

NOTIFICADO  
CON FECHA  
23/11/23

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN SEXTA  
ALICANTE**

NIG: [REDACTED]

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) N° 000661/2023- -**  
*Dimana del N° 000482/2022*

*Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE NOVELDA*

**Apelante/s:** MINISTERIO FISCAL

Procurador/es:

Letrado/s:

**Apelado/s:** [REDACTED]

Procurador/es : MERCEDES ALMODOVAR GONZALEZ

Letrado/s: ALBERTO MARTINEZ ALCALA

**SENTENCIA N°348/23**

=====

Iltmos/as. Sres/as.:

**Presidente**

D<sup>a</sup>.M<sup>a</sup> DOLORES LOPEZ GARRE

**Magistrados/as**

D<sup>a</sup>.ENCARNACION CATURLA JUAN

D.JOSE BALDOMERO LOSADA FERNANDEZ

=====

En ALICANTE, a dieciséis de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Iltmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala n° 000661/2023 los autos de seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE NOVELDA en virtud del recurso de apelación entablado por el MINISTERIO FISCAL que han intervenido en esta alzada en su condición de **recurrente**, y siendo **apelada** la parte demandante [REDACTED] representado por la Procuradora MERCEDES ALMODOVAR GONZALEZ y defendido por el Letrado ALBERTO MARTINEZ ALCALA.

**ANTECEDENTES DE HECHOS.**

**Primero.**-Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE NOVELDA y en los autos de Juicio en fecha 2/03/23 se dictó la sentencia n° 45/23 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:**ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por el D. [REDACTED] FRENTE a la demandada Dna. [REDACTED]. En consecuencia, procede adoptar MEDIDAS DE APOYO

PARA EL ADECUADO EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA de Dna. [REDACTED], en los siguientes terminos: Los actos para los cuales Dna. [REDACTED] necesitara la asistencia son: Seguimiento de pautas alimenticias saludables Manejo diario y cotidiano del dinero Manejo de medicamentos y coordinar citas medicas Apoyo en labores de autocuidado y aseo personal. Se atribuye a Dna. [REDACTED] y Dna. [REDACTED] la realizacion de funciones representativas para los siguientes actos: Administrar su bienes, para tomar decisiones relevantes de contenido economico y administrar cuentas corrientes y bancarias Otorgar poderes a terceras personas, asi como disposiciones testamentarias. Renunciar o aceptar una herencia Consentimiento de tratamientos medicos y quirurgicos, asi como ingresos hospitalarios o internamiento en centros adecuados cuando su estado o salud asi lo requiera. Ingresos en residencias para atender sus necesidades Actos de disposicion patrimonial y contractual tales como : compraventas, prestamos, donaciones, firmar de contratos etc Realizar actividades burocraticas y administrativas. **Se autoriza a las curadoras designadas a proceder a la venta, enajenación o arrendamiento de los bienes inmuebles sitios en:** [REDACTED] Santa Pola. [REDACTED] Elche. La cantidad que se obtenga de la contratación que se derive habrá de ser justificada a este juzgado y destinada a sufragar los gastos de Dna. [REDACTED]. Tales medidas seran objeto de revision periodica de oficio cada 3 anos. El curador nombrado debera: a) Mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo; b) Desempenar las funciones encomendadas con la diligencia debida; c) Asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad juridica respetando su voluntad, deseos y preferencias; d) Procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones; e) Fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. No obstante, el curador nombrado, aun con funciones representativas, debera interesar previamente autorizacion judicial para los actos y negocios juridicos previstos en el art. 287 CC: 1o Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por si misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ambito de la salud o en otras leyes especiales. 2o Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por termino inicial que exceda de seis anos, o celebrar contratos o realizar actos que tengan caracter dispositivo y sean susceptibles de inscripcion. Se exceptua la venta del derecho de suscripcion preferente de acciones. 3o Disponer a titulo gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia economica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4o Renunciar derechos, asi como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia economica. No se precisara la autorizacion judicial para el arbitraje de consumo. 5o Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6o Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7o Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantia. No sera precisa la autorizacion judicial cuando la persona con discapacidad inste la revision de la resolucion judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8o Dar y tomar dinero a prestamo y prestar aval o fianza. 9o Celebrar contratos de seguro de

vida, renta vitalicia y otros analogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantia extraordinaria.El curador nombrado quedara exento de prestacion de fianza, por no concurrir circunstancia excepcional que asi lo exija (art. 284 CC). El curador debera hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta dias, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesion de su cargo, formandose ante el letrado de la Administracion de Justicia (art. 285 CC). En cuanto a las medidas de control de la curatela (art. 270 CC), el curador debera informar a este tribunal, con caracter anual, comenzando en el enero de 2024, sobre la situacion personal, familiar y patrimonial de la curatelado. Asimismo, al cesar en sus funciones debera rendir cuenta general justificada de su administracion en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa (art. 292 CC). Ello sin perjuicio de la revision judicial de estas medidas de apoyo en el plazo maximo de solicitar informacion en cualquier momento al curador acerca del estado de la curatela y de la persona con discapacidad (art. 270 CC). Hagase saber el nombramiento al asistente, a fin de que comparezca en este juzgado para aceptar y jurar o prometer el cargo, darle posesion del mismo y proveerle del correspondiente titulo. Librese la correspondiente comunicacion al Registro se acompanara testimonio de esta sentencia."

**Segundo.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte Ministerio Fiscal siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Itma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº000661/2023.

**Tercero.-** En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 16/11/23 y siendo ponente la Itma. Sra. Doña [REDACTED]

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

**Primero.-** Frente a la sentencia dictada en el presente procedimiento de medidas de apoyo a persona con discapacidad, en el que se acuerda como medida de apoyo una curatela en los términos fijados en la parte dispositiva de dicha resolución, se alza en apelación el Ministerio Fiscal, interesando se revoque dicha resolución, y ello al considerar como suficiente la guarda de hecho que se viene ejerciendo por los familiares.

**Segundo.-** Como primer motivo de recurso se opone defecto de forma en la resolución que pone fin al procedimiento, al entender que debe quedar resuelto por Auto y no por sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 y 42 bis c) de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, al encontrarnos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado conforme a lo previsto en el Título I Capítulo III bis de la citada Ley, incurriendo la resolución dictada en diversos errores derivados de términos tales como demanda, parte demandada o vista de juicio verbal.

En primer lugar, señalar que la materia que nos ocupa viene regulada en el Título II Capítulo III bis relativo al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, y concretamente en los arts. 42 bis a), b) y c).

Señalando el art. 42 bis b).5 que *“La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.”*

En el presente caso, se inició el procedimiento de jurisdicción voluntaria, si bien hubo oposición del Ministerio Fiscal a las medidas de apoyo solicitadas, y tras la práctica de la respectiva audiencia, exploración judicial y forense de la discapaz, informes sociales oportunos, audiencia a los familiares y la correspondiente comparecencia, se resolvió la cuestión planteada por sentencia, fijando unas medidas de apoyo. Es cierto que concurren los defectos procesales de forma que alega el Ministerio Fiscal obrantes en la resolución que se recurre, relativos a la denominación del procedimiento, el escrito rector, la comparecencia y las partes personadas; pero entendemos que ante las anteriores consideraciones tales defectos formales carecen de relevancia a los efectos del recurso, en la medida en que por Ministerio Fiscal apelante en ningún momento se interesa la nulidad, ni del procedimiento ni de la resolución dictada. Debiendo ser resuelto el recurso, igualmente por medio de sentencia, como ha reiterado la jurisprudencia.

**Tercero.-** Al respecto de la guarda de hecho y la curatela, en sentencia nº 56/23 de 20 de febrero, con referencia a resoluciones de esta misma sección y de otras Audiencias Provinciales, señalábamos que: *“al entender de esta Sala en aquellos supuestos en que la persona discapaz que precisa de medidas de apoyo, carece de toda forma de expresar su voluntad o deseos, de tomar decisiones por sí mismo, no pudiendo desarrollar las más mínimas habilidades de la vida, y por tanto teniendo nula capacidad, pese a tener un guardador/a de hecho. Se hace totalmente necesario establecer una curatela representativa al ser aquella guarda insuficiente y que la persona con discapacidad pueda, en palabras de la Audiencia de Badajoz antes citadas “lograr el desarrollo pleno de la personalidad..y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”.*

*Además de las dificultades que entrañaría y entraña en tales casos la figura de la guarda de hecho; no hay que olvidar que el propio art. 264 exige al guardador para determinados actos (además de los recogidos en el art. 287 del CC), solicitar autorización judicial, con las únicas y limitadas excepciones que prevé el art. 264. En los casos citados, el guardador se vería abocado a acudir con cierta frecuencia a la vía judicial para la realización de cualquier acto (salvo las limitadas excepciones que la ley prevé), sobre todo en aquellos supuestos en que el patrimonio o la actividad que hubiese venido desarrollando la persona con discapacidad, tuviese cierta relevancia. Y ello a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en la que es obligado oír a la persona con discapacidad, como dispone este mismo precepto; lo que, en los casos citados, carecería de sentido ante la constatada imposibilidad de la persona para manifestar su voluntad. Por tanto, como hemos dicho, en tales casos se hace necesario constituir una curatela representativa, al ser insuficiente la guarda de hecho.”*

En el caso que nos ocupa, Dña. [REDACTED] carece de capacidad para expresar su voluntad por razón de la enfermedad de Alzheimer que presenta en el momento actual en fase avanzada; precisando de supervisión para el desplazamiento, de asistencia y apoyo intenso para la realización de todas las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, para la realización de todo tipo de actos de carácter económico, jurídico, administrativo y contractual, así como para la realización de todo acto relacionado con su salud.

Por otra parte, no se discute que tiene apoyo familiar de hecho por parte de su hermano y sobrinas que velan por sus intereses, y no se aprecia problemática familiar ni en cuanto a su asistencia ni de índole económica. Sin embargo, estos mismos consideraron que dicha medida de guarda de hecho, dadas las circunstancias de la discapaz no era suficientes.

No hay que olvidar que la adopción de medidas de apoyo debe ser proporcionada a las necesidades concretas de la persona del discapaz, siendo la discapacidad que afecta a la toma de decisiones con efectos jurídicos la que justifica se adopten medidas judiciales de apoyo. Y como recoge la STS nº 66/23 de 23 de enero *“la regulación más específica de la guarda de hecho da por supuesto que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad”*.

Señalando la SAP de León nº 90/23, de 8 de febrero *“La guarda de hecho solo es suficiente si cubre todos los ámbitos ordinarios de la actividad de la persona con discapacidad, pero cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada ya deja de serlo, salvo cumplida demostración en contrario. En este caso, es la propia guardadora la que pone de manifiesto sus dificultades para atender a su madre sin capacidad para representarla de manera continuada y, por ello, este tribunal considera procedente constituir un régimen de curatela.”*

Más recientemente son de señalar las STS del Pleno nº 1.443/2023 y nº 1.444/2023 ambas de 20 de octubre, en las que se interpretan los art. 250 y 255.5 del CC y se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que planteaba la improcedencia de la adopción de una medida judicial de apoyo cuando las medidas ya estaban siendo prestadas por un guardador de hecho, que había solicitado la constitución de una curatela. Indicando que el art. 250 CC, configura la guarda de hecho con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Y conforme al art. 255.5 CC, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias, si bien podrían serlo, si aquellas fuesen insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. También forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están plenamente satisfechas por una guarda de hecho. Ahora bien, esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesaria la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso. En situaciones como las que son objeto de enjuiciamiento, es necesario atender a las circunstancias concretas para advertir si está justificada la constitución de

la curatela en vez de la guarda de hecho si resulta más conveniente para prestar mejor ese apoyo. La Sala considera que la interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona cuyos intereses pretende tutelar la norma. Y que dicha interpretación no entra en contradicción con los art. 263, 268 y 269 del Código Civil. El art. 263 CC prevé la compatibilidad de la guarda de hecho con las medidas de apoyo voluntarias judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por estas últimas. El art. 269 puede interpretarse bajo la misma lógica que el art 255.5 CC de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo.

Por lo que el recurso debe ser desestimado y confirmada la resolución dictada.

**Cuarto.-** No procede hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

## **PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS:** Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Novelda, de fecha 2 de marzo de 2023, **DEBEMOS CONFIRMAR** dicha resolución permaneciendo inalterables sus restantes pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC, deberá consignarse en la “Cuenta de Depósitos y consignaciones” de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fe.