de la persona afectada y dictamen facultativo), cauce que tampoco creemos sea aquí el adecuado.

No obstante, la "autorización de la continuación del ingreso" establecida en el Auto recurrido excede del trámite del art. 52.1 LJV y debe ser dejada sin efecto. El Auto no se limita a pedir información, por lo que excede del cauce del art. 52.1 LJV al establecer una medida (autorizar la continuación del ingreso) que sólo podría tener amparo en el párrafo 2 del propio art. 52 LJV o en el art. 762 LEC .

Consideramos que no tiene amparo tampoco como medida cautelar inaudita parte (art. 733 LEC) pues, aunque en algún caso podría adoptarse (mientras se obtiene más información y se decide qué hacer, por consideración de urgencia o cuando se pueda comprometer el buen fin de la medida), no vemos que concurra ninguna de esas circunstancias. Es aplicable, como establece el párrafo 3 del art. 762 LEC , la regla general de que para establecer medidas para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio se debe señalar la previa audiencia de las personas afectadas, con aplicación de lo dispuesto en los arts. 734 , 735 y 736 LEC (vista para la audiencia de las partes, auto acordando las medidas o denegándolas y posible reiteración de la solicitud).

Ello arrastra la ineficacia del pronunciamiento excedido (el establecimiento o validación de un internamiento indefinido), que se deja sin efecto, pero ello no comporta la nulidad de actuaciones, ni la inadecuación del procedimiento.

7. LA POSIBLE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD: LA JURISPRUDENCIA HISTÓRICA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

En todos los países de nuestro entorno, el internamiento involuntario viene vinculado a la necesidad de tratamiento terapéutico, para enfermos mentales, en establecimientos hospitalarios, cuyo estado requiera cuidados inmediatos, en protección de la vida del propio afectado o de terceros, en conexión con el tratamiento médico forzoso, para la seguridad personal, de terceros o la seguridad pública (art. 326 del *Code de la Santé Publique* ; parágrafos 1896 y 1906 BGB alemán; sección 1ª, 2ª y 3ª de la *Mental Health Act* inglesa; art. 34 y 35 de la ley italiana del Servicio Sanitario Nacional, Ley 180).

Los antecedentes históricos y legislativos del art. 763 LEC muestran que el internamiento involuntario siempre se reguló en la línea del ingreso psiquiátrico (Decreto de 1931, art. 211 C.c .) y no con relación a los ingresos permanentes en residencias geriátricas.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado n. 3/1990, de 7 de mayo, sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad establecía que "En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial, autorización que deberá acordarse de conformidad con el art. 211 del C.c . y por tanto previo cumplimiento de los requisitos que en el mismo se establecen. En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, se produzca con posterioridad al momento del internamiento, deberá comunicarse por el centro a la autoridad judicial y, previos los trámites previstos en el art. 211 del C.c . dictar la correspondiente autorización judicial". Sin embargo, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona no aceptaba esta tesis.

En efecto, la problemática que se plantea en este recurso no es nueva, ya fue objeto de estudio en los años 90 y ya históricamente esta Audiencia Provincial se había pronunciado en contra de considerar los ingresos de ancianos en residencias geriátricas como supuestos de internamiento involuntario al entender que "las personas de la tercera edad por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces,



ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial" (AAPB n. 342/1996, de 24 de julio de 1996, SSAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151) y (Sección 1ª) de 5 de febrero de 1999 (AC 1999, 4388). En el contexto del llamado caso de la "Residencia Alba" la tendencia al control judicial de estos ingresos como propios de internamiento no voluntario fue descartada.

En una de las citadas sentencias (SAP Barcelona (Sección 16ª) de 19 noviembre 1996) se dice que "[l]a problemática planteada deriva de la actividad de centros y residencias geriátricas que acogen a personas de edad avanzada que, con frecuencia, padecen minusvalías de diverso tipo e ingresan sin mostrar voluntad o la pierden con posterioridad y permanecen en la residencia períodos de duración no definida. El Ministerio Público asimila estos supuestos a privaciones del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 de la Constitución Española), fundamento último del art. 211 del Código Civil .

" Cabe ya inicialmente constatar que la aceptación por parte del residente de su situación, expresa o tácita (ingreso "voluntario") puede convalidar la posible duda sobre privación de libertad (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Nielsen, de 28 noviembre 1981) y que la inexistencia de manifestación expresa de voluntad (la "avoluntariedad") no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar "una base de voluntariedad" (cfr. Sentencia del mismo Tribunal de 21 febrero 1990, caso Van der Leer y Sentencia de la Sección 16 de esta Audiencia Provincial de 17 julio 1991). En general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad, sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares. La motivación del ingreso es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos. En definitiva, no cabe presumir "prima facie" privación de libertad, violencia o coacción por el mero hecho del ingreso.

"Y es que el planteamiento de estas cuestiones como "privaciones de libertad" no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente.

Y añade esta sentencia que "[l]a problemática que se plantea se reproduce en los Juzgados de esta ciudad desde la persecución penal de determinados hechos relacionados con una residencia geriátrica de la capital. A raíz de aquellos hechos tanto la Administración Pública (Generalitat) como las asociaciones privadas de centros geriátricos han promovido entre los directores de centros que den cumplida noticia de estos ingresos "avoluntarios" a los Juzgados y éstos con cierto mimetismo han venido aplicando el art. 211 CC . Se ha hipertrofiado así artificiosamente el precepto con la intención de "normalizar" judicialmente estas situaciones para "cubrir" posibles reclamaciones o responsabilidades (especialmente las penales). Es conocida a tal efecto una circular del "Departament de Benestar Social".

"Sin embargo no es éste el sentido del art. 211 del Código Civil . Su interpretación con arreglo al art. 3 CC (criterios gramatical, sistemático, histórico, sociológico y lógico) debe hacer ver que no cabe dar al precepto un alcance que es desproporcionado. A) No se corresponde con el sentido propio de las palabras ni con el contexto hacer extensivo el ingreso psiquiátrico urgente de dementes a la atención residencial de ancianos, aunque éstos sufran disminuciones de sus facultades. En este sentido el precepto se refiere a internamientos urgentes (cfr. "a contrario" art. 271.1 CC) y no a estancias residenciales, y tiene su razón de ser en el carácter psiquiátrico de la asistencia y no en la atención geriátrica. En esta misma línea en la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero) se da nueva redacción al art. 211 CC haciendo mención expresa del carácter "psiquiátrico" del ingreso. B) La colocación del precepto es asistemática pues los artículos anteriores y posteriores no hacen referencia al tema ni siquiera tratan de medidas cautelares, sino que se refieren a la sentencia de incapacitación y a la legitimación para instalarla. Este cauce interpretativo es pues neutro y no nos da elementos interpretativos. C) Los antecedentes históricos y legislativos del art. 211 se hallan en el Decreto 3 julio 1931 (que a su vez derogó los Decretos 2 y 18 mayo 1855) siempre en la línea de los ingresos psiquiátricos, de manera que el art. 211 CC no puede referirse, por sus antecedentes históricos, a la nueva realidad social de la geriatría. Tanto los trabajos prelegislativos (Comisión General de Codificación) como las discusiones parlamentarias (cfr. "ad exemplum" la intervención del diputado señor P. R., Diario de Sesiones del Congreso de 5 de mayo de 1982) se refieren a los ingresos psiquiátricos ("manicomios"), en línea con la interpretación del art. 5 del Convenio de Roma y nunca a los centros geriátricos. D) Desde el punto de vista sociológico la interpretación defendida por el Ministerio Público no atiende al sentido de la norma y podría ser perjudicial para los ancianos sometiéndoles a visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales constantes



cuando es evidente para todos la innecesariedad de ello para la defensa de sus intereses, tanto más cuando son las Administraciones Públicas las que deben velar por la forma del trato que recibe el colectivo residente. E) No atiende a un criterio de lógica jurídica hacer una interpretación analógica extensiva (art. 4.1 CC) del art. 211 previsto para la privación de libertad de enfermos psiquiátricos a un supuesto (la permanencia de ancianos en residencias geriátricas) con el que no hay identidad de razón. Y F) Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como única forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos, particularmente si no hay involuntariedad sino, como mucho, "avoluntariedad".

Concluye esta resolución que "[l]a redacción que la Ley 13/1983, de 24 octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela ha conferido al art. 211 del Código Civil , ha sido novedosa y se configura ciertamente como un supuesto extraordinario de control del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 de la Constitución Española). El legislador ha querido acoger así la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 5 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979). Y como ha declarado el Tribunal Constitucional (vid. Sentencia de 8 junio 1988) al interpretar el art. 17.1 de la Constitución Española hay que estar a la doctrina del citado Tribunal Europeo. Dicha jurisprudencia se centra mayoritariamente en supuestos de privación de libertad por causa penal sin las garantías fundamentales y sólo minoritariamente extiende los efectos del Convenio a la pérdida de libertad por ingresos médicos psiquiátricos. La motivación inmediata de la Ley 13/1983, de 24 octubre, parece encontrarse en el asunto Winterwerp (Sentencia de 24 octubre 1979) que se refería a un caso de esquizofrenia. Las Sentencias posteriores (X contra Reino Unido, de 5 noviembre 1981; Luberti, de 23 febrero 1984; Ashingdane, de 28 mayo 1985 y Nielsen, de 28 noviembre 1981) se refieren todas ellas a supuestos de enfermedades psiquiátricas agudas (esquizofrenias, neurosis, psicosis y desequilibrios mentales) y nunca a enfermedades degenerativas."

8. LA PERSPECTIVA EUROPEA Y LA DOCTRINA ESPECÍFICA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Recomendación CM/Rec (2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores recoge un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional en el que expresa: "Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)".

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos introduce matizaciones y admite esas excepciones en algunas de sus resoluciones. En interpretación del art. 5.1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (privación de libertad de personas enajenadas, "*unsound mind*") y en lo que se refiere específicamente al ingreso de personas de edad en residencias geriátricas, cabe citar las siguientes sentencias de interés del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH de 17 de enero de 2012, caso Stanev contra Bulgaria , (párrafo 91 y ss.): un estudio comparado de la legislación de los Estados miembros pone de manifiesto que no existe en Europa una aproximación armonizada sobre el régimen de estancia en residencia especializada de personas privadas de su capacidad jurídica y en concreto sobre la autoridad competente para decidir sobre el ingreso y las garantías de las que debe beneficiarse la persona afectada; en algunos países la decisión de ingreso contra su voluntad durante un periodo largo se toma o es homologada por el juez; en otros, se autoriza a un curador, a los parientes próximos o al director para decidir sobre el ingreso, sin que sea necesaria la autorización judicial (aunque con consideración de las condiciones de fondo, especialmente en cuanto al estado de salud de la personas, la existencia de un peligro o un riesgo o la presentación de certificados médicos); en otros ordenamientos se introduce la obligación de escuchar a la persona afectada, la existencia de un plazo legal para la revisión judicial de la medida, o la posibilidad de una asistencia jurídica); en un cuarto grupo de países cabe la decisión inicial de ofrecer el ingreso al interesado sin que sea preciso concurso de tutor o curador, decisión que se puede impugnar ante un órgano judicial; y un quinto grupo de países conceden a la persona afectada el derecho a impugnar la legalidad del mantenimiento de la medida de ingreso; recoge también la Corte que numerosas legislaciones han sido modificadas recientemente en la línea de reforzar la protección jurídica de las personas privadas de su capacidad ofreciéndoles un derecho de acceso directo al tribunal para hacer revisar su estatuto, o de aumentar las garantías complementarias cuando son ingresadas en establecimiento especializado contra su voluntad;

STEDH de 5 de noviembre de 1981, caso X contra Reino Unido (ap.58): el Tribunal reconoce plenamente la necesidad de una visión global del sistema, pues las lagunas de cierto procedimiento pueden ser cubiertas mediante las garantías que ofrecen otros procedimientos (cita, *mutatis mutandis* , la sentencia Winterwerp,



párrafo 62), [siempre que desencadene un] mecanismo de control por un órgano independiente judicial o administrativo;

STEDH de 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen contra Dinamarca : el ingreso de un chico de 12 años, a petición de su madre, en un hospital psiquiátrico durante cinco meses y medio, contra su voluntad, no supone una privación de libertad, dada la necesidad del tratamiento médico por la condición nerviosa del muchacho y visto que el tratamiento fue curativo, permitiendo y asegurando su recuperación de una neurosis; las restricciones de su libertad de movimientos y contactos con el mundo exterior no eran muy diferentes de las que se pueden imponer a un chico en un hospital ordinario: la puerta estaba cerrada, pero para evitar que los niños se expusieran a peligro o se movieran y molestaran a otros pacientes; el muchacho podía salir, con permiso, para ir a la biblioteca y lo hizo con otros chicos, acompañado con miembro de la clínica, podía visitar lugares de ocio y museos para otros fines recreativos y educacionales; podía visitar a su padre, madre y antiguos compañeros de colegio, las condiciones en la casa eran equivalente a las de un hogar real;

STEDH de 26 de febrero de 2002, caso H.M. contra Suiza : la recurrente, rechazó la ayuda en su casa cuando sus condiciones de vida eran seriamente negligentes (condiciones y estándares de higiene y cuidado médico insatisfactorias), y la autoridad administrativa acordó, a pesar de manifestar la anciana su voluntad en contra, su ingreso en la residencia, lo que fue confirmado por órganos administrativos superiores; mantenía libertad de contactos sociales con el mundo exterior a la residencia; la mujer primero se opuso (y el Tribunal no considera infracción del Convenio por el traslado e ingreso inicial en la residencia contra tal voluntad), después dudó de qué solución prefería y una vez ingresada en la residencia, aceptó permanecer en ella; concluye el Tribunal que se actuó en su propio interés y no hubo privación de libertad ilegal; según el Tribunal este internamiento, ni fue forzoso (porque la señora finalmente aceptó el internamiento - lo que parece una convalidación sanadora de la no voluntariedad inicial), ni se produjo en un régimen cerrado (puesto que al parecer el Tribunal la señora podía salir de la residencia y relacionarse con otras personas libremente);

STEDH de 5 de octubre de 2004, caso H.L. contra Reino Unido : el punto de partida ha de ser la concreta situación del individuo afectado y deben tenerse en cuenta un amplio conjunto de factores referidos al caso particular, como el tipo, duración, efectos y forma de implementación de la medida en cuestión;

En la STEDH de 22 de enero de 2013, caso Lashin contra Rusia , se concluye que la finalidad del art. 5 del Convenio es evitar la arbitrariedad.

En suma, respecto a los ingresos de personas mayores en residencias geriátricas que están afectas de disminución de facultades cognitivas o volitivas, es posible un amplio abanico de posibilidades en los ordenamientos europeos para controlar el ingreso no psiquiátrico (Bélgica, Dinamarca, Hungría, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Mónaco y el Reino Unido aceptan la autorización de ingreso por parte de familiares o director del centro (y es el caso del Derecho catalán); Alemania, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Letonia, Polonia, Suiza y Turquía permiten el acceso directo del afectado a la Justicia (que también permite nuestro ordenamiento).

Lo esencial es que sea posible un control administrativo o judicial, no que siempre deba existir autorización judicial inicial. La falta de configuración del consentimiento puede equivaler al ingreso contra la voluntad del afectado, pero hay que estar a las garantías del sistema en su conjunto, en tanto asegure el control.

Podemos concluir que las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al respeto a la libertad, quedan cubiertas si, afectada la libertad (por no quedar esta manifestada - "no haber consentido válidamente el ingreso"- o por constar oposición expresa al ingreso o permanencia), existe la posibilidad de un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad del internamiento, aunque no haya control judicial inicial.

No es exigible como regla un proceso judicial de legalización de la permanencia residencial en todos los casos. No es requerido, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, un control previo, ni urgente, sino la posibilidad de revisión ante una autoridad administrativa o judicial.

Debe entenderse, así, que es suficiente que la persona mayor así afectada, ingresada por un período ilimitado o prolongado, tenga derecho de interponer a intervalos razonables - al menos en ausencia de control judicial periódico y automático - un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento, haya sido éste prescrito por una jurisdicción civil o penal o por otra autoridad.

9. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De las tres SSTC 13/2016 , 34/2016 , y 132/2016 , se recoge, en su conjunto, que "nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el 'centro [médico]' al que se refiere el art. 763.1 LEC , siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico", "si el centro dispone de

médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (...) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise").

El Tribunal Constitucional viene a referirse también a las "personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial".

Por tanto, el Alto Tribunal no está haciendo referencia a todo tipo de centro o residencia geriátrica como centro "médico" a los efectos del art. 763 LEC, se refiere sólo a los centros residenciales que, por su estructura y funcionamiento están en condiciones de atender con médicos especialistas en psiquiatría, a los residentes que sufran ese tipo de desórdenes.

En otro caso, defiende la protección por otros medios de la persona afectada de trastorno psiquiátrica e indica preferentemente la adopción de medidas cautelares del art. 762 LEC.

10. LA PERMANENCIA RESIDENCIAL COMO MEDIDA ASISTENCIAL Y COMO MEDIDA JUDICIAL AFECTANTE A LA LIBERTAD

En suma, podríamos describir las siguientes posibles situaciones (sin perjuicio de que puedan surgir nuevos supuestos):

10.1 La **permanencia residencial** puede ser **voluntaria**. En tal caso no está sometida a comunicación ni a control judicial alguno. El hecho de ingresar o de permanecer ingresado en un centro o residencia no requiere ni comunicación del art. 225-2, 2, ni la autorización judicial, en tanto en cuanto el interno es consciente y dueño de sus actos. No existirá siquiera una guarda de hecho, aunque el anciano esté acompañado de familiares en ese proceso.

En términos generales, tampoco se ha de plantear problema alguno cuando se trate de personas con capacidades intelectivas, cognitivas y volitivas que, aunque disminuidas, estén suficientemente conservadas como para decidir, aceptar o tolerar tal ingreso o permanencia residencial. Hay que recordar que la manifestación de voluntad no está necesariamente sometida a requisitos ineludibles de tipo formal.

En tales casos, adquiere preferente relevancia el derecho a las prestaciones asistenciales del propio afectado, su delegación decisional en los familiares y su voluntad en origen de ser cuidado y protegido de forma digna y personalizada.

Pequeñas limitaciones o condicionantes derivados del régimen residencial (horarios, asignación de espacios o habitaciones, etc.) inciden en la periferia del derecho a la libertad, en relación directa con el Derecho del afectado a la asistencia y con la obligación del guardador familiar o del cuidador de velar por la persona afectada.

10.2 La permanencia residencial en el caso de **personas en las que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar** y no hay sentencia de incapacitación, ni nombramiento de tutor o curador, pero sí **familiar o guardador de hecho que ejerce correctamente sus funciones**. El guardador está autorizado por el Código civil catalán a actuar en interés del afectado, lo que evita tener que poner en marcha mecanismos de control judicial y exime de la comunicación a que se refiere el art. 225-2.2 CCCat.

El juicio de valor sobre el alcance de la afectación psíquica corresponde, inicialmente, a los interesados (familiares, directores de residencias, facultativos y en general a cualquier persona que mantenga relación con el anciano, incluidos los Servicios Sociales y la Administración). En este contexto no es preciso "autorizar la continuación del ingreso", al no existir inconveniente legal a la permanencia en la residencia para la correcta atención de la persona afectada.

No es obligado, ante una mera comunicación de que en la persona se da una causa de incapacidad o presenta una situación que puede motivar un proceso de modificación de capacidad, considerar que se trata de un supuesto en que el juez deba intervenir.

Materializada la permanencia, quedan salvas las acciones que puedan competir a los interesados para instar el control judicial, ya sea de la libertad, ya sea para instar medidas cautelares de cualquier tipo. El ordenamiento



jurídico permite la instancia del afectado, sus familiares, sus guardadores o cualquier otra persona con interés legítimo.

10.3 La permanencia residencial en el caso de **personas en las que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar no hay** sentencia de incapacitación, ni nombramiento de tutor o curador, ni tampoco **familiar o guardador de hecho que ejerza correctamente sus funciones** . Este es el supuesto que desencadena la comunicación prevista en el art. 225-2.2 CCCat).

10.3.1 En el trámite del art. 225-2.2 CCCat , cuando, llegada la noticia al juez, éste entienda, valorados los documentos (en la fase inicial del proceso, al recibir comunicación del director del centro y documentos anexos), que no hay razón para adoptar prevención ni medida alguna, puede **archivar la comunicación y cerrar el expediente** . Si el juez aprecia que no concurre necesidad de pedir información, ni los presupuestos propios de la adopción de medidas de control vigilancia o cautelares, el juez no está obligado a adoptar medida alguna.

Es decir, si realizada la comunicación del art. 225-2.2 el juez, de inmediato, entiende que el deterioro no es significativo, o que las circunstancias no permiten apreciar limitación del núcleo esencial del Derecho a la libertad, o que la medida es esencialmente asistencial, o que sí hay un guardador de hecho que ejerce sus funciones y el presunto incapaz está suficientemente protegido, podrá archivar; también podrá remitir, si lo cree oportuno, testimonio de lo actuado al Ministerio Fiscal para que éste valore el caso e inste lo que proceda, si lo considera adecuado.

10.3.2 Llegada la comunicación, el juez puede **recabar más información** (de los guardadores, mediato e inmediato, familiar y director del centro o de personal a su servicio, de Servicios Sociales o de la Administración), o adoptar otras prevenciones de carácter general al amparo del art. 52.1 LJV y sin audiencia de parte alguna, ni práctica de pruebas. El expediente, informativo, tendrá por fin conocer en detalle la situación de la persona y los bienes y la actuación del guardador en relación con los mismos.

10.3.3 Con o sin este trámite informativo previo, si el juez aprecia que pueden ser **precisas medidas** de control, seguimiento, vigilancia o adoptar medidas cautelares y, especialmente, si entre las medidas a adoptar está alguna que pueda comportar la limitación de la libertad del afectado deberá hacerlo con **citación** de los interesados y tras la **práctica de las diligencias** que considere adecuadas (arts. 52.2 LJV y 762 LEC), que no son necesariamente las de los arts. 759 y 763.3 LEC ;

Cualquier duda sobre el sentido y alcance de la voluntad debe llevar a considerar que no hay consentimiento y actuar en consecuencia.

La Ley no le obliga a la práctica de diligencias concretas en la comparecencia, salvo citar a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal. No obstante, parece razonable que las citaciones incluyan advertencia de las consecuencias que pueda conllevar el no acudir a juicio y, en determinadas condiciones, no cabe descartar que, para formarse juicio, el juez necesite explorar al presunto incapaz y recabar el dictamen de un facultativo.

Autorizado y regularizado el ingreso o autorizada cualquier otra medida afectante a la libertad (encerramiento, deambulación limitada, aplicación de mecanismos de contención física o farmacológica, pulseras localizadoras o aislamiento, etc.), los sucesivos informes del centro, dada una previsión de permanencia, no serán exigibles necesariamente a los seis meses (no es aplicable el art. 212-5.4).

Acordada la medida o medidas, que el juez deberá concretar, el seguimiento y control de las mismas no está sometida a plazo legal alguno de eficacia, ni de revisión, aunque debe establecerse con criterios razonables. Podría ajustarse a periodos de revisión propios de la rendición de cuentas e informe sobre la situación personal (de uno y hasta tres años, arts. 222-31 y 222-32 CCCat), o establecerse acorde con los de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (entre 2 y 5 años).

10.3.4 Puede disponer también el juez alguna **medida cautelar sin celebración de vista** por razones de urgencia o para no privar a la medida de su efectividad (art. 733 LEC).

10.4 Entendemos que es absolutamente **residual** , en este contexto, la **aplicabilidad del art. 763 LEC** , referido a los internamientos psiquiátricos no voluntarios. Sin embargo, si el juez valora que se puede estar incidiendo en el ámbito del Derecho Fundamental a la libertad (art. 17 CE), en el núcleo duro del Derecho, en un contexto psiquiátrico y temporal, ese es el expediente adecuado.

10.5 Si el afectado está incapacitado judicialmente y existe un cargo tutelar, habitualmente se habrá **dispuesto el ingreso en el centro en la propia sentencia de modificación de la capacidad de obrar** u obtenida autorización judicial después.



El vigente art. 760 LEC señala al respecto que la sentencia que declare la incapacitación "...se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento" y el art. 222-37.3 regula el internamiento en un centro o una institución de educación especial).

10.6 Puede plantearse, por último, la situación a la que atiende el art. 225-2.2 CCCat respecto a **tutor nombrado que no ejerce correctamente el cargo** y, en tal caso, podrá el juez actuar de alguna de las formas mencionadas en este Fundamento de Derecho. Si, ante el deterioro sobrevenido, el cargo tutelar (tutor o curador) no ejerce sus funciones, el director del centro debe librar la comunicación del art. 225-2.2 CCCat, sin perjuicio del general deber de denuncia, que podrá dar lugar a la eventual remoción del cargo tutelar.

Estos expedientes **no se excluyen entre sí**, de manera que, aunque solo se haya actuado al amparo del art. 52.1 LJV, recabando simple información o cuando se haya adoptado (incluso inaudita parte) una medida, a la vista de las respuestas a las peticiones de información, se puede abrir de oficio o a petición de parte medidas cautelares. No será suficiente, si lo insta la parte, con una invocación general sobre afectación de derechos y el cauce procesal para entender que se promueve la adopción de medidas cautelares (como hace aquí el Ministerio Fiscal), sino que es exigible una demanda concreta.

En suma, el ingreso o la permanencia en una residencia de una persona con disminución de facultades intelectivas, cognitivas o volitivas no pretende la curación de un episodio psiquiátrico sino atender a su necesaria protección y cuidado ante las dificultades de la vejez. Tal ingreso o permanencia no requiere intervención judicial cuando existe un guardador de hecho en ejercicio, aunque concurra una causa de modificación judicial de la capacidad de obrar, y no debe ser controlado necesariamente por el juez, ni supone fatalmente una privación de libertad, ni exige en todo caso la adopción de medidas cautelares de protección.

No es la única interpretación posible la de entender que, conocida la situación de incapacidad y la existencia de un guardador de hecho, que ejerce bien su función, se dará siempre una privación de libertad que el juez deba autorizar y controlar. En términos de normalidad, el guardador de hecho cuida del afectado, aunque este vea progresivamente disminuidas sus capacidades cognitivas o volitivas. No estamos, razonablemente, ante los presupuestos que obligan al trámite del art. 763 LEC, o a adoptar medidas cautelares del art. 762.

Hay que admitir situaciones en las que puede estar afectado de forma directa el Derecho a la libertad en su sentido constitucional (art. 17 CE) y convencional (art.5 CEDH). Pero el cauce para su control no es el de los arts. 225-2.2 CCCat y 52.1 LJV .

11. EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS

No haya duda razonable de que, aunque no lo haya formalizado por escrito o en escritura pública, el afectado Sr. Alfonso ha delegado en un familiar próximo la confianza de su cuidado y de los documentos acompañados con la comunicación se deduce:

a) La aceptación, firmada por el familiar cuidador mencionado, hijo del afectado, de que ostenta la guarda de hecho, que ha encomendado la prestación del servicio residencial bajo su supervisión y que se reserva la potestad de promover la institución tutelar a la que está llamado por el art. 222-10 CCCat ;

b) Informe médico del Dr. Carlos Francisco, al parecer de Medicina general, no firmado, que aparte de otras patologías no incapacitantes, a priori, recoge un "deterioro cognitivo" del Sr. Alfonso y en el que se identifica como medicación psiquiátrica la Quetiapina;

c) Informe social de que la mujer del afectado reside en el mismo centro y que el Sr. Alfonso sufrió dos ictus, el segundo con afectación más significativa a nivel cognitivo, afectación de la expresión oral, problemas de afasia y capacidad de expresión;

d) Reglamento de Régimen Interior de la residencia, que prevé "el derecho de las personas capaces a decidir libremente sobre su vida", regula la ausencia temporal del centro y las pernoctas fuera de él (art. 14) e incluye la obligación de información del prestador del servicio asistencial al menos trimestralmente a los familiares de los cambios de la vida de los residentes (art. 13);

e) El "contrato de ingreso" de 27 de mayo de 2017, que, aunque reza que el ingreso se realiza "libre y voluntariamente" (condición primera) y que el residente autoriza la actividad de los médicos y los traslados sanitarios y que se informe al hijo como persona de contacto, no viene firmado por el Sr. Alfonso .

A la vista de todo ello, parece razonable la adopción de las prevenciones del Auto recurrido (que no son medidas cautelares propiamente dichas) ab limine e inaudita parte, dado el escaso alcance de las disposiciones informativas acordadas por el juez, que no suponen afectación directa de la situación del presunto incapaz (persona y bienes), que deja a salvo el núcleo esencia de su libertad, que pueden ser modificadas o



completadas en cualquier momento y que se establecen, fundamentalmente, para facilitar el curso de la demanda de incapacitación.

La advertencia al guardador de hecho de sus obligaciones no tiene alcance de medida cautelar (éstas y los efectos de su incumplimiento vienen determinados por el ordenamiento jurídico y ninguna consecuencia jurídica se deriva de tal apercebimiento).

En cuanto a la obligación impuesta al guardador de hecho y al titular del establecimiento de comunicar al Juzgado cualquier hecho sobrevenido a efecto de un eventual inicio de procedimiento de incapacitación, tiene la misma finalidad informativa. Sus destinatarios están obligados por Ley a promover la constitución de la tutela (art. 222-14 CCCat), que nunca puede poner en marcha el juez.

No parece correcta una notificación a la residencia, para que a su vez comunique al guardador esta obligación, pues debiera producirse la comunicación de forma directa y en este sentido resuelve la Sala.

La guarda de hecho es una institución protectora, por lo que no es preciso establecer medida alguna. No es urgente determinar en qué situación queda el Sr. Alfonso ni está en situación de desprotección. No parece necesario establecer de oficio ninguna medida, sin perjuicio de las acciones que puedan competir a los interesados. Parece razonable que la intervención judicial se limite, en este estadio, a recabar más información.

No es medida cautelar propiamente y tiene alcance informativo y preventivo la notificación del Auto y traslado al Ministerio Fiscal de testimonio de lo actuado y no parece inadecuado, en la misma línea, librar oficios a los Servicios Sociales y a la Sección de Inspección de Asuntos Sociales, que pueden hacer un seguimiento del caso dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Por tanto, las prevenciones y dispositivos del Auto recurrido son genéricas. No obstante estas reflexiones, que se realizan con perspectiva de futuro y para el conjunto de órganos judiciales, existen elementos de congruencia que impiden a la Sala una *reformatio in peius* . No es posible ir más allá del objeto del recurso y dejar sin contenido una parte importante del Auto recurrido cuando el Ministerio Fiscal la considera correcta. Por otra, lo dispuesto es inocuo y no perjudicará en ningún caso a la persona incapaz. La falta de presencia de partes y de contradicción nos llevan a respetar los dispositivos del juez por respeto a su función.

12. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC , dado el carácter netamente jurídico y controvertido de la cuestión planteada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos en parte el recurso de apelación, en el solo sentido de:

Dejar sin efecto la "autorización de la continuación del ingreso" de D. Alfonso .

Establecer que el Auto recurrido y este de la Sala deben ser notificados también, además de a la residencia, personalmente, al guardador de hecho D. Amador y a la persona afectada, D. Alfonso .

Desestimamos el recurso en todo lo demás, confirmando con ello el resto de medidas acordadas.

No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. No existiendo depósito, no ha lugar a proveer sobre su devolución.

Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En Barcelona, una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y por las Leyes. Doy fé.