

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Algunas cuestiones sobre la patria potestad prorrogada y sobre la patria potestad rehabilitada. Su próxima eliminación del ordenamiento jurídico *

Some questions about the extended parental authority and the rehabilitated parental authority. Your next elimination of the legal order

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE **
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada van a desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico a consecuencia de la aprobación y publicación del proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que adapta la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que supuso la consagración de un modelo diferente en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Tras el análisis jurisprudencial de ambas figuras resulta conveniente analizar los efectos de su desaparición.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

** Número de investigador: Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Trabajo entregado en marzo de 2021, cuando el Proyecto de Ley estaba debatiéndose en el Congreso de los Diputados.

ABSTRACT. *Both the extended parental authority and the rehabilitated parental authority will disappear from our legal system as a result of the approval and publication of the bill to reform civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of its legal capacity that adapts the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and that supposed the consecration of a different model in the legal treatment of disability. After the jurisprudential analysis of both figures, the effects of their disappearance are convenient.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Autonomía personal. Medidas de apoyo. Patria potestad prorrogada. Patria potestad rehabilitada.

KEY WORDS. *Disability, personal autonomy, support measures, extended parental authority, rehabilitated parental authority.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA—II. PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: 1. PATRIA POTESTAD PRORROGADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL. 2. PATRIA POTESTAD REHABILITADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL.—III. CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA REHABILITACIÓN: 1. SOLTERIA: REQUISITO ESENCIAL. 2. CONVIVENCIA DEL HIJO MAYOR CON SUS PADRES.—IV. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PROYECTO DE LEY. EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO DE FUTURO POR EL PROPIO MENOR.—V. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO. PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CATALUÑA.—VI. EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA

La Convención Internacional por los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso la consagración de un modelo diferente en el tratamiento jurídico de la discapacidad. En su preámbulo señala que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». Además, define la discapacidad (art. 1) afirmando que «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Siguiendo sus directrices el actual Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹ impone un cambio radical, sobre todo, en el tema que vamos a estudiar a continuación, porque precisamente elimina dos instituciones de nuestro Código civil: *la patria potestad prorrogada y la patria*

potestad rehabilitada, teniendo en cuenta, además, que se excluye la declaración de incapacidad o la limitación de derechos personales, patrimoniales o políticos. Todo ello significa un paso hacia adelante en un cambio total de los menores con discapacidad que se convierten en adultos al alcanzar la mayoría de edad.

La línea principal del cambio se centra en que se pasa de un sistema en el que predomina la *sustitución en la toma de decisiones*, a otro basado en el *respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*. Y claro, en este nuevo modelo donde los sujetos discapacitados son considerados como sujetos titulares de derechos y donde se pone fin al sistema rehabilitador donde eran concebidos como objetos de necesaria protección social, lo primero que hay que eliminar es el artículo 171 donde se regula la rehabilitación y prórroga de la patria potestad.

El artículo 268 del proyecto indica con claridad este cambio señalando que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise.

Establece además que las líneas fundamentales en las que se deben basar tales medidas e instituciones de apoyo, respetarán siempre la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Medidas que serán revisadas periódicamente en un *plazo máximo de tres años* y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

Resulta importante tener en cuenta que la *curatela*, de naturaleza asistencial, se convierte en la principal medida de apoyo, de origen judicial para las personas con discapacidad. El proyecto de ley elimina el procedimiento de incapacidad o de modificación judicial de la capacidad y es sustituido por el *procedimiento de provisión de apoyos* (art. 756.1 LEC redacción del proyecto), que únicamente procederá cuando sea pertinente el nombramiento de curador de conformidad con lo establecido en el Código civil².

En estudios anteriores ya hemos indicado como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo descarta que, actualmente, el procedimiento de modificación de la capacidad y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a la Convención, precisamente por la flexibilización con la que la propia autoridad judicial adapta, fundamentalmente últimamente la curatela a los casos concretos de personas con discapacidad que llegan a su conocimiento³.

II. PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Ambas instituciones fueron una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que se recogen en el artículo 171 del Código civil⁴. Precepto que fue modificado en dos ocasiones, primero, apenas dos años después de su introducción, por el artículo 4 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, que modificó el párrafo 1.º del precepto, esto es la referencia a que la incapacidad del menor se hubiera debido a *deficiencias o anomalías psíquicas o a sordomudez*⁵. Y, posteriormente, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que realizó algunas adaptaciones gramaticales y de contenido interesantes e innovadoras (como vamos a ver más adelante), siendo la que nos afecta ahora, la inclusión del régimen de curatela

junto al ya existente de tutela, una vez extinguida la patria potestad prorrogada, cuando continuara el estado de incapacitación⁶.

Dice actualmente el artículo 171 del Código civil que:

«La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera 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, en las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada terminará:

1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2.º Por la adopción del hijo.

3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

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

Así pues, *durante 41 años* el precepto ha regulado dos instituciones, la *patria potestad prorrogada o subsistente sobre hijos incapacitados* que alcanzan la mayoría de edad, y la *rehabilitada* que se ejerce sobre hijos mayores solteros que, viviendo en su compañía, son declarados incapaces. Vemos pues, que la discapacidad como fenómeno social está en constante evolución y crecimiento, de ahí la serie de modificaciones legales existentes.

1. PATRIA POTESTAD PRORROGADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL

La primera de ellas la *patria potestad prorrogada* tiene lugar cuando un hijo es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad, en cuyo caso la potestad se prorroga al llegar aquel a la mayoría de edad a favor de quien correspondiera si el hijo fuera menor de edad, ejerciéndose sin solución de continuidad⁷. Se accede a esta institución automáticamente, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional más que el menor incapacitado alcanza la mayoría de edad y por ello continua la patria potestad.

Generalmente, la jurisprudencia que ha estudiado el tema de la *patria potestad prorrogada* se ha venido refiriendo a la patria potestad en exclusiva de la madre con la que convive la persona con discapacidad. Así la SAP de Asturias de 31 de enero de 2020⁸, rehabilita la *patria potestad exclusivamente en la madre del demandado*, con quien convive. La enfermedad del demandado crónica y permanente, con sujeción constante a tratamiento médico que puede provocar ciertas mejoras, con posibilidad de que se presenten nuevas crisis si no es supervisado el tratamiento que ha sido abandonado en ocasiones por el demandado.

Prórroga de la patria potestad prorrogada que se mantiene independiente de que la persona con discapacidad esté internada en un centro especial. Se trata de la SAP de Asturias, de 15 de abril de 2020, que en un procedimiento de modificación de medidas definitivas, donde existe la *patria potestad prorrogada* sobre el hijo mayor de edad incapacitado internado en centro residencial se mantiene independientemente de las *carencias denunciadas en cuanto a la forma en la*

*que se ha ejercitado su derecho de información que no acreditan cumplidamente, ni justifican, que para la mejor salvaguarda del interés superior del hijo haya que proceder al cambio de la custodia monoparental materna, que viene rigiendo, a una custodia compartida*⁹.

Últimamente, la jurisprudencia ha estudiado el tema de la *patria potestad prorrogada* centrándose fundamentalmente en el *régimen de visitas a que tiene derecho la persona con discapacidad por parte del progenitor no custodio*. El Auto del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2020¹⁰ se cuestiona el régimen de visitas, respecto de la hija común— que es mayor de edad, pero cuya capacidad de obrar fue modificada judicialmente *prorrogando la patria potestad de los progenitores sobre ella*. Se *acuerda mantener de forma conjunta la titularidad de la patria potestad a efectos de representación, atribuyendo en exclusiva a la madre el ejercicio de la misma*, con la obligación de comunicar al padre las decisiones que adopte en dicho ejercicio, a fin de poder ejercitar las acciones pertinentes, así mismo acuerda un régimen de comunicaciones, padre e hija, de dos horas a la semana, en un PEF, con visitas tuteladas, que se podrá ir ampliando progresivamente, en función de los informes que se vayan emitiendo por dicha institución y las mejoras que vaya presentando el padre. La titularidad de la patria potestad se mantiene conjunta, aunque su ejercicio exclusivo corresponda a la madre.

Curiosamente esta sentencia se hace eco de la STS de 27 de junio de 2018¹¹, y de un concepto, con el que la doctrina científica actual no está muy de acuerdo que es el *del interés superior de la persona con discapacidad*, precisamente por la consideración de la persona con discapacidad *como titular del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado*. La reforma que el artículo segundo del Proyecto introduce en el Código civil sienta las bases del nuevo sistema basado en el *respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

Pero volviendo a la Sentencia del Alto Tribunal de 27 de junio de 2018, indica que dicho principio es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (373/2016, de 3 de junio). En el mismo sentido se encuentran las STS, de 19 de noviembre de 2015¹², y posteriormente, la STS de 3 de junio de 2016¹³.

Por otro lado, la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020,¹⁴ se analiza el tema de la solicitud de régimen de *visitas de hermanos de la persona incapacitada*, internada en centro residencial, teniendo la patria potestad prorrogada el padre. La Audiencia pone de manifiesto que la sentencia de primera instancia incurre en un defecto de procedimiento, pues resuelve *sin audiencia del incapaz y sin información suficiente de su realidad*. Los declarados *incapaces han de ser oídos* en el procedimiento para su internamiento no voluntario.

2. PATRIA POTESTAD REHABILITADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL

La *rehabilitación de la patria potestad* está prevista también, en el artículo 171 del Código civil, para el supuesto de que el hijo sea incapacitado una vez alcanzada la mayoría de edad y, por tanto, se encuentra extinguida la patria potestad ordinaria por emancipación del hijo, pero renace a causa de su incapacidad¹⁵. En este caso, los requisitos exigidos para que se acuerde la rehabilitación de la patria potestad son que el hijo esté *soltero*, que el hijo *conviva* con los padres o alguno de ellos, y, que el hijo esté *incurso en causa de incapacidad de los artículos 200 y 201 del Código civil*¹⁶. La exigencia imperativa de estos requisitos ha dado pie al nacimiento de algunos problemas prácticos que durante años ha ido resolviendo la jurisprudencia y en parte flexibilizándolos. Y, este es precisamente uno de los fundamentos que da pie a su desaparición en el proyecto, pues la nueva configuración de la persona con discapacidad y el sistema de apoyos previstos solventa los problemas prácticos, que a continuación vamos a ver.

La *diferencia esencial* entre ambas instituciones se produce al alcanzar la mayoría de edad: esto es, cuando el menor alcanza los 18 años. La mayoría de edad extingue automáticamente la patria potestad, y, por ello, debe prorrogarse o rehabilitarse, teniendo en cuenta el momento de la incapacitación judicial.

El *fundamento* de ambas instituciones suponía dar continuidad a una situación de un hecho familiar práctico como era la de prorrogar o rehabilitar la patria potestad cuando el hijo estaba incapacitado o siendo mayor, soltero y conviviendo con los padres se le incapacita. Acudir a los progenitores conlleva *evitar la constitución del organismo tutelar*. Hay pues un *cierto paralelismo* con la actualidad que se propone en el proyecto de ley. Acudir a la medida de apoyo familiar existente y no a otras instituciones... pero sin someter a la persona con discapacidad a un procedimiento de incapacitación (que también desaparece con la reforma)¹⁷ y, sobre todo desde otra perspectiva diferente. No hay imposición en que la medida de apoyo se centre en los padres, puede recaer en un hermano o familiar que cumpla mejor los deseos voluntades o preferencias de la persona con discapacidad que no los progenitores.

III. CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA REHABILITACIÓN

Vamos a analizar diferentes supuestos de hecho que con la legislación aún vigente podría ser objeto de una rehabilitación de la patria potestad.

1. SOLTERÍA: REQUISITO ESENCIAL

El primer requisito imperativo exigido por la ley (actual art. 171 CC) es que la persona con discapacidad se halle en estado civil de soltero. Esta circunstancia planteaba multiplicidad de problemas prácticos.

Pensemos en los supuestos de que la persona con discapacidad haya contraído matrimonio y *¿Si el cónyuge fallece o es declarado fallecido, o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, etc...?* En este caso, el estado civil será el de viudo, pero el sentido del precepto ¿podría pretender equiparar la viudedad a la soltería?

Ocurriría lo mismo si pensamos *¿Qué ocurre si tras el matrimonio se produce la disolución del mismo por divorcio, o por nulidad?* En el caso de la nulidad, desde el punto de vista legal estamos ante el requisito exigido de soltería (aunque hubiese hijos, siempre que se hubiese actuado de buena fe). No así en el caso del divorcio.

En el caso de *disolución por divorcio o por muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge*, aun no existiendo vínculo matrimonial, no puede decirse que estemos ante una persona soltera.

¿Qué ocurre si se produce la separación de los cónyuges? En este caso no hay disolución del vínculo.

El legislador estableció el *requisito de la soltería* para evitar otorgar en caso de constitución de tutela (institución a la que se acudía por imperativo legal) al cónyuge, pues este es el que tendría para hacerse cargo de la guarda legal del incapacitado, como tutor, si conviviere con él (art. 234.2 CC)¹⁸, pues tendrían preferencia en el orden de prelación para el cargo de tutor. Así, los padres, a través de la *rehabilitación* de la patria potestad, desplazarían al cónyuge del ejercicio del cargo tutelar.

Para evitar estos problemas la doctrina entendió que en los casos de disolución del matrimonio (divorcio o fallecimiento del cónyuge) debería equipararse a la condición de soltería, a fin de «cumplir» el requisito y rehabilitar también la patria potestad, y evitar a la institución tutelar, donde también serán llamados los padres.

Acudir a esta «*ficción*» no solventaría el supuesto del cónyuge separado pues en ningún caso puede equipararse con el soltero. La inexistencia de disolución de vínculo conlleva que la separación de la convivencia mantenga ciertos deberes matrimoniales como los de ayuda y socorro recíproco (arts. 67 y 68 CC). Aunque la doctrina entendía que al requerirse por el Código que la convivencia requerida fuera la conyugal, debiendo equipararse con la *comunidad de vida* en la que se realizan los deberes y finalidades del matrimonio, de hecho, se excluía también al cónyuge separado. Por lo que a *efectos prácticos también podría equipararse el separado al soltero...* sabiendo que no hay disolución del vínculo¹⁹.

Todos estos problemas y disonancias surgidos de la necesidad de cumplir estrictamente el requisito de soltería, han sido durante años «considerados de ser mitigados» como abogaba la doctrina²⁰.

Otra cuestión que planteaba problemas era el supuesto de que el *mayor de edad que hubiese constituido una pareja de hecho fuese incapacitado*. En ese caso y desde el punto de vista legal estricto estaría soltero por lo que se podría acudir a la figura de la rehabilitación, independientemente de que podría tener hijos.

De aprobarse el proyecto y convertirse en Ley, independientemente del estado civil que tuviese el mayor de edad, y primando sus deseos, estaría asistido «como medida de apoyo» por la persona más cercana de su entorno familiar, a modo de curador. Y si la discapacidad en la que incurre es muy severa, podrá decretarse judicialmente la figura de un curador para que se concretase excepcionalmente las medidas de representación. Si el grado de discapacidad es severo, puede que necesite ser representado para realizar ciertas actividades, en tal caso la institución de la curatela será la solución.

El actual artículo 249 del Proyecto señala que dichas funciones deberán tener en cuenta la *trayectoria vital de la persona* con discapacidad, sus *creencias y valores*, así como *los factores que ella hubiera tomado en consideración*, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Además, en todo caso, el juez podrá dictar las *salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.*

2. CONVIVENCIA DEL HIJO MAYOR CON DISCAPACIDAD CON SUS PADRES

El siguiente requisito exigido era el de la *convivencia del hijo mayor con sus padres*. Requisito flexible porque se equipara la convivencia con los padres a los supuestos en los que el hijo se halle *en Colegios o Instituciones*. Requisito que ha sido interpretado en el sentido de continuar el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento.

Se pone de manifiesto, además, como ante un mismo supuesto de hecho, se dictan resoluciones judiciales en distinto sentido, lo que propicia situaciones de *inseguridad jurídica*, pues hay resoluciones judiciales que se muestran contrarias a la rehabilitación de la patria potestad a los padres y favorables a la constitución del organismo tutelar a favor de los mismos, por entender que no concurre el requisito de la convivencia al estar los incapacitados internados o ingresados en centros especializados o en hospitales Y así lo puso de manifiesto la jurisprudencia, ya antigua, como la SAP de Toledo de 28 de noviembre de 2001²¹, o la SAP de Murcia de 20 de mayo de 1999²².

Requisito que, por ejemplo, no se contemplaba en la Ley 67 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, ni en el artículo 161 del Código de Familia de Cataluña²³.

De hecho la doctrina no entendía porque este requisito se exigía en la rehabilitación y no en la patria potestad prorrogada²⁴. Tengamos en cuenta que puede ocurrir que el mayor incapaz realmente conviva con un *hermano* o con un *descendiente, o abuelo, o pariente o allegado...* en tales supuestos está claro que no se está bajo la patria potestad prorrogada por la simple ausencia de padres, pero sí del entorno cercano familiar o socialmente de la persona con discapacidad, aunque realmente habría que acudir a la *tutela o guarda de hecho*.

Ha sido la propia Jurisprudencia la que ha ido dando un paso progresivo a convertir esta rehabilitación de la patria potestad hacia la del apoyo de la curatela. Por ejemplo, la SAP de Vizcaya, de 16 de julio de 2019, que analiza un supuesto de rehabilitación de patria potestad, donde al contar que la persona con discapacidad no tiene capacidad para otorgar su consentimiento respecto a los tratamientos que debe seguir, por falta de conciencia de su enfermedad, *precisa únicamente supervisión y apoyo necesario, a prestar por sus padres rehabilitando la patria potestad con funciones de curatela*²⁵.

Tras la aprobación de la nueva ley, se va a obtener el mismo resultado, tras eliminar ambas instituciones, la persona mayor con discapacidad realmente va a poder convivir con sus padres, o con cualquiera de los familiares, sin exigirse la prórroga ni la rehabilitación de la patria potestad. Puede según el grado de discapacidad que tenga, vivir solo, y simplemente ser asistido asistencialmente cuando sea necesario.

En conclusión, tras este breve análisis podemos indicar que en cumplimiento del mandato legal, los órganos jurisdiccionales desde la Convención, ya rehabilitaban la patria potestad siempre que se cumpliesen los requisitos del artículo 171 Código civil, salvo que, *excepcionalmente conviniese constituir el organismo de*

apoyo a favor de personas distintas de los progenitores, en cuyo caso, la resolución judicial que no declare la rehabilitación de la patria potestad deberá motivar la decisión.

Así en el ATS de 5 de febrero de 2020²⁶, se combate en casación la asignación del cargo tutelar a una fundación —frente a su solicitud de prorrogar la patria potestad de su madre—, alegando la ausencia de motivos para ello, y por tanto la falta de motivación de la sentencia recurrida en casación. A fin de *proteger el interés superior de la discapaz*, el nombramiento efectuado por la audiencia motiva y justifica la designación para el cargo de tutor. Por tanto, el recurrente, al reiterar la solicitud de prórroga de la patria potestad de su madre, parte de una idoneidad de esta, que la sentencia niega, cuestionando la valoración realizada en la segunda instancia.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que al igual que hemos visto en la patria potestad prorrogada, en la rehabilitación, hay que tener en cuenta la situación de ruptura matrimonial de los progenitores y consecuentemente como afecta a la convivencia de la rehabilitación si hay divorcio de los progenitores como el supuesto de la SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020²⁷, en la que se declara la incapacidad total del demandado concretando que no *procede el nombramiento de tutor, sino la rehabilitación de la patria potestad*. Dicha rehabilitación recae sobre el padre, dado el divorcio de los progenitores y las tensas relaciones entre ambos. No es procedente una rehabilitación de la patria potestad a favor de ambos, pese a la aptitud de la madre que tuvo la custodia del hijo hasta su mayoría de edad, dado que el hijo convive con el padre y declaró de forma contundente en la vista que quiere seguir viviendo con él, que demostró su buena labor realizada. El ámbito de rehabilitación de la patria potestad debe ajustarse a las directrices de la Convención de Nueva York.

3. INCAPACITACIÓN: MOMENTO

El tercer requisito en la rehabilitación, es que el hijo que ha salido fuera del hogar paterno, vuelva al mismo tras haber sido declarado incapacitado.

Era necesario que la incapacidad, su declaración, tuviese lugar *a posteriori*, cuando ya ha salido de la patria potestad (porque ha alcanzado la mayoría de edad) y del ámbito paterno (no convive con los padres). Está claro el carácter paternalista del precepto y de las dos instituciones, que insisten indirectamente que el deber de todo padre es hacerse cargo de sus hijos y extendiendo su responsabilidad paterna sin límite temporal cuando el hijo era declarado incapacitado y requería de la asistencia y representación de sus progenitores.

Pues bien, con la desaparición de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la misma, se llega al mismo efecto *sin el carácter paternalista existente...* a la protección de la persona con discapacidad, pero pasando de ser sustituido en la toma de decisiones por sus padres hacia una protección basada en *el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*.

En conclusión, la doctrina civilista²⁸ ya se planteó la necesidad de reforma del artículo 171 del Código civil en relación con la rehabilitación de la patria potestad, por la existencia de los requisitos de soltería del hijo mayor y de la convivencia con los padres, que hacía que la institución se utilizara en menor medida que la necesaria, generalmente cuando los padres tenían la guarda del incapacitado, tanto en el ámbito personal como en el de representación. Incluso señalaba como propuesta de reforma la inclusión en el artículo 171 del Código

civil de «una remisión a las normas de la curatela para los casos en que proceda un régimen de asistencia, pues este se aviene mal con la normativa de la patria potestad sobre menores no emancipados, a la que el artículo 171 se remite para todo aquello no previsto en la sentencia de incapacitación».

IV. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PROYECTO DE LEY. EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO DE FUTURO POR EL PROPIO MENOR

El actual Proyecto de Ley indica en el artículo 252 que «Cuando se prevea razonablemente en los *dos años anteriores a la mayoría de edad* (a los 16 años) que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, *precisar de apoyo* en el ejercicio de su capacidad jurídica, *la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.*

Y, lo más importante, que estas medidas se adoptarán en todo caso «dando *participación al menor* en el proceso y atendiendo a su *voluntad, deseos y preferencias*». Medida de apoyo que será la asistencial que viniera observándose, hasta los 18 años bajo la patria potestad, y a partir de ese momento progenitores o familiares se podrán convertir en *guardadores o curadores*.

El propio menor mayor de 16 años, «en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, *podrá prever en escritura pública medidas de apoyo* relativas a su *persona o bienes* estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo» (art. 253).

Estamos ante el posible otorgamiento por un menor mayor de 16 años, otorgar *poder preventivo* o proponer el *nombramiento de curador* como medida de naturaleza voluntaria, y que podrá ser suplida o complementada por *la autoridad judicial*.

Poderes preventivos que deberán ser *comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el notario autorizante*, para su constancia en el registro individual del otorgante.

V. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO. PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CATALUÑA

La potestad parental en Cataluña se encuentra regulada en el capítulo VI del título III, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña²⁹, relativo a la persona y la familia, en cuyas secciones cuarta y quinta se regulan aspectos sobre la *rehabilitación de la patria potestad* (art. 236.34 CC Catalán). Dice el precepto que:

«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 por el apartado 1, la potestad no se rehabilita si el incapaz ha designado un tutor o un curador por sí mismo, de acuerdo con lo establecido por 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».

Previamente el artículo 236-33 se refería a la Prórroga de la patria potestad en términos iguales a los del precepto de la rehabilitación. Al señalar 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.

El cambio producido en la legislación autonómica catalana en 2010, en parte, tuvo presente la línea iniciada por la Convención de las personas con discapacidad de 2006, pues a diferencia del Código civil al referirse a la rehabilitación no se impone la exigencia de los requisitos que hemos analizado. Y, moderadamente se da un paso más, y se introduce que no habrá rehabilitación si el incapaz ha designado previamente tutor o curador, o si «debe constituirse tutela o curatela» según la gradación existente en el Código para cumplir con el cargo de tutor en la figura del cónyuge o familiares...

Tiene en cuenta un hecho práctico más, y es el de la situación personal de los padres y su edad. Pero esta cuestión se tiene en cuenta, con carácter negativo, para indicar que puede no acordarse la prórroga o rehabilitación, y ordenarse la constitución de la tutela o curatela por la autoridad judicial³⁰.

VI. EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO CIVIL

El menor necesitado de apoyos tendrá a sus padres que le asistirán sin necesidad de que sea tomada una medida especial por el juez, (recordemos que se elimina el procedimiento *judicial de incapacitación*)³¹. Esto no significa, como ya hemos señalado, que haya una imposición u obligación de otorgar siempre a los padres la consideración de «apoyo» de sus hijos con discapacidad. Podrá preverse cuando cumpla 16 años que si la discapacidad continuará en el futuro las medidas de apoyo sean solicitadas por el menor, por sus progenitores o el ministerio fiscal. O que el propio menor diseñe su autocuratela como medida de apoyo que podrá ser complementada por el juez. De manera que pueden sus padres pasar a ser los curadores del hijo.

Puede ocurrir también que el menor no conviva con sus padres sino con su entorno cercano (hermanos, abuelos, parientes o allegados) en tal caso estos actuarán como guardadores y pueden asistir al menor siendo su «apoyo» en el ejercicio de sus funciones. Y ocurrirá lo mismo al alcanzar la mayoría de edad, si necesitase apoyo, pues será asistido por su entorno familiar o social más cercano...

Realmente no se trata de un cambio en la terminología sino en la situación de la persona con discapacidad que pasa de ser menor a mayor de edad. Como todo mayor de edad va a salir fuera de la «esfera de control» de sus padres y va a otorgársele un apoyo en la toma de determinadas necesidades siguiendo siempre sus deseos, voluntad y preferencias³².

Un menor con discapacidad, al igual que un menor sin discapacidad necesita ser guardado y custodiado por sus padres. Lo normal será que sean estos quienes le presten su apoyo en todo momento sin más. Si es guardado por sus hermanos, abuelos, parientes o allegados entonces también será normal que sean

estos quienes le presten su apoyo. Son guardadores de hecho y lo continuarán siendo incluso con la nueva legislación. Si la discapacidad persiste en el momento de alcanzar la mayoría de edad, lo lógico será que continúen igual las cosas. Los padres en el primer supuesto serán quienes le sigan prestando apoyo, y en el segundo supuesto sus guardadores. La cuestión cambiará si por diversas circunstancias la persona con discapacidad no puede contar con sus padres como apoyo en sus labores asistenciales (ancianidad de los padres, o convivencia con otra persona, o por voluntad del propio sujeto).

En todo caso *se pasa de la esfera de control de la patria potestad o de la guarda del menor a la medida de apoyo realizada por el curador*, como medida asistencial, sobre la que se realizarán las medidas de control y seguimiento del Ministerio Fiscal y del juez con todas las garantías previstas en el proyecto de Ley³³.

Desde el punto de vista práctico, y formal, surgirá otra diferencia, pues el curador deberá hacer *inventario* de los bienes de la persona con discapacidad, y además, constituir *fianza* antes de iniciar el ejercicio de su cargo³⁴. Evidentemente a los padres ejerciendo su patria potestad prorrogada o rehabilitada no se les exigía tales requisitos de control.

Después de todo lo dispuesto con anterioridad, está claro que la eliminación de las figuras no modifica, la *eficacia de la protección* de la persona con discapacidad, sino que además refuerza el cumplimiento de su voluntad, deseos y preferencias, y, en determinados supuestos, garantiza el patrimonio a través de las facultades representativas del curador por las garantías de control judiciales establecidas.

Recordemos que partimos de que la reforma insiste en que la persona con discapacidad *no necesita protección sino apoyo para actuar tanto en el plano personal como en el patrimonial*.

En cuanto a los *controles* establecidos para el ejercicio de uno u otro cargo, tanto los titulares de la patria potestad como los curadores necesitan autorización judicial para la realización de determinados actos³⁵.

También debemos detenernos en pensar si la eliminación afecta, o no, al *ámbito afectivo* de la persona con discapacidad. Entendemos que la eliminación no modifica, ni la situación de los padres, ni la del *sujeto menor con discapacidad*, pero tampoco respecto al *mayor*, y ello porque el *apoyo* necesario para la persona con discapacidad, independientemente de su edad, recaerá siempre en la persona de su confianza que serán sus padres, familiares o su curador..., o dichos familiares que ocuparán dicho cargo tutelar.

VI. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto, la reforma y consiguiente eliminación de la patria potestad y la rehabilitación de la misma, supone un paso importante en la consideración del respeto al *derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Se concreta de manera efectiva como las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, en un momento muy importante como es el del paso de la menor edad a la mayoría de edad de la persona con discapacidad.

Sin olvidar, la posibilidad a la hora de concretar los apoyos que la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado (desde incluso los 16 años) en previsión de una

futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez constatada la misma.

En resumen, la nueva regulación no va a suponer una ruptura o un cambio radical en la práctica, pues como hemos expuesto la jurisprudencia ha ido flexibilizando la aplicación de la Convención dando importancia a la institución de apoyo de la curatela.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, R.M.^a: La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección Persona y derechos / A fondo, octubre de 2017, Wolters Kluwer. (La Ley 14127/2017).
- AZNAR ESQUIVEL, P.V.; DE LA ROSA YANES, P.C., y TRUJILLO GIL, D.A.: Cuestiones sobre tutela, curatela y guarda de hecho en la ley de jurisdicción voluntaria, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 18, Segundo trimestre de 2018, Wolters Kluwer. (La Ley 5017/2018).
- CALAZA LÓPEZ, A.: La intervención del notario en la separación y el divorcio: cuaderno de bitácora y ruta, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 18, Segundo trimestre de 2018, Wolters Kluwer. (La Ley 5016/2018).
- CAMPO IZQUIERDO, Á.L.: ¿Pueden los padres y/o tutores otorgar testamento en nombre de sus hijos menores de edad o tutelados?, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 6, Segundo trimestre de 2015, LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2732/2015).
- Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos / Estudio de jurisprudencia, septiembre de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 11731/2020).
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J.: Reformas de la patria potestad, en *Diario La Ley*, núm. 9549, Sección Tribuna, 9 de enero de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 15601/2019).
- GARCÍA HERRERA, V.: Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega, en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 9085/2019).
- GARCÍA RUBIO, M.P.: La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018, 173-197.
- Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018. <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 29-60.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.: Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en *Práctica de Tribunales*, núm. 141, noviembre-diciembre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 13749/2019).
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 778 marzo-abril. 1141 a 1154.
- MEDRANO PÉREZ, B.: Incapacitación: tutela y curatela, en *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 660/2016).

- MUÑIZ ESPADA, E.: Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, en *Revista Jurídica del Notariado*. ISSN 1132-0044, HYPERLINK <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/572516> núm. 111, 2020, 277-325.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: Responsabilidad civil del menor a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer, en *Diario La Ley*, núm. 8719, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2016, Ref. D-102, LA LEY. (La Ley 871/2016).
- PALACIOS GONZÁLEZ, D.: Discapacidad psíquica y maternidad, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).
- RIVES SEVA, J.M.^a: El menor de edad, en *Procesos sobre la capacidad de las personas. Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2009. (La Ley 4306/2010).
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 May. 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).
- SEIJAS QUINTANA, J.A.: La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestros tribunales y perspectivas de futuro, en *Práctica de Tribunales*, núm. 145, Sección Estudios, julio-agosto de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 9640/2020).
- PAU, A.: De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, Núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 5-28.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 403/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 4360/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 77112/2018). ECLI: ES:TS:2018:2493.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio. (La Ley 59408/2016). ECLI: ES:TS:2016:2573.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.
- ATS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 de diciembre de 2020, Rec. 197/2020. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 180631/2020). ECLI: ES:TS:2020:11942.^a.
- ATS Sala Primera, de lo Civil, Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 5139/2018. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 2412/2020). ECLI: ES:TS:2020:1139.^a.
- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, Sentencia 1091/2020 de 29 de octubre de 2020, Rec. 1462/2019. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 181844/2020). ECLI: ES:APCA:2020:1417.
- SAP de Segovia, Sentencia 248/2020 de 9 de julio de 2020, Rec. 176/2020. Ponente: Jesús MARINA REIG. (La Ley 99613/2020). ECLI: ES:APSG:2020:300.
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 118/2020 de 15 de abril de 2020, Rec. 595/2019. Ponente: María Piedad LIÉBANA RODRÍGUEZ, (La Ley 51364/2020). ECLI: ES:APO:2020:1677.

- SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 44/2020 de 31 de enero de 2020, Rec. 376/2019. Ponente: Rafael MARTÍN DEL PESO GARCÍA. La Ley 29633/2020. ECLI: ES:APO:2020:1111.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 1276/2019 de 16 de julio de 2019, Rec. 211/2019. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (La Ley 138741/2019) ECLI: ES:APBI:2019:2358.
- SAP de Toledo, Sección 1.^a, Sentencia 376/2001 de 28 de noviembre de 2001, Rec. 264/2001. Ponente: Emilio BUCETA MILLER. (La Ley 215353/2001).
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, Sentencia de 21 de septiembre del 1999, Rec. 692/1998. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. (La Ley 126196/1999).

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE 21 de abril de 2008.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ref. BOE-A-1981-11198.
- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Ref. BOE-A-1983-28123.
- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ref. BOE-A-1996-1069.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010.

NOTAS

¹ Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

² «En cuanto al procedimiento de provisión de apoyos hubiera sido más adecuado sustituir el actual procedimiento contradictorio por un procedimiento de jurisdicción voluntaria, garantizándose de este modo el respeto a la capacidad jurídica de los discapacitados en igualdad de condiciones con los demás. Un procedimiento contradictorio se caracteriza por situar al sujeto discapacitado como parte “demandada”. En los procesos existen dos partes (demandante y demandado) que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, siendo así que el Juez o Tribunal se limita a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones. Se trata de un proceso civil, si bien la jurisprudencia ha venido dejando claro que, pese a ello, no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes (que es lo que, como hemos visto, caracteriza a este tipo de procesos), sino la vía adecuada para lograr la efectiva protección de la persona mediante el establecimiento del apoyo que pueda precisar para el ejercicio de su capacidad jurídica (33). Pese a esta concepción, es cierto que al fin y al cabo el proceso contradictorio convierte al discapacitado en objeto de análisis y evaluación al efecto de determinar si dispone o no de capacidad, siendo así que esto ya no se ajusta a la realidad reflejada por la Convención, que propugna la igualdad de todos en el ejercicio de la capacidad jurídica. A lo anterior debe añadirse que, en coherencia con la concepción del discapacitado como objeto de debate y estudio, no se le permite manifestar su opinión al respecto. En efecto, de acuerdo con el artículo 759 LEC en la redacción propuesta por el Anteproyecto, el Tribunal, en el procedimiento de adopción de medidas de apoyo, practicará las siguientes pruebas (además de las que se practiquen con arreglo al art. 752 LEC): a) reconocerá por sí mismo a la persona

afectada; b) dará audiencia al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable y a los parientes más próximos, salvo que la demanda haya sido presentada por el propio afectado y este hubiera solicitado no practicar dicha audiencia y el Tribunal estime que es lo más conveniente para preservar su intimidad; c) acordará los dictámenes periciales necesarios. Únicamente se da audiencia al discapacitado —si tuviera suficiente juicio— además de a los parientes más próximos y demás personas que el Tribunal estime oportuno, a efectos de nombramiento del curador; si este no estuviera propuesto. Sin embargo, las decisiones judiciales para la provisión de apoyos deberían adoptarse teniendo en cuenta, entre otras opiniones, la del propio discapacitado.

El procedimiento adecuado sería uno de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza precisamente por la ausencia de controversia. Aquí no hay partes, sino interesados, si bien se prevé la participación del Ministerio Público. Y ello precisamente por tratarse de un expediente que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil, sin que exista controversia que deba suscitarse en proceso contencioso (art. 1.2 Ley de Jurisdicción Voluntaria). De acuerdo con el artículo 44 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria “Se aplicará lo dispuesto en esta Sección (Sección 2 ‘De la tutela y la curatela’, Capítulo IV ‘De la tutela, la curatela y la guarda de hecho’), Capítulo para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona». En coherencia con la supresión del procedimiento de modificación de la capacidad, el de provisión de apoyos debería seguir estos trámites».

Vid. GARCÍA HERRERA, Vanessa: Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega, en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 9085/2019).

³ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 778 marzo-abril. 1141 a 1154.

⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En esta primera e inicial versión se indicaba que «*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 soltero 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 se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese 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.*

La patria potestad prorrogada terminará:

1.º *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.*

2.º *Por la adopción del hijo.*

3.º *Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.*

4.º *Por haber contraído matrimonio el incapacitado.*

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

⁵ La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, en su artículo 4.º indicó que se modificaba el párrafo 1.º del artículo 171 de la siguiente manera:

«La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá tutela sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera 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, en las reglas del presente título».

⁶ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificó el precepto indicando en su disposición final, decimoctava, apartado 2.º que «*En el primer párrafo del artículo 171 se eliminan las palabras “no se constituirá la tutela, sino que”*».

Al final del último párrafo de este mismo artículo 171 se agrega la frase «o curatela, según proceda».

⁷ La SAP de Murcia de 6 de junio de 2000 que el fundamento de esta institución reside en que, siendo la patria potestad el poder tuitivo por excelencia, resulta lógico que cuando se llega a la mayoría de edad, en caso de incapacidad, si viviere el titular de la patria potestad, sea este y ningún otro quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encargado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses.

⁸ SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 44/2020 de 31 de enero de 2020, Rec. 376/2019. Ponente: Rafael MARTÍN DEL PESO GARCÍA. La Ley 29633/2020. ECLI: ES:APO:2020:1111.

⁹ SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 118/2020 de 15 de abril de 2020, Rec. 595/2019. Ponente: María Piedad LIÉBANA RODRÍGUEZ, (La Ley 51364/2020). ECLI: ES:APO:2020:1677.

¹⁰ ATS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 de diciembre de 2020, Rec. 197/2020. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 180631/2020). ECLI: ES:TS:2020:11942.^a

¹¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 403/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 4360/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 77112/2018). ECLI: ES:TS:2018:2493.

¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016). ECLI: ES:TS:2016:2573.

¹⁴ SAP de Segovia, Sentencia 248/2020 de 9 de julio de 2020, Rec. 176/2020. Ponente: Jesús MARINA REIG. (La Ley 99613/2020). ECLI: ES:APSG:2020:300.

¹⁵ Discapacidades producidas: por la evolución social y de la medicina que ocasionan enfermedades generadoras de algún tipo de discapacidad (estrés, accidentes de todo tipo...), y, por otro lado, los avances científicos y la mejora de las condiciones de vida, han permitido una reducción de la mortalidad y una prolongación de la esperanza de vida de las personas discapacitadas.

¹⁶ Artículo 200 «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Artículo 201 «Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad».

¹⁷ Hacer alusión a la exposición de motivos donde lo concreta.

¹⁸ El artículo 234 Código civil advierte que «para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223 del Código civil. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres (...)».

¹⁹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de mayo de 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).

²⁰ SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 116.

²¹ La SAP de Toledo, Sección 1.^a, Sentencia 376/2001 de 28 de noviembre de 2001, Rec. 264/2001. Ponente: Emilio BUCETA MILLER. (La Ley 215353/2001) dice que «el requisito de la convivencia del artículo 171 del Código civil, no puede ser entendido en su sentido literal, pues ello dejaría fuera de la posibilidad de prórroga (debería decir rehabilitación), precisamente los casos más graves de incapacidad, es decir, aquellos como el presente, en que el sujeto, por su grave estado de retraso o de enajenación, requiera de su internamiento en centro adecuado. Evidentemente el sentido del requisito de la convivencia se refiere a que el incapacitado no conviva con otra persona distinta 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 comprenden 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».

²² SAP de Murcia, Sección 1.^a, Sentencia de 21 de septiembre del 1999, Rec. 692/1998. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. (La Ley 126196/1999). Sentencia que indica que no procede la rehabilitación porque no se cumple uno de los requisitos exigidos para ello, cual es la necesaria convivencia del incapaz con uno alguno de los progenitores.

²³ El artículo 162 del Código de Familia de Cataluña, titulado Constitución de la tutela o de la curatela, dice que «la autoridad judicial, no obstante lo dispuesto en los artículos 160 y 161 (prórroga y rehabilitación de la patria potestad, respectivamente), dada la edad y situación personal y social del padre y de la madre, el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz y sus relaciones personales, puede no acordar la prórroga o rehabilitación de la potestad y ordenar la constitución de la tutela o de la curatela.

²⁴ 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 (*Vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, *cit.*, 4)

²⁵ Trastorno generalizado de desarrollo y retraso mental leve. Limitación importante en actividades que requieren una cierta elaboración intelectual como pueden ser todas las relacionadas con el proyecto vital del paciente (plan de trabajo, integración social independiente etc.) así como las que precisan de una elaboración más avanzada especialmente referida al manejo de su patrimonio y todas las actividades derivadas del mismo (testar, hipotecar, compraventa, contratos). SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 1276/2019 de 16 de julio de 2019, Rec. 211/2019. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (La Ley 138741/2019) ECLI: ES:APBI:2019:2358.

²⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 5139/2018. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 2412/2020). ECLI: ES:TS:2020:1139.^a

²⁷ SAP de Cádiz, Sección 5.^a, Sentencia 1091/2020 de 29 de octubre de 2020, Rec. 1462/2019. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 181844/2020). ECLI: ES:APCA:2020:1417.

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de mayo de 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).

²⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010.

³⁰ Artículo 236-35 Constitución de la tutela o de la curatela: La autoridad judicial, no obstante, lo establecido por los artículos 236-33 y 236-34, teniendo en cuenta la edad y la situación personal y social de los progenitores, el grado de deficiencia del hijo incapaz y sus relaciones personales, puede no acordar la prórroga o rehabilitación de la potestad y ordenar la constitución de la tutela o de la curatela.

³¹ Los padres deben ser titulares de la patria potestad. No cabe que el progenitor privado o suspendido de la patria potestad sea el apoyo de su hijo menor con discapacidad

³² Recordemos que las características de la curatela se centran en que:

— serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise,
— respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica —atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268).

³³ Artículo 270: La autoridad judicial establecerá en la resolución las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

También podrá exigir en cualquier momento al curador informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella. Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

³⁴ *Constitución de fianza* artículo 284.: Cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial. En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

Inventario del patrimonio (art. 285). El curador con facultades representativas estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. El letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero de este artículo si concurriere causa para ello.

³⁵ Artículo 287. El *curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo* necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar; bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e interés de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.