



Roj: **SAP B 11932/2021 - ECLI:ES:APB:2021:11932**

Id Cendoj: **08019370182021100520**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **14/10/2021**

Nº de Recurso: **533/2021**

Nº de Resolución: **604/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

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.: 0801942120208038075

Recurso de apelación 533/2021 -A

Materia: Proceso especial incapacitación, capacidad y prodigalidad

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Barcelona

Procedimiento de origen: Juicio verbal especial sobre capacidad 240/2020

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012053321

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

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

Concepto: 0970000012053321

Parte recurrente/Solicitante: Gloria , Inocencia

Procurador/a: Daniel Font Berkhemer, Ana Belen Porta Bonillo

Abogado/a: David Martínez Toledo, MARIA CARMEN FUENTES BARRANCO

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL

SENTENCIA N° 604/2021

Magistradas:

Doña Myriam Sambola Cabrer Doña M^a José Pérez Tormo Doña Dolors Viñas Maestre (ponente)

Barcelona, 14 de octubre de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 14-1-2021 es del tenor literal siguiente:
"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro que Gloria , es totalmente incapaz para gobernarse por sí misma, en cuanto a su persona, así como para administrar sus



bienes, declaración que se extenderá a todo tipo de decisiones tendentes a la atención de su persona, así como de actos y negocios jurídicos relativos la administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses jurídicos y patrimoniales de cualquier clase, quedando privada de la capacidad para realizar cualquier otro acto jurídico de disposición de sus bienes. Se nombra tutor de la demandada a la **FUNDACIO** que resulte designada por la Direcció General de la Autonomia personal i la Discapacitat, dependiente de la Conselleria de Treball i Families, para la protección y guarda de su persona, y para que le represente y administre sus bienes, que no deberá recaer sobre Fundació Via Clara. *Se revoca y deja sin efecto: a) escritura de nombramiento de cargo tutelar otorgada por la demandada ante el notario de Barcelona, Francisca Aloy Martorell, nº de protocolo 311, en fecha 13-2-2019, y poder general otorgado por la misma, en fecha 23-1-2019, ante la misma fedataria, nº de protocolo 193, ambos a favor de Bernardo, librándose a tal fin el correspondiente oficio a la fedataria interviniente. Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas".*

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada Gloria y su hermana, parte en el procedimiento, Inocencia mediante sus respectivos escritos motivados de los que se dio el traslado correspondiente. El Ministerio Fiscal se ha opuesto a los recursos; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 13-10-2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Limitación de capacidad. Nueva legislación.

No son objeto de recurso los ámbitos en los que se ha limitado o modificado la capacidad de la Sra. Gloria en aplicación de la legislación vigente en el momento de dictarse la sentencia.

Pero en el momento de resolver la presente apelación es de aplicación la nueva **Ley 8/2021** de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en vigor desde el 3 de septiembre de 2021 aplicable a los pleitos en tramitación conforme dispone su Disposición Transitoria Sexta.

Como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 " **La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar "para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica", con la "finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (art. 249 CC)**".

Debe revocarse el pronunciamiento de modificación o limitación de la capacidad en aplicación de la nueva normativa.

SEGUNDO.- Asistencia.

En el Código Civil el anterior régimen de protección (tutela y curatela), para aquellas personas que precisan un apoyo, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial, mientras que en el Código Civil de Catalunya ha sido reemplazado por la asistencia en el Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto por el que se adapta el Código Civil de Catalunya a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad que modifica el capítulo VI "La asistencia" y cuya Disposición transitoria segunda bajo el epígrafe de "Revisión de las medidas judiciales en vigor" dispone que "a partir de la entrada en vigor de este Decreto Ley, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, reguladas por las disposiciones del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. La asistencia se configura así como "un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica". La tutela y la curatela persisten para los menores de edad.

En los recursos formulados se impugna la designación de tutor, disconformidad que en ampliación de la nueva legislación debemos desplazar a la figura del asistente que en este caso deberá ejercer las facultades de apoyo en los ámbitos propios de la anterior tutela en tanto no se ha cuestionado el alcance de la supervisión ni su intensidad (facultades representativas).

Los artículos 226-1 y siguientes del CCC exigen que el ejercicio de las funciones de asistencia se correspondan con la dignidad de la persona con respeto de sus derechos, voluntad y preferencias que deben ser tenidas en cuenta.

El art. 226-3 dispone que "1. Cualquier persona mayor de edad, en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y



puede establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, incluso con respecto al cuidado de su persona. 2. El otorgamiento de un acto de designación de asistencia posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible. 5. Excepcionalmente mediante una resolución motivada, se puede prescindir 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 encuentra en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida".

El art. 226-6 declara aplicables a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se oponga al régimen propio de la asistencia.

La Sra. Gloria otorgó poderes generales a favor del Sr. Bernardo el 23-1-2019 y escritura de autotutela el 6-2-2019. Caso de atenderse a dicha designación deberíamos nombrar como asistente a la persona designada como tutor en la escritura pública en cumplimiento de la nueva normativa. Resulta aplicable la previsión del art. 222-9 CCC en relación a las personas designadas en acto de delación voluntaria que faculta a la autoridad judicial, a petición del Ministerio Fiscal o de otra persona llamada a ejercer el cargo, a prescindir de aquella designación cuando se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta en el acto de delación voluntaria o cuando el acto de delación se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida. Poniendo dicho precepto en relación con el art. 222-4,3 que contempla los supuestos de ineficacia de la delación debe entenderse que por procedimiento se entiende también las diligencias preparatorias del Ministerio Fiscal.

En este caso la demanda de modificación de capacidad se planteó el 14-2-2020, un año y ocho días después de otorgarse la escritura de delación voluntaria, pero hubo actuaciones previas ya que a instancia del Ministerio Fiscal se dictó por el Juzgado Auto el 3-12-2019 nombrando defensor judicial a una Fundación, medida que fue confirmada por esta Sala mediante Auto n. 374/2020 de 30 de septiembre, por lo que queda claro que el acto de delación fue otorgado antes de transcurrir el año al que se refiere el precepto.

Sobre la denominada "autotutela" (que se traslada ahora a la posibilidad de designación de la asistencia) ya se había señalado con el Codi de Família que constituye un reflejo claro de los principios de libertad civil y de autonomía de la voluntad que rigen en nuestro ordenamiento y que el Juez que la constituía debía de respetar esta voluntad. Si bien el propio legislador contemplaba un supuesto de ineficacia cuando el documento se otorgaba una vez iniciado el procedimiento de incapacidad. Y el CCC introdujo una cautela más ampliando las facultades del Juez en aras a prescindir de la delación voluntaria cuando ha sido otorgada en un periodo inmediatamente anterior a la presentación de la demanda de incapacidad que la **ley** fija en un año, cuya razón se explica claramente en la exposición de motivos al señalar que "se han detectado que, con una frecuencia excesiva, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan antes de instar la incapacitación, hecho que hace sospechar que puede haber captación de voluntad por parte del designado o simplemente, que el otorgante no era plenamente incapaz". La consecuencia o efecto no es la invalidez automática a diferencia de lo que ocurre en el caso contemplado en el artículo 222-4,3 sino que la exclusión de la persona designada por el incapaz, es facultativa, "la autoridad judicial puede prescindir de aquella designación".

Valorada toda la prueba practicada, la Sala comparte plenamente la resolución del Juez de Primera Instancia. Consta que la persona que la Sra. Gloria designó como tutora, Bernardo, (ambos médicos de profesión), había trabajado con ella en el mismo centro médico desde 2009 hasta 2014, y que a instancia del Sr. Bernardo se inició un procedimiento de invalidez laboral, de manera que la relación entre ambos no es sobrevenida a la enfermedad de la Sra. Gloria, sino que hay una relación previa de amistad y afecto, pero se han acreditado una serie de circunstancias que evidencian que pese a que ha asumido funciones de guardador, no siempre ha actuado en interés y beneficio de la Sra. Gloria. También existen indicios fundados de que la Sra. Gloria carecía de capacidad o entendimiento cuando otorgó los poderes y la escritura de delación voluntaria, por lo que no puede afirmarse que la designación de esta persona se corresponda con su real voluntad.

Se ha probado que el Sr. Bernardo dificultó que la Sra. Gloria se relacionara no solo con su hermana, sino con la persona que había sido acogida por ella cuando era menor de edad, la Sra. Esperanza cuyos padres fallecieron en un accidente y que había sido designada como tutora en caso de incapacidad en escritura anterior de 9.7.2015. La familia describe una situación de aislamiento de la Sra. Gloria desde que otorgó los poderes a favor del Sr. Bernardo. Fue la Sra. Esperanza la persona que solicitó la intervención de la Fiscalía. Se ha probado que el Sr. Bernardo contrató como cuidadora de la Sra. Gloria a su propia cuñada que efectivamente la cuidaba, pero en el contrato constan dos cuidadores, la cuñada y su esposo que nunca realizó las funciones de cuidador. Esta irregularidad laboral carece de total justificación. Asimismo ha quedado probado que entre los años 2017 y 2018 hay una disminución importante de ahorros, que en 2020 en plena pandemia el Sr. Bernardo adquirió para la Sra. Gloria billetes para viajar a Venezuela que después dice que devolvió, actuación que se considera inadecuada atendida las patologías de la Sra. Gloria y los riesgos del viaje (pandemia). La Sra. Gloria tiene un importante patrimonio, es titular de varios bienes inmuebles



y saldos bancarios y el informe médico emitido en sede de medidas cautelares el 4-7-2019, tan solo cinco meses después de otorgar la escritura, recoge ya un cuadro de deterioro cognitivo importante. Obra en autos un informe médico de febrero de 2021 que apunta un diagnóstico de DIRECCION000 de inicio precoz que ha tenido una progresión muy significativa en los últimos años. La Sala comparte plenamente la apreciación del Juez de que la Sra. Gloria cuando otorgó los poderes y la escritura de delación tenía las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas y comprometidas por la enfermedad y que desconocía los instrumentos jurídicos de los que había hecho uso.

Procede en consecuencia prescindir del nombramiento del Sr. Bernardo como asistente y designar para el cargo a una Fundación habida cuenta que la única familiar que tiene la Sra. Gloria tampoco se ha postulado como tal.

Se desestima el recurso formulado por la Sra. Gloria .

TERCERO.- Cambio de Fundación.

La sentencia acuerda librar oficio al organismo competente para que designe una Fundación o entidad tutelar pero que esta sea distinta de la que fue nombrada como defensora judicial en el Auto de fecha 3-12-2019 en atención a determinadas actuaciones que entiende no han desplegado la protección necesaria de la Sra. Gloria . Dicho pronunciamiento es impugnado por la hermana de la Sra. Gloria que defiende la actuación de la Fundación.

Compartimos asimismo los razonamientos de la sentencia para el cambio de Fundación. Ciertamente se produjo su nombramiento en el momento que coincidió con la pandemia y con la declaración del estado de alarma lo que sin duda dificultó la gestión de los cuidados de la Sra. Gloria , pero si el nombramiento de defensor judicial tuvo por razón principal la consideración de inidoneidad de la persona que actuaba como guardador de hecho y la necesidad de proteger a la Sra. Gloria , la Fundación debía haber ejercido su función de una forma más directa e inmediata y desplegado una actuación más personal. Por el contrario, hay queja de bloqueo de cuentas, aun cuando fuera iniciativa de la entidad bancaria, y desasistencia de la Sra. Gloria de las necesidades básicas (manutención) durante unos tres meses, falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, y dotación insuficiente de medios económicos atendida su situación económica (percepción de una pensión alta del INSS y de la Mutua y patrimonio que genera rentas). Como se alega por la apelante, la defensora judicial facilitó y consiguió que la hermana y la Sra. Esperanza tuvieran acceso a la Sra. Gloria y según informes aportados, con posterioridad se han realizado actuaciones directas tendentes a proteger a la persona tutelada, pero en el momento de dictarse la sentencia apelada concurrían suficientes indicios y elementos que dan cobertura y justifican, desde la perspectiva del apoyo o soporte que debe darse a la Sra. Gloria , la decisión adoptada en la sentencia.

Se desestima por tanto el recurso formulado por la Sra. Inocencia .

CUARTO.- Costas.

No se hace pronunciamiento sobre las costas atendida la naturaleza de este procedimiento.

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por Gloria y **DESESTIMANDO** el recurso formulado por Inocencia contra la sentencia de 14-1-2021 del Juzgado de Primera Instancia n. 40 de Barcelona en autos de Modificación de capacidad n. 240/2020, de los que el presente rollo dimana, **SE CONFIRMA** la expresada resolución, con las siguientes modificaciones en aplicación de la normativa vigente:

- 1.- Se deja sin efecto el pronunciamiento de limitación o modificación de la capacidad.
- 2.- Se acuerda la asistencia de la Sra. Gloria que ejercerá la Fundación designada en la sentencia de instancia con el alcance establecido en la misma que incluye facultades representativas. La medida de asistencia deberá ser revisada a los tres años.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (DF. 16ª, 1 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos ante esta sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la **Ley** Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la **Ley** Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.