

Roj: **SAP V 4099/2021 - ECLI:ES:APV:2021:4099**Id Cendoj: **46250370102021100551**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **10**Fecha: **15/11/2021**Nº de Recurso: **333/2021**Nº de Resolución: **566/2021**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **MARIA PILAR MANZANA LAGUARDA**Tipo de Resolución: **Sentencia****ROLLO Nº 000333/2021****SECCIÓN 10ª****SENTENCIA nº.566/21****SECCIÓN DÉCIMA:****Ilustrísimas Señorías:****Presidenta:** D^a. M^a PILAR MANZANA LAGUARDA **Magistrados/as:** D. CARLOS ESPARZA OLCINA D^a. ANA DELIA MUÑOZ JIMÉNEZ

En Valencia, a quince de noviembre de dos mil veintiuno

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Capacidad y declaración de prodigalidad [ICP] nº 001046/2019, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000 , entre partes, de una como parte demandante, el MINISTERIO FISCAL y de otra como parte demandada-apelante, D^a. Joaquina , representada por el Procurador D. FERNANDO MODESTO ALAPONT y defendido por la Letrada D^a DESAMPARADOS ESTEBAN GARRIDO. Con intervención del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS).

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MARÍA DEL PILAR MANZANA LAGUARDA.**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO.-** En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000 , en fecha 10 de diciembre de 2020, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

*"Que estimando la demanda promovida por el Ministerio Fiscal frente a Dña. Joaquina ,nacida en fecha NUM000 de 1929, debo declarar y declaro la **total ausencia de capacidad** de obrar de la referida, tanto para el gobierno de su persona como para la administración y disposición de sus bienes y de otorgar **testamento**, para contraer matrimonio, así como para obtener el permiso de conducir, y para la tenencia y porte de armas; debiendo conservar su derecho de sufragio activo.*

*Se acuerda nombrar **Tutor** de Dña. Joaquina al Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS), quien deberá ejercer el cargo con sujeción a las disposiciones legales, con la obligación de rendir cuenta anual de su gestión, y, en todo caso siempre que sean requeridos a efecto".*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de Joaquina se impugna el pronunciamiento de la sentencia de instancia que nombra como su tutora al Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS), cuando ella desea que lo sea su nieto Ismael .

SEGUNDO.- Son circunstancias relevantes para la resolución del presente recurso el que a instancias del Ministerio Fiscal se inició proceso de incapacitación de la recurrente, recayendo la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2020 , en la que se acuerda la total ausencia de su capacidad de obrar referida, tanto para el gobierno de su persona como para la administración y disposición de sus bienes y de otorgar **testamento**, para contraer matrimonio, así como para obtener el permiso de conducir, y para la tenencia y porte de armas; debiendo conservar su derecho de sufragio activo. A su vez acuerda nombrar Tutor al Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS), quien deberá ejercer el cargo con sujeción a las disposiciones legales, con la obligación de rendir cuenta anual de su gestión, y, en todo caso siempre que sean requeridos al efecto.

La recurrente, nacida el NUM000 de 1929, es licenciada en bellas artes, estuvo casada y tuvo una hija, que a su vez tuvo dos hijos. De estos, la nieta vive con su madre en Madrid, y no tiene relación alguna, desde hace más 25 años y el otro, su nieto se llama Ismael , vive en DIRECCION001 y es el que se ha encargado de su abuela, mientras vivía independiente y ahora es el que va a visitarla dos veces por semana en la residencia. Al fallecer su marido, también licenciado en Bellas artes, vivía en la vivienda de la que posee el usufructo sita en PLAZA000 núm. NUM001 de Valencia, existiendo una demanda civil por el propietario en reclamación de gastos de IBI y Comunidad abonados por aquél. Actualmente se encuentra empadronado en dicha vivienda su nieto, y la recurrente ingresada en el Centro Residencial DIRECCION002 desde el 25 de julio de 2018; cobra una pensión de más de 600 euros mensuales.

La recurrente ya manifestó durante el procedimiento que prefería que se nombrara como su tutor a su nieto Ismael quien no tenía inconveniente en serlo. No siendo causa suficiente la alegada en Sentencia para no acceder a su solicitud, dado que la pena que se le impuso está suspendida y, por lo tanto, no se está cumpliendo pena privativa de libertad, según se acredita con la copia de la sentencia que se aporta como documento nº UNO al recurso. La sentencia de 2 de diciembre de 2020 le condena a año y medio de prisión y a multa de seis meses por delito de obstrucción a la justicia, los hechos probados se refieren a que mandó un mensaje de wasap a quien le demandó civilmente diciéndole: si quieres volver a ver a tu gata ya sabes....

TERCERO.- La nueva ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la ley civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, a la normativa hasta ahora vigente. Constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, -como dice la STS 589/21 de 8 de septiembre- al suprimir la declaración de incapacidad y centrarse en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad puede 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), atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera. De conformidad con la disposición sexta de la referida ley, deberá aplicarse la nueva ley al caso que hoy constituye objeto de revisión. En concreto hace desaparecer la figura de la tutela para las personas que fueron declaradas con discapacidad. Y se basa el nuevo sistema en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona que, como regla general, deberá tomar sus propias decisiones.

En consecuencia, y, sin perjuicio de la revisión que debe hacerse de la sentencia por parte del Juzgador de instancia conforme dispone la disposición transitoria sexta de la referida ley, procederá, de primeras, dejar sin efecto la incapacidad total de la recurrente así como el nombramiento de un tutor.

CUARTO.- Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la nueva ley de reforma de la capacidad jurídica, el cargo de tutor debe ser sustituido con arreglo a la citada ley por la de un curador representativo que constituirá su apoyo para la realización de todos los actos que se contienen en el art. 287 del C.Civil.

Y en cuanto a lo que constituye el objeto del recurso, esto es quién debe ejercer esa figura de apoyo, la Sala considera que debe ser tenida en cuenta las preferencias de la persona que va a ser apoyada. En efecto, el Artículo 276 dice : La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien ésta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275. Y no se desconoce que el artículo 275. 3 del C.Civil dice : La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.



Pues bien, en el presente caso, no se considera que los hechos por los que fue condenado (con independencia de su calificación, pues pudieran haber constituido una mera amenaza) puedan suponer que no desempeñará bien la curatela, al contrario, para referirse al pleito pendiente de su abuela, y al que deba retirar la denuncia. Pero es que además sobre todo ello debe pesar la voluntad de la recurrente, su única familia a la que quiere a la que ha dado poderes, ha instituido heredero y es con la única que tiene relación. Está agradecida a su nieto el que se ocupara de ella antes de que la misma fuera ingresada en la residencia, llegando a tenerla viviendo consigo, y que posteriormente se ha ocupado de todas sus cuestiones económicas, de pagos de recibos, domiciliaciones, declaración de renta etc.. y que una vez la recurrente fue ingresada en la residencia fuera su nieto quien gestiona con los servicios sociales la plaza en la residencia, y el que la visitara con asiduidad, hasta que por las circunstancias de la pandemia de Covid 19 ha sido imposible por las restricciones en dicho centro. Ese agradecimiento, correspondido, la llevó a otorgar **testamento** a su favor, (folio 120, ya en el año 2010) y a otorgar poderes notariales para su representación. Es, en definitiva, la persona de su confianza, y a quien quiere deferir el cargo de curador.

QUINTO.- La estimación del recurso conlleva la no imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia,

Ha decidido:

Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Joaquina .

Segundo.- Revocar la sentencia de instancia para en su lugar nombrar curador representativo de la recurrente a su nieto Ismael , quien completará su capacidad prestándole su apoyo en los actos que se contienen en el art. 287 del C.Civil, debiéndosele advertir de las obligaciones que contrae con dicho cargo.

Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el **plazo de veinte días**, contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre; salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

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