

DEL SISTEMA PATERNALISTA DE LA PATRIA POTESTAD
PRORROGADA Y REHABILITADA AL SISTEMA DE
APOYO EN RELACIÓN AL HIJO MAYOR DE EDAD CON
DISCAPACIDAD. DEBATE EN TORNO A LA SUBSUNCIÓN
DEL CUIDADO EN LA ARQUITECTURA DE LA MEDIDAS DE
APOYO: A PROPÓSITO DE LA SAP DE CANTABRIA DE 14 DE
FEBRERO DE 2022 (JUR 2022, 88324)

*FROM THE PATERNALISTIC SYSTEM OF EXTENDED AND
REHABILITATED PARENTAL AUTHORITY TO THE SYSTEM OF
SUPPORT FOR THE ADULT CHILD WITH A DISABILITY. DEBATE
ON THE SUBSUMPTION OF CARE IN THE ARCHITECTURE OF
SUPPORT MEASURES. REGARDING THE JUDGEMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF CANTABRIA OF 14 FEBRUARY 2022 (JUR
2022, 88324)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 198-251



Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar algunas de las reformas producidas en Derecho de Familia por la Ley 8/2021, de 8 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. Para alcanzar dicha empresa analizaremos las modificaciones producidas en los procesos de crisis matrimoniales cuando en el seno del matrimonio hay un hijo con discapacidad. Luego analizaremos las similitudes y diferencias entre conceptos como la guarda y custodia y la guarda de hecho cuando el objeto de tales instituciones es un hijo con discapacidad, planteando el debate en torno si el deber de cuidado entra dentro de la arquitectura de las medidas de apoyo. Finalmente, intentaremos aportar un criterio de resolución de aquellos conflictos que se producen cuando, habiendo alcanzado el hijo con discapacidad la mayoría de edad, ambos progenitores desean ejercer las medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, apoyo, cuidados, guarda y custodia, medida de apoyo.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse some of the reforms produced in Family Law by Law 8/2021, of 8 June, reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. In order to achieve this goal, we will analyse the modifications produced in marital crisis processes when there is a disabled child in the marriage. We will then analyse the similarities and differences between concepts such as guardianship and de facto guardianship when the object of such institutions is a child with disabilities, raising the debate as to whether the duty of care falls within the architecture of support measures. Finally, we will try to provide a criterion for the resolution of those conflicts that arise when, having reached the age of majority, both parents wish to exercise support measures in the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *Disability, support, cares, guardianship and custody, support measures.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- 1. Supuesto de hecho.- 2. Ratio decidendi. II. LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- 1. Ámbito subjetivo de la norma.- 2. La provisión de apoyo cuando el menor de edad mayor de dieciséis años ha hecho sus propias previsiones.- 3. Debate en torno a la posibilidad de establecer medidas de apoyo de oficio.- 4. El trámite de audiencia del menor con discapacidad: debate entre la autonomía y libertad de la persona con discapacidad y el interés objetivo o la salvaguarda de la dignidad personal.- 5. Problemas de Derecho transitorio que plantean los procesos de crisis matrimonial incoados antes de la entrada en vigor de la LAPCD.- III. NO ES EQUIPARABLE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD CON LA GUARDA Y CUSTODIA.- 1. Derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.- 2. La configuración de la guarda de hecho a raíz de la LAPCD.- A) La mal llamada guarda de hecho.- B) ¿Es equiparable la guarda de hecho con la guarda y custodia?.- C) ¿El deber de cuidado forma parte de la guarda de hecho?.- IV. CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO: DEBATE EN TORNO A SI EXISTE UN DERECHO A DISPENSAR EL APOYO.- V. EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD.- 1. Fundamento del derecho del progenitor no conviviente a visitar, comunicarse y tener en su compañía al hijo mayor de edad con discapacidad. 2. Reinterpretación del criterio ligado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. VI.- RECAPITULACIÓN REFLEXIVA. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Como preámbulo del análisis que realizaremos en este trabajo, nos detendremos en el supuesto hecho y en el razonamiento de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, que será de continua cita a lo largo del texto.

I. Supuesto de hecho.

Los antecedentes de la citada sentencia parten de un proceso de modificación de medidas. En el proceso de divorcio, que desembocó en una sentencia dictada el 10 de noviembre de 2017, las partes acordaron que la guarda y custodia del hijo menor de edad sería ejercida por la madre, mientras que el padre tendría un régimen de visitas; además, se acordó que el uso de la vivienda familiar se atribuía a la madre por razón de la custodia del hijo menor y el padre pagaría una pensión de alimentos de trescientos euros mensuales respecto al hijo mayor de edad y de seiscientos euros para el hijo menor de edad que tenía una discapacidad intelectual grave desde los dos años de edad con lenguaje limitado, pactando las partes que los gastos extraordinarios serían satisfechos por mitad en porcentajes dispare. Por último, se pactó una pensión compensatoria a favor de la mujer de cuatrocientos euros mensuales durante siete años abonable mediante un pago único de veinte mil euros.

• **Manuel Ángel Gómez Valenzuela**
Profesor de Derecho Civil, Universidad de Cádiz.
manuelangel.gomez@uca.es

Tres años después, el padre interpuso una demanda vindicando la modificación de medidas. Solicitó la guarda y custodia compartida respecto al hijo menor de edad que tenía discapacidad, pidiendo que cada progenitor asumiera los alimentos según el periodo de custodia y, subsidiariamente, interesó la ampliación del régimen de visitas, con pernoctas incluidas, y la reducción de la pensión de alimentos. La madre se opuso a las pretensiones del padre.

El Juzgado *a quo* dictó sentencia el 5 de abril de 2021, desestimando íntegramente la demanda, motivando su decisión en que no se había acreditado un cambio de las circunstancias y que el cambio del régimen de guarda y custodia podía perturbar las rutinas del menor con discapacidad.

El padre, disconforme con la sentencia, interpuso recurso de apelación. Habida cuenta que, entre el recurso de apelación y la sentencia del Tribunal *ad quem*, el hijo con discapacidad alcanzó la mayoría de edad y, además, entró en vigor la Ley 8/2021, de 8 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 (LAPCD), la Audiencia exhortó a las partes a que formularan alegaciones en torno a la implicación que podría tener la LAPCD en el supuesto de hecho.

2. *Ratio decidendi*.

La sentencia objeto de análisis es relevante por su fundamentación y no tanto por el fallo. El Tribunal, a la hora de motivar su decisión, sigue, al menos en teoría, los postulados de la LAPCD, sin embargo, su discurso se asemeja en el fondo a la regulación derogada, como veremos a continuación.

Expone la sentencia que el hijo de veinte años de edad con discapacidad precisa de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Tras volcar en la sentencia los aspectos más sustanciales de la reforma y, en especial, las distintas medidas de apoyo que contempla el ordenamiento jurídico español, afirma que la madre es la guardadora de hecho del hijo mayor de edad con discapacidad, reconociendo la sentencia la condición de guardadora de aquella y confirmando que la madre ha desempeñado la guarda de forma adecuada y suficiente, habiendo asumido el padre respecto al hijo con discapacidad el derecho a visitarlo, tanto durante el periodo en el que estuvo vigente la patria potestad como después de su extinción.

Entrando en el recurso de apelación del padre, que pretendía un régimen de guarda y custodia compartida, la Audiencia afirma que esta podría ser la principal medida de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad, sacando a colación jurisprudencia que relaciona la guarda y custodia con el interés del menor. A renglón seguido, la resolución reitera que el interés del menor permitiría

modificar el régimen de custodia, pero descarta dicha modificación en el supuesto objeto de litis.

La sentencia reconoce que ambos progenitores “poseen una capacidad parental adecuada y son dignos de ejercer de sus obligaciones”, tanto durante la minoría de edad del hijo con discapacidad como después de alcanzar esta la mayoría de edad. No obstante, destaca que el hijo, por razón de su discapacidad y fuerte dependencia, “requiere de cuidados intensos y permanentes por su evidente falta de capacidad de discernimiento y sus limitaciones físicas”. En este contexto, cita el informe de la psicóloga que trató al hijo y especializada en la discapacidad que presenta, el cual decía que, pese a las habilidades del padre, era recomendable la permanencia de hijo con discapacidad en un entorno estable y conocido, a fin de asegurar que siguiera las rutinas establecidas. La sentencia se aparta de otros informes evacuados en el caso que avalaban la posibilidad de que el hijo tuviese un régimen de convivencia con el padre, diciendo literalmente la resolución que los mismos “no informa(n), a entender de la Sala, sobre la conveniencia de un concreto régimen de guarda y custodia cuya definición, ciertamente, no se ha concretado”.

Focalizando más la motivación con los avatares del caso, la sentencia arguye que la “custodia compartida” que reclamaba el padre no tenía suficientes garantías de éxito, por las siguientes razones: había una distancia geográfica entre el domicilio del padre y la vivienda familiar donde residía el hijo con la madre, no estando el hijo capacitado para coger en solitario un autobús; el padre no tenía flexibilidad laboral por su profesión de tapicero, a pesar de que este acreditó que había contratado a un empleado; y, finalmente, destaca que el padre no explicó cómo podía coadyuvar a la formación de su hijo y conciliar su tiempo con la adaptación que precisaba aquel.

Finalmente, dice la sentencia que la desestimación de las pretensiones del padre conlleva el mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre como guardadora de hecho, siendo la principal figura de apoyo en el ámbito civil, y el mantenimiento del régimen de comunicación, visitas y estancia que venía desarrollando el padre, descartando, además, la modificación del régimen de alimentos.

II. LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

La redacción del segundo párrafo del art. 91 CC, una vez que entró en vigor la LAPCD, es la siguiente: “Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se 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”.

La *dictio legis* del texto experimentó una variación respecto a la dicción que albergaba el Anteproyecto (apartado noveno del art. 1), pasando la edad de los hijos comunes necesitados de apoyo de diecisiete a dieciséis años. El legislador dispone que, si al tiempo de la crisis matrimonial existen hijos comunes mayores de dieciséis años en situación de necesitar las medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia podrá establecerlas para cuando el hijo alcance la mayoría de edad. El precepto arroja algunas incógnitas que trataremos de resolver.

I. Ámbito subjetivo de la norma.

La posibilidad de que el Juez establezca medidas de apoyo se refiere, sin ningún género de dudas, al hijo mayor de dieciséis años y menor de edad, estando proscrita la constitución de medidas de apoyo respecto al hijo mayor de edad con discapacidad, con independencia de que dependa o conviva con los progenitores, debiéndose descartar cualquier apología a argumentos ligados a la economía procesal a fin de vindicar la procedencia de esta última opción.

El fundamento del segundo párrafo del art. 91 CC es dar continuidad a la asistencia y apoyo de aquellos hijos que durante la crisis matrimonial eran menores de edad y estaban en situación de discapacidad, a fin de que las medidas de apoyo establecidas en la sentencia de separación o divorcio entren en vigor una vez que alcance la mayoría de edad, toda vez que se ha derogado la patria potestad prorrogada y rehabilitada¹. De este modo, extinta la representación legal ligada a la patria potestad al alcanzar el hijo la mayoría de edad (*cf.* arts. 154.2° y art. 169.2° CC), el Juez, que deberá realizar un juicio prospectivo, podrá fijar el apoyo previsible que este pudiese necesitar, siempre que no existan medidas voluntarias o no se pueda dispensar al hijo con discapacidad el apoyo que necesitará a través de una medida informal como la guarda de hecho².

Si respecto a lo expuesto cupiera alguna duda y se dignificara la posibilidad de establecer, al tiempo de la crisis matrimonial, medidas de apoyo respecto a

1 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 330.

2 OTERO CRESPO, M. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “Artículo 91. II”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. M^a P. GARCÍA RUBIO, M. J. MORO ALMARAZ y coord. I. VARELA CASTRO), Civitas, Pamplona, 2022, p. 121.

los hijos mayores de edad con discapacidad si dependen de los progenitores, basta remitirnos al art. 91 CC para descartar dicha eventualidad, pues el legislador prevé que la sentencia establecerá las medidas de apoyo y el modo de ejercerlas “previa audiencia del menor”, no haciendo nunca mención al hijo mayor de edad con discapacidad.

2. La provisión de apoyo cuando el menor de edad mayor de dieciséis años ha hecho sus propias previsiones.

Hilvanando el art. 91.2 CC con el art. 254 CC no cabría que la sentencia determinase las medidas de apoyo respecto al hijo común mayor de dieciséis años cuando este, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, haya realizado sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.

No obstante, puede ocurrir que el menor mayor de dieciséis años haya articulado sus propias medidas de apoyo *pro futuro* y estas, en la crisis matrimonial, se revelen insuficientes. Piénsese, *ad exemplum*, que el menor contempló medidas de apoyo para un determinado ámbito, como el patrimonial, y meses después, a causa del empeoramiento de sus facultades cognitivas e intelectivas, los progenitores visualizan estas medidas de apoyo como insuficientes, debiendo abarcar también otros aspectos.

A nuestro juicio, cabría, en este caso, que la sentencia de nulidad, separación o divorcio estableciera medidas de apoyo para el menor mayor de dieciséis años con discapacidad, toda vez que el art. 255 CC avala la procedencia de medidas de apoyo de origen legal o judicial de carácter supletorio o complementario “en defecto o por insuficiencia” de las medidas de naturaleza voluntaria.

3. Debate en torno a la posibilidad de establecer medidas de apoyo de oficio.

Una lectura del art. 91.2 CC *ad pedem litterae* no elimina el acervo disyuntivo que podrá tener el lector sobre la posibilidad de que el Juez fije las medidas de apoyo *ex officio*. A primera vista, cabría vindicar dicha posibilidad, a tenor de que el precepto dice, en sentido imperativo, que la sentencia de nulidad, separación o divorcio “resolverá” sobre el establecimiento y modo de ejercicio de las medidas de apoyo del hijo mayor de dieciséis años.

Sin embargo, el art. 91.2 CC *in fine* prevé que la legitimación para instarlas se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que a la sazón regula el procedimiento de provisión judicial de medidas de apoyo de la persona con discapacidad. El art. 757 LEC y su homólogo en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) -art. 42 bis a)- conceden legitimación para instar la provisión de medidas judiciales de apoyo, *mutatis mutandi*, a la propia

persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. Respecto a la legitimación del Ministerio Fiscal, mientras que el art. 757 LEC prevé que este deberá solicitar medidas de apoyo si las personas citadas no las hubieren solicitado o no existieran, salvo que a su juicio existieren otras vías para la dotación de apoyo, el art. 42 bis a) LJV no parece que supedita la legitimación del Ministerio Fiscal a un juicio discrecional en torno a si a la persona con discapacidad se le puede proveer el apoyo que precisa por una vía que quede extramuros de la judicial.

A tenor de las citadas reglas procedimentales, resulta paladino que el Juez no podrá acordar o establecer medidas de apoyo en un proceso de crisis matrimonial si las mismas no han sido solicitadas por los cónyuges o el Ministerio Fiscal, que serían los únicos legitimados en el proceso la nulidad, separación o divorcio para solicitarlas.

4. El trámite de audiencia del menor con discapacidad: debate entre la autonomía y libertad de la persona con discapacidad y el interés objetivo o la salvaguarda de la dignidad personal.

Dispone el art. 91 CC que el Juez, antes de establecer las medidas de apoyo, deberá dar audiencia al menor. Se infiere de la primera acepción de la RAE del vocablo "audiencia" que el mismo se identifica, en el contexto de la norma, con el acto del Juez de oír al menor cuando los cónyuges o el Ministerio Fiscal han solicitado medidas de apoyo aplicables una vez que aquel alcance la mayoría de edad. Es paladino que el trámite de audiencia al menor es obligatorio, pero queda por discernir el valor decisorio atribuible a la manifestación del menor y, más concretamente, si el Juez puede inhibirse en la tarea de establecer medidas de apoyo para el hijo mayor de dieciséis años con discapacidad si este las rechaza. Cuestión compleja, máxime si tenemos en cuenta que el menor, durante el proceso de crisis matrimonial, todavía está a merced de la patria potestad y de la representación tuitiva que el art. 154.2º CC atribuye a los progenitores.

Se podría argüir que el Juez quedará vinculado por el deseo del hijo mayor de dieciséis años que, no obstante su discapacidad, rechaza las medidas de apoyo, de modo que si este las rechaza el Juez no podrá establecerlas contra su voluntad. Esta es la opción que cabría dignificar si seguimos *ad pedem litterae* la Observación general núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que han suscrito algunos autores como García Rubio³, abogando por un planteamiento que en algunos casos tiende a la desprotección de las personas con

3 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", cit., pp. 58 y 59.

discapacidad a costa de garantizar una autonomía, libertad e independencia que, lamentablemente, no pueden ejercitar en igualdad de armas con los terceros con los que se relacionen en el tráfico jurídico.

El legislador no señala, en el ámbito del art. 91 CC, el valor atribuible a la voluntad del menor exteriorizada en el trámite de audiencia. A falta de una previsión expresa, creemos que debemos remitirnos al art. 254 CC que, respecto a las medidas de apoyo que pudiese necesitar al alcanzar la mayoría de edad la persona mayor de dieciséis años, establece que “se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

Aun a sabiendas de la inconveniencia de dar una solución *in genere* desligada de las circunstancias que se puedan dar en cada caso, el significado que cabe atribuir a la citada expresión no es, necesariamente, que el Juez quede inexorablemente vinculado por la voluntad, deseos y preferencias del menor, sino que aquel, a la hora de enjuiciar la procedencia de las medidas de apoyo en atención a la discapacidad que presenta y la futura mayoría de edad, deberá valorar, en la medida de lo posible, la voluntad del menor destinatario del futuro apoyo, sin que ello signifique quedar al albur de la misma, pues si el menor rechaza las medidas de apoyo es posible que dicho rechazo se deba a dos factores, nada desdeñables, la inmadurez -dada cuenta que al tiempo de debatirse la procedencia de las medidas de apoyo no tendría aún la mayoría de edad- y el trastorno psíquico o mental que presenta, que puede provocar que sea inconsciente de la enfermedad y de la virtualidad del apoyo que pudiese necesitar para actuar en un futuro y frente terceros con plena igualdad⁴.

Aquellos autores que ven la voluntad de la persona con discapacidad como la única panacea del “nuevo paradigma” rechazarán este planteamiento, pero pongámonos en el contexto de un menor mayor de dieciséis años que, por ejemplo, presenta una esquizofrenia y, a causa del consumo habitual de estupefacientes, ha desarrollado otros trastornos que, a la postre, le colocan en una situación de especial vulnerabilidad ante el “engaño” de terceros en el ámbito patrimonial. Los progenitores, en el proceso de crisis matrimonial, solicitan al Juez la provisión de medidas de apoyo cuando el hijo alcance la mayoría de edad y este, afectado por la enfermedad y sin facultades suficientes para formar una voluntad responsable, las rechaza en el trámite de audiencia en un arrebato de autarquía. La inhibición del Juez en establecer medidas de apoyo que entrarán en vigor a la mayoría de edad, amén, en palabras del Tribunal Supremo, de una “crueldad social” que podría llevar al hijo con discapacidad a una degradación personal, sería, en nuestra opinión, una peregrinación hacia el libertinaje a costa del alto precio de

4 Vid. fundamento de derecho cuarto de la STS 8 septiembre 2021 (RJ 2021, 4002).

desproteger a quien, por la merma de sus facultades y de su inmadurez, está en una situación de desigualdad frente a terceros⁵.

Lo dicho, que se ciñe al concreto supuesto del art. 91 CC, no debe conducir al lector a atribuirnos una tesis que impida, en todo caso, a la persona con discapacidad rechazar el apoyo. Para explicarlo mejor distinguiremos dos casos bien distintos, cuya relevancia trasciende del apoyo del menor de edad con discapacidad.

Una persona mayor de edad, con oligofrenia y esquizofrenia desde su nacimiento, precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. La discapacidad psíquica que presenta le supuso desde la infancia una merma notable de sus facultades cognitivas e intelectuales, siendo hasta punto así que no es consciente de su enfermedad y, menos aún, de la virtualidad que tendría el apoyo. La persona, en una manifestación de autarquía y desgobierno por su enfermedad, rechaza todo consejo, ayuda y apoyo, estando en riesgo, no solo su patrimonio, sino también su propia integridad. En casos como este, el Juez no puede inhibirse en la empresa de dotar de apoyo a la persona con discapacidad, aunque los rechace, pues, probablemente, el rechazo no vendrá fundamentado en su legítimo derecho a la libertad, sino en la inconsciencia de la enfermedad y el desconocimiento de los potenciales perjuicios que podría sufrir.

Ahora plantearemos otro escenario. Una persona, con una discapacidad psíquica leve que no le impide actuar con autonomía e independencia, decide abrazarse al alcohol y al consumo de estupefacientes. A pesar de su discapacidad, la persona es consciente de que el consumo de tales sustancias le va a llevar, irremediabilmente, a un estado de degradación y, a pesar de ello, adopta dicha determinación en el ejercicio de su libertad de elección. Años después, los familiares promueven un expediente para la provisión de apoyo, arguyendo que la persona con discapacidad está vilipendiando su patrimonio, y esta se opone al apoyo. Los familiares, en el proceso contencioso, alegan que el pariente no es consciente de su enfermedad y, correlativamente, tampoco lo es de la virtualidad que podría tener el apoyo; no obstante, la prueba practicada evidencia que, a pesar del deterioro de las facultades, el sujeto, cuando tenía discernimiento, era plenamente consciente que el ritmo de vida por el que iba a transitar le iba a colocar en la situación a la que, finalmente, ha desembocado.

5 A juicio de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, marzo 2022, p. 16, procederá establecer medidas de apoyo, pese al rechazo de la persona que las necesite, cuando esta tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad por sufrir una enfermedad y esta, a su vez, le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender la ayuda que precisa y rechaza. En estos casos, el autor aboga por acudir a un criterio objetivo apostando, en vez de por el interés de la persona con discapacidad, por el principio constitucional de dignidad personal (art. 10 CE), teniendo como asidero esta postura el primer párrafo del art. 249 CC, que establece que "las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales".

Este último ejemplo es incardinable, *mutatis mutandi*, en la *actio libera in causa*. A pesar de que dicha fórmula esté arraigada al ámbito de la doctrina penal, creemos que su significado es extrapolable al rechazo del apoyo, pues una cosa es que una persona rechace el apoyo porque, desde su nacimiento, su enfermedad y la merma de sus facultades intelectivas y cognitivas le impidiera ser consciente de ella y los problemas que tendría, estando en una situación de desigualdad respecto al resto y quedando, incluso, albur del engaño de terceros, y otra cosa es que el rechazo del apoyo provenga de una persona que, a pesar de su discapacidad, tenía o tiene las suficientes facultades para conocer el estado de degradación personal al que llegaría o en el que está inmersa, colocándose, en uso de su autonomía de la voluntad, en dicha situación. Si, en este último caso, el Juez constituyera una medida de apoyo, el Derecho adquiriría un cariz extraordinariamente paternalista que supondría, a la postre, un recorte de la libertad de las personas con discapacidad que, a pesar de su enfermedad, pueden actuar con autonomía y ser acreedoras del derecho a equivocarse.

Dicho con otras palabras, habrá que analizar si la negativa de la persona con discapacidad a la provisión de apoyo se debe a una manifestación, anterior o coetánea al debate, de libre voluntad, pues si la negativa se debe a una influencia indebida o a un desconocimiento absoluto de la situación en la que se encuentra y de las consecuencias que podrá acarrear⁶, el Derecho no debe seguir la técnica del avestruz, siendo loable, en determinados supuestos, la provisión de medidas de apoyo a pesar del rechazo de la persona que las precisa.

Evidentemente, los dos ejemplos sacados a colación no agotan todas las heterodoxas situaciones que se pueden dar en la práctica forense, pero, a nuestro juicio, coadyuva a ofrecer una radiografía del cambio de paradigma, pues donde antes el fundamento de la incapacitación residía en la función tuitiva del Derecho en relación a aquellas personas que, por una anomalía o alteración psíquica, no tenían capacidad de gobernarse a sí mismas (*vid.* art. 199 y 200 CC conforme a la redacción anterior a la LAPCD), siendo el único faro del operador jurídico el interés objetivo del incapacitado, sin importar su voluntad o anhelos, ahora los operadores jurídicos deberán hacer un arduo ejercicio de equilibrismo y ponderación, a tenor de las circunstancias de cada caso, que permita conciliar la autonomía y libertad de las personas con discapacidad con la salvaguarda de su dignidad personal⁷. Esta tesis conlleva, inexorablemente, a descartar dar una

6 Así lo sostuvo la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381), que estimó necesario “determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyo”.

7 SANCHO GARGALLO, I.: “El juez en el nuevo sistema de apoyos”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. PEREÑA VICENTE y M^a M. HERAS HERNÁNDEZ, y coord. M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 64, dice que aunque la LAPCD no juegue el mismo papel que sí se reconoce expresamente, respecto a los menores, al interés superior del menor, el Juez no podrá prescindir totalmente de aquel interés en el apoyo, “aunque sólo

solución *in genere* en los expedientes o procedimientos de provisión de apoyo desligada de las vicisitudes del supuesto concreto.

5. Problemas de Derecho transitorio que plantean los procesos de crisis matrimonial incoados antes de la entrada en vigor de la LAPCD.

Si volcamos la mirada en la SAP Cantabria 14 febrero 2022, podemos observar lo siguiente: (i) cuando el padre presentó la demanda de modificación de medidas el hijo con discapacidad aun era menor de edad, no habiendo entrado en vigor la LAPCD; (ii) la sentencia de primera instancia desestimando la modificación de medidas se dictó el 5 de abril de 2021, fecha en la que el hijo, probablemente, había alcanzado la mayoría de edad; (iii) cuando el padre interpuso recurso de apelación todavía regía la regulación anterior a la LAPCD; (iv) La LAPCD entró en vigor el día el 2 de septiembre de 2021, en el ínterin entre la interposición del recurso de apelación y la resolución del mismo.

Con estos datos, nos tenemos que plantear, al estilo socrático, la siguiente cuestión: ¿Procedía que el Tribunal *ad quem* se planteara la pertinencia de establecer medidas de apoyo respecto al hijo mayor de edad con discapacidad en la segunda instancia? A nuestro juicio no, porque la *dictio legis* del segundo párrafo del art. 91 CC prevé el debate de las medidas de apoyo del hijo menor de edad y mayor de dieciséis años “al tiempo de la nulidad, separación o divorcio”, excluyendo los procesos de modificación de medidas, sin que pueda abogarse aquí por una interpretación extensiva. No obstante, si se abogara por un planteamiento consistente en que los procesos de modificación de medidas podrían ser subsumidos en el art. 91 CC, existen otros argumentos que avalarían nuestra tesis en torno a que la Audiencia Provincial de Cantabria no debería haber entrado en el debate de las medidas de apoyo.

El segundo párrafo del art. 91 CC prevé que el Juez podrá determinar las medidas de apoyo en relación al hijo común mayor de dieciséis años con discapacidad. Prosigue el precepto diciendo que, en tal caso, se le tendrá que dar audiencia al menor de edad. Como se ha dicho, el fundamento del artículo es evitar un paréntesis entre las funciones inherentes a la patria potestad y las medidas de apoyo que pudiese precisar el hijo menor de edad, infiriéndose que, extinta la patria potestad e incoado un proceso de nulidad, separación o divorcio con un hijo mayor de edad, se deberá incoar un expediente de jurisdicción voluntaria independiente para dotar al hijo mayor con discapacidad de las medidas de apoyo, si fueren necesarias, estando vetado que el Juez, en la crisis matrimonial, se pronuncie sobre las mismas, ya que la posibilidad que prevé el art. 91 CC es

sea para la determinación de las salvaguardias a la que hace referencia el art. 12.4 de la Convención y que estrechamente ligadas a la provisión de apoyos”.

aplicable cuando en el matrimonio existe un hijo con discapacidad con una edad entre dieciséis y dieciochos año. Dicho de otro modo, aunque el hijo mayor de edad con discapacidad dependa o conviva con algunos de los progenitores, es inviable que el Juez dote al mismo de medidas de apoyo en el proceso de nulidad, separación o divorcio, dada cuenta que el establecimiento de las medidas quedaría extramuros de la *ratio* del segundo párrafo del art. 91 CC, que no es otro, como se ha dicho, de dar continuidad, sin interrupción, al apoyo que pudiere precisar el hijo menor de edad cuando alcance la mayoría de edad.

Además, tampoco cabría sostener el establecimiento de medidas de apoyo en el caso analizado en virtud de la disposición transitoria quinta de la LAPCD. La citada disposición establece que “los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”. Si leemos el extracto *ad pedem litterae* podemos ver que se refiere a los procesos relativos a la capacidad de las personas, no a otros procesos como el de crisis matrimonial y, *ad abundantiam*, y relacionándolo con el anterior párrafo, precisamente someter el proceso que desembocó en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 a la nueva regulación es lo que conduce a afirmar la imprecisión técnica que late en la resolución comentada, pues, alcanzada la mayoría de edad por el hijo con discapacidad que convivía con la madre, el debate en torno a las medidas de apoyo que pudiese necesitar debió transitar por el procedimiento *ad hoc* que al efecto prevé la LJV. Es decir, el emplazamiento conferido a las partes a fin de que evacuaran alegaciones por la entrada en vigor de la LAPCD podría haber sido loable, sin perjuicio de la matización que luego realizaremos, si el hijo con discapacidad, interpuesto el recurso de apelación, fuese menor de edad y mayor de dieciséis años, en cuyo caso la Audiencia Provincial, si fuese solicitado por alguna de las partes, podría haber contemplado medidas de apoyo si, como veremos posteriormente, la guarda de hecho que tenía la madre no se estaba ejerciendo correctamente, ya que, funcionando la medida de apoyo informal, el establecimiento de una medida de apoyo de origen judicial carecería de razón de ser.

En tercer lugar, y no menos importante, la *dictio legis* del segundo párrafo del art. 91 CC prevé el debate de las medidas de apoyo del hijo menor de edad y mayor de dieciséis años “al tiempo de la nulidad, separación o divorcio”, excluyendo los procesos de modificación de medidas, sin que pueda abogarse aquí por una interpretación extensiva.

Ergo, teniendo en cuenta que el hijo no fue incapacitado durante su minoría de edad, descartándose así la existencia de una patria potestad prorrogada nacida

bajo el régimen anterior; y que el hijo estaba a merced de la guarda de hecho ejercida por la madre, el debate en torno a las medidas de apoyo a favor del hijo mayor con discapacidad en el proceso de modificación de medidas era inocuo y estéril.

III. NO ES EQUIPARABLE LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD CON LA GUARDA Y CUSTODIA.

El leitmotiv de la sentencia es la continua equiparación de la guarda de hecho del hijo mayor de edad con discapacidad con la guarda y custodia, siendo hasta tal punto así que la Audiencia cita, en la empresa de motivar el fallo, jurisprudencia del Tribunal Supremo que hilvana el régimen de guarda y custodia compartida con el interés del menor. A fin de patentar en este trabajo el defectuoso planteamiento técnico de la sentencia, aportaremos unas notas sobre la derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada y la actual guarda de hecho.

I. Derogación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

La patria potestad prorrogada y rehabilitada ha sido derogada del art. 171 CC. No vamos a entrar, por mesura expositiva, en la arquitectura que tenía la función tuitiva cuando el hijo mayor de edad había sido incapacitado, pero sí tenemos que deparar en el significado polisémico que alberga el legislador respecto al concepto de la familia. La Exposición de Motivos de la LAPCD reza en su apartado tercero que la otrora patria potestad prorrogada y rehabilitada se había visualizado como “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad”. Evidentemente, estamos de acuerdo con dicha aseveración, pues la representación legal que tenían los progenitores al amparo del art. 154.2º CC es incompatible con la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 (CDPD)⁸. Lo que nos llama la atención del legislador patrio es el siguiente pasaje: “Conviene recordar 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*”, añadiendo posteriormente que la patria potestad prorrogada y rehabilitada podía ser inoperante cuando los progenitores llegaren a la ancianidad.

8 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas”, cit., p. 334.

Dejando al margen la última parte, el legislador vierte sobre el papel una sospecha sobre la familia, en concreto, sobre uno de los vínculos familiares más estrechos, subrayando que el parentesco paternofamiliar puede impedir que la persona necesitada de apoyo alcance la máxima autonomía e independencia posible. No negamos la mayor. Sin embargo, lo que no secundamos es la apología maquiavélica y a la carta de la familia de la que se sirve la LAPCD, pues, por un lado, pone en duda el papel que pueden tener los progenitores en la autonomía de la persona con discapacidad, y por otro, dibuja una oda a la familia en la empresa de justificar la “institucionalización” de la guarda de hecho. Lo expuesto se puede comprobar viendo el texto del mismo apartado de la Exposición de Motivos, donde el legislador, refiriéndose a la guarda de hecho, dice lo siguiente: “Conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. *La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–*, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”.

Parangonando los pasajes de la Exposición de Motivos transcritos, podemos ver, sin demasiada complejidad, que el legislador, por un lado, encumbra a la familia a fin de destacar las bondades de la guarda de hecho y, por otro lado, en el ámbito de la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, siembra sobre el papel la duda del rol que puede desempeñar esta para garantizar la autonomía de la persona con discapacidad⁹. Dicho en otras palabras, por un lado sale el sol y por el otro la luna.

Retomando el análisis técnico de la derogación de las citadas instituciones tutelares, como dijimos *ab initio* de este apartado, nos adherimos al planteamiento de que la patria potestad prorrogada y rehabilitada responde a unos postulados incompatibles con la CDPD. Así se pronunció, antes de la entrada en vigor de la

9 No está en la justificación de la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada la única suspicacia que levanta el legislador sobre la familia; también la podemos ver en la reforma del art. 665 CC que, implícitamente, parece que excluye el apoyo que puede dispensar un familiar a una persona con discapacidad a la hora de otorgar testamento, consagrando el “apoyo institucionalizado” del Notario, a pesar de que, a nuestro juicio, la arquitectura de sus funciones se adhiere más a la del asesoramiento técnico y guardián de los posibles defectos o vicios de la voluntad, aunque el concepto de apoyo se contemple en sentido amplio (*vid.* segundo párrafo apartado tercero de la Exposición de Motivos de la LAPCD). Lo dicho se confirma si deparamos en que, pese a la nueva dicción del art. 665 CC, la presunta función del Notario de proveer apoyo a la persona con discapacidad no ha sido cristalizada por la Ley del Notariado ni por el cuerpo reglamentario.

LAPCD, el Tribunal Supremo, pudiendo citarse la STS 20 octubre 2014¹⁰, que, en un supuesto de un hijo mayor de edad con deficiencia visual e inteligencia *bordeline* que realizaba actos incardinables en la suprimida prodigalidad, rechazó, previa incapacitación, la rehabilitación de la patria potestad, por oponerse a las medidas de apoyo de la CDPD. *Ratio decidendi* que ratificó la STS 4 noviembre 2015¹¹. Debe tenerse en cuenta que la patria potestad, más allá de la mayoría de edad, puede tener el mismo esqueleto normativo que la patria potestad ejercida sobre los hijos menores de edad, siendo el deber paterno de representar a los hijos incompatible con el carácter de *ultima ratio* que confiere a la LAPCD a las medidas de apoyo con facultades de representación.

Cabe plantearse ahora qué sucederá con aquellos progenitores que, incapacitado el hijo, estaban desempeñando la patria potestad prorrogada o rehabilitada conforme al régimen anterior. La disposición transitoria segunda de la LAPCD establece que “quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta”. La disposición transitoria quinta, a la que se remite y ya citada en este trabajo, dispone que los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada “podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta”, revisión que deberá producirse “en el plazo máximo de un año desde la solicitud”.

Como podrá verse, la previsión de dicha solicitud por los progenitores es potestativa, tal y como denota el uso del verbo “podrán”. Por ello, en caso de que no se haya formulado la revisión a instancia de parte, el segundo párrafo de la citada disposición transitoria quinta establece que “la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

Lógicamente, no es arriesgado vaticinar que, atendiendo al estado actual de la administración de justicia, el cumplimiento del plazo de tres años se contemple como una entelequia, quedando la adaptación del nuevo sistema a la responsabilidad y bonhomía de los progenitores.

En el escenario de que se revisara la patria potestad prorrogada o rehabilitada de oficio o a instancia de parte, creemos que si los progenitores están dispensando al hijo con discapacidad el apoyo que precisa mediante una guarda de hecho, la constitución de una curatela carecería de razón de ser, ex art. 269 CC¹². Sin

10 STS 20 octubre 2014 (RJ 2014, 5610).

11 STS 4 noviembre 2015 (RJ 2015, 5138).

12 No es unánime este planteamiento en el seno de los Juzgados, pudiendo citarse la SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021 (JUR 2022, 43252), que, existiendo una guarda de hecho, constituyó una curatela con

embargo, no es este el planteamiento por el que ha transitado la reciente SAP Pontevedra 21 septiembre 2021¹³. El Juzgado *a quo*, previa incapacitación de una hija mayor de edad, rehabilitó la patria potestad a favor de la madre; la hija interpuso recurso de apelación oponiéndose a la incapacitación total y el Tribunal adaptó la privación de la capacidad de obrar a los postulados de la LAPCD. Pese a que el último párrafo del fundamento de derecho segundo constata que la madre convivía con la hija y que la convivencia entre ambas no presentaba problemas, la Audiencia constituyó una curatela nombrando a la madre como curadora, pese a afirmar que esta “viene realizado de forma satisfactoria las funciones de apoyo que ahora se le atribuyen formalmente”.

No compartimos ni el fallo ni de la fundamentación de la citada sentencia, pues, si la cobertura del apoyo gravitaba en torno a la guarda de hecho, que funcionaba correctamente, la constitución de una medida judicial de apoyo como la curatela sería, a nuestro juicio, improcedente¹⁴.

Por otro lado, quizás sea de perogrullo afirmar que, extinta la patria potestad prorrogada y rehabilitada, conceptos tales como guarda y custodia monoparental o guarda y custodia compartida carecen de razón de ser respecto al hijo mayor de edad con discapacidad, pues, cuando se extingue la patria potestad, la guarda y

facultades de representación respecto a una persona que padecía alzhéimer y convivía con el hijo, quien ejercía la guarda de hecho, reconociendo el mismo y los parientes que la guarda de hecho funcionaba correctamente.

13 SAP Pontevedra 21 septiembre 2021 (JUR 2021, 366000).

14 En la doctrina, OTERO CRESPO, M. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “Artículo 91. II”, cit., p. 121, han manifestado que en un proceso de crisis matrimonial donde exista un menor con discapacidad mayor de dieciséis años no tendrá que activarse necesariamente el mecanismo del art. 91 CC si se prevé que este, cuando llegue a la mayoría de edad, se le dispensará el apoyo que precise mediante una guarda de hecho. Parece que también aboga por esta tesis RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: “Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de hecho de los menores”, en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUIZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022, p. 284. En el ámbito de los Juzgados y Tribunales, desde la publicación de la LAPCD, hay resoluciones que han rehusado constituir una curatela cuando existe constancia de la vigencia de una guarda de hecho que está funcionado correctamente. Puede verse la SJPI Sevilla 27 septiembre 2021, que desestima la constitución de una curatela porque una anciana estaba siendo atendida correctamente por su hija (en el mismo sentido la SJPI Jaén 22 septiembre 2021 y la SJPI Córdoba 30 septiembre 2021). No obstante, no se trata de una exégesis consolidada en la práctica forense, habiéndose dictado resoluciones que, pese la previa existencia de una guarda de hecho, han constituido una curatela en atención a la enfermedad que padecía la persona con discapacidad, otorgándole al apoyo facultades de representación. Nos remitimos, *ad exemplum*, a la SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021, que constituyó una curatela con facultades de representación que abarcaba el ámbito personal y patrimonial respecto a una persona con alzhéimer que tenía anuladas sus facultades. Pese a reconocerse en el acto de la vista que el hijo era quien atendía correctamente al padre, el Juzgado rehusó la posibilidad de desestimar la continuación de la guarda de hecho y sujetó al padre a una curatela. Mismo designio fue el de la SJPI Tafalla 23 noviembre 2021, que, ante una persona con alzhéimer que estaba bajo la guarda de hecho de su sobrina que le dispensaba apoyo “de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y deseos de la misma”, constituyó una curatela, nombrando curador a su sobrina con facultades de representación. Por la misma singladura transitó la más reciente SAP Valencia 19 enero 2022 (JUR 2022, 100763), nombrando en este caso curador al marido de la persona con discapacidad.

custodia, que tiene como presupuesto ontológico la función tuitiva inherente a la relación parental, corre la misma suerte¹⁵.

No obstante, no fue esta la óptica de la sentencia que analizamos, identificando la guarda de hecho con la guarda y custodia, a pesar de que, para más inri, no constaba que el hijo mayor de edad con discapacidad estuviere bajo la patria potestad prorrogada de los progenitores, toda vez que no se hace mención a ningún proceso previo de incapacitación durante la minoría de edad. Expone el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que la madre, habiendo alcanzado el hijo la mayoría de edad y necesitado de apoyo, ejerce la guarda de hecho del hijo, mientras que el padre ha ejercitado el derecho a visitarlo, comunicarse con él y tenerlo en su compañía. El problema surge en el segundo apartado del citado fundamento, donde el Tribunal identifica la guarda de hecho, que es una medida de apoyo, con la guarda y custodia, que representa una concreción de la función tuitiva de la responsabilidad parental: “El recurrente pretende, ya en exclusiva, en su recurso, que se le reconozca un régimen de guarda compartida, de suerte que esta sería la medida principal de apoyo en relación con su hijo”; a renglón seguido la sentencia se remite a la jurisprudencia para ilustrar sobre los presupuestos del régimen de guarda y custodia compartida, que se fundamenta en el interés del menor, no en el interés de la persona con discapacidad; finalmente, desestimando la petición del padre, dice, remitiéndose al informe forense, que “no informa, a entender de la Sala, sobre la conveniencia de un concreto régimen de guarda compartida (...) La concreta definición del plan de custodia compartida, como plan de parentalidad exigible al padre, no poder considerar que existe con suficiente garantía de éxito”.

Se infiere de la sentencia que, si a juicio del Tribunal, el padre hubiese demostrado la conveniencia de lo que denominaron “guarda compartida”, esta se habría concedido, aunque, paradójicamente, el modelo de guarda y custodia en relación a los hijos mayores de edad, tributario de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, pasó a mejor vida.

Como no podía ser de otro modo, no compartimos la *ratio decidendi* de la sentencia. El Tribunal, en este caso, acreditada que la guarda de hecho de la madre se estaba ejerciendo correctamente, debería haber rehusado cualquier disertación sobre la presunta guarda y custodia compartida. Si el apoyo lo estaba dispensando la madre, el Tribunal, adaptando la pretensión a la LAPCD, debería haber jalonado su fundamentación, a lo sumo, en el régimen de comunicación que se le pudiese otorgar al padre ex art. 94 CC, el cual sería de geometría variable al albur de las circunstancias del caso. Por ello, censuramos que, a día de hoy, se

15 DELGADO SÁEZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020, p. 17.

manee el concepto de “guarda y custodia” al tratar de la guarda de hecho de los progenitores sobre el hijo mayor de edad con discapacidad, ya que, derogada la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la guarda y custodia de los hijos mayores de edad debe correr la misma suerte, constituyendo un reduccionismo que atentaría contra la CDPD identificar la guarda y custodia, que se sustenta en el interés del menor; con la guarda de hecho, cuyo faro es la provisión de apoyo según la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Planteado de otro modo, aunque las medidas de apoyo puedan albergar facultades de representación, estas deberán ejercitarse, como regla general, reconstruyendo la voluntad de la persona con discapacidad a tenor de su trayectoria vital, de modo que el apoyo deberá optar por la decisión que habría adoptado la persona a la que se le dispensa apoyo, siendo la excepción, como explicaremos posteriormente, el interés de la persona con discapacidad, en aquellos casos donde la persona, aquejada de una discapacidad grave desde su nacimiento, no haya tenido una trayectoria vital ligada al principio de la autonomía de la voluntad. En cambio, en el ámbito de la patria potestad, la guía de los progenitores en el ejercicio de la representación legal que le confiere el art. 154.2° CC será el interés superior del menor¹⁶, aun cuando pueda ser objeto de valoración la personalidad del hijo¹⁷.

2. La configuración de la guarda de hecho a raíz de la LAPCD.

Aclarado que conceptos tales como guarda y custodia no pueden hilvanarse con el hijo mayor de edad con discapacidad, cabe despejar la incógnita que late en torno a la posible asimilación de la guarda y custodia con la institucionalizada guarda de hecho.

A) *La mal llamada guarda de hecho.*

Dispone el art. 250 CC que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, diciendo el cuarto párrafo que la guarda de hecho “es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”. Como expone la Exposición de Motivos de la LAPCD, la guarda de hecho se ha reforzado, convirtiéndose en una institución jurídica de apoyo que no tiene que ser provisional y que no precisa de una investidura formal.

16 VIVAS TESÓN, I.: “Curatela y asistencia”, cit., p. 281.

17 El art. 268 CC, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la LAPCD, ponía también en valor el pasado del pupilo en el ejercicio de la tutela, disponiendo que los tutores ejercerían su cargo de acuerdo con la personalidad de aquellos.

En el ámbito de la doctrina, Pérez Mongue, partiendo de la regulación de la guarda de hecho que albergaba el Anteproyecto, la ha definido como “el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales”¹⁸. No compartimos, en absoluto, dicha definición, en tanto en cuanto efectúa una especie de equiparación entre la guarda que una persona puede ejercer en relación a un menor y la que pudiese desempeñar respecto a una persona con discapacidad. Manejar conceptos tales como protección, custodia o funciones tutelares en relación a la persona con discapacidad constituye una suerte de reduccionismo que atenta contra los postulados de la CDPD, toda vez que, en numerosos casos, a la persona con discapacidad no hay que protegerla, sino dotarla de los suficientes apoyos a fin de que, en el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda actuar y desenvolverse con autonomía, libertad e independencia¹⁹. Solo en casos excepcionales donde la persona provista de apoyo no pueda conformar ni exteriorizar ninguna voluntad, o, pudiendo conformarla, el rechazo del apoyo está ligado a su enfermedad, entrará en juego la función tuitiva o, dicho de otro modo, el interés objetivo de la persona con discapacidad. Más adelante profundizaremos en este punto.

Prima facie, parece que el legislador patrio secunda el planteamiento que hemos expuesto, toda vez que ha articulado una reforma a fin de adaptar el ordenamiento jurídico a los principios de la CDPD; no obstante, yerra a la hora de tipificar el *nomen iuris* de algunas medidas de apoyo, como la guarda de hecho, dada cuenta que parte de la primigenia denominación y de unos planteamientos en relación a las personas con discapacidad que, en teoría, ya han sido superados²⁰. Si nos remitimos a la RAE podemos ver que el término “guarda” se identifica con

-
- 18 PÉREZ MONGE, M.: “La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, p. 248. Dicha definición sería loable, a nuestro juicio, a tenor de la regulación de algunos Derecho forales, no adaptados a los postulados de la CDPD, como el art. 159.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), que asigna al guardador de hecho el deber de cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios” o el art. 225-3 del Código civil de Cataluña (CCCat), que contempla que el guardador de hecho “debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta”. En la misma línea que Pérez Monge, puede verse BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 29, 2021., p. 9, para quien la guarda de hecho da satisfacción a las necesidades cotidianas que se plantean en el cuidado y atención de menores y personas mayores.
- 19 El concepto de guarda de hecho que propone LECIÑENA IBARRA, A.: “Comentario al artículo 263 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 652, nos parece más acertado conforme a su regulación actual, definiendo el guardador de hecho no como una persona que cuida y protege a la persona con discapacidad, sino que la asiste de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura formal, con carácter de estabilidad y de permanencia.
- 20 Misma idea late en el trabajo de DONADO VARA, A.: “Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 33, 2022, p. 12, que considera que debería haberse prescindido del término

el verbo guardar en su segunda acepción. Dicho verbo se relaciona con “tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo” (primera acepción). El término guarda, y, más concretamente, guarda de hecho, sugiere una convivencia, en la que el guardador protege y vigila a la persona con discapacidad²¹. Dicha denominación podría ser loable en el ámbito de la guarda de hecho de los menores de edad (art. 237 CC), toda vez que el menor está bajo la protección de un tercero a quien se le puede atribuir funciones tutelares, pero no en el ámbito del apoyo que precisa una persona con discapacidad²².

Pongamos un ejemplo: una persona con discapacidad precisa de apoyo para determinados actos patrimoniales, habida cuenta de que no posee las suficientes facultades intelectivas y cognitivas para actuar con total independencia en determinados ámbitos. A pesar de ello, la persona con discapacidad posee la suficiente capacidad para tener una vida autónoma, no precisando de ayuda para el vestido, el aseo u otras actividades diarias. Un amigo o allegado, que no convive con él, es la persona que le ha prestado apoyo de manera informal cuando ha tenido que perfeccionar un acto o negocio jurídico. En este escenario ¿Sería correcto afirmar que el amigo o allegado de la persona con discapacidad le dispensa apoyo bajo una guarda de hecho? Valorando que se está dispensando el apoyo de modo informal y de facto, no existiendo ninguna medida de apoyo

de *guarda de hecho*, ya que “responde a una esencia obsoleta ligada a la protección de la persona y no a su apoyo”.

- 21 Interesante son las reflexiones de DE SALAS MURILLO, S.: “Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018, p. 15, que, en nuestra opinión, sirve de asidero para la tesis que manejamos en torno al error del legislador a la hora de bautizar como “guarda de hecho” la medida informal de apoyo: “apoyo denota protagonismo y cierta dosis de autonomía por parte del que lo recibe, frente a *guarda*, que parece transparentar una relación desigual de fuerzas entre el que guarda y el que es guardado”. SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCIA MAYO, y coords. C. GIL MEMBRADO, J.J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 390, también critica la elección del legislador respecto al nombre de la medida informal de apoyo, diciendo que “la nueva regulación nace con el vicio de concebir la guarda de hecho como una actividad de protección –y digo bien, de protección, que no de apoyo-”.
- 22 La censura vertida sobre la denominación de la guarda de hecho es extensible a la curatela. Como dice la Exposición de Motivos de la LAPCD, el origen de la curatela es el “cuidado” [PAU, A.: “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), p. 18, mencionó que en la propuesta de la LAPCD se tuvo especial interés en conservar el nombre de “curador”, que quiere decir cuidador]. El legislador explica que el propio significado de la palabra revela la finalidad de la institución, que es de “asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica”. Sin embargo, el sentido etimológico del vocablo *cuidar* revela, siguiendo la segunda acepción de la RAE, que se identifica con “asistir, guardar y conservar”. Si uno de los fines de la CDPD es promover la vida independiente y autónoma de las personas con discapacidad (art. 19), aunque necesiten de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, no coherente con el nuevo paradigma el *nomen* de la curatela, pues la persona con discapacidad no necesariamente debe ser cuidada, conservada o estar bajo la guarda de un tercero, sino que tiene que ser objeto de un apoyo que le ayude y promueva, en la medida de lo posible, su plena inclusión en la sociedad y a tener una vida autónoma e independiente. En este sentido, llama la atención del legislador español, tan celoso por estar a la vanguardia de la nueva singladura de las personas con discapacidad, que parta de desfasadas instituciones a la hora de tipificar las medidas de apoyo que, aunque reformadas, siguen rindiendo tributo, al menos en su denominación, al derogado sistema, pues una cosa es tratar a la persona con discapacidad con cuidado, y otra, bien distinta, es que el apoyo, ya sea el curador o el guardador, tenga que cuidar a la persona con discapacidad.

judicial o voluntaria *stricto sensu*²³, cabría contestar afirmativamente, a tenor del cuarto párrafo del art. 250 CC. Dicho precepto, a nuestro juicio, consagra un concepto de guarda de hecho que no liga con el sentido etimológico del vocablo “guarda”, ejerciendo una suerte de *vis atractiva* sobre todo apoyo que no emane, en sentido estricto, de la voluntad de la persona con discapacidad o que no haya sido previsto judicialmente.

Por tanto, para el legislador español tan guarda de hecho es el apoyo que se dispensa a una persona con discapacidad que convive con el guardador; como aquel que, sin convivencia, se le dispensa a la persona que, pese a su discapacidad, es capaz de vivir de manera autónoma e independiente.

B) ¿Es equiparable la guarda de hecho con la guarda y custodia?

Con el ejemplo expuesto es paladino que la guarda de hecho es un concepto totalmente distinto al de guarda y custodia. Sin embargo, los contornos entre ambas pueden ser difíciles de deslindar en determinados casos, a pesar de que el ámbito subjetivo de la primera sea la persona con discapacidad -en algunos supuestos el menor de edad ex art. 237 CC- y el de la segunda el hijo menor de edad.

Un supuesto paradigmático es el que analizó la sentencia que comentamos. Aquí, una madre era la que estaba dispensando a su hijo de veinte años con discapacidad el apoyo que necesitaba; el hijo, por su discapacidad y dependencia,

23 Decimos medidas de apoyo voluntarias *stricto sensu* porque no se puede descartar que la guarda de hecho no emane de la voluntad de la persona con discapacidad. Habrá casos donde la guarda de hecho, surgida de facto, no emane de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad; piénsese en aquellos casos donde una persona con una oligofrenia severa o un alzhéimer avanzado esté recibiendo el apoyo de algún familiar o allegado que, de *motu proprio*, se ha prestado a brindarle toda la ayuda que precisa. Aquí difícilmente se puede concebir el apoyo informal de naturaleza voluntaria, toda vez que la persona con discapacidad, por falta de sus facultades intelectivas, no ha podido conformar y exteriorizar una voluntad en orden a la organización del apoyo. Pero en otros casos, donde hay una discapacidad psíquica moderada, la persona bajo guarda de hecho se puede mostrar conforme con el apoyo informal que está ejerciendo un tercero. En este último caso se puede sostener que la guarda de hecho ha emergido y se está desarrollando de manera voluntaria, pues de lo contrario la persona habría previsto o articulado algún mecanismo en relación al apoyo que precisa. Hilvanando esta breve disertación con aportes doctrinales, para SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica”, cit., p. 388, representa una contradicción del legislador “no definir la guarda de hecho como una medida de apoyo voluntaria” (también para DONADO VARA, A.: “Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad”, cit., p. 12,) explicando que, a su parecer, si la guarda no emana de la voluntad de la persona con discapacidad no puede reconocerse como una medida de apoyo. A nuestro juicio, y conforme a lo expuesto *ab initio* de esta nota, refutamos dicha afirmación lanzando al tablero una *quaestio facti*: Si nace una persona con una oligofrenia equivalente a la idiocia y el apoyo, cuando este alcanza la mayoría de edad, se lo dispensa los padres ¿Se podría afirmar que los progenitores no son guardadores de hecho porque el apoyo no ha emanado de la voluntad de la persona que precisa el apoyo, que, quizás, incluso no posea facultades para dominar un lenguaje articulado? ¿Cómo se calificaría en tal caso el apoyo de los progenitores no mediando una medida voluntaria de las tipificadas por el legislador ni una curatela? Es cierto que si la persona con discapacidad, pese a la merma de sus facultades, puede conformar y exteriorizar su aquiescencia a la guarda de hecho, es obvio que esta medida de apoyo tiene una raigambre voluntaria, pero ello no debe conducir a afirmar que la guarda se debería haber tipificado como una medida de apoyo voluntaria, dada cuenta que, en determinados casos, podrá rendir tributo al apoyo de la persona que lo precisa a pesar de no haber nacido de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad.

no tenía autonomía, conviviendo su madre con él en la vivienda familiar, mientras que el padre solo tenía, conforme a la sentencia de divorcio, el derecho a visitarlo. Como se verá, la *quaestio iuris* a plantear es la siguiente: ¿En qué se diferencia aquí la guarda de hecho que estaba ejerciendo la madre respecto al hijo mayor de edad con discapacidad de la guarda y custodia que ostentaba cuando era menor de edad? Para contestar a dicha cuestión, nos adentraremos, someramente, en ambos conceptos.

La guarda y custodia es tributaria de la patria potestad, entendida esta como función atribuida a los progenitores por virtud la cual estos deberán, en interés del hijo, velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 154 CC)²⁴, concretándose la guarda y custodia en la facultad que “abarca todos aquellos aspectos del quehacer diario”, comprendiendo la alimentación, el cuidado inmediato, la imposición de normas disciplinarias, etc.²⁵. Además, como apunta Ragel Sánchez, la guarda y custodia exige la convivencia entre el progenitor y el hijo, precisando que la misma debe cumplir el objetivo de protección física y material²⁶.

Hilvanando lo expuesto sobre la guarda y custodia con el supuesto de hecho de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, podemos ver que el hijo mayor con discapacidad con una dependencia severa convivía con la madre en la vivienda familiar, donde esta lo cuidaba y satisfacía sus necesidades más básicas, dado que aquel, por sus limitaciones físicas e intelectivas, no gozaba de independencia. Es cierto que, en casos como este, haya puntos donde, *prima facie*, la guarda y custodia y la guarda de hecho converjan, sin embargo, sería un error equiparar ambas figuras, pues, mientras que el eje de la guarda y custodia es el interés del menor, albergando una función sustancialmente tuitiva, las líneas maestras de la guarda de hecho, como medida de apoyo, deberá atender, no a la protección de la persona con discapacidad, sino a ayudarla y apoyarla en el ejercicio de su capacidad jurídica, procurando que la persona bajo guarda de hecho desarrolle su propio proceso de toma de decisiones y coadyuvando a su autonomía e independencia, a fin de que en el futuro pueda dibujar su propio proceso de formación de voluntad con el menor apoyo posible o, en palabras, del art. 249 CC “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”.

Expuesto de otro modo, las líneas maestras del apoyo informal se sustentan en pilares distintos a los de la guarda y custodia, dada cuenta que la guarda de hecho

24 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La patria potestad en las situaciones de crisis familiar”, en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 145, expone que la patria potestad se concibe como un *officium* subordinado a la defensa prevalente del interés superior del menor.

25 Ídem. p. 147.

26 RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 289.

no puede, ni debe, como regla general, albergar la aureola protectora y tuitiva inherente a la responsabilidad parental, de lo contrario no superaríamos el sistema paternalista que dibujó el legislador en 1981 cuando cristalizó la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

C) ¿El deber de cuidado forma parte de la guarda de hecho?

A veces, coadyuvar a la autonomía e independencia de la persona con discapacidad se vislumbra como una entelequia, por la grave discapacidad que presenta la persona necesitada de apoyo, que puede ser, incluso, de carácter irreversible. El apoyo asistencial en casos extremos puede ser insuficiente, teniéndose que recurrir a un apoyo con facultades de representación. El tercer párrafo del art. 249 CC permite que “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”, debiéndose valorar, en el ejercicio de este apoyo, la trayectoria vital de la personas con discapacidad, en concreto, “sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Si parangonamos el régimen anterior con el actual, podemos comprobar que donde antes se hablaba del interés del incapacitado, que trataba de dignificar el mejor interés visualizado de manera objetiva, ahora de lo que se trata es de reconstruir o integrar la voluntad de la persona con discapacidad, de modo que el apoyo con facultades de representación no deberá elegir la mejor opción, sino la que habría tomado la persona provista de apoyo conforme a su trayectoria vital²⁷. Este *modus operandi* no se aprecia en el ámbito de la patria potestad, habida cuenta que los progenitores, en el ejercicio de la representación que le confiere el art. 154.2º CC, deberá sujetar esta al *favor minoris*.

Es decir, desde el prisma de los principios de la CDPD, las facultades de representación no tienen una fisonomía sustitutiva, sino integradoras, pues la persona que brinda el apoyo de corte representativo no sustituye su voluntad por la de la persona con discapacidad, sino que debe hacer un esfuerzo para averiguar, partiendo de la trayectoria vital, la decisión que habría tomado la persona acreedora del apoyo²⁸ y, a tal fin, el art. 282 CC, con buen criterio, cristaliza el

27 TORRES COSTA, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293, 304 y 305. BARBA, V: “Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York”, cit., p. 83, habla de que “debemos pasar de un modelo inspirado en el *superior interés* de la persona con discapacidad a un sistema inspirado en el *interés preferido* de la persona con discapacidad”.

28 En este punto, no estamos de acuerdo con aquellos autores como DE TORRES PEREA, J. M.: “Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico”, cit., p. 362, que identifica la curatela representativa con la derogada tutela, pues mientras que en la tutela el tutor tenía que actuar conforme al interés del incapacitado, sustituyendo

deber del curador, extensible a las restantes medidas de apoyo como la guarda de hecho, de “mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida”.

Sin embargo, en el supuesto de hecho de la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el hijo nació con una grave discapacidad que, probablemente, le impidiera desde la infancia tomar una decisión ligada a su voluntad, pudiéndose afirmar que, en casos como el analizado, donde la persona presenta un deterioro grave de sus facultades intelectivas y cognitivas desde el nacimiento, esta no poseerá una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad. En estos escenarios extremos, donde la persona no es capaz *per se* de formar ni expresar ningún tipo de voluntad ni deseo, sería inocuo y estéril hablar de reconstrucción o integración de la voluntad o, en palabras del art. 249 CC, de averiguar la trayectoria vital de la persona con discapacidad y, en concreto, sus creencias y valores a fin de discernir la decisión que esta habría tomado, siendo menester abogar, en vez de por una representación integradora, por una sustitutiva, cuyo eje de coordenadas estaría en el interés superior de la persona con discapacidad²⁹.

su voluntad, en la curatela representativa, como regla general, no hay una sustitución de voluntad, sino una reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad que, por el deterioro de sus facultades cognitivas e intelectivas, no puede conformarla, sirviendo de asidero para dicha reconstrucción su trayectoria vital. Solo en casos excepcionales, y en ausencia de una trayectoria vital, la medida de apoyo con facultades de representación tendrá un acervo sustitutivo. Por ende, no podemos suscribir aseveraciones como que “la curatela representativa ha venido en cierto grado a ocupar el lugar de la anterior tutela”, pues se está haciendo de la excepción la regla general. VIVAS TESÓN, I.: “Curatela y asistencia”, cit., p. 281, arguye, en relación a la curatela y la capacidad decisional de la persona con discapacidad, que “solo de manera muy excepcional es posible su sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no los comparta”. El razonamiento, *prima facie*, podría ser compartido en este trabajo, sin embargo, no podemos suscribir que, en casos donde la persona con discapacidad tenga una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad, las facultades de representación tengan naturaleza sustitutiva, pues el curador no sustituye su voluntad por la de la persona con discapacidad, sino que integra la de esta al compás de sus creencias, valores y anhelos.

- 29 La Observación General Primera parece que desconoce los variados matices de la realidad al decir lo que sigue: “Cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “el interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior” no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad”. La citada Observación olvida que ciertas personas desde su nacimiento no presentan las aptitudes cognitivas e intelectivas suficientes para formar un deseo o preferencia, careciendo de una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad. En estos casos, tal y como sostiene CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: “La curatela: ¿una nueva institución?”, cit., p. 225, debe contarse con un criterio objetivo tendente a la protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad. PAU, 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), p. 9, defiende que cuando la voluntad de la persona con discapacidad no pueda expresarse ni reconstruirse entrará en juego el mejor interés. En la misma senda puede verse SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), pp. 419, 420 y 423; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2020, p. 23; PAU, A.: “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, cit., p. 9; y GARCÍA RUBIO, M^o P. y MORO ALMARAZ, J.: “Artículo 250”, pp. 236 y 237, que, reconociendo que en supuestos graves resultará imposible averiguar

Como quiera que el hijo con discapacidad, a la fecha de los hechos, no dominaba el lenguaje articulado y que la madre, que ejercía la guarda y custodia, devino en guardadora de hecho al alcanzar aquel la mayoría de edad, ejerciendo probablemente facultades de representación sustitutivas, conforme a la clasificación dual de las facultades de representación expuesta *supra* – integradoras y sustitutivas-, nos debemos plantear si, aún así, la guarda de hecho es sustancialmente idéntica a la guarda y custodia preexistente.

A nuestro juicio no, ya que es discutible que el deber de cuidado, propio de la guarda y custodia, sea extensible a la guarda de hecho o a otra medida de apoyo. En la doctrina, García Rubio y Moro Almaraz han afirmado, quizás implícitamente, que el deber de cuidado entra dentro de la arquitectura de la guarda de hecho, diciendo que se adaptaría bien a la medida de apoyo informal la denominación de “cuidador de hecho”, por ser el guardador quien viene prestando cuidados a la persona con discapacidad³⁰. No podemos compartir este planteamiento en su plenitud, pues a pesar de la denominación de la medida informal de apoyo, criticada más arriba, el núcleo de la guarda de hecho es proporcionar apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, no cuidarla. Identificar al guardador de hecho con un “cuidador de hecho”, sería tanto como identificar la actual curatela o la guarda de hecho, que generalmente es asistencial (vid. tercer párrafo del art. 269 y art. 264 CC), con la representación, ya que el guardador no tiene porqué cuidar a la persona con discapacidad, sino auxiliarla, sin investidura formal, en determinados ámbitos relacionados con el ejercicio de su capacidad jurídica, toda vez que la persona con discapacidad, en principio, goza de autonomía e independencia, siendo así que solo en casos excepcionales, por la grave merma de sus facultades intelectivas y volitivas, precisará de cuidados para el desarrollo de las actividades diarias; cuidados que, insistimos, no tienen porqué subsumirse en las medidas de apoyo³¹.

El lector podría argüir a este planteamiento que el significado que hemos atribuido a la palabra “cuidado” no tiene que identificarse, necesariamente, con la ayuda que precisa la persona con discapacidad en las actividades diarias, como el

la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque nunca ha podido interactuar con su entorno, la representación, de carácter general o plena, será sustitutiva.

30 GARCÍA RUBIO, M^o P. y MORO ALMARAZ, J.: “Artículo 263”, cit., p. 298.

31 SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica”, cit., p. 391, parece que acoge este planteamiento, al decir que “el contenido del apoyo de la guarda de hecho suele coincidir con el acompañamiento y cuidado personal de la persona concernida y apoyo en las decisiones en el ámbito de la salud, la formación o el trabajo, en lo que a la esfera personal se refiere. En el ámbito patrimonial, también comporta el apoyo en la toma de decisiones y, a menudo, incluye estrategias que posibilitan a la persona guardadora llevar a cabo gestiones y actos de administración e incluso de disposición en nombre de la persona concernida. Así, la cotitularidad de las cuentas bancarias o autorización de disponer de las mismas facilitan el apoyo” (cursiva nuestra). Obsérvese que dice que “el contenido del apoyo de la guarda de hecho suele coincidir con el acompañamiento o cuidado personal de la persona concernida”; es decir, para la citada autora el contenido de la guarda de hecho, *stricto sensu*, es el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, que es distinto del cuidado personal, aunque ambas funciones converjan en la figura del guardador.

aseo, el vestido, la ingesta de alimentos, etc, pudiendo relacionarse, simplemente, con una ayuda o auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica. Ciertamente es que el verbo “cuidar” tiene varias acepciones en la RAE; la primera, por ejemplo, identifica el verbo con “poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo”, mientras que la segunda se relaciona con “asistir, guardar y conservar”. A tenor de dicha disyuntiva, nos planteamos lo siguiente: ¿A qué acepción se refiere García Rubio y Moro Almaraz cuando afirman que el guardador de hecho podría ser denominado “cuidador de hecho”? O formulado de otro modo, cuándo las autoras identifican al guardador con el cuidador ¿Están afirmando que a aquel le asiste un deber de ayudar a la persona con discapacidad con una dependencia severa en los quehaceres diarios de la vida diaria, más allá de la ayuda que precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica *stricto sensu*? Parece que sí, pues disertando sobre el apoyo propugnan una interpretación extensiva a las personas con discapacidad del art. 23.5 CDPD³², que, a la sazón, cristaliza la obligación de los Estados de hacer “todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda *cuidar* de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”. Es decir, desde el prisma de las meritedas autoras, cuando la persona con discapacidad no goza de autonomía para las actividades más elementales, el apoyo deberá brindarle los cuidados necesarios, como se los dispensan los progenitores al hijo menor de edad³³.

Como quiera que no compartimos la tesis de que la persona que ejerza la medida de apoyo deba asumir, inexorablemente, el cuidado, aun en supuesto de que la persona con discapacidad lo necesite, aportaremos varios argumentos.

Dice el art. 250 CC *in fine* que “no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”³⁴. En este contexto, supongamos que hay una persona con discapacidad que tiene un hijo; el padre con discapacidad no tiene autonomía para las actividades de la vida diaria relacionadas con el aseo, el vestido, la alimentación, etc. El hijo, por sus ocupaciones laborales o profesionales, no puede cuidar personalmente a su padre³⁵ y contrata a un trabajador doméstico o pide una autorización judicial para

32 GARCÍA RUBIO, M^a P. y MORO ALMARAZ, J.: “Artículo 263”, cit., p. 298.

33 En la misma senda se ha pronunciado PAU, A.: “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, cit., pp. 18 y 19.

34 Han criticado este precepto GARCÍA RUBIO, M^a P. y MORO ALMARAZ, J.: “Artículo 250”, cit., pp. 225 y 226, quienes abogan por una interpretación correctora de la norma, de modo que si la persona con discapacidad ha contratado los servicios de un tercero para los cuidados que precisa y, a su vez, ha diseñado una medida voluntaria para que el mismo cuidador le dispense apoyo, la prohibición del art. 250 CC *in fine* no sería aplicable. En la misma senda, GALVEZ CRIADO, A.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad”, cit., p. 455.

35 A mayor abundamiento, ni siquiera el cuidado personal puede subsumirse, necesariamente, en el deber de alimentos si el pariente está en una situación de necesidad, al socaire del derecho de opción que asiste

internar a la persona con discapacidad en un centro. La persona con discapacidad precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y el hijo es quien se ocupa de las gestiones que tiene que realizar el padre, extendiéndose el apoyo a funciones de índole representativas. Con estos datos, nos debemos plantear lo siguiente: ¿Se podría decir que el hijo no es guardador de hecho porque no es la persona que está cuidando personalmente al padre? Evidentemente no, pues puede ser que aquel sea quien esté ejerciendo la medida de apoyo que precisa su ascendiente para el ejercicio de la capacidad jurídica, de modo que se produce un desdoblamiento entre la guarda de hecho, que es una medida de apoyo en sentido estricto, y la labor de cuidado, siendo así que, precisamente, en el caso expuesto, por imperativo del último párrafo del art. 250 CC, está vetado que la persona física o jurídica que dispensa el cuidado personal a la persona con discapacidad por una relación contractual ejerza el apoyo³⁶.

Así, aunque el ejercicio del apoyo y la labor de cuidado puedan converger en numerosas ocasiones en la figura del guardador de hecho, es discutible que la labor de cuidado, cuando este es intenso y precisa de convivencia, sea subsumible en la arquitectura de la guarda de hecho o de la curatela, tal y como ha sido

al alimentante en virtud del art. 149 CC, lo que no implica que el alimentista pueda quedar huérfano de los mismos si los precisa y se concurren los presupuestos de la obligación alimenticia. A nuestro juicio, el Derecho no puede imponer a los familiares la obligación de consagrar personalmente su vida a los parientes, por muy estrecho que sea el vínculo consanguíneo. Dicho planteamiento iría en contra del concepto *libertad de acción*, procedente de la doctrina alemana, y que describe MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010, p. 21 y 22, como “un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente”. Los familiares tienen el deber, si se cumplen los presupuestos de la obligación de alimentos, de procurar al alimentista todo lo indispensable para “el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, pero dicha obligación no la han de cumplir personalmente, como si de una obligación *intuitu personae*, se tratase, sino que pueden recurrir a centro especializados, con la aquiescencia del interesado o a través de resolución judicial, a un tercero, máxime cuando, en muchos casos, las necesidades del alimentista puedan estar mejor cubiertas de este modo. En este sentido, subraya MONDEJAR PEÑA M^o. I.: “La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro”, en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 2007, p. 343, que el derecho de opción cristalizado en el artículo 149 CC tiene como fundamento hacer menos gravosa la carga impuesta al alimentante, así como el beneficio y conveniencia del beneficiario de alimentos, que es lo que persigue el meritado artículo con la alternativa dejada a aquel, señalando que “hoy en día esta alternativa no siempre ha de verse como un fracaso familiar o una circunstancia negativa, y cuando el nivel de cuidados sean necesarios en las fases avanzadas de la enfermedad no pueda ser soportado por la familia, la atención profesional en una residencia puede llegar a ser la mejor opción”. También puede verse GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, donde diferenciamos entre el deber de respeto inherente a la relación paternofilial y el deber de alimentos, abogando por la tesis de que este último deber no debe implicar que los hijos tengan que cuidar personalmente a los progenitores que estén en una situación de necesidad.

36 El fundamento del precepto es, siguiendo el art. 12 CDPD, que no se ejerzan presiones ni influencias indebidas por el cuidador en la toma de decisiones de la persona con discapacidad que atenuen o anulen su autonomía (ÁLVAREZ LATA, N.: “Artículos 249 al 253”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 474). Aquí el legislador reconoce, implícitamente, que el cuidado es algo bien distinto al apoyo, pues dirigiéndose este a la ayuda que precisa la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, veta que el cuidador que preste servicios asistenciales por una relación contractual sea la persona que ejerza el apoyo, al socaire de una presunta influencia en el proceso de toma de decisiones de la persona a la que cuida, ciñéndose el apoyo a la formación o exteriorización de la voluntad, no a tareas asistenciales ligadas al cuidado.

configurada por el legislador patrio, sin que la dicción del segundo párrafo art. 282 CC pueda servir de asidero para sustentar un presunto deber de convivencia de la persona que ejerce el apoyo, pues una cosa es que el curador o el guardador de hecho tenga contacto con la persona con discapacidad, en la empresa de conocer su idiosincrasia o su voluntad, deseos y preferencias, y otra bien distinta es la convivencia, la cual implicaría que el que ejerce el apoyo y el que lo precisa habiten en el mismo inmueble³⁷.

No sucede así con la guarda y custodia tributaria de la patria potestad, pues en la misma se unifica en la figura del progenitor o de los progenitores el cuidado directo y el deber de convivencia del hijo menor de edad con el deber de representación legal paterno inherente a la patria potestad. Es decir, aunque en numerosas ocasiones sea el guardador de hecho quien dispensa apoyo y cuida personalmente a la persona con discapacidad, la labor de cuidado, técnicamente, debe quedar al margen de la fisonomía de las medidas de apoyo. Dicho de otro modo, la función del guardador de hecho o la del curador será la de apoyar, asistir y auxiliar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no extendiéndose la medida de apoyo al deber de convivencia o de cuidado. De lo contrario, se podría visualizar las medidas de apoyo con un cariz excesivamente paternalista que situaría al curador o al guardador en una posición de dominio o potestad, siendo así que ahora, a tenor del nuevo paradigma, el cargo, como apunta Ribot Igualada, es “instrumental para la realización y efectividad de la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos”³⁸.

Con el fin de volver a patentar como el deber de cuidado no constituye, necesariamente, el epicentro no solo de la guarda de hecho, sino de cualquier medida de apoyo, nos remitiremos a otro ejemplo. Una persona tiene una discapacidad física grave, no teniendo autonomía de movimientos porque está postrada en una silla de ruedas, conservando, no obstante, sus facultades intelectivas y cognitivas. Esta persona precisa de ayuda para las actividades de la vida diaria, en especial,

37 Tampoco puede servir de acicate, para argüir que el deber de cuidado o mantenimiento se subsume en las medidas de apoyo, que el legislador valore la convivencia con la persona con discapacidad para el nombramiento del curador ex art. 276 CC, pues, como dice VIVAS TESÓN, I.: “Curatela y asistencia”, cit., p. 292, dicha convivencia se justifica porque “dicha cercanía cotidiana garantiza que la persona que va a desempeñar el cargo conoce la educación, los valores, los gustos y, en definitiva, el recorrido vital de quien precisa su apoyo y acompañamiento”. Es decir, la convivencia es un elemento importante, no imprescindible, para conferir la titularidad del apoyo, porque la misma coadyuvará al conocimiento de la idiosincrasia de la persona que precise el apoyo, no porque el curador o el guardador de hecho tenga que cuidar personalmente a la persona con discapacidad. Es más, si abogáramos porque al guardador o curador les asiste un deber de cuidado subsumible en la medida de apoyo estaríamos yendo por un sendero que, implícitamente, reconocería que el apoyo, a pesar de su amplio significado, tiene una connotación paternalista que cercenaría el art. 19 CDPD, que avala el derecho de las personas con discapacidad a tener una vida independiente (no en vano, el legislador no ha incorporado al ámbito de la curatela el antiguo deber del tutor de velar por la persona con discapacidad o de procurarle alimentos -art. 269 CC conforme a la redacción vigente antes de la LAPCD-).

38 RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 226.

las relacionadas con el aseo personal, las labores domésticas, el vestido, etc. A la vista de que vive sola y no goza de una red familiar que le ayude, formula una solicitud para la incoación de un expediente de provisión de apoyo, dada su discapacidad física, el concepto amplio de apoyo que maneja el legislador y, no menos importante, que este, en la Exposición de Motivos de la LAPCD, no supedita la existencia de una medida de apoyo a una discapacidad concreta³⁹. Ante la solicitud del interesado ¿sobre qué designios pivotará la resolución del Juez? A nuestro juicio, habida cuenta que el interesado, pese a su discapacidad física, conserva indemnes sus facultades para el ejercicio de la capacidad jurídica, no se le deberá dotar de ninguna medida de apoyo, al socaire del principio de necesidad y subsidiariedad que impera en estas, pues si existen otras instituciones o recursos que puedan auxiliar a la persona con discapacidad, se ha de descartar la provisión del apoyo, amén de que el concepto de apoyo debe estar ligado con una afectación de la persona en el proceso de toma de decisiones⁴⁰. En este sentido, si el interesado tiene recursos suficientes, el Juez tendrá que exhortarle a la contratación de un cuidador doméstico⁴¹, mientras que si está en una situación de necesidad económica tendrá que reconducir su pretensión por la vía de la obligación de alimentos entre parientes y estos podrán, en virtud del derecho de opción cristalizado en el art. 149 CC, cuidar personalmente al alimentista o sufragar los servicios de un tercero.

39 DICE PEREÑA VICENTE, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 64, que la indefinición del legislador en este punto, motivada por no estigmatizar a las persona con discapacidad y salvaguardar su dignidad, ocasionará problemas de interpretación, al no consagrar "un estándar que justifique las medidas". GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", cit., pp. 54 y 55, reconoce que la mayor parte de las normas de la LAPCD van dirigidas a las personas "con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, que son las que van a estar, en su caso, necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica". Sin embargo, reconoce que personas con alguna discapacidad física o sensorial pueden ser acreedoras de algunas reglas concretas, refiriéndose, *ex profeso*, a los arts. 708 y 709 CC.

40 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 30, relaciona el apoyo con aquellas "personas adultas con dificultades para comprender y para adoptar decisiones, incluyendo también la comprensión de sus consecuencias, en todas las facetas de la vida", concretando que la discapacidad debe ser de orden intelectual, que pudiera impedir la toma de decisiones. QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Cuestiones generales. Sobre el sentido de la «discapacidad» en la nueva ley", cit., pp. 28 y 29, maneja la misma tesis, no supeditando el apoyo civil a la condición administrativa de discapacitado.

41 Se podría decir que, si contrata a un cuidador doméstico, no procedería la medida de apoyo judicial porque ya tiene una medida de apoyo voluntaria; no obstante, nos topamos de nuevo con el último párrafo del art. 250 CC, que veta al que de servicios asistenciales o residenciales por una relación contractual ejercer una medida de apoyo. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y MORO ALMARAZ, J.: "Artículo 250", pp. 225 y 226, como hemos visto *supra*, apuestan por una interpretación correctora de dicho inciso, diciendo que el cuidador doméstico podrá ejercer el apoyo si, pese a los cuidados y la relación contractual, lo desea la persona con discapacidad. Pero, rizando el rizo, planteamos lo siguiente: Si la función del cuidador en este caso se limita las actividades materiales en relación con la persona con discapacidad física que conserva sus facultades intelectivas y cognitivas ¿Qué apoyo ejercerá el cuidador en el ejercicio de la capacidad jurídica? Si se limita al cuidado y, respecto al apoyo, no ejerce ninguna función, habida cuenta de la autonomía e independencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona a la que está cuidando, no podríamos afirmar, en sentido técnico, que esté ejerciendo una medida de apoyo, habida cuenta del desdoblamiento que efectúa el art. 250 CC entre el cuidado y el apoyo.

Además, nos planteamos el siguiente interrogante: si la persona que ejerce el apoyo, ora el curador, ora el guardador de hecho, debe cuidar a la persona con discapacidad si esta, por la grave merma de sus facultades, no tiene autonomía para las actividades de la vida diaria ¿por qué el legislador no traspuso, en el ámbito de las disposiciones generales de las medidas de apoyo o en otra sede, el deber de la persona que encarna el apoyo de velar o de procurar alimentos a la persona con discapacidad como ya hiciera el antiguo art. 263 CC en el ámbito de la tutela? Porque a nuestro juicio, ahora, con el cambio de paradigma, el fin principal de la medida de apoyo no es cuidar a la persona con discapacidad, sino apoyarla en el ejercicio de la capacidad jurídica⁴². Aunque en la praxis judicial o en la ladera fáctica converjan en la personificación del apoyo el cuidado con una ayuda o auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica⁴³, no se tratan de conceptos necesariamente idénticos que se puedan englobar; al alimón, en algunas de las medidas de apoyo cristalizadas por el legislador patrio⁴⁴.

- 42 No es baladí el art. 12 CDPD, que liga el concepto de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, en especial, el apartado quinto, que dispone que los Estados deberán tomar todas las medidas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad "a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso 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". Como se puede ver, dicha descripción, aunque no constituya un *númerus clausus*, hace patente que el concepto de apoyo debe hilanarse con la ayuda que pueda necesitar la persona con discapacidad para el ejercicio de la capacidad. En este sentido puede verse, ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", cit., pp. 517 y 518, que, a nuestro juicio, también apunta que en España hay una suerte de binarismo entre el apoyo y el cuidado. Para el autor, el término de apoyo o asistencia empleado por el legislador español (vid. *ad exemplum*, segundo párrafo del art. 269 CC), debe ceñirse, de acuerdo con la CDPD, a la asistencia jurídica; expone el autor que en España se puede dar la paradoja "de que una persona con discapacidad tenga un curador, pero no tenga un cuidador profesional, o que tenga un cuidador profesional, pero no tenga un curador", precisando que, en este tesitura, debería predicarse en el curador un deber moral de asistir personalmente o cuidar a la persona con discapacidad, habida cuenta que no existe un deber jurídico. Prosigue el autor afirmando que los cuidados, extramuros del concepto de apoyo, están regulados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006). Creemos que si el curador o el guardador de hecho cuida a la persona con discapacidad, el fundamento de dicho cuidado no es un deber jurídico, sino un deber moral. El apoyo, si la persona con discapacidad precisa de cuidados, a lo sumo tendrá que asistir o representar a la persona dotada de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de que pueda evacuar las solicitudes pertinentes a la Administración Pública para la provisión de un cuidador profesional y/o articular las acciones pertinentes, si la persona con discapacidad está en una situación de necesidad económica, para que los familiares obligados a la prestación de alimentos cumplan el deber jurídico, ya sea cuidando personalmente a la persona con discapacidad o bien pagándole una pensión a fin que cubra los gastos del cuidador.
- 43 Convergen en la práctica en múltiples ocasiones en el apoyo la función de cuidado y de auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica por razones de sentido común. Si, en un procedimiento de provisión de apoyo de una persona con una discapacidad psíquica grave, la persona que convive con él se presta a ejercer el cargo de curador, el Juez, generalmente, lo nombrará, ya que la convivencia con el curador fomenta que este conozca la idiosincrasia de la persona con discapacidad. No obstante, si se acredita que un tercero que no convive con la persona con discapacidad es la persona que mejor puede asistir o representar a esta en las gestiones relativas al tratamiento que precisa o en los asuntos económicos, el Juez podrá nombrar a esta como curador, sin perjuicio de que, en el quehacer diario, la persona con discapacidad esté siendo cuidada por otra persona con la que comparte una relación de convivencia.
- 44 Es más, si el curador o el guardador de hecho dispensan, generosamente, cuidados a la persona con discapacidad, más allá del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, podrán, a nuestro juicio, si la persona dotada de apoyo no tiene suficientes recursos económicos, exigir a los potenciales alimentantes el reembolso de los gastos justificados (arts. 266 y 281 CC), ya que serán estos los obligados, directa o indirectamente, a proporcionar a la persona con discapacidad los cuidados que precisa. Es decir, mientras el curador o el guardador de hecho son los sujetos obligados a proporcionar apoyo a la persona con discapacidad en todo lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, los obligados a los cuidados, si la

Creemos que el deslinde teórico entre el apoyo y el cuidado se podrá apreciar mejor si visualizamos otros ordenamientos, como por ejemplo art. 135.2 del Proyecto de Ley del Código de las Familias Cubano, pendiente de consulta popular; que dispone que la prestación de alimentos “abarca todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud, recreación, *cuidado personal* y afectivo, y en el caso de personas menores de edad, también los requerimientos para su educación y desarrollo”. Como se puede ver, el legislador cubano, a diferencia del español que cristaliza el derecho de opción del alimentante en el art. 149 CC, prevé que la prestación alimenticia abarca el cuidador personal. No vamos a entrar en este trabajo en la crítica que merece el art. 135 del texto cubano, pero supongamos que en España se produce una reforma de la obligación de alimentos y el art. 142 CC prevé, como obligación del alimentante, la de cuidar personalmente al alimentista. Si este alimentista es, a su vez, una persona con discapacidad que no tiene autonomía para los quehaceres diarios ¿se podría decir que el apoyo abarca un deber o una función de cuidados? Evidentemente no, pues aun en el caso de que coincida en una misma persona la condición de alimentante y de curador o guardador, se podría diferenciar entre el cuidado, que se subsumiría en la obligación de alimentos, y la ayuda, el consejo, el acompañamiento o el auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica, incardinable en el apoyo. Por ende, parece que para algunos autores el concepto de apoyo es volátil, estando al albur de la regulación e idiosincrasia de cada ordenamiento, existiendo algunos ordenamientos donde el cuidado pueda englobarse en el apoyo, y otros donde se ciña, única y exclusivamente, al ejercicio de la capacidad jurídica, atendiendo a que el cuidado podrá subsumirse otras figuras. Sea cual sea la lectura que se haga a esta crítica, creemos que identificar el guardador de hecho con el “cuidador de hecho” o el apoyo con el cuidado, sería hacer de la excepción la regla general, en contra de los principios de la CDPD, toda vez que la persona con discapacidad no precisa de una persona que le cuide, sino que le apoye y ayude en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es más, aunque haya sentencias, desde la publicación de la LAPCD, que dispongan que el curador deberá asistir a la persona con discapacidad en el aseo, en el vestido, etc., es discutible que el curador deba atender, por imperativo de la Ley, a dichos cometidos (*vid.* por ejemplo el último párrafo art. 250 CC). Si la persona encorsetada en el proceso de provisión de apoyo, por razón de su discapacidad, tiene una fuerte dependencia, conviviendo con una persona que le cuida, una cosa será que la persona que esté encomendada a los cuidados sea nombrada curador porque el Juez valore que la convivencia y la atención que le dispensa son elementos virtuosos para conferirle la titularidad del ejercicio del

persona dotada de medida de apoyo no tiene independencia económica, serán los alimentantes, quienes podrán o deberán reembolsar al curador o guardador todos los gastos que estos asuman en la singladura de los cuidados.

apoyo, dada cuenta que, probablemente, será la que mejor conozca la idiosincrasia de la persona con discapacidad, y otra bien distinta es que la resolución judicial le imponga, por englobarse dentro del apoyo, el deber de cuidado. Creemos que en el fondo de las citadas resoluciones, así como en los planteamientos de aquellos autores que identifican el cuidado con el apoyo, late el noble propósito de erradicar la desprotección o el peregrinaje administrativo o judicial de las personas con discapacidad, a fin de evitar que esta tenga que impetrar, cuando carezca de una red familiar, la incoación de un procedimiento para la provisión de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica y otro para el cuidado que precisa en las actividades más elementales. No obstante, la bonhomía no justifica que nos inhibamos en la distinción conceptual defendida en este trabajo ¡Que los arboles no nos impidan ver el bosque!

IV. CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LA GUARDA DE HECHO: DEBATE EN TORNO A SI EXISTE UN DERECHO A DISPENSAR EL APOYO

Como hemos podido comprobar, en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el padre vindicó un régimen de guarda y custodia compartida respecto a un hijo con discapacidad que, durante el devenir del proceso, alcanzó la mayoría de edad. En los antecedentes del caso no se menciona en ningún momento que el hijo estuviese incapacitado, solo que tenía una discapacidad, no resultando de aplicación la derogada patria potestad prorrogada del otrora art. 171 CC.

Nos debemos plantear, una vez que ha entrado en vigor la LAPCD, como resolver aquellos conflictos en los que un progenitor, por la negativa del otro, es apartado o excluido del apoyo que precisa el hijo y que se estaba dispensando bajo la cobertura de una guarda de hecho. Esto puede suceder, por ejemplo, en aquellos supuestos donde hay un divorcio y se acuerda la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de un progenitor, conviviendo este en el inmueble con el hijo mayor de edad que tiene discapacidad. Puede ser que aquí el apoyo se estuviese dispensando por ambos progenitores antes de la crisis matrimonial bajo el ropaje de la guarda de hecho; si hay acuerdo entre los progenitores, la guarda de hecho podrá seguir siendo ejercida por ambos, aunque no exista una convivencia con el progenitor que ha dejado de habitar en la vivienda familiar. Sin embargo, el conflicto surge cuando el progenitor que convive con el hijo con discapacidad niega al otro toda posibilidad de dispensar apoyo al hijo en común, asumiendo aquel de todas las gestiones relativas al hijo (cuenta bancaria, asistencia al médico, etc.).

Si tenemos en cuenta que el concepto de apoyo es amplio, englobando, siguiendo la Exposición de Motivos de la LAPCD, “desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad,

la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”, el debate podría parecer baldío, al socaire de que el progenitor que no tiene consigo a su hijo podrá dispensarle apoyo durante los intervalos en el que se desarrolle el régimen de comunicación. No obstante, debemos tener en cuenta que para determinados actos, como el cierre de una cuenta bancaria, el guardador de hecho tendrá que acreditar su legitimación frente a terceros, por no decir aquellos actos en los que precisará de una autorización judicial para determinadas actuaciones de índole representativa⁴⁵. En esta tesitura, el guardador de hecho puede verse abocado a acreditar ante Notario, en el contexto de un acta de notoriedad, o ante el Juzgado, no solo su condición de guardador, sino quizás también que el otro progenitor, aun con un régimen de comunicación con el hijo, no es el que habitualmente dota de apoyo a la persona con discapacidad, pues, si existen indicios de que la guarda de hecho no es ejercida individualmente por una persona, sino por varias, la legitimación podría, al menos en teoría, conferirse a ambos.

Por esta razón, debemos poner en el tablero la siguiente cuestión: ¿Cómo se resuelve el conflicto que puede surgir entre ambos progenitores que desean ejercer la guarda de hecho respecto al hijo mayor de edad con discapacidad? Plantearemos varios escenarios con su correlativa propuesta de solución.

Supongamos que el padre del caso que desembocó en la SAP Cantabria 14 febrero 2022 se planteara reclamar el ejercicio de la guarda de hecho, junto a la madre, en un procedimiento judicial extramuros del proceso de crisis matrimonial. El debate gira en torno a si cabe que el Juzgado le conceda al progenitor paterno legitimación en aras del ejercicio de la guarda de hecho. Desde nuestro punto de vista no, y ello por las siguientes razones:

El Capítulo IV del Título II de la LJV regula los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a la tutela, la curatela y la guarda de hecho. El art. 52 LJV se centra en la guarda de hecho, contemplando, al efecto, las pretensiones o actuaciones que se podrán ejercitar en relación a la medida informal de apoyo. El precepto dice que la autoridad judicial podrá requerir al guardador para que informe sobre la situación personal y patrimonial del menor o de la persona con discapacidad (primer párrafo del art. 52 LJV), establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas (segunda párrafo del art. 52 LJV) y, por último, conceder al guardador de hecho autorización judicial para realizar alguna actuación representativa (tercer párrafo del art. 52 LJV), salvo las que exonera el tercer párrafo del art. 264 CC de autorización judicial.

45 Vid. segundo párrafo del art. 264 CC en relación con el art. 287 CC.

En nuestra opinión, la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria a fin de que el Juzgado declare la existencia de una guarda de hecho o se pronuncie sobre la persona que tendrá que ejercer el cargo de guardador carece de razón de ser y prostituiría los postulados de la LAPCD, suponiendo, a la postre, una judicialización de la desjudicialización de la guarda de hecho. Si, como dice la Exposición de Motivos de la LAPCD, la guarda de hecho “no precisa de una investidura judicial formal”, sería kafkiano que el progenitor que no esté ejerciendo la guarda de hecho acuda al Juzgado para que este le otorgue, formalmente, la condición de guardador, máxime cuando el cargo de guardador no debe ser conferido por ninguna resolución judicial, sino por el devenir de los hechos, en concreto, por la concurrencia de una persona con discapacidad que precisa de apoyo y de un familiar o allegado que, voluntariamente, se lo dispensa.

Por ende, no suscribimos aquellos planteamientos que abogan por la declaración judicial de la condición de guardador, como el AJPI Córdoba 7 febrero 2022, que, en un caso en el que la guardadora de hecho solicitó la declaración judicial de la guarda para anular la cuenta bancaria de su hermana, procedió a declarar la guarda de hecho, a pesar de reconocer en el fallo que no precisaba de resolución judicial alguna para cancelar la cuenta, ni para solicitar los atrasos que le correspondían a la hermana por la pensión de orfandad, ni para disponer de la cantidad que le pudiera corresponder por el seguro de defunción, “porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura forma para los actos descritos”⁴⁶.

Hasta aquí puede leerse la crítica pero no la solución al interrogante que vertebra este apartado, a ello dedicaremos las siguientes líneas.

En el supuesto de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, el padre, que no tenía la custodia del hijo cuando era menor de edad, vindicó, aunque no formulará correctamente su pretensión, que la guarda de hecho que tenía la madre sobre el hijo mayor de edad con discapacidad fuese ejercida de manera conjunta. El Tribunal descartó dicha posibilidad, porque aunque entre el padre y el hijo había una transmisión de afectos, la madre era quien convivía con el hijo en la vivienda familiar, conocía sus rutinas y, a juicio del perito, someter al hijo a cambios de envergadura le podía producir más perjuicios que beneficios. Aunque la citada sentencia no debería haber entrado en dicho debate, por los motivos expuesto a lo largo de esta investigación, estamos de acuerdo con dicho razonamiento, pues la titularidad del ejercicio de las medidas de apoyo no se debe vislumbrar como un derecho del pariente, allegado o persona que desea ejercer el apoyo, sino desde la perspectiva de los derechos de la persona con discapacidad.

⁴⁶ Para un mayor análisis del citado auto, puede verse PRADOS GARCÍA, C.: “Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n.º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022”, *Diario la Ley*, núm. 1008, febrero 2022.

No obstante, el debate se complica en determinados casos. Imaginemos que ambos progenitores tenían la guarda y custodia cuando el hijo era menor de edad. Al llegar a la mayoría de edad, y en un clima de normalidad familiar, ambos progenitores dispensan apoyo al hijo con discapacidad que convive con ellos, y es después, en la crisis familiar, cuando el progenitor que convive con el hijo en la vivienda familiar niega al otro la legitimación de guardador, realizando aquel unilateralmente las gestiones en relación con el hijo mayor con discapacidad. Aquí, el progenitor que deja de convivir con el hijo es excluido, *ipso facto*, del apoyo. La incógnita a resolver es evidente: ¿Qué herramientas posee el progenitor para seguir dispensando, a su hijo mayor con discapacidad el apoyo que precisa? Cuestión complicada de resolver.

Antes de la entrada en vigor de la LAPCD, si el hijo estaba incapacitado se prorrogaba o rehabilitaba la patria potestad, de modo que los progenitores podían discutir en el proceso judicial aspectos como la titularidad de la patria potestad y la guarda y custodia; sin embargo, derogada esta función tuitiva al alcanzar el hijo la mayoría de edad y no habiéndose dictado una medida judicial de apoyo, hay un vacío legal respecto a los recursos que tendrá el progenitor a fin de coadyuvar al ejercicio de la capacidad jurídica del hijo.

Conforme a lo dicho en párrafos precedentes, no cabe impetrar la actividad jurisdiccional para debatir sobre la titularidad de la guarda de hecho. El camino, a nuestro juicio, más loable, pasa porque el progenitor excluido del apoyo que se estaba dispensando bajo la cobertura de la guarda de hecho solicite judicialmente la extinción de la misma y la constitución de una curatela, pudiendo aquí el Juzgado valorar la oportunidad de la medida judicial de apoyo y a quien le confiere el cargo de curador. Colocándonos en el escenario de que la persona con discapacidad no posea las suficientes facultades intelectivas para pronunciarse sobre la organización del apoyo -recuérdese que en el caso de la SAP Cantabria 14 febrero 2022 el hijo no poseía ni tan siquiera lenguaje articulado-, lo que excluiría de plano la posibilidad de invocar el art. 267.1º CC, el inciso aplicable, en la empresa de abogar por la extinción de la guarda de hecho, sería el art. 267.4º CC, que dispone que se extinguirá la guarda de hecho “cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente”.

La fórmula del legislador está dotada de gran ambigüedad, disponiendo el Juez de una amplia discrecionalidad⁴⁷. Desde nuestro prisma, caben varias opciones en

47 Sorprende a RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: “Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda y de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de los menores”, cit., p. 281, la causa contemplada en el art. 267.4º CC, pues a su juicio choca con la preeminencia atribuida por el legislador a la guarda de hecho respecto de las medidas de apoyo judiciales, arguyendo que, con la literalidad del precepto, “se podría dar por extinguida una GH que puede estar funcionando correctamente, a instancias del Ministerio Fiscal, pudiendo la autoridad judicial actuar con gran libertad, pues bastaría con que ella

el supuesto de que uno de los progenitores, el que desee ejercer las medidas de apoyo, pida la extinción de la guarda de hecho que ejerce el otro progenitor sobre el hijo mayor de edad con discapacidad:

Si el progenitor que formula la solicitud estaba ejerciendo la guarda de hecho junto al otro y, en el devenir de la crisis matrimonial, es apartado por este unilateralmente, el Juez tendrá que valorar, desde la óptica de la persona con discapacidad, si el apoyo que precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica se puede dispensar mejor por los dos progenitores. En el caso de la SAP Cantabria 14 febrero 2022, el progenitor, antes de la demanda de modificación de medidas, no era quien dispensaba habitualmente apoyo al hijo por sus ocupaciones laborales y el hijo tenía una dependencia severa. Antes de la demanda quien dispuso el apoyo fue la madre, que convivía con el hijo. En este contexto, si en vez de una demanda de modificación de medidas se hubiera presentado una solicitud de extinción de la guarda de hecho por el cauce del art. 267 CC, difícilmente el Juez habría extinguido la guarda de hecho, por mor del art 263 CC, que a la sazón dispone que quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función.

Ahora bien, si se demostrase que el concurso de ambos progenitores en las medidas de apoyo coadyuvaría a garantizar mejor la ayuda que precisa el hijo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el Juez, lejos de dictar una resolución judicial manteniendo la guarda de hecho y nombrando como guardadores a los dos progenitores, tendrá que extinguir la medida de apoyo informal y constituir una curatela. Ahora el lector se podrá plantear lo siguiente: ¿Por qué se ha de extinguir la guarda de hecho y constituir una curatela? Siguiendo a Álvarez Lata, dada la ambigüedad del legislador en el art. 267.4° CC, para la inteligencia y utilidad del precepto se puede abogar por una construcción analógica con los supuestos que prevé el art. 278 CC en sede de curatela respecto a la remoción del curador⁴⁸. Este último precepto dice que serán removidos de la curatela los que “incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo”⁴⁹. Aunque en el

misma «*lo considere conveniente*». No estamos de acuerdo con esta interpretación, pues una cosa es la discrecionalidad del Juez a la hora de aplicar e interpretar el art. 267.4° CC y otra bien distinta es la arbitrariedad. La lectura de la *dictio legis* debe hilvanarse con hechos que acrediten que la guarda de hecho no está funcionando correctamente y que no tienen amparo en el resto de ordinales del art. 267 CC.

48 ÁLVAREZ LATA, N: “Artículos 263 al 267”, cit., p. 499.

49 Un supuesto se constituyó una curatela, previa existencia de una guarda de hecho, fue en el caso que desembocó en la SJPI Castellón 23 septiembre 2021 (JUR 2021, 327303), donde una mujer de diecinueve años de edad padecía un retraso mental, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes de clínica psicótica, con carácter persistente e irreversible. El Juzgado manifiesta que precisaba apoyo para la realización de las tareas de la vida diaria, para consentir el tratamiento médico y para el ámbito económico, reconociendo la persona con discapacidad que, huérfana

supuesto planteado no surjan, necesariamente, problemas de convivencia graves entre el progenitor que ejerce la guarda de hecho y el hijo con discapacidad y el progenitor conviviente no tenga porque se excluido del apoyo, creemos que un motivo que puede servir de acicate para la extinción de la guarda de hecho es el incumplimiento por el guardador de los deberes inherentes a su cargo. Es cierto que el legislador no ha previsto la arquitectura normativa de los deberes del guardador, pero los mismos se pueden deducir de la *ratio* de la figura. Si el guardador tiene que procurar, mediante un apoyo asistencial o representativo, el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, aquel deberá guiarse por un comportamiento que rinda tributo a dicha finalidad. En este escenario, si el guardador, a sabiendas de que el otro progenitor puede interpretar, junto a él, la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad y promover el mejor ejercicio de su capacidad jurídica, lo aparta unilateralmente del ejercicio del mismo, se podría decir que el apoyo que ejercita el progenitor conviviente transita por un sendero cuya meta no liga, únicamente, por garantizar los postulados de la CDPD, sino por el monopolio injustificado del apoyo.

Por ello, actitudes egoístas e insolidarias respecto al apoyo, como las descritas, que protagoniza el progenitor que ejerce la guarda de hecho, podría conducir a la extinción de la guarda. El siguiente paso sería la constitución de una curatela, la cual estaría avalada, a nuestro juicio, por la *dictio legis* del primer párrafo del art. 269 CC, que dice que el Juez constituirá una curatela "cuando no exista

de control, malgasta el dinero. Aunque la sentencia no sea prolija en el relato de la situación en la que se encontraba la interesada antes de la incoación del proceso de provisión de apoyo, se infiere del fundamento de derecho quinto que estaba convivía con el padre y que este dispensaba apoyo a la hija bajo la cobertura de una guarda de hecho; no obstante, el padre manifestó que la hija en muchas ocasiones no aceptaba el apoyo de forma voluntaria, produciéndose conflicto entre ambos. Hasta aquí, parece loable la extinción de la guarda de hecho y la constitución de una curatela, por mor del art. 278 CC, en relación con el art. 267.4º CC, y, no menos importante, del art. 269 CC. El Juzgado acabó nombrando como curador al padre, dada cuenta que la interesada manifestó que hacía seis meses que no veía a la madre, con quien no tenía apenas relación y, *ad abundantiam*, esta tenía esquizofrenia, conviviendo con el padre –abuelo de la interesada–, que le dispensaba apoyo. Que se extinga la guarda y el otrora guardador de hecho sea nombrado curador es perfectamente viable, al socaire del art. 276. 3º y 5º CC, y, en este contexto, podría ser conforme a Derecho que el padre, que ejercía la guarda de hecho, sea nombrado, tras la extinción de la guarda, curador. Sin embargo, lo que no vemos loable es que el Tribunal, a tenor de los problemas de convivencia que existían entre el padre y la hija y las dificultades que había en el ejercicio del apoyo, se inhiba, en el fundamento de derecho octavo, a establecer medidas de vigilancia y control al curador. En este escenario, nos planteamos lo siguiente: Desde la perspectiva del apoyo ¿Dónde reside la diferencia entre el cargo de guardador de hecho que ejercía el padre y el de curador que ejercería tras el dictado de la resolución judicial? O, ¿La curatela, *per se*, podrá erradicar los conflictos que existían entre el padre y la hija mayor de edad en el contexto de la guarda de hecho? A nuestro juicio, y no desconociendo que la curatela tiene su propia arquitectura normativa, la solución de la sentencia se trata del mismo perro con distinto collar. No merece esta calificación, en cambio, la SAP Valencia 20 octubre 2021 (JUR 2022, 23648); una persona con discapacidad, con esquizofrenia paranoide, abuso de psicotrópicos, ludopatía y una disminución importancia de sus facultades intelectivas convivía con su madre y otros familiares hasta que ingresó en un centro. El informe del médico forense determinó que el sujeto carecía de habilidades para el manejo de médicos, el seguimiento de las pautas alimenticias y el manejo de su economía. La madre y sus hermanos declararon en juicio que la convivencia era imposible, diciendo aquella que era imposible hacerse cargo de su hijo. El Tribunal, descartando la continuación de la guarda de hecho, constituyó una curatela, nombrando curador, con facultades de representación, al Instituto Valencia de Atención Social-Sanitaria (IVASS), concretando las actividades a las que se extendería el apoyo y estableciendo, conforme al art. 268 CC, que las medidas serían revisadas en el plazo de un año.

otra medida *de apoyo suficiente* para la persona con discapacidad". La expresión que emplea el legislador se podría interpretar del siguiente modo: como quiera que el progenitor guardador de hecho niega al otro, injustificadamente, ejercer la guarda, habiéndose demostrado que el concurso de ambos progenitores en el apoyo dignifica mejor los derechos del hijo con discapacidad y la ayuda que precisa, se puede afirmar que la guarda de hecho que ejerce unilateralmente el progenitor que convive con el hijo es insuficiente para la persona con discapacidad, siendo necesario la constitución de una medida judicial de apoyo que resuelva el al problema existente entre ambos progenitores, amén de potenciar y dotar de estabilidad y seguridad el apoyo del hijo con discapacidad.

Llegados a este punto en el que el Juez va a constituir una curatela, la siguiente incógnita es si podrá conferirse el cargo de curador a ambos progenitores. Se podría decir que el progenitor otrora guardador tendría que ser descartado del cargo de curador porque, a sabiendas de que el hijo también precisaba el apoyo del otro progenitor, lo excluyó de manera injustificada. No obstante, también puede ser que, al margen de este comportamiento insolidario, el progenitor que ejercía el apoyo rindiera tributo al mismo, conociendo las rutinas y los anhelos del hijo, pese a acreditarse que el hijo estaría mejor asistido por ambos progenitores.

La regla general es que el cargo de curador deberá conferirse a una sola persona; así se infiere del art. 276 CC que utiliza el singular. En casos como el planteado, el progenitor que convive con el hijo que estaba ejerciendo la medida de apoyo bajo la cobertura de la guarda de hecho podrá ser nombrado curador a tenor del art. 276.3° CC, no obstante, lo impide el art. 275.2.3° CC, que excluye, con carácter absoluto, del nombramiento de curador a "quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior". No obstante, ha habido casos donde, en vez de plantearse la extinción de la guarda de hecho existente, se ha debatido directamente sobre la procedencia de la curatela, pese a la previa vigencia de la guarda de hecho⁵⁰. Si abogamos por esta vía, no podría decirse, técnicamente, que el guardador de hecho fue removido de su cargo en un procedimiento de extinción de la guarda y, por ende, podría ser loable que se le mantuviese en el ejercicio del apoyo (art. 276.3° CC). Toca despejar si el otro progenitor, que ejercía la guarda de hecho junto a su consorte antes de la crisis matrimonial, puede ser nombrado también curador. Esta posibilidad la prevé el art. 277 CC, que a la sazón dispone que podrá proponerse el nombramiento de más de un curador "si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican". En determinados supuestos, la persona con discapacidad, por la gravedad de la merma de sus facultades intelectivas y cognitivas, no podrá conformar una voluntad en orden al nombramiento de más de un curador, por ello, habrá que decidir si una curatela dual o plural resulta justificada desde la

50 Véase, por ejemplo, la SJPI Castellón 23 septiembre 2021, ya citada en este trabajo.

óptica de las necesidades, para el ejercicio de la capacidad jurídica, de la persona con discapacidad.

Puede ser que, antes de la crisis matrimonial, los progenitores, de facto, llegaron a un acuerdo respecto al desdoblamiento del apoyo, de modo que cada progenitor se encargó de apoyar al hijo con discapacidad en determinados ámbitos. Si en el proceso se demostrare que este desdoblamiento del apoyo rinde más tributo a la salvaguarda de las necesidades del hijo con discapacidad, el Juez no se podrá inhibir en el nombramiento como curador del progenitor que no convive con el hijo con discapacidad. Sin embargo, el fundamento de tal nombramiento no reside en un presunto derecho del progenitor o los familiares a ejercer el apoyo, sino en el respeto y amparo de las necesidades de la persona con discapacidad⁵¹. Es decir, solo en el caso de que se demostrare, en defecto de acuerdo, que el progenitor no conviviente puede potenciar el apoyo que precisa el hijo con discapacidad, cabría constituir una curatela plural o dual, sin que que el parentesco o el vínculo afectivo puedan servir de acicate, *per se*, para dicho nombramiento. Dicho con otras palabras, aunque se pueda construir una presunción *iuris tantum* en torno a que el parentesco o el ligamen afectivo facilita la interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad o el mejor ejercicio del apoyo⁵², ni la sangre ni el cariño, por sí solo considerados, es motivo suficiente para atribuirle a una persona la condición de curador, pudiendo acreditarse, toda vez que no es una presunción *iure et de iure*, que dichos ingredientes no están ligados a un mayor conocimiento de la idiosincrasia e inquietudes de la persona con discapacidad.

Ergo, respondiendo al debate en torno a si los progenitores o familiares tienen derecho a ejercer las medidas de apoyo, cabe responder negativamente, pues estos tienen derecho, a lo sumo, a promover la incoación del procedimiento cuyo objeto sea la constitución de las medidas de apoyo de la persona con discapacidad, pero la titularidad del apoyo no debe visualizarse desde la óptica del derecho del progenitor; pariente o allegado, sino, únicamente, desde la perspectiva de las necesidades de la persona que lo precise. Esto quiere decir que, si se acreditase

51 No ocurre lo mismo, exactamente, con la guarda y custodia. La guarda y custodia, como apéndice de la patria potestad, debe ser ejercida por los progenitores, a los que la Ley, por razón del vínculo consanguíneo o adoptivo, le atribuye una serie de deberes (art. 154 CC), de modo que la guarda y custodia se visualiza como una suerte de potestad, o dicho de otro modo, como un poder que tienen que ejercer los progenitores en beneficio del menor (LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*, t. VI, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021, p. 332), sin que pueda ser privados de ejercitar esta potestad a no ser que exista una causa que lesione el *favor minoris*. Es decir, la guarda y custodia no se puede conferir a una persona distinta de los progenitores si se acredita que aquella potencia el interés del menor, sino que solo cuando resulta acreditado que el interés del menor ha sido o puede ser lesionado por el mal desempeño de los progenitores será cuando un tercero podrá, *ex lege*, participar directamente en el cuidado del menor (art. 103.1º o 172 CC). En cambio, en el ámbito de las medidas de apoyo no existen ninguna norma que, en defecto de medidas voluntarias, establezca un derecho o prerrogativa de los progenitores a ejercer el apoyo; simplemente luce un orden de prelación que el Juez, atendiendo a la voluntad e interés de la persona con discapacidad o a su mejor interés, podrá alterar.

52 REPRESA POLO, M. P.: "Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador", cit., p. 335.

que la medida de apoyo se podría ejercer de mejor modo por una persona que no comparte vínculo consanguíneo o de filiación con la persona con discapacidad, los progenitores podrán ser excluidos en el devenir del apoyo, sin que sea admisible la apología a los meros vínculos familiares.

Este planteamiento resulta confirmado por el legislador, pues aunque en el elenco de potenciales curadores que ofrece el art. 276 CC tengan preferencia los familiares, el mismo precepto establece la posibilidad de que el Juez altere el orden una vez oída a la persona que precise del apoyo, y, si una vez oída, no resulta clara su voluntad, se “podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias”. Ciertamente es que los progenitores, que habrían convivido con el hijo con discapacidad, tendrán una mayor facilidad para interpretar su voluntad, deseos y preferencias, pero no siempre será así.

V. EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD.

Líneas más arriba hemos dicho que la Audiencia Provincial de Cantabria debería haber rehusado pronunciarse sobre las medidas de apoyo del hijo mayor de edad con discapacidad, debiéndose haber centrado su discurso, básicamente, en el régimen de convivencia o comunicación del hijo con el progenitor paterno. El legislador, sensible al mantenimiento de las relaciones afectivas del hijo mayor con discapacidad, ha reformado el Código Civil en este punto, tal y como veremos a continuación.

El primer párrafo del art. 94 CC establece que el Juez fijará el tiempo, modo y lugar en el que el progenitor que tenga consigo a los hijos menores de edad podrá ejercitar el derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, mientras que el segundo párrafo del citado artículo dispone que, respecto de los hijos menores de edad o 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 proceso en el que sustancie la crisis matrimonial, que se establezca el modo en que se ejercerá este derecho, salvo que el Juez, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, limite o suspenda el mismo si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran, grave y reiteradamente, los deberes impuestos en resolución judicial. La dicción, con acierto, ha sustituido el término “incapacitados” por hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen de apoyo para tomar la decisión.

I. Fundamento del derecho del progenitor no conviviente a visitar, comunicarse y tener en su compañía al hijo mayor de edad con discapacidad.

El lector atento con la dicción del art. 94 CC, podrá pensar lo siguiente: como quiera que se ha derogado la patria potestad prorrogada y rehabilitada, el legislador incurre en una contradicción a la hora de tipificar un régimen de comunicación con el progenitor que no convive con el hijo mayor de edad con discapacidad, pues el progenitor conviviente, por mucho que ejerza la guarda de hecho u otra medida de apoyo, no tiene ninguna legitimación, como podría ocurrir en el seno de la patria potestad, para monopolizar la vida del hijo o limitar sus relaciones con familiares o terceros. En este sentido, se podría decir que si uno de los progenitores tiene que acudir al Juzgado para poder visitar a su hijo mayor de edad con discapacidad, la demanda carecerá de razón de ser, pues si en el pasado esta relación no existía sería por la voluntad del hijo, que, pese a su discapacidad, goza de autonomía para la formación de su voluntad, aún con la presencia de apoyo, siendo contraproducente que el Juez imponga una relación no deseada por el hijo mayor de edad con discapacidad.

Sin embargo, creemos que el legislador ha sido consciente que en la práctica forense se pueden dar escenarios donde un progenitor pueda impedir que el hijo mayor con discapacidad mantenga relaciones con el otro progenitor, desempeñando, de facto, las funciones genuinamente tuitivas de la patria potestad, incurriendo en una suerte de abuso de la autoridad paterna. Piense, *ad exemplum*, en aquellos casos donde el hijo mayor de edad, que convive con un progenitor, está postrado en una silla de ruedas y depende de este para ver al otro progenitor, y el progenitor conviviente, debido a una mala relación con el que fue su consorte, niega a su hijo dicha relación. O aquellos hijos con discapacidad psíquica que, queriendo ver a su progenitor sucumben ante la *auctoritas* del otro con el que convive que, en una suerte de reduccionismo familiar, niega al hijo al que dispensa "apoyo" dicha relación. Ante estos supuestos, vemos loable que el legislador, en vez de usar la técnica del avestruz, de cobertura a la resolución de estos conflictos.

Dispuesto de hacer una crítica, creemos que el legislador debería haber ido más allá, pues presume que la obstaculización de las relaciones de una persona con discapacidad con un progenitor, los abuelos, hermanos, parientes o allegados emana del progenitor conviviente, toda vez que el art. 94 CC habla de "hijos" con discapacidad mayores de edad o emancipados; pero ¿Qué pasaría si, por ejemplo, el hijo que ejerce el apoyo en relación a un progenitor con una discapacidad grave niega a sus hermanos ver a su ascendiente? El legislador no da respuesta a esta problemática.

A día de hoy, consideramos que el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4

de noviembre de 1959 (CEDH), sirve de asidero para la resolución de dichos conflictos, toda vez que consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar. En el propósito de avalar nuestra postura, nos remitimos a la reciente SAP Madrid 20 diciembre 2021⁵³. Aquí, en el contexto de un proceso de provisión de apoyos que se incoó en primera instancia antes de la publicación de la LAPCD, dos hijos de una anciana con alzhéimer denunciaron en el proceso que uno de los hermanos que desempeñaba la tutela les impedía todo contacto y relación con su madre. El Tribunal *ad quem*, sensible a esta problemática, y a pesar de que nuestro ordenamiento interno careciese, y carezca, de cobertura legal respecto a dichas pretensiones, dispuso en el fallo que el hijo desempeñaría la curatela de la madre y que aquel estaría obligado a fomentar la comunicación de su madre con sus hermanos, permitiendo el natural contacto entre madre e hijos y con el resto de la familia extensa y a admitir las visitas de hermanos a su madre, sin ninguna limitación ni de tiempos, ni de horarios.

2. Reinterpretación del criterio ligado a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad

Despejada la incógnita de la *ratio legis*, debemos profundizar en el criterio decisor de estos conflictos. Cuando el art. 94 CC se refiere al régimen de comunicación o a la relación personal entre el progenitor y el hijo con discapacidad, omite el criterio que deberá tener el Juez a la hora de reconocer dicha relación binaria. Únicamente, dispone que el Juez tendrá que dar audiencia al hijo y al Ministerio Fiscal y, posteriormente, establece algunas reglas, que ya fueron criticadas en otro trabajo⁵⁴, donde la autoridad judicial podrá limitar o suspender el ejercicio del derecho que asiste al progenitor de relacionarse con su hijo.

Es cierto que el último párrafo del art. 94 CC dispone que el Juez resolverá “teniendo siempre presente el interés del menor” o “la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”, sin embargo, cristaliza dichos criterios en el ámbito del régimen de comunicación que pudiese vindicar los abuelos, hermanos, parientes o allegados, omitiéndolos cuando en el párrafo de los progenitores. En nuestra opinión, el interés del menor, respecto al hijo menor de edad, o la voluntad deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad, es el faro que también debe guiar al Juez a la hora de reconocer la relación del progenitor que no tenga en su compañía con el hijo mayor de edad con discapacidad⁵⁵.

53 SAP Madrid 20 diciembre 2021 (JUR 2002, 88516).

54 GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “Reformas en Derecho de familia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA y BEAMONTE y coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

55 Interesante son las reflexiones de ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 556, al apuntar, en su disertación sobre la desaparición del interés superior de la persona con discapacidad, que el art.

En la SAP Cantabria 14 febrero 2022 no hubo este debate por la ausencia de oposición de la madre respecto al régimen de comunicación entre el padre y el hijo mayor de edad. Pero, a fin de profundizar sobre este punto, nos debemos plantear como se resolvería aquellas controversias donde, ora el hijo mayor con discapacidad, ora progenitor con el que convive, se oponen a dicha relación.

Aunque el legislador no lo diga expresamente y el precepto sea confuso, nuestra interpretación es la siguiente: el Juez resolverá sobre el régimen de comunicación reclamado en el proceso de crisis familiar por el progenitor que no convive con el hijo mayor con discapacidad atendiendo a su voluntad, pues este, aunque tenga medidas voluntarias, informales o judiciales de apoyo, podrá emitir una declaración de voluntad respecto a la relación familiar cuyo reconocimiento se solicita. Evidentemente, si el hijo con discapacidad precisa de apoyo para tomar dicha decisión y el apoyo se lo está dispensando el progenitor que, a su vez, niega injustificadamente al hijo dicha relación con el otro progenitor, aquel se tendrá que inhibir en el proceso de provisión de apoyo y el Juez tendrá que nombrar un defensor judicial. De modo que, generalmente y salvando alguna excepción que se pudiere dar en la práctica forense, si el hijo presenta las facultades cognitivas e intelectivas suficientes, el Juez tendrá que conceder el régimen de comunicación si el hijo lo consiente, toda vez que el art. 94 CC dice, aunque se refiera al régimen de comunicación reclamado por los abuelos, hermanos, parientes o allegados, que el hijo mayor con discapacidad “deberá prestar su consentimiento”, siendo contraproducente la imposición de una relación que no es tolerada ni aceptada por una de las partes.

Hasta aquí creemos que no hay dudas. La *quaestio facti* surge cuando el hijo mayor de edad padece una discapacidad psíquica grave y está a merced de una medida de apoyo con facultades de representación. Si deparamos en el art. 249 CC, el presupuesto de establecer medidas de apoyo con facultades de representación es que “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. Lógicamente, estamos de acuerdo en que si no es posible comprobar la voluntad de la persona con discapacidad precisará de un apoyo con funciones representativas. Ahora bien, ¿el apoyo con facultades de representación excluiría la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad como elemento principal a ponderar en el reconocimiento del régimen de comunicación con el otro progenitor?

A nuestro juicio no necesariamente, pues una cosa es el juicio de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad a la hora de valorar la pertinencia de un apoyo con facultades de representación, y otra es el juicio

94 CC “constituye paradigma del nuevo cambio”, habida cuenta que se equipara el “interés superior del menor” con la “voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos”.

de la voluntad a la hora de examinar y valorar la procedencia del régimen de comunicación. Volvemos a poner un ejemplo que se pueda dar en la práctica forense: en el seno de una familia hay un hijo mayor de edad que presenta una oligofrenia severa equivalente a la idiocia, provocando que este, por su enfermedad, nunca haya tenido capacidad para dominar un lenguaje articulado. El progenitor que convive con él ejerce la medida de apoyo con facultades de representación, dada cuenta que no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo en múltiples aspectos de su vida cotidiana, que van desde el ámbito personal hasta el patrimonial, al socaire de su fuerte dependencia. Los progenitores se divorcian y en el fragor de la crisis matrimonial el progenitor que no tiene el uso de la vivienda familiar solicita en el proceso un régimen de comunicación con el hijo mayor de edad; el solicitante sustenta su pretensión en que en el pasado, hasta que el progenitor conviviente le negó el contacto con el hijo, tuvo una relación satisfactoria con este y que ambos se dispensaban un recíproco afecto que motivaría que dicha relación sea tolerada y avalada por el progenitor que ejerce la medida de apoyo y, en su defecto, por el Juez. Se podría sacar a colación el silogismo consistente en que, dada cuenta que el progenitor conviviente ejerce un apoyo con facultades de representación porque es imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias del hijo, sería imposible esclarecer la voluntad de este en orden a la relación familiar.

No estamos de acuerdo con dicha afirmación, pues, aunque en el supuesto planteado, el hijo, que quizás ni tan siquiera posea lenguaje articulado, carezca de las facultades suficientes para formar una voluntad en orden a su tratamiento médico o la gestión de su patrimonio, ello no necesariamente es un óbice infranqueable para que valore y exteriorice la bondad de una determinada relación interpersonal. Téngase en cuenta que, aunque la persona posea una grave discapacidad psíquica, mental o intelectual, puede sentir y padecer las vicisitudes de las relaciones personales, mostrando alegría cuando ve a un familiar o allegado o tristeza cuando se marchan de sus vidas. Partiendo de esta premisa, y poniendo al alza que la voluntad de las personas con discapacidad podrá ser objeto de exteriorización hasta en casos extremos, aunque no sea mediante los cauces convencionales, consideramos que en casos como el planteado la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad podrá ser objeto de prueba. Si, *ad exemplum*, se práctica una audiencia en presencia judicial entre el hijo con discapacidad y el progenitor que reclama el respeto de la relación, sería ilustrativo para dirimir el conflicto que aquel, pese a no dominar el lenguaje, ría y sonría cuando ve aparecer al progenitor en las dependencias judiciales, exteriorizando un sentimiento de alegría y afecto.

Si, pese a todo lo anterior, no fuere posible discernir la voluntad del hijo, habría que reconstruir su trayectoria vital, especialmente, la relación afectiva que

compartió en el pasado con el progenitor que solicita el régimen de comunicación, y si a pesar de dicha relación el progenitor conviviente niega dicha relación alegando alguna causa, habrá que ponderar principalmente el interés de la persona con discapacidad al albur de las particularidades del caso.

VI. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

Conforme a lo volcado en este trabajo, a continuación ofreceremos, sin ánimo tautológico, unas breves notas a modo de conclusión, que van más allá del análisis de la sentencia que ha servido de asidero para el estudio.

Como hemos podido ver, no estamos de acuerdo con equiparar la guarda y custodia del menor de edad y el apoyo que pudiese necesitar la persona mayor de edad con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica. Los pilares sobre los que se asienta la patria potestad y el sistema de apoyo son distintos, hasta en casos donde las medidas de apoyo se extiendan a facultades de representación. Así, la guarda y custodia, inherente a la patria potestad, conlleva que los progenitores cuiden y representen al menor, teniendo como faro dichos deberes el *favor minoris*; en cambio, el apoyo, aún con facultades de representación, no deberá rendir tributo, como regla general, al mejor interés de la persona con discapacidad, sino a su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, no se trata de sustituir la voluntad, sino de reconstruirla o integrarla al socaire de la trayectoria vital de la persona dotada de apoyo. Solo en el caso de que la persona con discapacidad no haya tenido una trayectoria vital ligada a su autonomía de la voluntad, podrá enarbolarse la bandera de su interés superior o, como ha manifestado De Verda, hacedor de este planteamiento, su dignidad personal. Cierto es que la diferencia entre el interés superior de la persona con discapacidad y su dignidad personal es complicada de encontrar, sin embargo, la virtualidad de este último concepto reside en que es acreedor de una apoyatura en nuestro ordenamiento jurídico (*vid. arts. 10 CE o 249 CC*), al contrario que aquel que ha sido borrado de un plumazo por el legislador patrio.

Por otro lado, hemos criticado en este trabajo que el legislador haya seguido la tradición jurídica a la hora de bautizar las medidas de apoyo. Curatela y guarda de hecho son denominaciones que no cohonestan con la tipificación del apoyo que ha secundado la CDPD, que se ciñe a la ayuda que puede necesitar una persona con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica. Desde el preciso instante en que el legislador partió de las denominaciones citadas fue víctima del sistema paternalista y obsoleto que inspiró la regulación anterior a la LAPCD, que concebía a la persona con discapacidad como una suerte de convidado de piedra.

Habida cuenta que el concepto de apoyo tratar de promover la libertad, la igualdad, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad,

consideramos que queda extramuros del concepto de apoyo tareas asistenciales o eminentemente protectoras como el cuidado. En este punto, el legislador español hace gala de una marcada bipolaridad, pues, por un lado, hace apología del cuidado en el intento baldío de justificar la denominación de la curatela, y, por otro, emplea una técnica legislativa que, directa o indirectamente, justifica la tesis defendida en este trabajo, consistente en que el cuidado es un concepto que queda extramuros de la medida de apoyo (*vid.*, por ejemplo, último párrafo del art. 250 CC).

La idea que jalona nuestra tesis se puede resumir del siguiente modo: aunque en la generalidad de las ocasiones el curador o el guardador de hecho asuman tareas de cuidado, en casos donde la persona dotada de apoyo no tenga suficiente autonomía e independencia para los quehaceres diarios, el cuidado no se halla en la órbita de un presunto deber jurídico inherente al apoyo, sino, simplemente, en un deber moral. El concepto de apoyo, tal y como a nuestro juicio fue articulado por la CDPD, trata de garantizar, mediante facultades asistenciales o de representación, el ejercicio de la capacidad jurídica de aquellas personas que por el deterioro de sus facultades tienen limitaciones en el proceso de formación de la voluntad, siendo un error concebir que la persona que ejerza la medida de apoyo tenga que asumir, inexorablemente, funciones de cuidado. Una cosa es que los Juzgados y Tribunales valoren y pongan en alza, a la hora de designar curador, que la persona con una discapacidad grave esté conviviendo con otra que, amén auxiliarla en el ejercicio de la capacidad jurídica, la cuide, y otra es que la parte dispositiva de la resolución judicial encomiende al curador tareas arraigadas al cuidado. El apoyo, ya sea el curador o el guardador de hecho, deberá, de no querer convivir con la persona con discapacidad o prestarle cuidados, asistir o representar a esta para que tengan cubiertas todas sus necesidades, pudiéndose extender sus funciones desde contratar, con el patrimonio de la persona con discapacidad, a un cuidador doméstico, o, mediante las facultades de representación otorgadas, solicitar las ayudas públicas pertinentes a fin de que se le provea de un cuidador, hasta ventilar las acciones pertinentes para que los potenciales alimentantes, si la persona provista de apoyo está en una situación de necesidad, cumplan su deber de alimentos, que lo podrán satisfacer, por mor del derecho de opción del art. 149 CC, mediante la prestación *in natura* o pagando una pensión, a fin de que, en este último caso, el curador o el guardador de hecho pueda gestionar dicho importe para la contratación de una persona que preste servicios asistenciales o residenciales.

En definitiva, que converja en la mayoría de las ocasiones en el apoyo la función de cuidado y de auxilio en el ejercicio de la capacidad jurídica no es óbice para la defensa del binarismo teórico entre el cuidado y el apoyo *stricto sensu*, debiéndose de insistir en la idea de que una cosa, a la hora de conferir la titularidad del apoyo, es que se valore la eventual convivencia con la persona con discapacidad a fin de

que el apoyo pueda conocer la idiosincrasia de esta y reintegrar su trayectoria vital en la materialización del apoyo que precisa en el ejercicio de la capacidad jurídica, y otra es que el apoyo deba consagrar su vida a los cuidados que precisa la persona con discapacidad. Evidentemente, si la persona, aquejada de una discapacidad grave, precisa de cuidados, es loable que converja en el curador o en el guardador de hecho el cuidado y el apoyo, pero aquella función estaría fundamentada en un deber moral, no en un deber jurídico.

Finalmente, hemos tratado también el conflicto subyacente en torno al diseño de las medidas de apoyo del hijo mayor de edad con discapacidad cuando no hay consenso entre los progenitores y aquel no tiene facultades suficientes para organizar el apoyo. A nuestro juicio, si un progenitor estaba ejerciendo la guarda de hecho respecto al hijo con discapacidad y el otro progenitor también desea ejercerla, el Juez no podrá pronunciarse en un procedimiento sobre el devenir de la titularidad de la guarda de hecho. Si se acredita que el concurso de ambos progenitores puede potenciar al apoyo que precisa el hijo el Juez, conforme a los argumentos expuestos, podrá constituir una curatela, pudiéndose debatir, en sede de la medida judicial del apoyo, sobre su titularidad, que podrá ser individual o dual, a tenor, no de un presunto derecho de los progenitores a ejercer el apoyo del hijo con discapacidad, sino de rendir tributo al mejor ejercicio de su capacidad jurídica.

Con esta idea queremos transmitir que, cuando existe conflicto entre los progenitores sobre el ejercicio del apoyo del hijo mayor con discapacidad, la decisión del Juez no debe pendular al compás de conciliar el interés de la persona con discapacidad y un presunto derecho de los progenitores a ejercer el apoyo, como si se tratase de una suerte de guarda y custodia, sino tratando de salvaguardar, única y exclusivamente, los derechos de la persona que precisa de la medida de apoyo, dado que, al alcanzar el hijo la mayoría de edad, lo que ostentaran los progenitores, así como otros parientes o allegados, será el derecho a mantener una relación o comunicación con el hijo, cuya geometría variará según las particularidades del caso.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

ÁLVAREZ LATA, N:

- "Artículos 249 al 253", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2021.
- "Artículos 263 al 267", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2021.

BARBA, V.: "Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO, y coords. C. GIL MEMBRADO, J.J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027", *La Ley Derecho de familia*, núm. 29, 2021.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "La curatela: ¿una nueva institución?", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. PEREÑA VICENTE y M^a M. HERAS HERNÁNDEZ, y coord. M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DONADO VARA, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *La Ley Derecho de familia*, núm. 33, 2022.

DE SALAS MURILLO, S.: "Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia*

de discapacidad. *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, marzo 2022.

DELGADO SÁEZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*, Reus, Madrid, 2020.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La patria potestad en las situaciones de crisis familiar", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÁLVEZ CRIADO, A.: "La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a P. y MORO ALMARAZ, J.:

- "Artículo 250", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. M^a P. GARCÍA RUBIO, M. J. MORO ALMARAZ y coord. I. VARELA CASTRO), Civitas, Pamplona, 2022.
- "Artículo 263", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. M^a P. GARCÍA RUBIO, M. J. MORO ALMARAZ y coord. I. VARELA CASTRO), Civitas, Pamplona, 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a P.:

- "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018).
- "La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.:

- "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020.

- “Reformas en Derecho de familia”, en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

LECIÑENA IBARRA, A.: “Comentario al artículo 263 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades* (dirs. E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

MONDÉJAR PEÑA, M^a. I.: “La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento y de la población española: análisis actual y tendencias de futuro”, en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 2007.

OTERO CRESPO, M. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: “Artículo 91. II”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dirs. M^a P. GARCÍA RUBIO, M. J. MORO ALMARAZ y coord. I. VARELA CASTRO), Civitas, Pamplona, 2022.

PAU, 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).
- “El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. I (enero-marzo, 2020).

PÉREZ MONGE, M.: “La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

PEREÑA VICENTE, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018).

PRADOS GARCÍA, C.: "Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n.º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022", *Diario la Ley*, núm. 1008, febrero 2022.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Cuestiones generales. Sobre el sentido de la «discapacidad» en la nueva ley", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001.

REPRESA POLO, M. P.: "Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

RIBOT IGUALADA, J.: "La nueva curatela", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RUÍZ-RICO RUIZ, J.M.: "Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de hecho de los menores", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A. J. QUESADA SÁNCHEZ, coord. J. M. RUÍZ-RICO RUIZ), Atelier, Barcelona, 2022.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).

SANCHO GARGALLO, I.: "El juez en el nuevo sistema de apoyos", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. PEREÑA VICENTE y M^a M. HERAS HERNÁNDEZ, y coord. M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2020.

SOLÉ RESINA, J.: "Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dirs. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO, y coords. C. GIL MEMBRADO, J.J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

TORRES COSTA, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VIVAS TESÓN, I.: "Curatela y asistencia", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

