

1.2. Familia

LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.—III. REQUISITOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA: 1. REQUISITOS GENERALES: A) *La declaración de incapacidad.* B) *Condición y aptitud de los padres para asumir la guarda del hijo.* 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA. 3. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA: A) *Mayoría de edad.* B) *Soltería.* C) *Convivencia.*—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA: 1. SUJETOS. 2. CONSTITUCIÓN. 3. CONTENIDO.—V. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La relación paterno-filial que une a los padres con sus hijos menores de edad determina un entramado de obligaciones y responsabilidades, conocida como patria potestad. Se encuadra la misma entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre estas, la más natural (1). Su regulación en el Código Civil se contiene en los cuatro primeros capítulos del título VII, del Libro I (arts. 154 a 171). Diversas son las definiciones que se puedan dar en relación a la misma, así representa «el vínculo jurídico que liga a los padres con los hijos que se traduce en una serie de derechos y deberes a través de los cuales aquellos procuran una formación íntegra de los hijos y velan por su persona y por sus intereses patrimoniales» (2), o como «el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole» (3). Ambas formas de conceptuar la patria potestad coinciden

(1) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado, T. IV. Derecho de Familia*, vol. 1.º, coordinador: V. GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 2001, pág. 621. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223), señala en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «...la patria potestad es la institución protectora por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)...».

(2) VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 13.

(3) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, *La patria potestad*, Madrid, 1960, pág. 10. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (RJ 1994/6502), después de señalar que en el artículo 154 del Código Civil se establecen las funciones de los

en configurarla como un conjunto de deberes y derechos, lo que determina que la patria potestad venga a calificarse como una función, que se ejerce en interés y beneficio del hijo, y en donde las actuaciones de los padres, deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda (4). A ello se refiere expresamente el artículo 154 del Código Civil cuando establece que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes». De esto deriva que la patria potestad tiene el carácter de irrenunciable, imprescriptible e intransmisible (5), todo ello sin perjuicio de la admisibilidad de ciertas dosis de operatividad de la autonomía de la voluntad de los padres tanto en lo que supone el ejercicio

padres en el ejercicio de la patria potestad, en su doble carácter de deberes y de derechos, nos ofrece una definición de patria potestad, disponiendo al respecto que «este precepto, reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos».

(4) En este sentido, se orientan los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. Así, DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 256; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. T. VI, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 344; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 387. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991/7447), señala que: «El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular —como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos— sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales —en este caso, de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico». En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (RJ 1995/5188); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de noviembre de 2000 (JUR 2001/63294).

(5) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 256, quienes, asimismo, precisan que «la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público»; SOLÍS VILLA, C., «Notas sobre el ejercicio de la representación legal de los hijos», en *La Reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia, 1984, pág. 317. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre 1991 (RJ 1991/7447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232); y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719).

como en el desempeño de la patria potestad, bien a través de la prestación de consentimientos generales entre los mismos que permita la actuación de uno solo de ellos en la realización del acto concreto y determinado, bien mediante la conclusión de acuerdos en el ejercicio de la patria potestad en caso de ruptura de la convivencia por parte de aquellos con carácter previo a la interposición de la demanda o en sustitución de la misma, con el debido control judicial, o bien mediante el amplio campo de la acción de la facultad capitular (6).

Ahora bien, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la configuración de la patria potestad como función descansa sobre tres principios fundamentales, que constituyen sus pilares básicos: 1) Principio de igualdad de los padres en el ejercicio de la patria potestad; 2) Principio de intervención del hijo en las cuestiones de la patria potestad que le afectan. Se contiene en el apartado segundo del artículo 154 del Código Civil, el principio del beneficio o interés del hijo, y el respecto de su personalidad; 3) La atribución al juez de amplias facultades en el tema de la patria potestad (7). Precisamente, estos dos últimos principios se han visto reforzados por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Así, por un lado, señala en su artículo 2.1 que «en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Al respecto, manifiesta RIVERA FERNÁNDEZ que «la noción de interés del menor se configura como guía, incluso obligación, a seguir en sus comportamientos por las personas, instituciones u organismos que, en un caso concreto, adopten medidas en relación con los menores con el único fin: el desarrollo integral del menor» (8); y, por otro, la actuación judicial se ha visto incrementada por las medidas de control tanto en la esfera personal (art. 158 CC), como en la patrimonial (arts. 166 y 167 del citado cuerpo legal), lo que ha suscitado no

(6) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 368; LINACERO DE LA FUENTE, M.^a A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 30; URIBE SORRIBES, A., «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 253.

(7) Destaca CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Candido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 545, que «tales principios responden, en términos generales, a las tendencias del Derecho Comparado. A ello venían orientándose también en España, la doctrina y jurisprudencia civil».

(8) RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, año LII, número 621, junio 1996, pág. 6503; DIEZ-PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos», en *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid 1984, págs. 174-175; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 230-231. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478), con cita de las sentencias de 9 de marzo de 1989 (RJ 1989/2030), y de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108), establece que «la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe, está orientada a favor y servicio de los hijos, y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 20 de julio de 1998 (AC 1998/6865); y la sentencia de la misma Audiencia, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2000 (JUR 2000/238856).

pocos recelos en la doctrina en cuanto supone una merma de la autonomía en las relaciones paterno-filiales, y una verdadera intromisión en ellas (9); aunque, lo cierto es que, tiempo antes de la reforma ya se había defendido por algún autor la necesidad de este control (10).

Con respecto al primero de los principios citados, hemos simplemente de poner de manifiesto que, tras la reforma de 1981, se rompe con el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre, consagrando el ejercicio conjunto por ambos progenitores, de forma que, corresponde a ambos la titularidad y el ejercicio (11). Esta atribución dual de la patria potestad es consecuencia de la filiación (12), lo que exige que la misma se encuentre legalmente determinada respecto de ambos progenitores, pues, si lo está solo de uno, a este se le atribuye tanto la titularidad como el ejercicio; todo ello, sin perjuicio de existir otros supuestos también de atribución individual —si bien solo del ejercicio—, conservando, no obstante, ambos progenitores la titularidad conjunta. De modo que, en principio todas las decisiones concernientes a los hijos menores no emancipados (matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos) habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro. La consagración normativa de tal potestad dual y su correspondiente desarrollo se encuentra en los artículos 154 y 156 del Código Civil.

Así, al lado de la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad a la que se equipara el ejercicio unilateral consentido (consentimiento expreso, tácito y, aun presunto que establece el citado art. 156, en su párrafo 1.º, y último), la Ley reconoce, por un lado, una serie de supuestos donde dicho ejercicio conjunto no es posible, y en consonancia con ello, estamos ante una actuación (ejercicio) unilateral de la patria potestad, tales como: *a)* La existencia de desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto (art. 156.2) y reiterados; *b)* Los casos de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4); o *c)* Cuando los padres viven separados, siendo la patria potestad ejercida por aquel con quien el hijo conviva (art. 156, párrafo quinto); y, por otro, se flexibiliza la exigencia general de ejercicio conjunto en algunos actos y determina la admisión de actuaciones aisladas en determinados supuestos como los actos que realicen uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1.º). Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tiene como referente ordinario a los hijos menores no emancipados; si bien, mediante la prórroga de

(9) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 365 y nota 20, quien, no obstante matiza que, si bien «se ha ido tal vez más allá de lo conveniente en una regulación equilibrada de los intereses en juego»; ello «no significa que se tenga ni una sombra de duda sobre la ponderación con que nuestros jueces pueden usar de las facultades que se les conceden y que probablemente no usarán en la práctica cuando entiendan que puedan interferir en los derechos y libertades de los padres. Sin embargo, y por el carácter de esta intervención judicial tal vez hubiera sido preferible conceder estas facultades a los tribunales especializados de menores, cuyas competencias y objetivos quedan oscurecidos tras la reforma».

(10) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La patria potestad», *op. cit.*, págs. 47-48.

(11) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (*JUR* 1999/87519); y de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (*AC* 1999/2279).

(12) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002/5905); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6658).

aquella, la patria potestad puede hacerse extensible también a los hijos mayores de edad incapacitados (art. 171 CC).

En este contexto, el contenido esencial de la patria potestad, en atención a los supuestos descritos, se concretiza en una serie de deberes a cumplir por quienes ejercen la patria potestad, tales como velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral recogidos todos ellos en el apartado 1 del artículo 154 del Código Civil; e, igualmente, en una serie de facultades como la de «representación y administración de los bienes de los hijos». La representación de los hijos está desarrollada en el capítulo II del Título VII, el artículo 162, cuyo párrafo primero dispone: «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Se trata de una representación legal que nace directamente de la Ley que, es la que determina su configuración, su ámbito de actuación y fija su extensión operativa, trazando los límites correspondientes a la misma. Esta representación legal corresponde a los padres que «ostenten» la patria potestad, es decir, a quienes la ejercen, comprendiendo toda una serie de facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos no solo en el ámbito patrimonial, sino también en el personal, siempre que aquellas no se encuentran expresamente exceptuados por la Ley, con independencia de que el resultado de la misma sea beneficioso o adverso para los hijos (13).

Esta representación legal, atribuida a los padres, no tiene otra razón de ser que la de suplir o sustituir al hijo en todos aquellos actos que, debido a su falta de capacidad, consecuencia de su minoría de edad, o de su incapacitación —mientras es menor de edad o cuando es mayor de edad— no puede realizar por sí mismo. De forma que, desde la formulación general que se dota a la misma, significa que los padres representan a los hijos en todos aquellos actos que, no pueden realizar por sí mismos, y que, además, no se encuentran excluidos por la ley —salvo que estemos ante un supuesto de patria potestad prorrogada, pues, con las debidas matizaciones, no resultará operativa tal exclusión en toda su plenitud—. De todas formas, se ha consolidado tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la idea de una progresiva y gradual capacidad de obrar del menor, y, en consecuencia, la posibilidad de este de participar en las decisiones que le afecten y ejercitar por sí mismo sus derechos, a través de una serie de instrumentos (14). Igualmente, y en la medida que lo permita la sentencia de incapacitación, el hijo sometido a patria potestad prorrogada, puede actuar por sí mismo, sin intervención de los padres —sus representantes legales—.

Esta representación de los padres opera tanto en la esfera personal como en la patrimonial, pues, el fin de esta es colaborar en la gestión de los intereses personales y patrimoniales de los hijos menores de edad. Precisamente, dentro de esta cooperación gestora viene a ocupar un lugar destacado la gestión del patrimonio a la que se refieren los artículos 164 a 168 del Código Civil, en los

(13) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», *op. cit.*, pág. 705; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La representación y disposición de los bienes de los hijos», *op. cit.*, pág. 79; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. 25-26.

(14) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», *op. cit.*, págs. 706-707; GETE-ALONSO, M.^a del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2.^a ed., 1992, pág. 32; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1984, pág. 892.

que se regula la administración de los bienes de los hijos. Una gestión del patrimonio, que en el sentir mayoritario de la doctrina, supone una administración en sentido amplio, donde se incluyen no solo los actos de administración en sentido estricto, sino también los de conservación y disposición, aunque con respecto a estos últimos, se precise en algunos supuestos el complemento de la autorización judicial (15). Ahora bien, este poder de representación conferido a los padres por la Ley, no es absoluto en ambas esferas, sino que está limitado bien en forma de exclusión: puede representarse al menor de edad no emancipado en todo lo que no esté excluido (arts. 162 y 164); y, bien, con respecto al hijo mayor de edad con patria potestad prorrogada o rehabilitada, por lo que pueda establecer la sentencia de incapacitación.

Desde las consideraciones expuestas, el presente estudio lo vamos a centrar en la patria potestad prorrogada o rehabilitada, como modalidad de guarda de los hijos mayores incapacitados, cuyo ejercicio corresponde a los padres —cuya filiación esté determinada y ostenten la titularidad y ejercicio de la patria potestad—, como representantes legales de aquellos. Para ello no solo tendremos en cuenta las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia —más bien escasas, hay que decir, sino que también operaremos sobre la base de la regulación legal contenida en nuestro Código Civil (art. 171), y la existente en otros ordenamientos autonómicos y extranjeros próximos a nuestro entorno. En consecuencia, analizaremos los antecedentes de esta figura en sus dos modalidades de patria potestad prorrogada propiamente dicha o patria potestad rehabilitada, su concepto, fundamento, requisitos generales atribuibles a ambos tipos de patria potestad prorrogada, a los específicos de cada una de ellas; al contenido que las conforma y delimita su alcance, para finalizar con su extinción.

II. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTES-TAD PRORROGADA O REHABILITADA

La patria potestad en el Derecho romano se configuraba como un poder perpetuo, viviendo el padre, con independencia de la edad de los hijos. Ello de acuerdo con las primitivas concepciones políticas y de poder de la familia agnaticia, sin que, posteriormente, con la introducción de la moral en el Derecho por el pretor, y la aparición de la familia cognaticia, la patria potestad perdiera tal carácter permanente, mientras viviera el *pater*. Lo que contrataba con el carácter temporal del Derecho germano y la no perpetuidad del poder paterno —*munt*—, que terminaba con la capacidad del hijo; lo que para algunos puede verse como un antecedente de la prórroga de la patria potestad (16).

Tal concepción romanista de la patria potestad influye en los textos históricos españoles, como las Partidas, las Leyes de Toro —aunque, por primera vez, en la Ley 47 se recoge lo que se denomina emancipación por matrimonio—; y en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, con la citada novedad de la Ley 47, destacándose el carácter de *officium* de la patria potestad.

(15) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La representación y disposición de los bienes de los hijos», *op. cit.*, págs. 156-157; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 359.

(16) LÓPEZ PÉREZ, J., *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 13.

En ninguna de tales regulaciones se contempla la patria potestad prorrogada, como tampoco en los diferentes Proyectos de Código Civil, ni en la redacción originaria del mismo.

Sin embargo, en el artículo 39.1 de la Constitución Española, se destaca, además del deber que, corresponde a los poderes públicos de asegurar una adecuada protección social, económica, y jurídica de la familia; el que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (apartado tercero). Una asistencia que alcanza a cualquier hijo, y no solo a los que sean menores de edad. Lo que va a influir en cierta forma en lo que posteriormente representará la patria potestad prorrogada o rehabilitada (17).

En este contexto, lo cierto es que, la primera regulación y mención expresa a la patria potestad prorrogada tiene lugar en un texto no normativo como es el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, publicado en 1977 por la Fundación Mediterránea y el SEREM. En dicho Estudio —redactado por un equipo de profesores universitarios dirigidos por el profesor Díez-PICAZO e integrado por los profesores Rodrigo BERCOVITZ, Carlos ROGEL, Antonio CABANILLAS y Jorge CAFARENA— se elabora un Anteproyecto de Ley privado de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en el que se dedican cuatro artículos —concretamente, los arts. 230 a 233— a la patria potestad prorrogada, sin mención de la patria potestad rehabilitada. Se justifica esta figura en palabras de sus autores, en que se trata de una normativa «de factura nueva, respondiendo a un problema cierto del modo más acorde con el sentir de los destinatarios de las normas. Siendo la patria potestad el poder familiar tuitivo por excelencia, lógico y justo es que cuando, llegada la mayoría de edad, o en el caso de incapacitación de un menor de edad, subsisten las causas de incapacitación y vive el titular de la patria potestad, sea este, y ningún otro, quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encomendado de la guarda y custodia del incapacitado, su representante legal y la administración de sus bienes e intereses, a no ser que haya tenido lugar la suspensión o privación de la patria potestad, o contraiga matrimonio el incapacitado, en cuyo caso entrarán en juego los otros institutos tutelares. La solución de la patria potestad prorrogada ha parecido más idónea que la propugnada en otros ordenamientos al respecto (...), lo cual reduce a los incapacitados a la condición de menores eternos, lo cual, además de implicar un tratamiento discriminatorio, no es enteramente cierto, si estamos a las enseñanzas de la ciencia médica» (18). El primero de los artículos citados (art. 230) concreta el ámbito de aplicación de la patria potestad prorrogada al señalar que: «cuando las causas de incapacitación contempladas en el artículo 200

(17) La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 30 de abril de 1999 (AC 1999/5830), después de señalar que el artículo 171 del Código Civil es un precepto digno de la mejor crítica; precisa que, la medida de la rehabilitación en la patria potestad se ha de enmarcar en el contexto de la patria potestad, y está presidida por una norma de rango constitucional como es el artículo 39.3, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda, como es el supuesto que nos ocupa.

(18) Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, dirigido por Luis Díez-PICAZO, con la intervención de Rodrigo BERCOVITZ, Carlos ROGEL, Antonio CABANILLAS y Jorge CAFARENA, patrocinado por el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) y el Patronato para Ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, págs. 24-25.

existieran durante la menor edad de la persona, una vez incapacitado esta y llegada a la mayor edad se considerará prolongada la patria potestad y corresponderá a los titulares de la misma la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses, con arreglo a las disposiciones especiales establecidas en la sentencia de incapacitación y a las reglas generales de este Código sobre patria potestad en cuanto no resulten modificadas por aquellas». El artículo 231, por su parte, se ocupa por determinar las causas de extinción de la misma, así concluirá: «1. Por las mismas causas que determinan la suspensión especial de la patria potestad ordinaria con arreglo a los artículos 167.1.º, 169, 170 y 171 de este Código. 2. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación. 3. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente»; el artículo 232, por concretar los efectos una vez concluida la patria potestad prorrogada y subsistiendo las causas «si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiese el estado de incapacitación, se constituirá de inmediato la tutela o curatela, conforme a lo que se dispone en los capítulos siguientes»; finalmente, el artículo 233 establece que: «si la patria potestad prolongada hubiese concluido a consecuencia de la suspensión o extinción de la patria potestad, el padre o la madre podrá pedir al Juez la tutela del incapacitado una vez alzada la suspensión o dejada sin efecto la privación».

Este Anteproyecto sirvió de fundamental punto de partida en los trabajos prelegislativos de reforma de la patria potestad, que se iniciaron a comienzos de 1978 en el seno de la Comisión General de Codificación, y, especial, sobre la materia que nos ocupa, pues como señala CASTÁN TOBEÑAS —miembro de tal Comisión— estaba más lejana la reforma de la tutela, por lo que parecía más adecuado llevar la regulación de la patria potestad prorrogada al articulado general sobre la patria potestad (19). Así, el primer Proyecto de Ley de modificación de la patria potestad que el día 15 de septiembre de 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes, ya contenía una regulación de la patria potestad prorrogada en la misma línea que lo había hecho el Estudio dirigido por el profesor Díez-Picazo. Sin embargo, dicho Proyecto no llegó a aprobarse.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 1979, se presenta a las Cortes un nuevo Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio, en el que, además de regularse en el artículo 171, la patria potestad prorrogada, se señala como causa de conclusión, en lugar de los actuales número 1.º y 2.º del párrafo segundo, «las mismas causas que la patria potestad ordinaria» (20). Al texto se presentaron en

(19) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La reforma de la patria potestad», en *Las Reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 57.

(20) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 180. Dispone el citado artículo 171: «La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley a llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación, y subsidiariamente, a las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada termina: 1.º Por las mismas causas que la patria potestad ordinaria; 2.º Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 3.º Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiese el estado de incapacitación, se constituirá la tutela».

Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Ley, después de destacar los aspectos más importantes de la reforma en materia de patria potestad, se señalaba que: «Fuera de las

el Congreso, un total de cinco enmiendas. La número 80 presentada por doña Carmela García-Moreno Teiseira (Grupo Centrista-UCD), en la que se proponía la desaparición de la incapacitación por sordomudez (21); la número 152, firmante el Grupo Coalición Democrática, en la que se proponía modificar la primera causa de conclusión de la patria potestad prorrogada que en el Proyecto se remitía a las mismas causas que la patria potestad ordinaria, por las siguientes: «1. Por haberse decretado la cesación de la incapacidad; 2. Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, así como por la adopción de este; 3. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente, en cuyo caso el otro cónyuge, si es mayor de edad, ostentará la representación del incapacitado» (22); la número 210 (Grupo Socialistes de Catalunya), que no tiene especial interés para la materia, pues, para este artículo y otros, se proponía que, cuando se habla de juez, se especificará que sería «de distrito» (23); la número 218 (también del Grupo Socialiste de Catalunya), enmienda de adición, en la que se hace referencia a la patria potestad rehabilitada (24); y la número 498, firmante don Óscar Alzaga Villaamil (Grupo Centrista-UCD), en la que se daba una nueva redacción al texto, incidiendo en la modificación de los supuestos por los que se terminaba la patria potestad (25).

cuestiones de principio, la novedad más importante es la introducción de una prórroga de la patria potestad que permitirá a los padres, al llegar el hijo a la mayor edad, continuar ejerciéndola sobre aquel que hubiere sido incapacitado, siendo menor, por deficiencias psíquicas o sordomudez» (pág. 174).

(21) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 250-251. *Justificación*: Se considera que el sordomudo puede estar perfectamente integrado en la sociedad. En el caso de defecto grave se incluiría en la incapacitación por deficiencias o anomalías psíquicas.

(22) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, pág. 273. *Justificación*. Redacción más técnica y correcta en concordancia con los artículos 169 y 214.

(23) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 284-285.

(24) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, pág. 287. Así al artículo 171 ha de adicionarse el siguiente texto: «En el supuesto de haberse procedido a la incapacitación del hijo, al llegar este a la mayoría de edad, la patria potestad se entenderá automáticamente prorrogada». *Motivación*. La incapacidad del hijo no debe ser forzosamente solicitada durante la minoría de edad, toda vez que tanto se puede instar posteriormente como también sobrevenir con posterioridad al alcanzarse la mayoría de edad.

(25) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 369-370, el artículo 171 quedaría redactado así: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las normas generales sin perjuicio de las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación.

La patria potestad prorrogada terminará: 1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2. Por la adopción del hijo; 3. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 4. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela». *Justificación*. No era cierto el párrafo 1 porque no cabe la emancipación después de haber llegado a la mayor edad. Y parece mejor aplicar las reglas generales de la patria potestad.

La Ponencia en su Informe recomendó la aceptación parcial de las enmiendas número 498 y 152, y la no aceptación de las número 80, 210 y 218 (26), siendo la misma redacción del artículo 171, la que se mantiene en el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia a la vista de tal Informe (27). Este texto fue remitido al Senado, con la variante respecto del inicialmente presentado, que en lugar de remitirse como causa de extinción, a las de la patria potestad ordinaria, se hace referencia a la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres, o del hijo, y la adopción de este.

En el Senado se presentaron tres enmiendas: la número 32, firmante el Grupo Parlamentario Socialista Andaluz, que tiene especial interés, pues, hacía referencia a la figura de la patria potestad rehabilitada (28); la número 76 (del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático (UCD), que proponía que, en lugar de utilizar la expresión «decretado», se emplease el término «declarado» (29); y la número 107, también del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático

(26) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 71-I 3, 22 de mayo de 1980, pág. 394. Queda el artículo 171 redactado de la siguiente forma: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las normas generales sin perjuicio de las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación.

La patria potestad prorrogada terminará: 1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2. Por la adopción del hijo; 3. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 4. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela».

(27) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 71-II, 1 de diciembre de 1980, pág. 435.

(28) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, págs. 647-648. El texto que se propone: «artículo 171: La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado por alguna de las causas indicadas, no se constituirá la tutela, sino que volverá a ejercerse la patria potestad por quien correspondería caso de ser el hijo menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título». Justificación. La innovación introducida por el Proyecto de excluir de la tutela a los incapacitados que tengan padre que pueda seguir ejerciendo la patria potestad, me parece altamente encomiable y somos muchos los que echábamos de menos esa posibilidad en la actual redacción del Código Civil.

Pero partiendo de la base de la bondad de esa innovación, parece que no hay razón para que no se dé también en el caso de que un hijo sea incapacitado después de llegar a la mayor edad (cosa que, por otra parte, es lo que usualmente ocurre, porque antes de la mayor edad no se ve la necesidad práctica por los interesados de proceder a la incapacitación). No hay ningún inconveniente institucional en que así se prevea en la ley, se evitara el caso absurdo de que unos padres puedan tener dos hijos subnormales, de los que uno estará bajo su patria potestad, y otro estará sometido a tutela, con los diferentes regímenes de una y otra institución, lo cual, para más absurdo, habrá ocurrido única y exclusivamente porque en un caso, alguien les advirtió a tiempo de las consecuencias jurídicas de la incapacitación si se hace en un momento o en otro. En todo caso, siempre estará el criterio judicial, al que se remite expresamente el presente, para valorar la conveniencia de imponer limitaciones o normas especiales a esa prórroga de la patria potestad.

(29) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, págs. 666-667. El texto que se propone, es todo igual al texto recibido del Congreso, con la excepción de lo

(UCD), que con la idea de generalizar la causa de extinción contenida como la número 2, en lugar de referirse a la adopción, se consideraba más conveniente la siguiente redacción «por pasar a ejercer la patria potestad otra persona, de acuerdo con lo dispuesto en este Código» (30).

La Ponencia en su Informe acepta la enmienda número 76. Sin embargo, en el Dictamen de la Comisión, se incluye la referencia a la rehabilitación de la patria potestad, en la línea de la enmienda número 32; si bien, añadiendo el requisito de la soltería (31), pasando de este forma a ser el texto definitivo aprobado por el Congreso de los Diputados.

El texto de este artículo 171 ha sido objeto de modificación por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, siendo la innovación fundamental, la supresión de la referencia de la incapacitación «por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez», y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la que se incluye la curatela como posible régimen de guarda, si, una vez extinguida la patria potestad prorrogada, subsiste el estado de incapacitación, pues, recordemos la redacción anterior únicamente hacía referencia a la tutela.

Se trata la patria potestad prorrogada o rehabilitada de una figura que ha sido favorablemente aceptada por la doctrina. Así para MARTÍNEZ CALCERRADA es «una novedad de acierto indiscutible» (32); para SANCHEZ REBULLIDA «solo alabanzas y

siguiente: «3. Por haberse declarado la cesación de la incapacidad». Justificación. Razones procesales.

(30) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, pág. 677. Justificación. La adopción del hijo de suyo no supone la finalización de la patria potestad ya que lo que acaece es que pasa a ejercer la patria potestad otra persona, y lo mismo ocurre, cuando se altera la filiación por estimación de alguna de las acciones de reclamación reguladas en el Capítulo III. Lo que determina la terminación de la patria potestad es el que pasa a ejercer la otra persona distinta de la que inicialmente lo hacía.

(31) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 27 de marzo de 1981, pág. 788.

En la sesión Plenaria número 163, celebrada el martes 28 de abril de 1981, págs. 952-953, se señalaba por parte del señor Sotillo Martí: «Señor Presidente, el Senado ha introducido en este precepto una modificación muy importante; modificación que fue iniciada en esta Cámara, precisamente —creo recordar—, por el Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña, y que soluciona un problema práctico grave que se da, desgraciadamente, en nuestro país. La Ley permitía la incapacitación de los niños y niñas afectados de deficiencias psíquicas importantes; pero, sin embargo, cuando alcanzaban la mayoría de edad, se encontraban, hasta esa reforma, con que ya no tenían patria potestad, y con que tampoco habían sido incapacitados, porque una familia que tiene en su casa una persona en esas circunstancias no piensa en una incapacitación legal como primera medida, sino en su cuidado, mejor educación y asistencia. El Senado introduce que no sea preciso incapacitarle, que no sea preciso constituir un consejo de familia ni ningún otro organismo tutelar, sino que la patria potestad de sus padres se prorrogue o se rehabilite durante el tiempo que dure esa situación, hasta que recupere su capacidad, si ello es posible, o permanentemente si no la recupera. Este texto es bueno porque, repito, va a solucionar problemas prácticos graves, y es beneficioso para miles y miles de ciudadanos españoles, personas humanas que se encuentran con ese problema y a los que nuestro Derecho en esta materia de filiación y de patria potestad no había dado una respuesta satisfactoria. Nos congratulamos de que esa iniciativa que partió del grupo parlamentario citado haya sido recogida unánimemente por todos los grupos parlamentarios del Senado. Por tanto, nuestro voto será favorable a las enmiendas que propone».

(32) MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., «El nuevo Derecho de Familia», *T. I* (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) —Casuística práctica—, 3.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1981, pág. 154.

placeres merece, a mi juicio, la reforma en este punto» (33); DE PRADA señala que «la norma merece toda clase de elogios» (34); URIBE SORRIBES destaca que es «una importante innovación digna de aplauso» (35); MONTÉS PENADES dispone que «es una figura de gran interés práctico, dado lo escasamente útil que en la vida real suele ser la tutela en la mayor parte de los casos y que de hecho muchas veces ni llega a establecerse efectivamente» (36); DE LA CÁMARA incide en que se trata de una «novedad, de evidente interés» (37); DE LA VALGOMA: «es una de las innovaciones más lúcidas» (38); CASTÁN TOBEÑAS como «novedad que ella entraña ciertamente positiva» (39); VENTOSO ESCRIBANO: «con esta innovación se da un paso más en esa evolución de la patria potestad de poder a función, de manera que hoy esta institución no solo actúa en beneficio de los hijos durante su minoría de edad, sino también cuando, por concurrir determinadas circunstancias, se precisa que los padres sigan en la misma línea» (40); y, finalmente, LÓPEZ PÉREZ pone de manifiesto que, «con independencia de la aceptación que en principio pueda merecer la prórroga de la patria potestad, insistimos en la problemática y originalidad que ofrece, ante la ruptura que presenta frente al concepto normal diríamos de la patria potestad, como institución natural de protección de los hijos menores de edad por sus padres; con la evidencia de la distinción entre la patria potestad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Aquella en relación con los hijos menores de edad, y estas en relación con los hijos mayores de edad incapaces» (41).

El Código Civil en el artículo 171 hace referencia a dos modalidades de patria potestad prorrogada: la patria potestad prorrogada, propiamente dicha, y la patria potestad rehabilitada. La primera viene a ser la posibilidad legal que la patria potestad sobre los hijos menores de edad no emancipados, que hubieran sido incapacitados durante su minoría de edad ante la certeza que dicha situación de

(33) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «La patria potestad», en *El nuevo régimen de la familia. II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de Sucesiones*, de José Luis LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1981, págs. 97 y 98, y 120.

(34) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 418.

(35) URIBE SORRIBES, A., «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982, pág. 259.

(36) MONTES PENADES, V. L., con la colaboración de M.^a Teresa MARÍN, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1142.

(37) DE LA CÁMARA, M., «La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos», en *La Notaria*, núms. 7-8-9, 1980, pág. 65.

(38) DE LA VALGOMA, M., «Notas de la titularidad en el ejercicio de la patria potestad», en *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981, pág. 104.

(39) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «La reforma de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 58; del mismo autor, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, dirigidos por Manuel Albaladejo, segunda edición revisada y adaptada a la reforma del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pág. 259.

(40) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Publicaciones del Cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1985, pág. 497.

(41) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 30-31.

incapacidad se mantendrá al alcanzar aquellos la mayoría de edad, prorrogándose automáticamente y por ministerio de la ley la patria potestad al llegar tales menores a la mayoría de edad —pues, de otra manera este se extinguiría—; mientras que la patria potestad rehabilitada supone que el hijo mayor de edad, soltero y que convive con sus padres deviene incapaz, no procediendo a la constitución de la tutela, sino que se rehabilita o reactiva la patria potestad (42).

A algunos autores, como MARTÍN GRANIZO no le termina de convencer el término patria potestad prorrogada, por estimar que no se acomoda adecuadamente a lo que es en realidad esta forma o manifestación de la patria potestad, prefiere emplear el término subsistencia —patria potestad subsistente—, toda vez que este es en realidad el fenómeno producido y no el de «prórroga», «dado que por razón de la previa declaración de incapacidad del menor en cuestión, lo que acontece no es en realidad otra cosa que, una continuación o subsistencia de la situación paterno-filial preexistente, lo cual, por otra parte, se opera *ex lege*, y sin solución de continuidad en su proyección jurídica desde el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad»; sin embargo, sí considera acertado el término rehabilitación «habilitar de nuevo», pues, «en estos casos, lo que se hace precisamente es proceder a una nueva investidura de la patria potestad concluida a los padres, de quien por haber alcanzado legalmente la plena capacidad como consecuencia de su mayoría de edad es declarado incapaz como consecuencia de encontrarse en algunas de las situaciones que contempla el artículo 200 del Código Civil» (43). No obstante, la mayoría de la doctrina no consideran criticable el término «prórroga», pues, viene referido a la inexistencia de lapso entre la antigua y la nueva institución como se desprende del hecho de su contraposición con el de «rehabilitación» en la que sí existe una cesación de la patria potestad y una restauración de la misma con lapso temporal intermedio (44).

En este contexto, buscando el máximo beneficio o interés para el hijo menor de edad no emancipado, como el mayor de edad, cuando resulten incapacitados, la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede resultar la mejor opción, a la vez que, constituye una alternativa a la tutela (45). En este sentido, SERRANO

(42) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 9, primera quincena de mayo de 2005, pág. 1030. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2000 (La Ley 28537/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 4 de febrero de 2000 (La Ley 30243/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2000 (*JUR* 2000/282699); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de enero de 2001 (*AC* 2001/2077); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77845/2002).

(43) MARTÍN GRANIZO, M., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, págs. 153-154 y 166.

(44) RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1535, quien, asimismo, añade que: «ello no significa que pueda afirmarse categóricamente que el término prórroga deba conllevar, necesariamente, un lapso de tiempo intermedio, lo que no ocurrirá cuando dicha prórroga se decrete antes de la extinción de la primitiva institución de la patria potestad».

(45) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 30 de mayo de 2002 (La Ley 102923/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de julio de 2002 (*JUR* 2002/271153); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de octubre de 2004 (*TOL* 1.611.680); y la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 24 de marzo de 2009 (*AC* 2009/1380), en la que se

y SERRANO destaca: «el acierto evidente del legislador que ha preferido que siga la patria potestad sobre el incapaz, a entregarle a la protección del complejo organismo tutelar, en el que el padre o la madre habrían de ser, o podrían ser designados tutores. Y el hecho de que la incapacitación se declare siendo el hijo, ya, mayor de edad, produciría la rehabilitación de la patria potestad» (46). Asimismo, se puso de manifiesto en el discurso del entonces Ministro de Justicia —FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ— ante el Pleno del Congreso en la sesión plenaria, número 138, celebrada el martes 16 de diciembre de 1980, que: «con la prórroga legal de la patria potestad se resuelve así, del modo más simple y natural, un problema jurídico muy extendido, que es el de la representación y guarda de los subnormales, sin necesidad de recurrir a la tutela, por el simple mecanismo de la extensión de la patria potestad» (47).

Por otra parte, hay que destacar que, en otros ordenamientos autonómicos, encontramos también una regulación sobre la patria potestad prorrogada en sus dos modalidades. Así la Compilación Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril), en su Ley 67 dispone que: «La patria potestad sobre los hijos menores que hubiesen sido incapacitados quedará prorrogada por Ministerio de la Ley al llegar aquellos a su mayoría de edad. La patria potestad se rehabilitará, también por ministerio de la Ley, sobre los hijos solteros mayores de edad o emancipados, si fueran incapacitados en vida de alguno de sus padres. En la resolución de incapacidad se fijará el contenido y límite de la patria potestad.

Además de las causas enumeradas en la Ley 66, la patria potestad prorrogada se extinguirá por haberse decretado la cesación de la incapacitación y por contraer matrimonio el incapacitado».

Una diferencia respecto del texto del Código Civil español, reside en que la citada Ley 67 entiende que también por ministerio de la Ley se rehabilita la patria potestad, cuando en aquel dicha atribución *ex lege* solo opera respecto de la patria potestad prorrogada, correspondiendo al Juez, en cambio, determinar en la propia sentencia de incapacitación la medida de rehabilitación de la patria potestad.

El Código Civil catalán dedica, asimismo, a la materia la Sección 5.ª: «La prórroga y la rehabilitación de la patria potestad» dentro del Capítulo VI: «Potestad parental», artículos 236-33 a 236-35, estableciendo en el primero de ellos

pone de manifiesto que: «no se aprecia obstáculo para acordar la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores, estimando que el cuidado y control que deben ejercer sobre su hijo, resultará más cercano y en consecuencia más efectivo, que el que pueda ejercer una entidad tutelar.

(46) Serrano y Serrano, I., en el Prólogo a la obra de Jerónimo López Pérez, «La patria potestad: voluntad del titular», Valladolid, 1982, pág. 16.

(47) BOCG, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 138, celebrada el martes 16 de diciembre de 1980, pág. 473. Igualmente, en la Sesión Plenaria núm. 98 en el Senado, celebrada el martes 31 de marzo de 1981, pág. 834, el señor Ballarín Marcial destaca que «se ha establecido algo muy práctico, como es la prórroga de la patria potestad, como es rehabilitar la patria potestad en algunos casos».

Por su parte, en esta línea, precisa CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. V, Derecho de Familia, vol. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1985, pág. 263, que: «es ciertamente un acierto abrir estas posibilidades de prórroga o rehabilitación de la patria potestad en los casos a que la norma se refiere, ya que en ellos carecía de sentido constituir la tutela y de hecho dejaba muchas veces de hacerse».

que «la declaración judicial de incapacidad de los hijos menores no emancipados comporta la prórroga de la potestad parental cuando llegan a la mayoría de edad, en los términos que establezca la propia declaración»; mientras que el artículo 236-34 hace referencia a la patria potestad rehabilitada en los siguientes términos: «1. La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados comporta la rehabilitación de la potestad parental, en los términos que establezca la propia declaración. 2. No obstante, lo establecido en el apartado 1, la potestad no se rehabilita si el incapaz ha designado un tutor o curador por sí mismo, de acuerdo con lo establecido en el presente Código, o si debe constituirse la tutela o curatela a favor del cónyuge, de la persona con quien convive en pareja estable o de los descendientes mayores de edad del incapaz». Se manifiesta en la línea del Código Civil español en lo referente a la patria potestad rehabilitada; no hace referencia a la soltería directamente, pero, sin embargo, alude a la tutela del cónyuge o de la pareja de hecho, y, añade, como novedad el que existan hijos mayores de edad, en cuyo caso, estos serán preferentes en su nombramiento como tutores; y, asimismo, a la existencia de un documento de autotutela, en el que se hubiera designado por el incapacitado tutor o curador, de forma que, este, igualmente será preferente a la patria potestad rehabilitada. Finalmente, los otros dos preceptos relativos a la materia, el artículo 236-35 posibilita que la autoridad judicial no acuerde la prórroga o rehabilitación de la potestad, y, en consecuencia, ordene la constitución de la tutela o curatela; y, el artículo 236-36 determina las causas por las que se puede extinguir la patria potestad prorrogada o rehabilitada, de las que nos ocuparemos más en profundidad en el apartado correspondiente.

Fuera del ámbito nacional, solo encontramos alguna referencia similar a la figura, en el Código Civil belga, que dedica su Capítulo IV a la «Minorite prolongée», artículos 487 bis, 487 ter, 487 quater, 487 quinquies, 487 sexies, 487 septies, y 487 octies. En el artículo 487 bis señala que: «el menor respecto del que se acredite una razón a su retraso mental grave, y resulte incapaz para gobernar su persona y administrar sus bienes, debe ser colocado en estado de menor de edad prolongada». Se entiende por retraso mental grave: «un estado de deficiencia mental, congénita o que se hubiera iniciado en el curso de la infancia, caracterizada por una falta de desarrollo del conjunto de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas». Y, añade: «esta misma medida se puede tomar respecto de un mayor de edad que durante su minoría de edad se encontraba en algunos supuestos descritos». En todo caso, quien se encuentre en estado de minoría de edad prolongada tiene una capacidad en cuanto a su persona y sus bienes como un menor de quince años.

La demanda para solicitar el estado de minoría de edad prolongada ha de plantearse ante el Tribunal de Primera Instancia del domicilio o residencia del presunto incapaz, estando legitimados el padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos, el tutor o su abogado, y, a falta de iniciativa de parte, por el procurador del Reino (art. 487 ter).

En todo caso, el padre o madre sobreviviente tendrán la patria potestad sobre la persona (hijo) en estado de minoridad prolongada. No obstante, el interés de dicha persona, el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar, a instancia del padre y la madre, o de cualquiera de ellos, o del procurador del Rey, que la patria potestad sea sustituida por la tutela (art. 487 quater).

Más breve resulta la regulación del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, en cuyo artículo 385.3 establece que: «Los hijos mayores de edad incapacitados serán colocados bajo la autoridad parental en lugar de ser sometidos a tutela».

Todo ello contrasta con la falta de referencia a esta figura en los Códigos de mayor influencia en nuestro ordenamiento, como el Code Civil, que simplemente,

señala en su artículo 414 que la mayoría de edad se fija a los dieciocho años, a cuya edad se es capaz para ejercer todos los derechos que le corresponde; y añade en su artículo 425, que toda persona mayor de edad que por una alteración de sus facultades mentales, o de sus facultades físicas se encuentra imposibilitado de proveer por sí mismo a sus intereses, se podrá beneficiar de las medidas de protección previstas en el Código, entre las que no se encuentra la patria potestad prorrogada o rehabilitada. En esta línea, el Código Civil italiano, simplemente determina en su artículo 316 que el hijo está sometido a la patria potestad hasta su mayoría de edad o emancipación, y, precisa en su artículo 414 que, si el mayor de edad o menor emancipado, se encuentra en situación de grave enfermedad psíquica que, le impide atender a sus propios intereses, debe ser incapacitado (*interdetti*). No obstante, si la enfermedad psíquica no es tan grave, puede ser el mayor de edad simplemente inhabilitado; pudiendo ser también inhabilitados aquellos que, por prodigalidad, o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o drogas, expongan a su familia a graves perjuicios económicos. Finalmente, el Código Civil portugués establece un supuesto de patria potestad prorrogada de carácter transitorio, pues, dispone en su artículo 131, que «*estando pendiente contra el menor o el mayor de edad un proceso de incapacitación o inhabilitación, se mantendrá el poder parental o la tutela de forma transitoria hasta la respectiva sentencia*»; y el BGB alemán hace referencia, simplemente, a la continuación de los negocios de los hijos por parte de los padres, para el caso que, estos ignoren la extinción de la patria potestad (parágrafo 1698 a [1]) (48).

III. REQUISITOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

Hay que diferenciar entre requisitos generales atribuibles a ambos tipos de patria potestad prorrogada, y los específicos de cada uno de ellas.

Respecto a los generales, resulta esencial la declaración previa de incapacidad, tanto si esta tiene lugar durante la minoría de edad como durante la mayoría; y, asimismo, la aptitud física y mental para asumir o continuar en la patria potestad; como, la posibilidad jurídica de hacerlo. A ambos nos vamos a referir a continuación.

1. REQUISITOS GENERALES

A) *La declaración de incapacitación*

El régimen jurídico de la incapacitación y su declaración se contiene en el artículo 200 del Código Civil, cuya redacción fue consecuencia de una enmienda transaccional inspirada en otras anteriores, presentada en la Comisión de Justicia e Interior por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, que determina que: «*son causas de incapa-*

(48) Parágrafo 1698 a: «(1) Los padres puede continuar los negocios relacionados con la guarda de la persona o la administración del patrimonio del hijo hasta que tengan o puedan tener conocimiento de la extinción de la patria potestad. Un tercero no puede invocar esta facultad, si en el momento de la celebración de un negocio conoce o debía conocer la extinción de la patria potestad».

citación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo». Se altera con tal redacción el criterio que presidía el sistema anterior de causas tasadas, y se opta ahora por una fórmula más general y flexible (antiguo art. 32 del CC). Precisamente, esta amplitud y generalidad en que sustancia la fórmula del artículo 200 tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, permite establecer que los requisitos que ha de presentarse para la petición de una declaración de incapacidad, son los siguientes: 1. Que exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí mismo (49).

Por su parte, el artículo 199 del Código Civil, tras la citada Reforma dispone que: *«nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley»*. De forma que, para declarar a una persona incapaz, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Con ambos preceptos se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de aquella decisión judicial (50).

Con la reforma por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se viene a instaurar el proceso de incapacitación en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, si bien considerado como un «proceso especial». A tal fin, la citada Ley dedica el Libro IV a los procesos especiales (arts. 748 a 827), y el Título I a los «Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», disponiendo a tal efecto, el artículo 748.1.º que: *«las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad»*. El Capítulo II regula en los artículos 756 a 763, los procesos sobre capacidad de las personas, manteniendo, en unos casos, la redacción otorgada por el legislador de 1983 (art. 757.5 de la LEC), y, en otros, modificando la norma, para acoger las nuevas tendencias sociales (art. 757.1 de la LEC), o bien para adoptar determinadas posiciones jurisprudenciales (art. 760.2 de la LEC) (51). Supone esta nueva regulación la

(49) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3679); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 30 de julio de 1999 (AC 1999/7225); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 24 de enero de 2000 (JUR 2000/142521); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/232964); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 5 de diciembre de 2000 (JUR 2001/110676); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de mayo de 2001 (JUR 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2001 (JUR 2002/24987); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003/197860); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 19 de mayo de 2004 (JUR 2004/294603); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/227484); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 13 de junio de 2007 (JUR 2007/286110); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/273400); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2010 (JUR 2010/67614).

(50) Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/4335), en tanto no sea declarada la incapacidad, la persona seguirá gozando de la facultad de ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

(51) GUILARTE MARTÍN CALERO, C., «Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, 2001-3, pág. 1144.

derogación de los artículos 202 a 214 y 294 a 296 y 298 todos del Código Civil (Disposición Derogatoria única, 2-1), dejando de este modo subsistentes únicamente los artículos 199 a 201 de este mismo cuerpo legal. Derogación que, como indica DELGADO ECHEVARRÍA, «priva al Código Civil de preceptos, que sin perjuicio de su vertiente procesal, contribuían a configurar la regulación sustantiva de la incapacidad, sus causas y sus consecuencias sobre el estado civil del incapacitado». Tales preceptos, continúa el autor: «ahora incorporados a la LEC, con modificaciones interesantes aunque sin alterar los rasgos esenciales del sistema anterior, siguen teniendo también un contenido de Derecho Civil sustantivo» (52). Pero, asimismo, tal derogación viene a dar cumplida cuenta de una vieja aspiración doctrinal, concerniente a la inclusión en un texto de carácter procesal de una materia, que presenta dicha naturaleza (53).

Se abandona el juicio declarativo de menor cuantía y se declara que los procesos especiales, y salvo que expresamente se disponga otra cosa, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, dotándoles de especialidades propias, que los separan de los procesos dispositivos. Precisa, no obstante, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, que se trata de un juicio verbal con contestación escrita, de un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario. Con ello pretende la LEC: «de un lado, alcanzar la celeridad y agilidad propias de un juicio verbal pero, de otro lado, evitar que el demandante deba comparecer al acto de la vista desconociendo las alegaciones de las partes demandadas, lo que le privaría de una defensa reposada de sus posiciones en unos procesos en los que están en juego, ordinariamente, cuestiones de notoria importancia vital y frecuentemente con un considerable grado de complejidad» (54).

Se trata de un proceso contradictorio, al menos formalmente. No rigen en exclusiva los principios dispositivos y de aportación de parte propios del proceso civil, sino que se introducen los principios inquisitivo y de investigación de oficio, pues, el Juez puede, frente a los hechos alegados por la actora solicitar la incapacidad de una persona, y aún existiendo conformidad de las partes sobre ellos, desvincularse de los mismos, hasta el punto de modificarlos, sin resultar, por ejemplo, acreditada en el proceso la existencia de otros tipo de deficiencias persistentes, que imposibilitan el autogobierno. Asimismo, tales hechos, siempre que resulten probados y debatidos, pueden introducirse en el proceso en cualquier momento y de manera distinta a la habitual, esto es, con independencia absoluta del cuándo y cómo, excluyendo, por tanto, el principio de aportación de parte y preclusión (art. 752.1 LEC). Por otra parte, el juez puede decretar de oficio las pruebas que estime pertinente, sin perjuicio de las practicadas a instancia de parte (art. 752.1.2 LEC), ostentando, por tanto, una amplia actividad investigadora, con la posibilidad de proceder a la libre apreciación de la prueba. En este contexto, no le vinculan las disposiciones en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos

(52) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Elementos de Derecho Civil», de Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, *T. I, Parte General*, vol. II, *Persona*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, pág. 153.

(53) ORTELLS RAMOS, M., «El proceso sobre la capacidad de la personas: Notas para su estudio», en *La Ley*, 1986-2, pág. 1049; JOU MIRABENT, X., «El proceso de incapacidad», en VV.AA., *Presente y futuro del proceso civil*, J. Picó i Junio (dir.), Bosch, Barcelona, 1998, pág. 413.

(54) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. DE LA OLIVA, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 415.

privados reconocidos (último inciso del art. 752.2 de la LEC). En todo caso, no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción (art. 757.1 LEC).

Por otra parte, la reforma parcial llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, dota de una nueva redacción al apartado 1 del artículo 757 de la LEC, posibilitando que la declaración de incapacidad pueda promoverla el presunto incapaz.

La nueva LEC, con una redacción más acorde con la realidad en la que desenvuelven estos procesos y resolviendo las dudas planteadas con la anterior regulación, establece el artículo 756 que será competente para conocer las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, el Juez de primera instancia del lugar donde resida la persona a la que se refiere la declaración que se solicita (55). Ahora bien, el artículo 760.2 establece que en la misma sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad de una persona, se puede nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él. Esta acumulación de pretensiones exige poner en relación el artículo 53 de la LEC, con el artículo 63.17.^a de la LEC de 1881.

Como hemos indicado, el proceso de incapacitación es un proceso de carácter contradictorio o contencioso, y, por tanto, con dualidad de partes, lo que quiere decir que ha de ser instada la declaración de incapacitación por persona legitimada al efecto. Se ha de distinguir entre la incapacidad del sujeto mayor de edad, y la incapacidad del sujeto menor de edad; y, asimismo, con respecto a la primera, se ha de diferenciar entre la facultad y la obligación de promover la declaración de incapacitación (legitimación en sentido estricto); de la facultad y obligación de denuncia. Así, tienen facultad para promover la incapacitación, tal como dispone, el propio artículo 757.1 de la LEC el presunto incapaz, el cónyuge (56) o quien se encuentre en situación de hecho asimilable [o lo que es lo mismo, se concede legitimación al conviviente de hecho (*more uxorio*)], los descendientes, ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. En cambio, está obligado a promover la declaración de incapacidad el Ministerio Fiscal (art. 757.2 de la LEC), si el cónyuge, descendiente, ascendientes o hermanos del presunto incapaz no existen, o no la hubieran solicitado; de manera que, tal legitimación, además de constituir una manifestación del interés público que subyace en este tipo de procedimiento, está, en cierto modo, condicionada por dos circunstancias: la inexistencia o inactividad, esto es, la falta de solicitud de las personas mencionadas en el número primero del artículo 757. En cualquier caso, la actuación efectiva del Ministerio Fiscal en estos procesos habrá de regirse por los principios de defensa de la legalidad e imparcialidad, y del interés público y social; de modo que, con independencia de la posición formal de parte que asuma en los mismos, su actividad habrá de dirigirse a obtener la resolución judicial que, en atención a las circunstancias concurrentes, sea más ajustada a Derecho.

(55) De existir circunscripciones en que exista más de un Juzgado de primera instancia, en aplicación del artículo 98 de la LOPJ, uno o varios de ellos pueden asumir con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, como podría ser la materia relativa a la capacidad de las personas. Por su parte, el artículo 22.3.^a de la LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales españoles son competentes «*en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los menores, o incapacitados, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España*».

(56) Se excluye como legitimado al cónyuge divorciado, como al que su matrimonio ha sido declarado nulo; pero no al cónyuge separado, ya sea de hecho o legal, pues no pierde la condición de cónyuge.

No están, en cambio, facultados, pero sí obligados a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, las autoridades y funcionarios públicos que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación de una persona (art. 757.3, párrafo 2 de la LEC). Es claro que estamos ante la presencia de un deber, cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidad civil, penal, e incluso de carácter disciplinario, si por tal incumplimiento al final se producen situaciones dañosas para el presunto incapaz o para terceros (57).

En cuanto a la legitimación para promover la incapacitación de un menor de edad, a los efectos que a nosotros interesa, el artículo 201 del Código Civil establece que este únicamente podrá ser incapacitado, cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá al alcanzar la mayoría de edad. Estarán legitimados tanto el padre como la madre, sin que sea necesario el consenso de ambos, bastando la solicitud individualizada de uno de ellos, pues, aquí la incapacitación está configurada sobre la base de protección del menor (58). Esta incapacitación de un menor por quienes ejercen la patria potestad antes de su mayoría de edad, determina la prórroga de la patria potestad automáticamente, siempre que medie el requisito de la previa convivencia (art. 171 CC). En caso de tutela, la legitimación del tutor se sustenta sobre la base legal del artículo 269 del Código Civil, donde se indica que está obligado a velar por el tutelado.

En este contexto, estará legitimado pasivamente el presunto incapaz, cuya declaración de incapacitación se pretende y quien adopta la posición de demandado, no siendo relevante el dato de la mayor o menor edad de este. Podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, de forma que, puede designar por sí mismo el Procurador que quiere que le represente y el Abogado que desea que le defienda (art. 758 de la LEC). De no comparecer con su propia defensa y representación, esto es, si no comparece en plazo, o compareciendo lo hace solo, sin tales profesionales, para asegurar la efectiva contradicción, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido el promotor del procedimiento; en otro caso, se nombrará un defensor judicial por auto motivado, a no ser que estuviera ya nombrado.

Sobre tales bases, el objeto del proceso de incapacitación no será otro que el comprobar, sobre la base de la actividad probatoria que se despliegue en el mismo, si efectivamente el presunto incapaz está o no incurso en alguna de las causas que, según el artículo 200 del Código Civil, pueda dar lugar a la incapacitación; la demanda que inicie el proceso de incapacitación, a la que se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser partes en el procedimiento hayan o no sido demandados (art. 753 LEC), no debe ser la demanda sucinta propia de un proceso verbal (art. 437 de la LEC), sino una demanda ordinaria (art. 399 de la LEC), pues, de otro modo, se frustraría la obvia finalidad que se quiere alcanzar al emplazar al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que la contesten por escrito (59). Con respecto

(57) LETE DEL RÍO, J. M., «El proceso de incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 19 al 25 de noviembre de 2001, pág. 1489.

(58) Carecerán de esta legitimación, si han sido privados de la patria potestad (art. 170 CC), o suspendido en su ejercicio como consecuencia de una declaración de desamparo (art. 172 CC). En caso de separación o divorcio, solo el que ejerza la patria potestad podrá instar la declaración de incapacitación, de manera que, corresponderá a quien tenga atribuida la guarda y custodia.

(59) DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», *op. cit.*, pág. 415; LETE DEL RÍO, J. M., «El proceso de incapacitación», *op. cit.*, pág. 1479.

a las pruebas, el artículo 759.1 de la LEC, que reproduce con algunas variantes lo establecido en el derogado artículo 208 del Código Civil, dispone que, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz —proximidad no tanto en relación con el grado de parentesco, como en el sentido de convivencia, de cercanía de trato—, examinará a aquel por sí mismo, y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinente en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes (60). Podrá, igualmente, darse audiencia a personas que tengan una relación con el presunto incapaz, si considera que, sus testimonios pueden ofrecer alguna ayuda en la determinación de la verdadera situación del demandado. En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 762 de la LEC regula, como en su día hacían los derogados artículos 203.2 y 209 del Código Civil, la posibilidad de adopción de medidas «cautelares» en la esfera del proceso de incapacitación, tanto para proteger a la persona como el patrimonio del presunto incapaz.

Finalmente, la sentencia que ponga fin al proceso de incapacitación, una vez firme, si es estimatoria produce un importante efecto en la órbita del demandado, como es considerar que ya no es sujeto capaz para realizar por sí solo actos o negocios con plena eficacia jurídica, esto es, se trata de una persona incapaz de gobernarse por sí mismo. Desaparece la presunción *iuris tantum* de capacidad, y se constituye aquel en un nuevo estado, el estado civil de incapacitado. Esta sentencia, pese a la opinión de algún autor (61), es constitutiva del estado civil del incapacitado (62), irretroactiva; y, con efectos *ex nunc*, de forma que la alteración en el estado civil del demandado surge de inmediato desde el mismo momento en que la sentencia adquiere firmeza. En la misma, asimismo, se fijará la extensión y límites de la incapacitación, reconociéndose la necesidad de una graduación; el régimen de tutela o guarda a que puede ser sometido la persona, tanto si es menor de edad como mayor de edad: tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada; el nombramiento, si así se ha solicitado, de la persona que ha de representar o asistir al incapacitado; y, de resultar necesario, se podrá pronunciar acerca de la necesidad de internamiento, esterilización del incapacitado (art. 156 del CP), o sobre la privación o no del derecho al sufragio. Contra la sentencia cabe recurso de apelación y los recursos extraordinarios que procedan en los casos establecidos en la Ley. No es susceptible de ejecución provisional, dado que se trata de una sentencia constitutiva, como tampoco lo es la sentencia firme. Si bien, a los efectos de publicidad, como precisa el artículo 214 del Código Civil las resoluciones judiciales de incapacitación «se anotarán e inscribirán en el Registro Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y el Registro Mercantil»; y, añade el artículo 218 del citado cuerpo legal que «las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares habrá de inscribirse en el

(60) Esta prueba pericial puede acordarse a instancia de parte (art. 339.2 LEC), o de oficio (art. 339.5 LEC). En principio, bastará el dictamen de un perito nombrado por el Juez. Aunque lo habitual es que, en lugar de proceder a tal nombramiento, el Juez acuda directamente al médico forense; lo que no imposibilita la concurrencia de otros peritos que dictaminan sobre el supuesto concreto.

(61) GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 73-74, quien señala que la sentencia de incapacitación es constitutiva de la tutela, pero declarativa de la incapacidad.

(62) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de marzo de 2004 (AC 2004/675).

Registro Civil». Con mayor precisión, dispone el artículo 755 de la LEC: *cuando proceda*, esto es, cuando la sentencia determine la incapacitación de una persona, habrá de comunicarse la misma al Registro Civil para su inscripción, al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 de la LEC).

B) Condición y aptitud de los padres para asumir la guarda del hijo

Resulta necesario que los padres no hayan sido privados o suspendidos de la patria potestad para que puedan ejercer esta sobre su hijo incapacitado; y, asimismo, que su condición física, de salud, como su estado mental o psíquico, o, su situación personal, laboral no le impida o imposibilite para cumplir con los deberes y obligaciones que implica la patria potestad prorrogada o rehabilitada, que no deja de ser una patria potestad con cierta especialidad, como veremos, en su contenido (63). De no ser posible asumir por los padres la patria potes-

(63) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de noviembre de 1998 (AC 1998/2471), no procede la rehabilitación de la patria potestad en una madre de ochenta y tres años, al no estar dispuesta a asumir las responsabilidades propias de la misma; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 14 de julio de 1999 (La Ley 110216/1999), remite la decisión sobre si la madre está o no en condiciones de ejercer plenamente la patria potestad de su hijo mayor de edad incapaz, a la ejecución de sentencia. En la actualidad tiene la madre la edad de setenta y cuatro años, que si bien no es una edad muy avanzada, podría ser un impedimento, señala la sentencia, para el ejercicio de la patria potestad de un hijo que tiene ya cincuenta años, con una enfermedad muy grave, como es la esquizofrenia paranoide, que precisa de controles y de internamientos en hospitales psiquiátricos; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.^a, de 1 de septiembre de 1999 (AC 1999/2075), no procede la rehabilitación de la patria potestad, por carecer de medios para atender y supervisar permanentemente a su hijo; en el Auto de la misma Audiencia, Sección 3.^a, de 29 de enero de 2001 (*JUR* 2001/101449), no procede la patria potestad rehabilitada, dada la avanzada edad, estado de salud de la madre del incapaz, y, asimismo, por la problemática que rodea al hijo, que le impide a esta hacer frente a los deberes que supone la rehabilitación en la patria potestad; sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/156010), se precisa que, el mal estado de salud de la madre no es razón suficiente para no rehabilitarla en la patria potestad; por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64377), se considera que el padre es idóneo para la rehabilitación de la patria potestad, pese a su edad de setenta y seis años, al convivir con la hija incapaz; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170090), no procede la rehabilitación de la patria potestad, sobre la base de un informe del asistente social que la desaconseja, por existir una falta de interés constante de la madre en la evolución de su hija; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de julio de 2005 (*TOL* 808.214), no es posible la rehabilitación de la patria potestad por la avanzada edad y la enfermedad de Parkinson que padece el padre; en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, de 7 de junio de 2006 (*JUR* 2006/195334), asimismo, no procede la rehabilitación de la patria potestad, pues, la madre con la que Diana —hija incapaz— ha convivido en los últimos años, no se ha preocupado de facilitar una estimulación adecuada al retraso cognitivo que sufre su hija, e incluso ha propiciado que su hija no acuda con regularidad al Colegio Público de Sordos, centro especializado en el que estaba matriculada, y donde estaban en condiciones de incrementar su capacidad cognitiva y fomentar sus posibilidades de desarrollo lingüístico y social; en cambio, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de enero de 2007 (*JUR* 2007/192892), procede la rehabilitación de la patria potestad en la madre por ser esta

tad prorrogada o rehabilitada sobre sus hijos mayores de edad incapacitados, se procederá al nombramiento de tutor o curador, en función de su grado de incapacidad determinado en la correspondiente sentencia (64).

2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA

Existe solo un requisito específico de la patria potestad prorrogada, además de los generales ya señalados, como es la minoría de edad. No cabe duda que en la actualidad, es posible incapacitar a un menor de edad, cuando concurre en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá al alcanzar la mayoría de edad (art. 201 CC). Como hemos visto en líneas precedentes, están legitimados ambos progenitores, siempre que la filiación esté determinada respecto de ambos, y no estén privados o suspendidos de la patria potestad. Como decimos esta situación contrasta con la regulación anterior a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, donde la posibilidad de declarar la incapacidad de un menor de edad, a efectos de tutela y patria potestad prorrogada, resultaba difícil de admitir, máxime, si recordamos, que en la redacción originaria del Código Civil, no se regulaba esta última, y, además, el artículo 213 aludía solo a la incapacitación de los mayores de edad (65).

considerada idónea, pues, como dice la citada sentencia, «ha convivido durante dieciséis años con el hijo, y le ha atendido y se ha preocupado por él, a lo que hay que añadir, el vínculo amoroso, y afectivo madre-hijo, que es realmente importante y sustancial, el cual, obviamente, no puede ser sustituido, ni suplido por el sentimiento que puede ofrecer una Fundación privada, por mucho que las personas que en ella trabajen o colaboren tengan sensibilidad bastante para atender a sujetos con una patología neurológica y psiquiátrica tan grave como la que padece Fidel, aquejado de deficiencia mental severa con rasgos psicóticos, parálisis cerebral tipo tetraparesia y epilepsia, y, pese a lo cual, la madre nunca se ha desentendido ni de sus funciones, ni de su responsabilidad respecto a su hijo, siendo la persona que más le conoce y que, pese a su enfermedad, sabe llevarlo y dirigirlo mejor, y, si en algún momento ella ha tenido algún problema o desfallecimiento —lo cual no deja de ser incluso lógico al coexistir junto a una persona querida, que presenta un cuadro patológico grave y complejo—, que le ha imposibilitado atender adecuadamente a Fidel, ha solicitado la ayuda que precisaba, atendidas las circunstancias del caso»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 4 de septiembre de 2007 (*TOL* 1.176.637), la rehabilitación debe recaer siempre en la persona que resulte más idónea para atender, cuidar y representar los intereses del incapaz; y en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/300272), no procede la rehabilitación de la patria potestad ante el rechazo de la madre a ayudas externas imprescindibles para la salud física y psicológica de su hijo.

(64) Vid., el artículo 236-35 del Código Civil catalán.

(65) Señala, en este sentido, TOMÉ PAULE, J., «Problemática procesal de la patria potestad prorrogada o rehabilitada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 7, junio de 1983, págs. 102 y nota 2, que: «hasta la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, no era posible la declaración de incapacidad de un menor, o que al menos no podía producir efectos, ya que el artículo 213 del Código Civil se refería a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad»; por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La tutela del menor incapacitado», en *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por el profesor doctor José Manuel González Porras, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba, marzo de 1984, págs. 308-309, recordaba como el profesor Federico DE CASTRO, ponía de manifiesto, «con su certeza profundidad habitual, que sí puede incapacitarse a

En este contexto cabe preguntarse si con la actual regulación están los padres obligados a solicitar la incapacitación de su hijo menor. En principio, sobre la base legal del artículo 757.1 de la LEC, los padres están únicamente facultados para promover la incapacitación de su hijo. De forma que no hay ninguna obligatoriedad en su solicitud, todo ello, sin perjuicio del deber que tiene el Ministerio Fiscal de promover la incapacitación del menor, si los padres no lo hacen (66).

3. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA

Son tres los requisitos específicos de la patria potestad rehabilitada, además de los generales ya expuesto como son: la mayoría de edad, la soltería y convivencia (67).

A) *Mayoría de edad*

El artículo 315.1.º del Código Civil señala que, «la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos». A partir de tal momento, y en tanto no se incapacite el sujeto, se presume *iuris tantum* la plena capacidad de obrar. Consecuencia de la mayoría de edad es la extinción de la patria potestad (art. 169),

un menor de edad, por una consideración de convivencia, para que no haya solución de continuidad entre la protección de los que como menor es objeto, y de la que se debe otorgar como incapacitado, y por una consideración de tipo legal ya que el Código Civil contempla este supuesto en el artículo 776, al conceder al ascendiente la facultad de nombrar sustituto ejemplar «al descendiente mayor de catorce años» (por tanto, puede ser menor de edad), incapacitado».

(66) En este sentido, LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 81-82; sin embargo, GETE-ALONSO, M.^a del C., La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, *op. cit.*, págs. 206-207, defiende el carácter obligatorio que puede tener para los padres, titulares de la patria potestad, el pedir la declaración de incapacidad del hijo menor de edad, en base a la idea de protección que tiene hoy siempre la incapacitación y por el deber que se impone a los padres respecto de los hijos de «velar por ello, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral» (art. 154.2.1.º), con la previsión de las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento (art. 170.1).

(67) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de septiembre de 1999 (*JUR* 1999/273459); de la misma Audiencia y Sección de 6 de junio de 2000 (*JUR* 2000/282699); de la misma Audiencia y Sección, de 22 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/327398); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 6 de mayo de 2002 (*AC* 2002/1066); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 12 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/112320); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/177473); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 28 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/238654); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 10 de julio de 2008 (*JUR* 2008/345000); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de julio de 2009 (*TOL* 1.603.363); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2010 (*TOL* 1.976.129); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 11 de octubre de 2010 (*TOL* 2.020.801). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de abril de 2005 (*TOL* 644.660), señala que no procede la rehabilitación al no concurrir los requisitos de soltería y convivencia.

de manera que, ante una posible incapacitación del sujeto, solo será posible la tutela, curatela, o en su caso, la rehabilitación de la patria potestad (68).

Ahora bien, a estos efectos, se puede comparar el menor emancipado al mayor de edad, pues, igualmente, la emancipación supone la extinción de la patria potestad (art. 169.2.º), con carácter irrevocable (art. 318), y se habilita al menor emancipado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 323 CC) (69). De forma que, al producirse la ruptura de la patria potestad, hace imposible la prórroga, pero no la rehabilitación si concurren los otros requisitos exigidos por el artículo 171 del Código Civil (soltería y convivencia). En la emancipación impropia por mayoría de edad (art. 314.1.º), o la que tiene lugar por concesión de los que ejercen la patria potestad (art. 314.3.º), o por concesión judicial (art. 314.4.º), no existe ninguna particularidad para que tenga lugar la rehabilitación de la patria potestad. Sin embargo, si la emancipación ha tenido lugar por matrimonio del menor, ante su incapacitación (antes o después de la mayoría de edad), al faltar el requisito de la soltería, no sería posible la rehabilitación, aunque si la constitución de la tutela. Por otra parte, si la emancipación es tácita o de hecho regulada en el artículo 319 del Código Civil, por vida independiente del hijo, consentida por los padres teniendo en cuenta su naturaleza y su carácter revocable, en caso de incapacitación se normalizaría de nuevo la patria potestad, posibilitando su rehabilitación (70).

B) Soltería

El requisito de la soltería —señala LÓPEZ PÉREZ— «presupone que el presunto incapaz no ha contraído matrimonio, ni canónico ni civil, con independencia del desenvolvimiento que haya podido tener el matrimonio: con fallecimiento del otro cónyuge o declaración de fallecimiento; o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, etc. Siendo indiferente también el divorcio o la separación de los cónyuges» (71).

Precisa, por su parte, DE PRADA que «este requisito es lógico, puesto que el matrimonio del incapacitado termina con la patria potestad» (72). Si bien, matiza

(68) El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de mayo de 2003 (*TOL* 429.873); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 10 de julio de 2003 (*TOL* 1.186.877); y la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 5 de diciembre de 2007 (*TOL* 1.349.954).

(69) En esta línea, VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico, prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 507; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1537.

(70) Vid. LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 94-95.

(71) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 70. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 17 de mayo de 1999 (*La Ley* 79936/1999).

Por su parte, para LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 356, «la exigencia de "soltería" del hijo se debe a que, en caso de contraer matrimonio o haber contraído matrimonio, se habrá producido la consiguiente emancipación (arts. 316 y 171.2.4.º) y, por tanto, corresponderá la tutela al cónyuge (art. 234.1.º)».

(72) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 418; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144, recoge la frase de PRADA.

VENTOSO ESCRIBANO que «el hecho de que el matrimonio acabe con la patria potestad no sería especial obstáculo, pues, no olvidemos que estamos tratando de su rehabilitación, y por hipótesis se tiene que dar siempre una causa de extinción de la patria potestad: mayoría de edad» (73).

En este contexto, soltería implica ausencia de vínculo, pero, cabe plantearse, si es posible llevar a cabo una interpretación flexible de este requisito y entender incluido en él otros supuestos. Parece que, existe un sentir coincidente en la doctrina de ampliar el ámbito de operatividad de este requisito, y en consecuencia, hacerse extensiva esta situación a los supuestos de divorcio, de matrimonio declarado nulo o de disolución del matrimonio por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, pues, en todo estos casos, el estado civil será el de soltero, pero no al supuesto de separación judicial o de hecho, al no implicar la disolución del vínculo conyugal (74).

C) *Convivencia*

Coincide la doctrina en que este requisito ha de ser objeto de una interpretación también amplia y flexible, sin que debe conllevar necesariamente residencia en el mismo domicilio o convivencia bajo el mismo techo, aunque sí dependencia física y económica. De forma que, se entiende que puede haber convivencia aunque el mayor de edad incapacitado esté internado en un centro especializado (75). A esto

(73) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 510.

(74) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, págs. 508-510; LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 70; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1536. Sin embargo, SANCHO GARGALLO, I., «Incapacitación y tutela», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2000, pág. 116, parece considerar ampliable al supuesto de separación judicial o de hecho, sobre la base que «este requisito de soltería cabe mitigarlo, y admitir también la rehabilitación siempre y cuando, sobre la base de la previa convivencia, no existiere cónyuge a quien correspondiere legalmente la tutela (art. 234.1 CC); en esta misma línea, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1032, pues, «si el incapacitado y su cónyuge se hallan separados legalmente o de hecho, este último no podrá ser nombrado tutor de aquel, por lo que el nombramiento recaerá en los padres. Y si no se considera lógico tener que acudir a la institución tutelar en los casos de disolución del matrimonio en los que sería llamados los padres, el mismo razonamiento cabe aplicar en el caso del cónyuge separado», por ello, considera la autora más acertada la opinión de SANCHO GARGALLO.

Por su parte, la Circular de la DGRN, de 16 de noviembre de 1984, sobre expedientes de fe de vida y estado (BOE, núm. 279, de 21 de noviembre de 1984, pág. 33.438), señala que la existencia del estado civil de divorciado no puede ser asimilado al de soltería, sino al de viudez, por ser este estado civil, igualmente, un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio como son la muerte y la declaración de fallecimiento.

(75) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, págs. 511-512; LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 70-71; MONTES PENADES, V., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144; SANCHO GARGALLO, I., «Incapacitación y tutela», *op. cit.*, pág. 116; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1536; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, págs. 418-419, precisa que «el requisito de vivir en compañía de los padres es ya más discutible, pues pueden darse supuestos en que el hijo, en beneficio suyo, se encuentre en colegios o instituciones, lo que

añade SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS otra reflexión: «si la convivencia no se exige para prorrogar la patria potestad, no se entiende por qué ha de establecerse para rehabilitarla, pues resulta que, si un menor está internado en un centro especializado y se le incapacita, automáticamente se prorroga la patria potestad de los padres cuando llegue a la mayoría de edad pero, si en vez de ser menor es mayor de edad, no se puede rehabilitar la patria potestad de los progenitores del incapacitado» (76).

Esencialmente, la convivencia implica el cuidado y atención del hijo.

Lo cierto es que, a diferencia del Código Civil, ni en la Ley 67 de la Compilación Navarra, ni en el artículo 236-34.1.º del Código Civil catalán se exige el requisito de la convivencia (77).

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

1. SUJETOS

Si la filiación está determinada respecto de ambos progenitores, a ellos corresponderá la patria potestad prorrogada o rehabilitada, como ocurre en la patria potestad ordinaria. Es decir, los padres como titulares de la patria potestad serán quienes asuman la representación legal del hijo incapacitado, y, siempre que no hayan sido privados o suspendidos de la patria potestad (art. 170 CC) (78). En cuanto a su ejercicio habrá que tener en cuenta la diversidad de

no justifica el privar al padre de su potestad». Cree, en consecuencia el autor que, «habrá que interpretar el precepto en el sentido más que de una convivencia bajo el mismo techo de seguir el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento». Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3679); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 1999 (JUR 1999/133065); de la misma Audiencia, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 1999 (JUR 1999/144937), señala que la convivencia es precisa para que proceda la rehabilitación de la patria potestad; el Auto Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2000 (La Ley 47771/2000), igualmente, pone de manifiesto que falta el requisito de la convivencia; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de enero de 2001 (AC 2001/2077); la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2001 (JUR 2002/28544), señala en su *Fundamento de Derecho* 1.º que: «el sentido del requisito de la convivencia se refiere a que el incapacitado no conviva con otras personas distintas de sus padres (por ejemplo, con un hermano, con una pareja de hecho, etc.), supuestos en los que la rehabilitación podría no tener sentido, pero sin duda se comprende en el precepto los incapaces que ingresados en un centro han convivido hasta entonces con sus padres, pues, si no prácticamente quedaría desprovisto de contenido»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77845/2002), señala que falta la convivencia entre los padres y el hijo, por lo que no procede la rehabilitación; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 2006 (TOL 926.113), manifiesta que la falta de convivencia determina la no procedencia de la rehabilitación; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2007 (La Ley 295245/2007).

(76) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1034.

(77) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de octubre de 2008 (La Ley 220289/2008).

(78) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de noviembre de 2003 (TOL 333.262); y de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4.ª, de 28 de septiembre de 2004 (TOL 736.797).

posibilidades, que se contienen en el artículo 156 del Código Civil, ya analizados en otro apartado de este estudio. En caso de crisis matrimonial —separación judicial o divorcio—, habrá que atender a lo que determine la sentencia judicial en relación con la guarda y custodia y el régimen de visitas (arts. 90 y 94 CC). De tener lugar la rehabilitación de la patria potestad, y una eventual separación o divorcio de los padres, habrá que tener presente lo dispuesto, igualmente, en el citado artículo 156.5 del Código Civil, y, en consecuencia, adaptar el régimen de la patria potestad rehabilitada (respecto a la titularidad) a la falta de convivencia de los titulares de la potestad que, puede determinar, en su caso, la atribución del ejercicio a uno solo de ellos, atendiendo a criterios, como la convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado, la existencia o no de relación del padre/madre con el hijo, la situación personal, económica, de salud de aquellos, a la hora de concretar a quien corresponde la representación legal (79).

Por otro lado, la patria potestad prorrogada o rehabilitada se ejercerá sobre el hijo menor de edad o mayor de edad incapacitado respectivamente, equi-

(79) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/131366), ante la separación de los padres, se rehabilita en la patria potestad solo a la madre porque es con quien conviven los hijos. En la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5.^a, de 29 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/216637), rehabilitada solo la madre en la patria potestad de su hijo incapaz, se otorga al padre sobre la base del artículo 160 del Código Civil, un derecho de visitas; igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de marzo de 2006 (TOL 991.12). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007/274813), los progenitores viven separados desde hace doce o trece años, y se procede a ser rehabilitada en la patria potestad únicamente a la madre, al ser ella la que no solamente la está ejerciendo, sino que desea continuar haciéndolo, no existiendo relación alguna del padre con su hijo José, que tampoco aquel pretende reestablecer. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 31 de octubre de 2007 (TOL 1.235.456), atribución de la guarda a la madre, y un régimen de visitas al padre. E, igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/77651), se rehabilita en la patria potestad solo a la madre por considerar la Sala que es lo más conveniente, ya que el hijo no solo continúa viviendo con su madre, sino que también esta ha estado ejerciendo su custodia de forma eficaz, y bajo su exclusiva potestad. Además, la falta de vinculación emocional y la ausencia de cuidado material y de relación personal entre el padre e hijo durante más de cuatro años llevan a considerar procedente rehabilitar solo la potestad de la madre, y no a de ambos progenitores.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 9 de octubre de 2002 (*RTC* 2002/174), señala que: «la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del ahora recurrente, causándole indefensión contraria al artículo 24 de la CE, pues, aquella sentencia, al rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre, obviando la potestad que, igualmente, le correspondía al padre, ha tomado una decisión que exigía la traída al proceso del ahora recurrente, a fin de que este hubiera podido ejercer su derecho de defensa y hubiera tenido la oportunidad de contra argumentar y contradecir las alegaciones de la demandante en orden a la conducta observada en relación con sus deberes para con su hijo, pues el simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera conferida la guarda y custodia del hijo, no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que «ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberá consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten».

parándose civilmente a los efectos de representación legal de los padres a los hijos menores de edad, sin perjuicio de la existencia de cierta adaptabilidad de tal régimen a la especial situación, que implica la patria potestad prorrogada o rehabilitada (80).

2. CONSTITUCIÓN

En la sentencia de incapacitación, si es estimatoria, el juez determinará la incapacidad del hijo (menor o mayor de edad), y fijará expresamente el régimen de guarda al que queda sometido el incapacitado: tutela, curatela o patria potestad prorrogada, sin que sea necesario ninguna declaración respecto a la prórroga de la patria potestad, pues, como hemos puesto de manifiesto, esta se produce *ex lege*, de modo automático, y, sin que, asimismo, se extinga la patria potestad, cuando el hijo menor de edad incapacitado, llegue a la mayoría de edad, pues, aquella subsiste sin interrupción; a diferencia de la rehabilitación de la patria potestad, que no es automática (81), sino que de la misma debe hacerse mención en la propia sentencia, siempre que concurran, además de la declaración de incapacidad, los requisitos previstos en el artículo 171 del Código Civil, y, que tiene como efecto la no constitución de la tutela. Supone, en consecuencia, la habilitación de nuevo de una patria potestad ya extinguida, que será ejercitada por quien correspondiere, si el hijo fuera menor de edad, e, igualmente, con sujeción primeramente a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente a las reglas normales de la patria potestad.

3. CONTENIDO

Como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, en la determinación del contenido de la patria potestad prorrogada o rehabilitada sobre la base de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Civil —en relación con el art. 210 del citado cuerpo legal— habrá que estarse a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y subsidiariamente a las reglas normales de la patria potestad. De forma que, en principio, se otorga un amplio poder de arbitrio a la autoridad judicial en la configuración del alcance de la patria potestad prorrogada en cualquiera de sus modalidades respecto del titular que vaya a ejercerla, y, en lo que constituye la fijación de su contenido personal o patrimonial, o en lo relativo a su duración (82). Todo ello atendiendo a las

(80) Se considera, a efectos de impuestos, que forman parte de la unidad familiar los hijos sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada; como, asimismo, a los efectos de obtener una prestación asistencial. Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2001 (La Ley 62747/2001); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77717/2002); y la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Navarra, de 28 de abril de 2010 (La Ley 128673/2010).

(81) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/139094).

(82) Como precisa DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 12, 1982, pág. 356, habrá que

particularidades del caso concreto. En este sentido manifiesta Díez PICAZO que: «se otorga a la sentencia un amplio poder de determinación de la extensión y de los límites de la incapacidad y del régimen de tutela o de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Determina la sentencia, ante todo, la extensión de la incapacidad ordenando una incapacidad plena, para todos los actos de la vida jurídica, o una incapacidad de carácter limitado. En este último caso, habrá de puntualizarse un elenco de los actos para los que se reconoce capacidad a la persona y aquellos otros respecto los cuales la incapacidad funciona» (83). De forma que, sobre los amplios términos en que se manifiesta el artículo 171, en relación con el artículo 201, el Juez puede graduar la propia incapacidad y, por ende, el campo de actuación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Ahora bien, este amplio arbitrio o facultad de regulación del Juez, como bien precisa MONTES PENADES tiene ciertos límites por imperativo legal, de ahí que, por ejemplo, la autoridad judicial no podrá liberar a los padres de la necesaria autorización judicial contenida en el artículo 166 del Código Civil (84). En todo caso, una vez determinada por la autoridad judicial la extensión de la patria potestad, el ejercicio corresponderá a los titulares de esta (padres) designados a tal efecto, sin interferencia alguna, y, en los términos fijados en la propia resolución.

En este contexto, si en la resolución referida no se dispone nada al respecto será de aplicación las normas de la patria potestad ordinaria contenidas en el Título VII, Libro I del Código Civil: «De las relaciones paterno-filiales». Cabe preguntarse si se aplica este régimen de la patria potestad ordinaria sin ninguna especialidad alguna, salvo las declaradas en la sentencia; o, resulta necesario adaptar tal normativa a la especial situación que se genera con la patria potestad prorrogada, atendiendo esencialmente a las particularidades del caso concreto. Por esta última opción parece decantarse la doctrina, y nos parece más acertada, pues, esta patria potestad viene a ser en cierto modo sustancialmente diversa de la patria potestad ordinaria que se ejercita sobre los hijos menores de edad; pues, va a operar sobre mayores de edad incapacitados (85).

Así el profesor SERRANO Y SERRANO señala que esta regla de aplicar subsidiariamente las disposiciones del Título VII del Libro I contenida en el artículo 171 del Código Civil: «tan bien orientada, como sucinta, no resolverá una serie de problemas que podrán presentarse, porque, aunque parecida, la patria potestad prorrogada es sustancialmente diversa de la auténtica que se ejercita sobre hijos menores de edad: las condiciones y relaciones personales de padre e hijo son diferentes en uno y en otro caso a la administración de bienes y su posible aplicación al levantamiento de las cargas familiares deberán ser consideradas con diferente

leer atentamente la resolución de incapacidad, pues, puede disponer el juez lo que quiera en torno a esta patria potestad.

(83) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 210 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 195-196.

(84) MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144. En el mismo sentido, VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 514.

(85) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 96-97; VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 513; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1537.

óptica» (86). En esta línea, GETE-ALONSO tras reconocer la aplicación de las normas generales de la patria potestad al menor incapaz, aunque con las particularidad de su incapacidad, precisa que: «quizá la única diferencia en el ejercicio normal de la patria potestad y el que se efectúa sobre un menor incapacitado está en el mayor número de casos en los que el titular de la patria potestad tenga que actuar sustituyendo al menor incapacitado. Mayor número de supuestos, en cuanto que el menor no emancipado puede, en muchas ocasiones, actuar bien por sí, bien con un simple complemento de la autoridad paterna» (87).

Sobre tales bases, los padres, como representantes legales, deberán actuar tanto en la esfera personal, como patrimonial (art. 154 CC). Si bien, para ello, habrán de acomodar la normativa de la patria potestad ordinaria a la realidad del mayor incapacitado, lo que va a justificar una cierta desviación de las reglas generales relativas a aquella contenidas en el Código Civil. Así, en la esfera personal, los padres velarán por sus hijos, los tendrá en su compañía, alimentarán, educarán y procurarán una formación integral —aunque matizadamente respecto a los hijos mayores de edad, sin olvidar que corresponde a los padres procurar la inserción del hijo incapaz de la mejor manera posible en la sociedad—. No parece posible, sin embargo, que opere los supuestos de exclusión de la representación legal previstos en el número 1 de artículo 162 del Código Civil, pues, la exigencia de una cierta capacidad y condiciones de madurez, no resultan existentes en el incapacitado (88), ni, asimismo, los contenidos en el número 3, y apartado segundo; si bien, con respecto al número 2 del citado precepto, en caso de conflictos de intereses entre los padres e hijos, procederá el nombramiento de defensor judicial, salvo que el interés opuesto, lo sea solo con uno de los progenitores, en cuyo caso, corresponderá al otro por Ley representar al menor o completar su capacidad (art. 163 CC). Tampoco parece posible dar cumplimiento por parte de los hijos sometidos a prórroga o rehabilitación de los deberes y obligaciones contenido en el artículo 155 del Código Civil. No obstante, pudiera plantearse la posibilidad de llevar a cabo por los padres determinados actos o negocios de Derecho de Familia, pese a su carácter personalísimo, como la solicitud de separación matrimonial —salvo que lo puede realizar el propio incapacitado—, cuyo ejercicio (legitimación) ya se ha admitido en alguna resolución para el tutor (89). En cuanto a la esfera patrimonial, corresponde a los padres la administración de los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo

(86) SERRANO Y SERRANO, I., «Prólogo» a la obra «La patria potestad: voluntad del titular», *op. cit.*, pág. 16.

(87) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., «La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona», *op. cit.*, pág. 219. En similares términos, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La tutela del menor incapacitado», *op. cit.*, pág. 310.

(88) Dispone el artículo 9.3.a) 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 se otorgará el consentimiento por representación «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho».

(89) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000/311); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007/94634); y de la misma Audiencia y Sección, de 5 de junio de 2008 (JUR 2009/6736). En contra, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999 (RJ 1999/1418).

con las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria, con las excepciones que señala el artículo 164 del Código Civil —no resultado de aplicación la prevista en el apartado 3—; asimismo, en su actuación como administradores, los padres habrán de observar las reglas particulares que fundamentalmente fija el artículo 166 para actos de disposición de bienes, como es la solicitud de la correspondiente autorización judicial (90). Por otra parte, el reconocimiento a favor de los hijos de la pertenencia de los frutos que producen sus bienes, así como de todo lo que adquiera con su trabajo o industria —esto último difícilmente ante una incapacitación total—, y su destino al levantamiento de las cargas familiares, tendrá operatividad en este supuesto de patria potestad prorrogada, con intervención del Juez sobre «la parte que en equidad proceda» (arts. 165 y 155.2 CC). De todas formas, los padres deberán prestar las garantías procedentes a fin de asegurar una adecuada administración de los bienes de los hijos por sus padres (art. 167, con la posibilidad de que el hijo exija la rendición de cuentas —art. 168— en un plazo de tres años) (91). Finalmente, la propia incapacitación del hijo mayor de edad impedirá que este en relación con la administración de sus bienes por sus padres pueda solicitar la constitución de hipoteca legal, artículo 168.3 de la LH; y pedir que se inscriban a su favor los inmuebles, que no lo estuvieran (arts. 190 y 191 de la LH).

Todo ello, sin perjuicio que, en esta necesaria adaptación al caso concreto, podamos plantearnos, que sucederá respecto de la disposición gratuita a favor de un menor en la que se ordene la no administración por los padres (art. 164.1 CC), sino que hasta la mayoría de edad de aquel, la ejercite otra persona; si el menor llega a la mayoría de edad y posteriormente, es incapacitado y se rehabilita a los padres en la patria potestad, a quien corresponde, entonces, la administración de tales bienes, parece que de nuevo la solución pasa porque el Juez lo resuelva en la sentencia de incapacitación; y de no ser así corresponderá a los padres, al no haberse previsto nada en contra por el disponente para este supuesto (92).

En todo caso, corresponde a los padres promover la adquisición o recuperación de la capacidad del hijo y su mejor inserción en la sociedad (art. 269.3 del CC, en sede de tutela) (93).

Ahora bien, la extensión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede depender del grado de discernimiento del incapacitado y del tipo de incapacitación total o parcial que, se haya establecido en la sentencia de incapacitación. Con lo que se ha planteado la doctrina si es posible un contenido asistencial de la patria potestad, similar a la curatela. Antes de la reforma del artículo 171 por Ley Orgánica 1/1996, DE PRADA se mostraba partidario de rehabilitar la patria potestad en supuestos de incapacitación parcial en los que no se requería un sistema de representación (94). Después de la misma, para SANCHEZ-CALERO ARRIBAS:

(90) Vid., la Resolución de la DGRN, de 8 de mayo de 2010 (La Ley 103882/2010).

(91) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2004 (TOL 495.394).

(92) En similares términos, vid., VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 513.

(93) La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 30 de enero de 1998 (AC 1998/3113), dispone al respecto que: «la prórroga de la patria potestad no entraña mantenimiento indefinido de la situación, pues, en cualquier momento puede ser modificada, ni suponer limitar el auxilio de terceros».

(94) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 419. «El Juez podrá graduar la incapacidad y, en función de esta, permitir

«nada impide que, en el caso de mayores de edad incapacitados, se establezca un contenido diferente, en el sentido de reducir las obligaciones de los padres y sustituir la facultad de representación por la asistencia» (95). En contra, sin embargo, se muestra VENTOSO ESCRIBANO pues, afirma que prorrogar o rehabilitar la patria potestad con un contenido semejante a la curatela «sería desnaturalizar aquella institución. Si una resolución judicial estableciera tal sistema deberíamos preguntarnos qué se ha constituido: no hay duda que la resolución diría que una patria potestad, pero nos tememos que de tal solo tendría el nombre, y desde luego entendemos que lo mejor sería llamar a las cosas por su auténtica nomenclatura» (96).

Lo cierto es que el legislador con la remisión que hace en el artículo 171 del Código Civil a las reglas de la patria potestad, está pensando en un supuesto de representación legal, no de asistencia como sería la curatela. Pero también es cierto que la incapacitación puede no ser total, sino parcial, y tampoco tendría sentido no adaptar el ejercicio de tal representación legal a un ámbito más reducido de actuación, quizá cercano o similar al que correspondería a un curador.

V. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

Ambas modalidades de patria potestad prorrogada se extinguen por los supuestos establecidos en propio el artículo 171 del Código Civil (97), cuya redacción

al deficiente o sordomudo realizar determinados actos o incluso, creo llegar a establecer para él un *status* similar al del emancipado limitando la patria potestad a completar su capacidad en supuestos de especial importancia». En esta línea, también GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^a, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 562, mayo-junio de 1984, págs. 634-635.

(95) SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1042. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 11 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/293881), limitan la patria potestad rehabilitada solo al ámbito personal, y con relación a su sometimiento al tratamiento médico que se le prescribe por los trastornos que padece. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2010 (La Ley 204960/2010), se rehabilita la patria potestad solo en el ámbito patrimonial.

(96) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 515. En esta línea, GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 242, quien señala que: «a su juicio, debería hacerse suprimido el inciso final del número tercero del artículo 222 del Código Civil, pues no alcanza a comprender ni la necesidad, ni la utilidad de una patria potestad de contenido asistencial; si cada institución dispensa una protección diversa, no hagamos cumplir a la patria potestad una función que ya cumple la curatela, pues si la patria potestad puede ejercerse en forma asistencial, lo mismo debe predicarse de la tutela, y de esta manera suprimase la curatela para los incapacitados y prorroguese la tutela con contenido asistencial». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92882), se optó por designar a los padres como curadores en lugar de rehabilitarlos en la patria potestad.

(97) El artículo 236-36 del Código Civil catalán dispone que: «1. La potestad parental prorrogada o rehabilitada se extingue por las siguientes causas: a) Las establecidas por el artículo 236-32 (extinción de la patria potestad ordinaria), sin perjuicio de lo establecido por el artículo 236-6 (causas de privación de la patria potestad); b) La declaración judicial de cese de la incapacitación del hijo; c) La constitución posterior de la tutela a favor del cónyuge, de la persona con quien convive en pareja estable o de los descendientes; d) El

sufrió, como así pusimos de manifiesto en otro apartado de este estudio al que nos remitimos, varias modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, hasta su concreción definitiva:

1. Muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. Concuierda con el artículo 169.1.º del Código Civil. Ahora bien, si el fallecimiento es de uno de los padres, el sobreviviente ejercerá con exclusividad la patria potestad prorrogada sobre el hijo mayor de edad incapacitado conforme al artículo 156 párrafo cuarto del Código Civil, con independencia que contraiga nuevas nupcias.
2. La adopción del hijo: determina la finalización de la patria potestad prorrogada del hijo incapaz, como señala el artículo 171.2 en relación con el artículo 169.3, dando lugar a una nueva relación de filiación con modificación de la paternidad, pero subsistiendo en los adoptantes la titularidad de la patria potestad prorrogada, que, en principio, no sufrirá modificaciones frente a la que tenía los padres por naturaleza (98). Ello no impide que, si se han producido una variación de las circunstancias, se modifique el alcance de la incapacitación, ya establecida ex artículo 761 de la LEC.
3. La cesación de la incapacitación. Sin perjuicio de recordar que corresponde a los padres procurar la recuperación de la capacidad del hijo, la posibilidad de modificar el alcance de la sentencia de incapacitación, resulta obvia en consideración a lo dispuesto en el artículo 761 de la LEC porque «hayán sobrevenido nuevas circunstancias»; lo que conlleva la iniciación de un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la sentencia de incapacitación ya establecida. De los cuatro procesos contenidos en el Capítulo II de la LEC, sería el juicio verbal de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.
4. Matrimonio del incapacitado: La cuarta y última causa de extinción. Puede resultar paradójico hablar de matrimonio en supuestos de incapacitación, dado que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (art. 45.1 en relación con el art. 73.1 CC). Pero teniendo presente la posible graduación de la capacidad en la propia sentencia de incapacitación, se pudiera dar el caso que en la misma se reconociera capacidad para el matrimonio (art. 760 LEC). De no hacerse mención, en todo caso, hay que tener presente el artículo 56 párrafo segundo del Código Civil, que no impide contraer matrimonio válidamente, aunque exista declaración

matrimonio del incapaz con una persona mayor de edad capaz; e) La solicitud de quienes ejercen la potestad prorrogada, judicialmente aprobada, si la situación personal y social de estos y el grado de deficiencia del hijo incapaz impiden el cumplimiento adecuado de su función. 2. Si al cesar la patria potestad prorrogada o rehabilitada subsiste la incapacitación, debe constituirse la tutela o la curatela».

Por su parte, la Ley 67 de la Compilación Navarra dispone en su último apartado que: «Además de las causas enumeradas en la Ley 66 (causas de extinción de la patria potestad ordinaria), la patria potestad prorrogada se extinguirá por haberse decretado la cesación de la incapacitación y por contraer matrimonio el incapacitado».

(98) Para DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 272, algún problema plantea la adopción del hijo, pues, «el adoptante, si el adoptado es mayor de edad, no adquiere la patria potestad sobre él, y sería por ello necesario constituir su tutela, salvo que se entienda, lo que no es fácil que alcance al adoptante una sustitución o transferencia de la patria potestad que tenían los padres».

de incapacidad por deficiencias psíquicas, cuando exista el dictamen de aptitud de un facultativo. De todas formas, las deficiencias físicas no tienen por qué conllevar la imposibilidad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio (99).

Además, de las causas enumeradas en el citado artículo 171, hay que tener en cuenta la posibilidad de privación o suspensión de la patria potestad (art. 170 CC) (100); o la ausencia, incapacidad (101) o imposibilidad de los padres (art. 156.4 CC) (102), o la propia ausencia del hijo.

En este contexto, si cesase la patria potestad prorrogada o rehabilitada por cualquiera de las causas expuestas, y subsistiera el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (último párrafo del art. 171 en relación con el art. 222.3, ambos del CC).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982.
- «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a: *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. V, Derecho de Familia, vol. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1985.
- DE LA CÁMARA, M.: «La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos», en *La Notaria*, núm. 7-8-9, 1980.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 25, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997.

(99) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 14 de noviembre de 2000 (La Ley 206480/2000); de 17 de enero de 2007 (TOL 1.970.715); y de 18 de diciembre de 2008 (TOL 1.999.458).

Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 414, que con buen criterio opera el supuesto de matrimonio del incapacitado, pues hace ceder la patria potestad prorrogada a la tutela del cónyuge.

(100) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2002 (La Ley 171727/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 28 de junio de 2004 (La Ley 1164/2005); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2005 (La Ley 157987/2005).

(101) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/250365).

(102) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010/164496).

- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 9, primera quincena de mayo de 2005.
- LÁCRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, T. VI, Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LÓPEZ PÉREZ, J.: *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992.
- *La patria potestad: voluntad del titular*, prólogo: I. Serrano y Serrano, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid, 1982.
- MARTÍN GRANIZO, M.: *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987.
- MONTES PENADES, V. L., con la colaboración de M.^a Teresa MARÍN: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- O'CALLGHAN MUÑOZ, X.: «La tutela del menor incapacitado», en *La tutela de los derechos del menor, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, edición preparada y dirigida por el profesor doctor José Manuel González Porras, Córdoba, marzo de 1984.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I.: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, coordinador: Joaquín Rams Albesa, coordinadora adjunta: Rosa María Moreno Flórez, Bosch, Barcelona, 2000.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «La patria potestad», en *El nuevo régimen de la familia, II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma del Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid, 1981.
- URIBE SORRIBES, A.: «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982.
- VENTOSO ESCRIBANO A.: «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala 2.^a, de 18 de diciembre de 2000.
- STC, Sala 2.^a, de 9 de octubre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999.
- RDGRN, de 14 de noviembre de 2000.
- RDGRN, de 8 de mayo de 2010.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de noviembre de 1998.
- SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de marzo de 1999.
- SAP de Navarra, Sección 3.^a, de 30 de abril de 1999.
- SAP de Álava, Sección 1.^a, de 17 de mayo de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 3.^a, de 20 de mayo de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 21 de septiembre de 1999.
- SAP de Álava, Sección 1.^a, de 2 de febrero de 2000.
- SAP de Pontevedra, Sección 4.^a, de 4 de febrero de 2000.
- AAP de Burgos, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2000.

SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 6 de junio de 2000.
 SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 26 de enero de 2001.
 SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 22 de septiembre de 2001.
 SAP de Guadalajara, de 22 de abril de 2002.
 SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 6 de mayo de 2002.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de julio de 2002.
 SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 12 de marzo de 2004.
 SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2005.
 SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de marzo de 2005.
 SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 2006.
 SAP de las Islas Baleares, Sección 5.^o, de 29 de mayo de 2006.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de enero de 2007.
 SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 28 de febrero de 2007.
 SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 10 de julio de 2008.
 AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de julio de 2008.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 24 de marzo de 2009.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de noviembre de 2009.
 SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 15 de marzo de 2010.
 SAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2010.

RESUMEN

**PATRIA POTESTAD PRORROGADA
 INCAPACITACIÓN
 MINORÍA Y MAYORÍA DE EDAD**

La patria potestad puede extinguirse al llegar el hijo a la mayoría de edad, bien mediante la prórroga de aquella, cuando el hijo es incapacitado durante su minoría de edad, o bien mediante su rehabilitación, cuando el hijo también resulta incapacitado, tras su mayoría de edad, y concurran, además, los requisitos de soltería y convivencia con los progenitores. En el presente estudio vamos a analizar ambas modalidades de patria potestad prorrogada, como alternativa a otras instituciones de guarda —tutela y curatela—, tal como se regula en nuestro Código Civil, con especial referencia a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existente sobre la materia, sin perjuicio de proceder, asimismo, a un sucinto tratamiento de la regulación existente en otros ordenamientos nacionales y extranjeros próximos a nuestro entorno.

ABSTRACT

**EXTENDED PARENTAL AUTHORITY
 INCAPACITATION
 AGE OF MINORITY AND MAJORITY**

Parental authority may be extended at a child's attainment of majority, either by delaying majority should the child have been incapacitated while a minor, or by reinstating minority should the child be incapacitated after attaining majority and in addition meet the requirements of being unmarried and living in the parental home. This study will look at both means of extending parental authority as an alternative to other protective institutions (guardianship and curatorship), as regulated in our Civil Code. Special reference will be made to the positions currently espoused by legal thought and case-law. A succinct discussion of the regulations existing in other domestic bodies of law and foreign bodies of law akin to ours is included.