

INCIDENCIA DE LA REFORMA EN MATERIA DE
CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE NULIDAD,
SEPARACIÓN Y DIVORCIO

*IMPACT OF THE REFORM OF LEGAL CAPACITY IN
ANNULMENT, SEPARATION AND DIVORCE PROCEEDINGS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 940-963

M^a Amalia
BLANDINO
GARRIDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar el nuevo régimen introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en relación a las medidas de apoyo que pueden adoptarse en los procesos de nulidad, separación y divorcio, respecto de los hijos comunes mayores de dieciséis años con discapacidad. Asimismo, se abordan las medidas que pueden establecerse en dichos procesos relativas a las visitas, uso de la vivienda familiar y alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; medidas de apoyo; crisis matrimonial; vivienda familiar; régimen de visitas; alimentos.

ABSTRACT: *This paper aims to analyse the new regime introduced by Law 8/2021, of 2 June, “reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity”, concerning the support measures that can be adopted in annulment, separation and divorce proceedings, for common children over the age of sixteen with disabilities. It also deals with the measures that can be established in these proceedings about visits, use of the family home and alimony in favour of children of legal age with disabilities.*

KEY WORDS: *Legal capacity; support measures; matrimonial crisis; family home; visiting arrangements; alimony.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. DE LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD AL SISTEMA DE APOYOS.- III. LA PROVISIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE APOYO A LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL.- 1. El régimen de adopción de medidas, hasta ahora vigente, respecto de los hijos con la patria potestad prorrogada o rehabilitada.- 2. El establecimiento de medidas de apoyo respecto de los hijos en el proceso matrimonial.- IV. MEDIDAS DERIVADAS DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES RESPECTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD.- 1. Régimen de visitas y comunicación.- 2. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos con discapacidad.- 3. Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.-

I. PLANTEAMIENTO.

Uno de los ámbitos en los que ha incidido la reforma introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (en adelante, LRCJ), es el relativo a los procesos de nulidad, separación y divorcio. En concreto, la reforma ha dado paso a una nueva regulación de las situaciones de crisis matrimonial cuando existen hijos que precisan apoyo. Así, entre las normas que han sido objeto de adaptación a este nuevo marco normativo se encuentran las relativas a la adopción de las medidas de apoyo respecto de los hijos comunes de los cónyuges con discapacidad en el propio procedimiento de nulidad, separación o divorcio; el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas con el progenitor con el que no convivan y con otros parientes y allegados; y, por último, la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos comunes mayores de edad que estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente su permanencia en el hogar familiar. Estos aspectos reformados serán objeto de análisis en el presente trabajo; asimismo, a pesar de que la reforma no ha alterado la regulación del régimen de los alimentos, se efectúa un estudio de la contribución a las necesidades alimenticias de los hijos con discapacidad en las situaciones de crisis matrimonial.

II. DE LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD AL SISTEMA DE APOYOS.

La LRCJ ha modificado el sistema del Código civil español por su falta de adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las

• **M^a Amalia Blandino Garrido**

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Correo electrónico: amalia.blandino@uca.es.

Personas con Discapacidad (la Convención), realizada en Nueva York en 2006¹. Transcurridos más de trece años desde que España procediera a la ratificación², esta Ley pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento a este instrumento internacional. Con esta premisa, se deja atrás la incapacitación entendida como un estado civil³ y se introducen cambios en la regulación de las instituciones de guarda y protección de las personas con discapacidad⁴. La nueva regulación se inspira en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE), en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás⁵. Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 mayo 2017⁶, sintetizando la doctrina de la Sala, “la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)”.

Es cierto que nuestros tribunales habían desplegado sus esfuerzos interpretativos en adecuar sus resoluciones a los dictados de la Convención, siendo la curatela

- 1 La Convención tiene como propósito, según su art. 1, “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Como se indica en el Dictamen del Consejo de Estado (referencia 34/2019) al Anteproyecto de la Ley, de 11 de abril de 2019, en su consideración cuarta, esta Convención opera una transformación radical en la manera de afrontar la discapacidad. En efecto, de acuerdo con su art. 4, “los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”.
- 2 El 13 de diciembre de 2006 se firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ratificación por España se produjo a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de ese mismo año. La vigencia del Convenio de Nueva York, determinó la necesidad del pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del sistema tutelar español con la precitada Convención, lo que se llevó a efecto mediante STS Pleno 29 abril 2009 (RAJ 2009, 2901), en la que se descartó que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela fuesen discriminatorios y contrarios a los principios del tratado, que no resultaba, por consiguiente, derogado. Un comentario de esta sentencia en DE PABLO CONTRERAS, P.: “La incapacitación en el marco de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 3, 2009, pp. 550-590.
- 3 Siguiendo a PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 10-11, podemos señalar que son diversas las razones que, desde la Convención de Nueva York dan lugar a que la discapacidad no pueda considerarse ya un estado civil, entre ellas, que no se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud, que por sí sola es limitada.
- 4 En el sistema derogado, la situación de modificación de la capacidad de obrar podía dar lugar al sometimiento de la persona afectada a la tutela o a la curatela, que son, como resultaba del art. 215 del C, mecanismos o instituciones para “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados”.
- 5 Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.
- 6 STS 16 mayo 2017 (RAJ 2017, 2207).

preponderante y la tutela residual⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo mantuvo que “la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.I LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias”⁸. Es indudable, sin embargo, que la letra de la ley permitía meras adaptaciones interpretativas y no cambios reales de perspectiva ante la discapacidad.

La reforma afecta a la capacidad jurídica, concepto central de cualquier sistema jurídico, en torno al cual gira el reconocimiento de la persona como titular de derechos y deberes, así como de los efectos jurídicos de su actuación en todas las esferas de la vida⁹. En concreto, se prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, utilizando para referirse tanto a la titularidad de los derechos como a la facultad para ejercitarlos el término capacidad jurídica o, simplemente, capacidad, tal y como hace el art. 12 de la Convención¹⁰. Para clarificar el alcance de este precepto de la Convención, el

- 7 Así lo pone de manifiesto CARRASCO PERERA, A.: “Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, *Centro de Estudios de Consumo*, 12 de octubre de 2018, p. 4. Como puso de manifiesto la STS 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4760), “(l)o que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio”.
- 8 STS 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4760). Asimismo, como advirtió la STS 13 mayo 2015 (RAJ 2015, 2023), “(l)a prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006”. Añade la sentencia que “el juicio de incapacitación no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica”. La STS 1 julio 2014 (RJA 2014, 4518) precisa que “la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacitación, lo que se plasma en la graduación de la incapacitación (...). Debe ser un traje a medida”.
- 9 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales”, entrada blog 14.07.2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>).
- 10 El art. 12 de la Convención declara en su primer apartado que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”; en su segundo apartado, que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”; y, en su tercer apartado, que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. El apartado cuarto del art. 12 obliga a los Estados a proporcionar “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”. Esas salvaguardias, se añade, “asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. Las salvaguardias, se indica, además, “serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Finaliza el art. 12 de la Convención con un quinto apartado dedicado a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que fija que “sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado en el seno de la Convención, aprobó en 2014 una Observación General sobre el artículo 12 (en adelante, “Observación General”). En ella se afirma que “la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho”; que “la capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico” y que “la capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos”¹¹. Esto es, “la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)” y “es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad”¹². La Observación General señala también que “la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales” y que “en virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”¹³.

La nueva normativa propone, de este modo, un cambio radical de nuestro sistema tradicional sobre la capacidad de obrar -en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad¹⁴-, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones¹⁵. La reforma trata de restringir al máximo posible las situaciones de sustitución de la persona mayor de edad con discapacidad por otra que actúa por ella sin contar con su voluntad¹⁶, como acontecía hasta ahora con la figura del tutor, que asumía de

en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”. Sobre la capacidad jurídica en la Convención, TORRES COSTA, M.^o E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020.

11 Punto 11 de la Observación General.

12 Punto 12 de la Observación General.

13 Punto 12 de la Observación General.

14 La STS 6 mayo 2021 (RAJ 2021, 2381) parte de la base de que “está absolutamente superado el tratamiento jurídico que se le venía dispensando a la discapacidad, basado en la adopción de decisiones maximalistas que optaban, de forma indiscriminada, por mecanismos de sustitución a través de la generalización de la tutela, como modelo de representación absoluta y permanente. Se partía entonces de la falaz consideración de que la sentencia de incapacitación total no perjudicaba a la persona declarada incapaz, pues tal mecanismo tuitivo tarde o temprano debería desplegar sus efectos, por lo que era mejor prevenir cuanto antes necesidades futuras. En definitiva, si simplemente se pretendía proteger cuanta más protección mejor, por lo que ningún daño colateral se podría causar”. Destaca el Alto Tribunal que “(s)e imponía una talla única, sin que, por lo tanto, la resolución judicial adoptada respondiese al paradigma del «traje a medida», mediante la determinación de los concretos apoyos necesarios para que la persona, proporcionalmente a sus deficiencias, pudiera ejercer su autonomía conservando su dignidad como ser humano”.

15 Apartado 1 del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

16 Es más, incluso en los casos de representación no se prevé una actuación por parte del titular del apoyo sustitutiva de la voluntad del representado. *Vid.*, ALEMANY GARCÍA, M.: “Representación y derechos de las

forma permanente la representación de la persona con la capacidad judicialmente modificada. En consecuencia, el apoyo no se configura, con carácter general, como representativo, por lo que se restringe el alcance de la tutela (que queda reservada para los menores de edad¹⁷), desaparecen la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, y se transforma la institución de la curatela para convertirla en mecanismo de apoyo en la toma de decisiones (y solo excepcionalmente, de representación¹⁸). En esta misma línea, con carácter transitorio¹⁹, en el Derecho civil catalán, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad, a las que se aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. En principio, por tanto, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones²⁰, provista de las medidas de apoyo necesarias si las precisa para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica²¹ (en otro caso, no serían necesarias²²), apoyos que, además, deberán prestarse atendiendo a su “voluntad, deseos y preferencias”²³; cuando no sea posible, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, determinar cuál es la

personas con discapacidad mental y/o intelectual”, *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, Monográfico *Justicia y discapacidad*, núm. 145, julio-agosto 2020.

- 17 Conforme a lo establecido en el art. 199 CC, quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo, en los términos del art. 172 CC, o no sujetos a patria potestad. La regulación de la tutela de los menores se contiene en los arts. 199 a 234 CC, siendo además de aplicación supletoria las normas de la curatela (art. 224 CC). Según se dispone en el art. 225 CC, “el tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia”.
- 18 Expone MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 180-181, que la eliminación de la tutela no implica dejar menos amparada o protegida a la persona con discapacidad, puesto que la curatela con facultades representativas da respuesta a las situaciones de personas con discapacidad que no gozan ni lo han hecho nunca de capacidad natural para entender y querer.
- 19 Mientras el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, “por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad” (DOGC núm. 8493 de 2 septiembre 2021) ha establecido un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada no se podrán constituir en relación a las personas mayores de edad (Disposición transitoria segunda), sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta (art. 226-6).
- 20 El art. 249, párrafo primero, CC, señala que las medidas de apoyo “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.
- 21 Tal y como se establece en el art. 249, párrafo primero, CC.
- 22 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica”, *Diario La Ley*, núm. 9851, Sección Tribuna, 17 mayo 2021, p. 4.
- 23 Declara el art. 249, párrafo segundo, CC, que “(l)as personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera” y que “(i)gualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”.

voluntad, deseos y preferentes de la persona, siempre con carácter excepcional, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas²⁴.

A los efectos de nuestro estudio, interesa resaltar que se han eliminado del ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada y rehabilitada (que en la redacción hasta ahora vigente se contenían en el art. 171 CC²⁵), por considerarse, como se indica en el Preámbulo de la Ley²⁶, “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”²⁷. De una manera discutible, se recuerda, además, que “las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa”²⁸. Es por ello que, “en la nueva regulación, se concluye que cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”²⁹.

En las decisiones relativas a las medidas a adoptar respecto de las personas con discapacidad se produce, además, un relevante cambio de perspectiva. En efecto, mientras en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo el principio rector

24 Así se recoge en el art. 249, párrafo tercero, CC, precepto que hay que complementar con el art. 269, para la curatela representativa, así como con el art. 264, en el que se contemplan las actuaciones representativas en el marco de la guarda de hecho.

25 El derogado art. 171 CC se expresaba en los términos siguientes: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos 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”.

26 Apartado III.

27 Considera sensata CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”, en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 32, la supresión del actual art. 171 CC, en la medida en que el mantenimiento de la patria potestad sobre un mayor de edad pugna con los principios informadores del entonces Anteproyecto y de la Convención internacional inspiradora.

28 Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

29 Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

ha sido hasta ahora el de la protección del interés superior del incapaz³⁰, la LRCJ consagra el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a su voluntad, deseos y preferencias³¹. En ningún caso apela ni considera relevante el interés superior (o mejor interés) de la persona con discapacidad³², que ni siquiera es mencionado en el texto³³. Con ello sigue fielmente el criterio de la Observación General Primera (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de seguimiento de la Convención³⁴, y se aparta de lo sustentado por el Tribunal Supremo, incluso en sus más recientes sentencias.

III. LA PROVISIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE APOYO A LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL.

I. El régimen de adopción de medidas, hasta ahora vigente, respecto de los hijos con la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Nuestro sistema hasta ahora vigente contemplaba como instrumento protector de los hijos mayores de edad la prórroga o rehabilitación de la patria potestad (art. 171 CC). Cuando se modificaba judicialmente la capacidad de obrar de un hijo, siendo menor de edad, o siendo mayor de edad, pero estando soltero y conviviendo con sus progenitores, entraba en funcionamiento, por ministerio de

30 En la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos referencias continuas a la necesidad de proteger el interés superior de la persona con discapacidad. Así, la STS 27 junio 2018 (RAJ 2018, 3095) pone de manifiesto la relevancia del interés superior del incapaz, manifestando al respecto lo siguiente: “El interés superior del incapaz 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 derechos 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 incapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico 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 (sentencias 635/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 4973); 373/2016, de 3 de junio (RJ 2016, 2311)”. Asimismo, la STS 4 abril 2018 (RAJ 2018, 1185) dispuso que “el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad”. A dicho principio se refiere también la STS 18 julio 2018 (RAJ 2018, 2957).

31 Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

32 Defiende PETIT SÁNCHEZ, M.: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Ensayos, p. 269, la posibilidad de que se tenga en cuenta el mejor interés posible de la persona con discapacidad, sin dejar de dar prevalencia y prioridad a su voluntad, deseos y preferencias en la realización de cualquier acto de naturaleza personal o patrimonial, cuando ello no le perjudique ni vaya en contra de sus propios intereses.

33 Comenta PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., pp. 8-9, que se produce un cambio profundo, en la medida en que el “interés de la persona con discapacidad” hay que situarlo detrás de “la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. Dicho en otras palabras: la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista, que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona), que se produce de abajo hacia arriba.

34 Considera MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Autonomía, apoyos”, cit., p. 4, que la eliminación por el Comité del concepto de “interés superior de la persona con discapacidad”, constituye una clara extralimitación de sus funciones.

la ley, la denominada "patria potestad prorrogada" o "rehabilitada". No obstante, reinterpretando la curatela a la luz de la Convención, el Tribunal Supremo había excluido, en más de una ocasión, la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad, nombrando curador del hijo a uno o a ambos progenitores³⁵.

Si los progenitores se separaban o se decretaba el divorcio, no cabía acordar ninguna medida respecto a la capacidad de los hijos en el propio procedimiento matrimonial. En este sentido, el Tribunal Supremo había precisado que "la declaración de la capacidad no es un efecto del procedimiento matrimonial, sino una consecuencia del pronunciamiento que limita la capacidad del hijo, a partir de una situación nueva como es la mayoría de edad alcanzada por el hijo"³⁶. En el proceso matrimonial, tan sólo respecto de los hijos cuya capacidad de obrar había sido modificada, era factible fijar medidas derivadas de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. En concreto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 171 CC, salvo que la sentencia de incapacitación hubiera previsto otro régimen, las funciones, esto es, los deberes y prerrogativas de los progenitores respecto de sus hijos incapacitados adultos, venía siendo el mismo que el aplicable a los hijos durante su minoría de edad. No resultaba, en cambio, procedente adoptar medidas destinadas a los hijos mayores de edad con discapacidad que no habían visto modificada su capacidad de obrar. Así, por ejemplo, alcanzada la mayoría de edad por un hijo con discapacidad, sin haberse instado el procedimiento para la modificación de la capacidad de obrar, las medidas relativas a la guarda y custodia de dicho hijo, acordadas en el proceso matrimonial, se extinguían; de manera que, el progenitor o progenitores cuidadores se encontraban en una situación de guarda de hecho, hasta que se rehabilitase la patria potestad a favor de uno o de ambos.

En definitiva, con el régimen derogado, solo cuando se prorrogaba o rehabilitaba la patria potestad, se producía la equiparación entre hijos menores y mayores de edad con discapacidad, a los efectos de la adopción de medidas relativas a la guarda y custodia en el proceso matrimonial³⁷.

35 En este sentido, la STS 20 octubre 2014 (RAJ 2014, 5610) rechaza la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad "que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención [...]. Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)". Asimismo, la STS 4 noviembre 2015 (RAJ 2015, 5138), que dimana de un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que discurre paralelo al de divorcio de los progenitores, constituye la curatela a favor del hijo, a fin de que sea ejercitada por la madre con la que convive el mismo, rechazando la medida de rehabilitación de la patria potestad.

36 STS 27 junio 2018 (RAJ 2018, 3095).

37 A esta equiparación entre los hijos menores y mayores de edad incapacitados, en el aspecto de la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96.I CC) se refiere la STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547).

2. El establecimiento de medidas de apoyo respecto de los hijos en el proceso matrimonial.

La reforma que el artículo segundo de la LRCJ 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 concreta en una nueva regulación de las situaciones de crisis matrimonial cuando existen hijos que precisan apoyo³⁸.

La LRCP sustituye la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar por el establecimiento de un sistema de apoyos plurales y flexibles para la persona con discapacidad, cuyo objetivo último es que la persona precise menos apoyo en el futuro³⁹. En la configuración de esos apoyos se trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales. Las medidas judiciales son la curatela y el defensor judicial: la primera para los apoyos permanentes, y la segunda para los puntuales⁴⁰. En consecuencia, con la entrada en vigor de la reforma, ya solo serán posibles los procesos para dotar a la persona con discapacidad de las medidas judiciales de apoyo, pero nunca para negarle o restringirle su capacidad jurídica⁴¹.

Con estas premisas, añade la LRCP, en el apartado nueve de su artículo segundo, un nuevo párrafo segundo al art. 91 CC, por el que se permite que, en el propio procedimiento de nulidad, separación o divorcio, se adopten las medidas de apoyo respecto de los hijos comunes mayores de dieciséis años con discapacidad. Estas medidas entrarán en funcionamiento cuando el hijo deje de estar sujeto a la patria potestad de sus progenitores, por haber alcanzado la mayoría de edad. Dice así el texto de la norma: “Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se

38 La LRCJ mantiene la competencia del juez para el conocimiento de los procedimientos de separación y divorcio, cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad. El único cambio se produce en la adaptación de la situación de los hijos mayores de edad con discapacidad: mientras en el texto derogado es la existencia de “hijos [mayores de edad] con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” la situación que da lugar a que sea el juez el competente para conocer de los procedimientos de separación o divorcio (arts. 81 y 82 CC, versión anterior), tras la reforma, el juez conocerá de estos procesos cuando existan “hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores” (art. 81 CC).

39 El art. 249, párrafo segundo, CC señala, en este sentido, que “las personas que presten apoyo (...) fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

40 Conforme a lo establecido en el art. 250 CC, mientras “(l)a curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado”, en cambio, “(e)l nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”.

41 Un estudio de las principales novedades de los procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiere la persona con discapacidad, en el Proyecto de ley que dio lugar a la LRCP, en FABREGA RUIZ, C.F.: “Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 303-322.

hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.

El art. 91.II CC debe ponerse en relación con el art. 254 CC, conforme a su nueva redacción, en el que se contempla la adopción por la autoridad judicial de estas medidas de apoyo “[c]uando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad 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”. Mientras el art. 254 CC contempla, con carácter general, el establecimiento de medidas judiciales de apoyo con carácter anticipado, el art. 91.II se centra en el supuesto de que estas medidas se decreten en el proceso de crisis matrimonial.

El establecimiento de medidas de apoyo judiciales respecto del menor de edad mayor de dieciséis años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con efectividad desde la mayoría de edad, puede tener lugar, por tanto, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia dictada en el procedimiento “ad hoc” sobre la adopción de medidas de apoyo.

Los presupuestos para la provisión de las medidas de apoyo en el procedimiento de crisis matrimonial son los siguientes:

1º. Que en el momento de iniciarse el procedimiento de nulidad, separación o divorcio existan hijos comunes mayores de dieciséis años (en el Anteproyecto la edad mínima se fijaba en los diecisiete años⁴²) que se hallen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su capacidad. Como es sabido, la regulación aprobada no se aplica a los menores de edad, dirigiéndose exclusivamente a las personas mayores de edad con discapacidad. Los menores con discapacidad tienen la protección derivada de su minoría de edad y el criterio básico de actuación ha de ser la protección de su mejor interés. No obstante, para evitar la solución de continuidad entre la protección y el apoyo previsible, algunas reglas concretas, como esta, se refieren a menores de edad con discapacidad, con el fin de que se anticipen las medidas de apoyo que puedan llegar a precisar una vez que alcancen la mayoría de edad; siguiendo la lógica del nuevo sistema, estas actuarán sólo si

42 Artículo primero, apartado 9 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

efectivamente las precisan llegado ese momento y los propios interesados no las sustituyen por otras de origen voluntario⁴³.

2º. Que el menor no haya adoptado medidas de apoyo voluntarias o estas resulten insuficientes. Téngase en cuenta que, en el nuevo sistema, la persona con discapacidad ejercerá su capacidad jurídica por sí misma, asistida por las correspondientes medidas de apoyo que, según el art. 250 CC, serán las que voluntariamente hubiese previsto la propia persona con discapacidad⁴⁴; en su defecto o por insuficiencia de las mismas, se articularán mediante la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial⁴⁵.

Las medidas de apoyo voluntarias pueden otorgarse con carácter preventivo por los menores con discapacidad a partir de los dieciséis años, para que surtan efecto al alcanzar la mayoría de edad (art. 254 CC). Solo en el caso de que el hijo mayor de dieciséis años no haya hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, o estas resulten insuficientes, podrá la autoridad judicial adoptar en el proceso matrimonial otras supletorias o complementarias⁴⁶.

3º. Que ambos progenitores (si el procedimiento de separación o divorcio es de mutuo acuerdo) o el demandante o el demandado (en el procedimiento de nulidad o de separación o divorcio contenciosos) promuevan/a la adopción judicial de medidas de apoyo para el hijo. Dada la remisión del art. 91.II CC a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la legitimación para instar las medidas, cabe entender que si los progenitores no solicitan la adopción de las mismas, el Ministerio Fiscal deberá promoverlas⁴⁷.

43 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La nueva regulación", cit.

44 Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, según expone el art. 250, párrafo tercero, CC, "son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance". Aclara la norma que "cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona".

45 El art. 250, párrafo primero, CC, establece que "(l)as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial".

46 El art. 254 CC prevé que las medidas de apoyo judiciales "se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad". Asimismo, el art. 255, párrafo quinto, CC precisa que "(s)olo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

47 El art. 757 LEC, establece en su primer apartado que el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo puede promoverlo la propia persona interesada o los familiares que se indican, señalando en su apartado segundo que "(e)l Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa".

4^o. Que se conceda el trámite de audiencia al menor, pilar fundamental para averiguar qué medida resulta más adecuada a su interés⁴⁸. Llama la atención que mientras el art. 91.II CC tan solo exige que se preste el trámite de “previa audiencia al menor”, el art. 254 CC requiere que se conceda “participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”. Evidentemente, no es lo mismo que el juez preste audiencia al menor con discapacidad, sin que esté vinculado por su opinión, a que se deba atender a su voluntad, deseos y preferencias. En el primer supuesto, la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad son conocidos (porque se concede el trámite de audiencia), pero no necesariamente han de ser respetados, en el sentido de seguidos⁴⁹.

Concurriendo los requisitos expuestos, el juez resolverá también en la sentencia de nulidad, separación o divorcio sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas medidas de apoyo respecto de los hijos comunes del matrimonio. A este respecto, la regla 8^a del art. 770 LEC prevé que “(e)n los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”.

Respecto a las concretas medidas de apoyo que podrán adoptarse, serán aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial (como se indicaba en la versión del art. 250 CC contenida en el Anteproyecto de Ley⁵⁰). En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación

48 En relación a la audiencia al menor en los procesos matrimoniales o para la adopción de medidas que afecten a los mismos, la STC 6 junio 2005 (RTC 2005, 152), anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que había modificado la atribución de la guarda y custodia de dos menores ostentada por el padre, atribuyéndola a la madre, porque la Audiencia Provincial no había oído a uno de los menores que, con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado. Asimismo, entre las más recientes, la STS 30 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4795), en relación a un procedimiento de modificación de medidas establecidas en una sentencia de divorcio contencioso, en que la madre había solicitado la exploración de los menores en primera y segunda instancia, denegándose la prueba sin motivación, declara que al no haberse oído a los menores, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el recurso de casación y, en consecuencia, decretar la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

49 Sobre esta distinción, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C.: “Autonomía, apoyos”, cit., p. 9.

50 El art. 250 CC, en la redacción contenida en el Anteproyecto de Ley, decía así: “Cuando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad 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, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el art. 264 CC; en otras, será preciso acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal⁵¹.

IV. MEDIDAS DERIVADAS DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES RESPECTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD.

I. Régimen de visitas y comunicación.

Otorga la LRCJ una nueva redacción al art. 94 CC⁵², por el que se reconoce al progenitor que, como consecuencia de la situación de crisis matrimonial, no conviva con su hijo mayor de edad o emancipado con discapacidad, el derecho a visitarlo, comunicar con él y tenerlo en su compañía. El art. 94 CC, en la redacción recién aprobada y a los efectos que aquí interesan, dice así, en sus dos primeros párrafos:

“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior”.

En concordancia con los principios inspiradores de la reforma, se concede prevalencia a la voluntad del hijo en orden al ejercicio de este derecho; solo cuando el hijo precise apoyo para tomar esta decisión, será el juez el que fijará el modo en que se llevará a cabo este régimen de visitas, previa solicitud del progenitor que no lo tenga en su compañía⁵³. La determinación del modo –y tiempo y lugar, ha de entenderse- de ejercitar este derecho respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí

51 Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 29 de noviembre de 2018, p. 54.

52 Artículo dos, apartado diez del Proyecto.

53 La Ley apuesta claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona concernida sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo. Esa prevalencia se manifiesta fundamentalmente en dos circunstancias: por un lado, la prioridad de las medidas voluntarias, preventivas o ex ante (poderes preventivos, autotutela, decisiones ad hoc en documentos de voluntades anticipadas, etc.) sobre las medidas legales, reactivas o ex post; por otro, la exigencia de que todos los que presten apoyo, sea cual sea el origen de su función, están obligados a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Vid., en relación al Proyecto de Ley, PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación”, cit., pp. 14 y ss.

solos, queda, pues, supeditado a la solicitud del progenitor⁵⁴. Este régimen se fijará en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal (párrafo tercero del art. 94 CC).

Contempla el art. 94 CC los casos en que el juez podrá limitar o suspender este derecho (si se dieran circunstancias “relevantes” –no graves, como hasta ahora- que así lo aconsejen o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial).

Asimismo, a instancias del hermano, abuelo, pariente o allegado, o del propio mayor con discapacidad, podrá fijarse un régimen de comunicación y visitas del mayor con discapacidad con sus familiares o allegados. A tales efectos, la norma prevé que deberá darse audiencia previa a los progenitores, y que el juez deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad⁵⁵. Como se indicó en el Informe al Anteproyecto del CGPJ, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas⁵⁶.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos con discapacidad.

A) *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y mayores de edad con discapacidad.*

Introduce la reforma una serie de novedades respecto a los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar y en relación a la duración de este derecho, derivados de la presencia de hijos con discapacidad que precisen medidas de apoyo⁵⁷. En concreto, el artículo dos, apartado once, de la LRCJ otorga nueva redacción al art. 96 CC. Mantiene el precepto la distinción tradicional entre

54 Informe del CGPJ, cit., p. 55.

55 El último párrafo del art. 94 CC, dispone ahora lo siguiente: “Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.

56 Informe del CGPJ, cit., p. 55.

57 Entre los trabajos más recientes sobre el uso de la vivienda familiar, CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2020; y ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018.

la atribución del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos del matrimonio (apartado 1) y cuando no los hay (apartado 2), si bien la primera hipótesis queda ahora delimitada por la existencia de hijos comunes menores de edad o mayores en una situación de discapacidad que haga conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar. Por tanto, la nueva versión elimina cualquier atisbo de duda en torno a la necesidad de distinguir, de cara a la atribución del uso del que fuera domicilio familiar, en función de que existan hijos menores de edad del matrimonio o que éstos ya hayan alcanzado la mayoría de edad, aun cuando sigan conviviendo con alguno de sus progenitores⁵⁸. En el primer caso, es cuando resulta aplicable el primer párrafo del art. 96, en cuya virtud, “(e)n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad”. Hasta aquí la norma simplemente plasma, de forma indubitada, el criterio jurisprudencial consolidado de nuestro Tribunal Supremo. En efecto, conforme a la doctrina jurisprudencial, si en el convenio regulador o en la sentencia que decreta la nulidad, la separación o el divorcio, no se fija un límite temporal al derecho de uso, se estima que este derecho de uso atribuido a los hijos y al cónyuge custodio tiene el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad por el menor de los hijos del matrimonio: alcanzada la mayoría de edad por el hijo menor del matrimonio, el derecho de uso se extingue⁵⁹.

La novedad del precepto recién aprobado consiste en la previsión de que, también a falta de acuerdo, el uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de la misma) corresponderá a los hijos comunes mayores de edad con discapacidad y al cónyuge en cuya compañía queden. Equipara el precepto, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, los hijos menores de edad a los mayores de edad “que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar”.

El Código civil, en su redacción derogada, no contenía ninguna mención a la medida de atribución del uso de la vivienda familiar respecto de los hijos mayores de edad con discapacidad⁶⁰. La norma aprobada supone, además, un avance respecto a la doctrina del Tribunal Supremo que, hasta ahora, ha negado

58 Así como la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional del art. 39.3, no ocurre igual en el caso de los mayores [ATS 22 noviembre 2017 (RAJ 2017, 5262)].

59 STS 10 febrero 2006 (RAJ 2006, 549).

60 Consideraba CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso*, cit., p. 435, que era imposible, a efectos del plazo de disfrute de la vivienda familiar, equiparar la situación de incapacidad (ya sea de hecho, o de derecho) a la de la minoría de edad, pues ello supondría tanto como reconocer que el derecho de uso de la vivienda familiar va a estar vigente por todo el periodo que reste para que cese la situación de incapacidad, la cual, en muchos casos, será irreversible, con lo que supondría, de facto, una expropiación al progenitor titular o cotitular de la vivienda familiar que no quede a cargo del hijo mayor de edad con discapacidad.

la equiparación del interés superior del hijo menor al del mayor con discapacidad (no obstante, alguna sentencia aislada identificó la situación del hijo discapacitado con la del menor cuando la patria potestad había sido prorrogada o rehabilitada⁶¹). Así, la STS 19 enero 2017⁶² estableció que “el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor”. Posteriormente, la STS 4 abril 2018⁶³, en un supuesto en que se pretendía que, de una forma incondicionada, se adjudicase la vivienda familiar a la esposa e hija mayor de edad por la situación de minusvalía y de prórroga de la patria potestad, señala que “el artículo 96 CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges”. En tales casos, conforme a la doctrina jurisprudencial (por todas, STS 20 junio 2017⁶⁴), “la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC”. Contrario a este criterio fue el planteamiento del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, en la sentencia 11 julio 2019⁶⁵, en la que se aprecia que los hijos incapacitados merecen la misma protección que los menores de edad y han de ser asimilados a dichos menores por lo que hace referencia a los derechos que les corresponden, aunque siempre en la medida en que lo necesiten.

B) El mantenimiento en el uso de la vivienda familiar cuando el hijo con discapacidad alcanza la mayoría de edad.

En coherencia con la regla de atribución del uso a los hijos con discapacidad, incorpora la nueva normativa otra regla especial en cuanto a la duración del uso de la vivienda familiar concedido a los hijos menores de edad y al cónyuge custodio, consistente en permitir su mantenimiento, más allá de la llegada a la mayoría de edad de todos los hijos, cuando alguno se encuentre “en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial que hiciera conveniente la continuación en

61 Esta equiparación se produjo en la STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547), en un caso en que el hijo estaba incapacitado y se había prorrogado la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, y en la que se dispuso que “los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados”. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, el Tribunal Supremo concluyó que correspondía mantener en el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación.

62 STS 19 enero 2017 (RAJ 2017, 924).

63 STS 4 abril 2018 (RAJ 2018, 1185).

64 STS 20 junio 2017 (RAJ 2017, 3060).

65 STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 11 julio 2019 (RAJ 2019, 4425).

el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad". En estos casos, según la norma, "la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes". Supone el precepto una novedad en cuanto al régimen hasta ahora vigente, en el que nada se preveía respecto al mantenimiento en el uso de los hijos con discapacidad que alcanzaban la mayoría de edad. No obstante, en las decisiones de las Audiencias Provinciales, atendiendo a las circunstancias del caso, se ha venido optando en muchas ocasiones por desestimar las demandas de modificación de medidas a través de las cuales se pretendía la extinción del uso⁶⁶.

3. Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.

En relación a los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad, no contiene la LRCJ ninguna modificación del Código Civil, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 96, en el que se prevé expresamente que "extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes". Con todo, el art. 28.I de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados⁶⁷. En esta materia de los alimentos, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido equiparando a los hijos mayores de edad en situación de discapacidad (estén sujetos o no a la patria potestad prorrogada o rehabilitada de sus progenitores) con los hijos menores de edad⁶⁸. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha precisado que la pensión no contributiva que pueda percibir el hijo "podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero «per se» no puede conducir a una supresión de la pensión, máxime cuando no es suficiente para cubrir las necesidades del hijo"⁶⁹. Es

66 Así, por ejemplo, la SAP Alicante, 5 junio 2013 (JUR 2013, 279009) desestima la modificación de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar "por cuanto las circunstancias actuales son las mismas que ya se tuvieron en cuenta en el propio auto de medidas provisionales" y si bien es cierto "que el otorgamiento de la vivienda familiar a la madre para el cuidado del hijo se hace cuanto éste es menor, siendo actualmente mayor de edad, pero además incapacitado (...), circunstancias que no han variado", se concluye que "el hijo necesita dicha vivienda, mientras que el padre demandante, como él mismo indica en el acto del juicio, dispone de otra vivienda".

67 Declara el art. 28.I de la Convención que "(l)os Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad".

68 Así se estableció en la STS 7 julio 2014 (RAJ 2014, 3540), en los términos siguientes: "La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos". La doctrina de esta sentencia se reitera en las SSTS 10 octubre 2014 (RAJ 2014, 4878) y 17 julio 2015 (RAJ 2015, 3020).

69 STS 2 junio 2015 (RAJ 2015, 3159).

necesario, de este modo, que el hijo mayor de edad con discapacidad carezca de recursos para afrontar adecuadamente su sustento⁷⁰.

Nuestro Código Civil, en su redacción anterior, no otorgaba a la atribución del uso de la vivienda familiar el carácter de contribución en especie a los alimentos, ni existía correlación –como efectúa ahora el texto recién aprobado– entre el cese del uso de la vivienda familiar y la contribución a la satisfacción de las necesidades de vivienda de los hijos mediante los alimentos. Esta interrelación entre ambas medidas sí se encontraba ya contemplada en la normativa autonómica⁷¹.

A pesar del tenor literal del art. 96 CC, en su redacción ya derogada, en sentencias de los últimos años, el Tribunal Supremo venía conectando uso de la vivienda y alimentos de los hijos, en el sentido de que la protección de interés superior del menor se puede conseguir manteniéndolo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar pero también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente a los alimentos presentes y futuros⁷². Según esta jurisprudencia, el cese o la falta de atribución del uso de la vivienda familiar es una circunstancia que deberá ser tenida en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia a cargo de los progenitores.

La nueva redacción del art. 96 CC amplía esta perspectiva recogida en los ordenamientos autonómicos y en la jurisprudencia. En consecuencia, si el hijo mayor de edad discapacitado goza del uso de la vivienda familiar, en la fijación de la cuantía de los alimentos habrá de tenerse en cuenta que parte de los alimentos son los correspondientes a la habitación del hijo, que se satisfacen en especie o “in natura”. Por consiguiente, dicho uso de la vivienda debe tener su reflejo en una

70 En caso resuelto por la SAP Barcelona, Sección 12^a, 16 marzo 2006 (JUR 2006, 246753), en un procedimiento de modificación de medidas derivadas del divorcio, se había declarado extinguida la obligación del padre de contribuir a los alimentos de las hijas por haber llegado la madre y las hijas a mejor fortuna al recibir por terceras partes indivisas la herencia de la abuela materna de las hijas, heredando, varias fincas, así como depósitos bancarios. La madre demandó entonces a su ex-marido solicitando una pensión alimenticia para las hijas comunes, que eran mayores de edad, estaban incapacitadas, estando rehabilitada la patria potestad a favor de la madre. La Audiencia, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el padre, aprecia que, tratándose de hijas mayores de edad incapacitadas con rehabilitación de la potestad a la madre, es a ésta a la que corresponde la carga de la prueba de que aquéllas se encuentran en situación de necesidad que haga necesario que el padre contribuya a su sustento mediante la prestación de alimentos.

71 Así se establece en los arts. 233-20 y 233-21 del Libro II CCCat, en la Ley 72 del Fuero de Navarra y en el art. 12 de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

72 Como se recoge en la STS 19 enero 2017 (RAJ 2017, 924), cuya doctrina ha sido reiterada en otras posteriores, “una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)”.

disminución de la prestación económica que debe abonar el progenitor con el que no convive el hijo. Por otra parte, cuando cese el uso de la vivienda familiar, habrá que valorar esta circunstancia para fijar la pensión alimenticia. Esto es, deberá fijarse una pensión de alimentos en la que se tenga en cuenta la necesidad de que se provea al hijo mayor de edad con discapacidad de un nuevo alojamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍA, M.: "Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual", *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, Monográfico *Justicia y discapacidad*, núm. 145, julio-agosto 2020.

CARRASCO PERERA, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo*, 12 de octubre de 2018, pp. 1-5.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 25-35.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "La incapacitación en el marco de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 3, 2009, pp. 550-590.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 303-322.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales", entrada blog 14.07.2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *Diario La Ley*, núm. 9851, Sección Tribuna, 17 mayo 2021, pp. 1-13.

MUNAR BERNAT, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 175-193.

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 5-28.

PETIT SÁNCHEZ, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Ensayos, pp. 265-313.

TORRES COSTA, M.^a E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020.

