

Un problema actual de enorme trascendencia jurídica en España: las personas curateladas como posibles beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial

*An important legal problem in Spain:
the curatorship as possible benefit of
the special trusteeship estate*

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

Profesor del Centro San Isidoro, Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: Tras la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en España cualquier persona con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de estos, y en perjuicio del resto de herederos forzosos. Dentro del término persona incapacitada quedan englobados tanto los tutelados como los curatelados, lo que supone que el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria también protege a las personas curateladas. ¿Realmente era esta la intención del legislador del 2003? ¿Por qué no limitó el legislador el alcance de la figura exclusivamente a favor de los tutelados, tal y como ocurre en Italia?

ABSTRACT: According to Law 41/2003 of Patrimonial Protection of Persons with Disabilities, in Spain any person with children or disabled descendants could establish trusteeship estate in the case of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. According to mentioned Law, concept of person with disability includes as guardianship as curatorship, what means that the recent case law supposed to protect also a curatorship. Was that the real intention and motive of legislation of this law in 2003? Why the legislator didn't establish rule which would protect just tutors (guardianship), like it is established in Italy?

PALABRAS CLAVES: Sustitución fideicomisaria. Legítima. Curatelado. Tutelado.

KEY WORDS: *Trusteeship estate. Forced share. Curatorship. Guardianship.*

SUMARIO: I. EL NUEVO ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. EL RESURGIMIENTO DE LA CURATELA TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 2.1. ANTECEDENTES DE LA CURATELA. 2.2. LA APUESTA DECIDIDA DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 2.3. LA PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS, Y NO DE LOS CURATELADOS, COMO VERDADERA FINALIDAD DEL LEGISLADOR DE LA LEY 41/2003.—III. NECESIDAD DE EXCLUIR COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN ESPECIAL A LOS CURATELADOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA TRAS LA LEY 41/2003, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Hoy en día podemos afirmar con rotundidad que al hablar de la sustitución fideicomisaria, hacemos referencia a una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio español.

Dicha afirmación la mantengo principalmente por dos motivos:

El primero de ellos, porque a través de la Ley 41/2003¹ de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en adelante LPPD, ha sido la institución elegida por el legislador español de 2003 para resolver un problema de indudable actualidad y enorme alcance desde el punto de vista jurídico: la protección de las personas incapacitadas judicialmente.

Y el segundo, porque a través de este nuevo alcance concedido a la figura como medio de protección de las personas incapacitadas judicialmente, la sustitución fideicomisaria ha sido el primer medio jurídico elegido por el legislador español para acabar con el principio sagrado en nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta.

Este nuevo alcance otorgado a la institución en 2003 como medio de protección de las personas incapacitadas, y como instrumento jurídico para vulnerar por primera vez el principio de la intangibilidad de la legítima estricta, hace que la institución sea conocida por nuestra doctrina actual como «*sustitución fideicomisaria especial*».

Tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil².

Pero es más, coincidiendo con parte de la doctrina más cualificada en la materia, considero que mediante el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria no solo puede producirse la tangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino que, también puede producirse la tangibilidad cuantitativa de dicha legítima estricta, siempre y cuando el testador haya establecido una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* sobre el tercio de legítima estricta como medio de protección ideal a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Pero entonces, teniendo en cuenta el importantísimo alcance de la institución, parece obligado cuestionarse cómo pudo el legislador de 2003 fijar el alcance de la sustitución fideicomisaria a favor de todas las personas incapacitadas judicialmente, teniendo en cuenta que dentro de dicho término se engloban las personas tuteladas y las personas curateladas.

¿Por qué no limitó el alcance de la institución a favor de los tutelados, excluyendo con ello a los curatelados, como por ejemplo ocurre en Italia?

De lo que no cabe duda es de que hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico cualquier persona incapacitada judicialmente, da igual que sea tutelada o curatelada³, podrá beneficiarse de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta de la herencia, siempre y cuando así lo establezca el testador.

Así, entre otros autores⁴, lo entiende RIVAS MARTÍNEZ⁵ cuando expone que «*nuestro Código Civil exige, para la existencia del fideicomiso que haya recaído sentencia firme que establezca la incapacitación con independencia de que sea total o parcial y que origine la constitución de una tutela o una curatela, pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que impone el artículo 808.3*».

Aunque el que más directamente aborda el tema es PUIG FERRIOL⁶, al indicar que «*presupuesta la declaración judicial de incapacidad por carecer el interesado de la capacidad de autogobierno, se previene en el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...”*». La cuestión que aquí puede plantearse es si la posibilidad de ordenar la sustitución fideicomisaria que prevé el artículo 808, III Código Civil es viable ante cualquier declaración judicial de incapacidad del hijo o descendiente, pues de acuerdo con el mencionado precepto la incapacitación no es uniforme, toda vez que se impone la graduación de la misma con base a los criterios de capacidad natural y protección del incapacitado, que pueden oscilar entre una incapacitación prácticamente total a otra que afecte únicamente a determinados actos del incapacitado. Lo cierto es que el artículo 808, II Código Civil nada previene al respecto, pues solo exige que haya caído sentencia que establezca la incapacitación, con independencia de que sea total o parcial y con independencia también, de que la incapacitación origine la constitución de una tutela o de una curatela; pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que exige el artículo 808, III Código Civil».

Llegados a este punto he de afirmar que en mi opinión, de todos los problemas jurídicos que viene planteando en nuestro sistema la deficiente redacción técnica-jurídica otorgada a la LPPD, el error más importante desde un punto de vista jurídico-práctico fue precisamente este, el no haber fijado si la sustitución fideicomisaria especial puede establecerse a favor de los tutelados, de los curatelados, o de cualquiera de ellos.

O dicho de otra forma, el exigir simplemente la condición de incapacitado para ostentar la condición de posible beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial fue el mayor error del legislador de la LPPD, ya que con ello dejó abierta la posibilidad de que nos encontramos no solo con tutelados como fiduciarios especiales, sino también con curatelados, lo cual implica que los coherederos forzados de las personas curateladas también vean gravada su cuota de legítima estricta.

¿El motivo de no haber fijado el límite de la institución dentro de las diversas medidas de guarda que existen dentro de nuestro procedimiento de incapacidad actual? Seguramente el hecho de que desde la publicación del Código Civil, en España hablar de incapacidad era hablar del nombramiento de un tutor a favor de una persona necesitada de protección, ostentando desde siempre la curatela un carácter totalmente residual, por lo que el legislador de la LPPD, al fijar en 2003 como posibles beneficiarios de la institución especial a los incapacitados judicialmente hacía referencia «casi por defecto» a los tutelados como posibles beneficiarios.

Pero esta realidad cambió a partir de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷, ya que desde entonces el orden de preferencia de la tutela y de la curatela como institución de guarda preferida por nuestros Tribunales cambió radicalmente. De hecho, hoy en día es una realidad la apuesta decidida de nuestro Tribunal Supremo a la hora de establecer la curatela en vez de la tutela como institución de guarda a favor de los incapacitados.

O lo que es lo mismo, a diferencia de lo que ocurría en nuestro Ordenamiento jurídico desde 1889, donde la curatela era una figura jurídica casi inexistente frente a la tutela, a partir de la entrada en vigor de la Convención de la ONU en España la tutela ha dejado de usarse «casi por defecto» a favor de las personas incapacitadas, y ha sido sustituida por la curatela.

El hecho de que la institución de guarda de los incapacitados que actualmente rige en nuestro Ordenamiento jurídico sea la curatela, supone que cualquier incapacitado curatelado (personas alcohólicas, drogadictas, pródigos...) puede ser instituido fiduciario de la sustitución fideicomisario especial, ya que reúne el requisito imprescindible de la institución, que no es otro que ostentar la condición de incapacitado, independientemente de que sea una incapacitación total o parcial, de ahí que dicha condición la ostente el curatelado.

Pero, ¿realmente somos conscientes del alcance de tal afirmación respecto al resto de herederos forzosos?

II. EL RESURGIMIENTO DE LA CURATELA TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. ANTECEDENTES DE LA CURATELA

Dentro de las instituciones de guarda recogidas hoy en día en nuestro Código Civil, no hay duda de que tras la Convención ha pasado a ser la curatela el eje central del procedimiento de incapacitación, relegando a la tutela a un carácter completamente residual.

Cuando nos referimos a la curatela, lo hacemos a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente, y nunca incapacitadas totalmente.

SANCHO REBULLIDA⁸ define la curatela como «*un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo*».

La importancia de la curatela en nuestro Ordenamiento jurídico es tal, que el hecho de haber prescindido de ella en la redacción originaria de nuestro Código

Civil⁹ supuso la coincidencia unánime de doctrina y jurisprudencia de la época a la hora de exigir su restablecimiento, consigiéndolo en 1983 mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela.

Y es que, antes de 1983, la única institución encargada de proteger a las personas con cualquier tipo de discapacidad era la tutela, que englobaba la protección desde personas que tuviesen un grado de discapacidad psíquica que realmente le hiciese necesitar un tutor, hasta los pródigos, o, simplemente, las personas que necesitasen algún tipo de apoyo.

Por ello, al no haber una regulación de diferentes grados de discapacidad, únicamente existían dos alternativas, o incapacitar a la persona privándole totalmente de su capacidad de obrar aunque tuviese un tipo de discapacidad psíquica mínima, o no protegerla de ninguna forma, por entenderse que el grado de discapacidad psíquica que sufría no era tan importante como para incapacitarla.

Y es ese precisamente el motivo por el que se restableció la curatela, para que, junto a la posibilidad de representación de la persona (privándola de su capacidad de obrar mediante la tutela), existiese otra institución de apoyo o asistencia para completar la capacidad de obrar, sin que, por ello, su voluntad debiese ser sustituida.

Fue mediante la Ley 13/1983, cuando se otorgó nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo, como criterio determinante de la curatela, el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad, y no de representación¹⁰.

Al mismo tiempo, mediante la reforma, se obligaba al juzgador a fijar en la sentencia los límites de la incapacitación, es decir, que adaptase mediante la sentencia y en base a las necesidades de cada persona los límites que la misma requiriese (tutela para unos, diferente tipo de curatela para otros).

Podemos afirmar que aunque el espíritu de Ley 13/1983 era el uso en nuestro Ordenamiento jurídico de una segunda medida de guarda que sirviese de apoyo o complemento de la capacidad de aquellas personas que no era suficiente incapacitar totalmente, lo cierto es dicho espíritu jamás se cumplió. Lo refleja perfectamente VIVAS TESÓN¹¹ cuando comenta que *«si bien la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código Civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacitación judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacitación debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, ésa es mi impresión, tal vez equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo».*

Tal situación conllevó que algunos autores descartasen la posibilidad de la curatela como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención, como CABELO DE ALBA JURADO¹², cuando expone que «*del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela sí es una institución que podría encajar en las denominadas por la Convención de “apoyo o asistencia”*. En la práctica por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizás por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código Civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los incapacitados, la curatela es una institución cuya naturaleza está “viciada”. Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacitación limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente solo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar».

2.2. LA APUESTA DECIDIDA DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Particularmente considero que la Instrucción 3/2010¹³ de la Fiscalía General del Estado fue el primer motivo por el que el Tribunal Supremo se posiciona hoy en día radicalmente a favor de la curatela frente a la tutela como institución de guarda preferida a favor de las personas que necesiten protección o asistencia.

Y es que, la importancia de la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado se refleja ya desde su propio título: «*Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*».

Recoge la Instrucción en su epígrafe tercero, titulado «*La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad*», las siguientes afirmaciones:

«*El nuevo modelo supone que las medidas de apoyo se deben acordar por el órgano judicial en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el Juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debe establecer las medidas de apoyo que resulten indicadas conforme al interés de la persona con discapacidad*.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la actual regulación sobre la capacidad de las personas por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales e incluso la coexistencia de ambos, situaciones que deberán interpretarse en cada supuesto a la luz de los principios de la Convención, hasta que nuevas soluciones

normativas y sociales den cumplimiento en su totalidad a los fines de aquella norma internacional.

Mientras tanto, la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas.

La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.

El curador no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia.

Y, finalmente, en su Conclusión Tercera, acaba exponiendo la Instrucción 3/2010 que: «*La curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no suple la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma.*

La postura adoptada por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción que acabamos de mencionar fue la seguida por nuestro Tribunal Supremo desde entonces, como se refleja en su Sentencia de 11 de octubre de 2012¹⁴, en la que se desestima el recurso de casación formulado por el demandado y se mantiene la curatela como complemento de la persona con discapacidad.

Aunque aún más importante (debido a su interés casacional) es la Sentencia del 24 de junio de 2013¹⁵, en la que el Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una persona ya por aquel entonces incapacitada, junto al Ministerio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo el nombramiento de un tutor a favor de la persona incapacitada, por el de un curador.

Concretamente, la mencionada Sentencia apuesta por la elección de la curatela como medio de protección ideal tanto en el ámbito patrimonial como en

el personal de la persona con discapacidad, en este caso, psíquica. Pero no solo por ello es una de las Sentencias más importantes en esta línea, sino también porque sirve como referencia a la inmensa mayoría de Juzgados de Primera Instancia y a las Audiencias Provinciales¹⁶.

Pocos meses después del definitivo posicionamiento del Tribunal Supremo español al respecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas¹⁷, aprobó el Proyecto de Observación General sobre el artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento ante la ley, en cuyo punto 24 expone: *«La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención».*

Sin embargo, dicha afirmación en nada modificó la línea jurisprudencial española en el tema, ya que compete única y exclusivamente al legislador español acometer la modificación de las instituciones de guarda vigente, siempre y cuando así lo entienda necesario.

Y es que podemos afirmar que en la actualidad nuestro Tribunal Supremo sigue pronunciándose en el mismo sentido que en junio de 2013, porque así lo demuestra en su Sentencia de 20 de octubre de 2014¹⁸, en la cual, casando también la Sentencia de la Audiencia Provincial, declaró al demandante parcialmente incapaz alegando que, pese a tener una deficiencia visual y una inteligencia denominada «borderline», no tiene totalmente anulada su capacidad, por lo que solo precisa un apoyo para la toma de decisiones, rechazando, con ello, la medida de rehabilitación de la patria potestad establecida por la Sentencia recurrida en casación.

Las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido mencionando a lo largo del presente artículo han fijado la línea a seguir por el resto de Tribunales, como lo acredita el hecho de que, hasta el momento, se hayan dictado más de trescientas sentencias de Audiencias Provinciales¹⁹ en términos casi idénticos a los del Supremo, en el sentido de establecer un curador como medio de protección idóneo a favor de la persona con discapacidad, en vez de un tutor, tal y como se venía adoptando, hasta entonces, como ya hemos dicho, casi por defecto.

En la gran mayoría de dichas sentencias sucede que en Primera Instancia se establece un tutor a favor de la persona con discapacidad, siendo, sin embargo, revocada esta decisión por la Audiencia al considerarse que, en base al espíritu de la Convención, y al posicionamiento del Supremo al respecto, el medio ideal de protección para la persona con discapacidad era el nombramiento de un curador, y no el de un tutor.

Así, por ejemplo, se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Barcelona de 29 de octubre de 2014²⁰, en la cual se revoca una sentencia de primera instancia en la que se había establecido un tutor para proteger a una persona con trastorno mental por consumo de alcohol y rasgos inmaduros de personalidad, para acabar nombrándole un tutor, que «*la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar; no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad; de modo que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial)*».

También la Sentencia de 13 de noviembre de 2014²¹ de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que «*la curatela es la institución que procede establecer en el presente caso de incapacidad parcial y graduación en sentencia del alcance de la incapacidad, lo que, consecuentemente, determina sus competencias. La curatela no se limita a la esfera patrimonial pues por la vía de lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil (“tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”) se puede atribuir al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como la supervisión del sometimiento del incapaz al tratamiento médico, dado que carece de conciencia de enfermedad, y a la atención alimentaria y personal del mismo. A esta idea responde la jurisprudencia del TS, “el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial”*».

Por último, la Sentencia de la AP de Álava de 4 de diciembre de 2014²², expone que «*frente a la sentencia recurrida, que declara la discapacidad de la apelante disponiendo el nombramiento de tutor, se alza la afectada considerando que la prueba no lo justifica, entendiendo más acorde a sus circunstancias la adopción de un régimen de curatela. (...). En este caso la prueba evidencia*

que la situación de la Sra. Virginia no obliga a constituir tutela. Todos los testimonios coinciden en que para los actos de su vida cotidiana puede valerse por sí misma, aunque necesite alguna supervisión (...). Por todo ello la prueba practicada en la vista permite llegar a la conclusión de que efectivamente se debe declarar una discapacidad parcial, conforme al artículo 287 del Código Civil, limitada a las cuestiones de índole económica que excedan de los gastos de bolsillo, así como para asegurar el sometimiento al tratamiento médico, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto de la persona del curador, que será la Fundación Tutelar Beroa....».

2.3. LA PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS, Y NO DE LOS CURATELADOS, COMO VERDADERA FINALIDAD DEL LEGISLADOR DE LA LEY 41/2003

Tal y como vengo exponiendo a lo largo del presente artículo, la sustitución fideicomisaria especial podrá recaer a favor de cualquier hijo o descendiente al que se le haya designado un curador, ya sea para apoyarle en su ámbito personal o en el patrimonial, al reunir este la condición de incapacitado exigida en la LPPD para ser beneficiario de la misma.

A dicha afirmación hay que sumarle que tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico, los Tribunales quedan obligados a adoptar la curatela como institución de guarda preferente a favor de las personas necesitadas de protección.

De ahí que resulte necesario resaltar, dada la importancia de dicha situación, que en los próximos años existirán más sustituciones fideicomisarias especiales constituidas a favor de personas curateladas que a favor de personas tuteladas, con las consecuencias jurídicas que ello supone.

La primera duda que me asalta es: ¿realmente la voluntad del legislador de la LPPD fue la de permitir que la cuota de legítima estricta del resto de herederos forzados del testador quedase gravada a favor de un hijo o descendiente curatelado?

O, planteado de otra manera, ¿tendría sentido que cualquier persona incapacitada a la que se le haya nombrado un curador para que reciba apoyo en ciertos ámbitos de su vida, ya sean del ámbito personal o patrimonial, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios?

De afirmar tal posibilidad se permitiría, por ejemplo, que el tercio de legítima estricta fuera a parar, en forma de sustitución fideicomisaria, a favor de una persona que necesite apoyo del curador a la hora de controlarse la medicación, o a favor de alguien que debido a su alcoholismo o drogodependencia, le haya sido nombrado un curador para sus actos de disposición patrimonial. ¿Era esta la verdadera intención del legislador español de 2003?

Particularmente considero que en la *mens legislatoris* no se contemplaba la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial fuera a parar al curatelado, sino que, única y exclusivamente se pretendía proteger con ella a las personas cuyo grado de enfermedad o deficiencia conllevara el nombramiento a su favor de un tutor.

Los motivos en los que me baso para defender tal afirmación son los siguientes:

1.º. El hecho de que en 2003 hablar de incapacitación era hablar de tutela, no contemplándose casi nunca la opción de la curatela dentro del procedimiento de incapacitación.

Fiel reflejo del papel preferente de la tutela sobre la curatela en España se refleja en la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, la cual promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención de la ONU, y sin embargo, continuó apostando por lo que hasta entonces era normal, es decir, el nombramiento de un tutor que sustituyese en todas sus decisiones a la persona incapacitada, cuando en realidad el medio de protección que debió establecerse a favor de la señora en cuestión era la figura de la curatela.

Tuvieron que pasar varios años desde la aprobación de la Convención de la ONU, para que la curatela adquiriese frente a la tutela el carácter preferencial que hoy en día tiene, ya que no fue hasta la Sentencia de 24 de junio de 2013 cuando nuestro Alto Tribunal decide reconocer la necesidad de fijar la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema.

2.º. El carácter restrictivo del alcance de la institución especial fijado por el legislador desde el principio, nos lleva a suponer que la verdadera intención del legislador era la de proteger mediante la institución especial a los tutelados, y no a los curatelados.

El carácter restrictivo del legislador de la LPPD al que hacemos referencia se acredita con la decisión de este de establecer como únicos posibles beneficiarios a los hijos o descendientes incapacitados del testador, excluyendo con ello a los padres, ascendientes y cónyuges del causante aun estando igualmente incapacitados, lo cual choca con la lógica, ya que debido a la edad de estos últimos, es mucho más frecuente ver a un padre, ascendiente que haya sido incapacitado judicialmente (debido a enfermedades degenerativas, etc.), que a un hijo o descendiente.

Sin embargo, mucho más evidente es la intención restrictiva del legislador de 2003 cuando prohíbe como posibles beneficiarios de la institución especial a los cónyuges incapacitados supérstites, y es que, tal y como expusimos con anterioridad, los notarios españoles coinciden en que el deseo de la mayoría de los testadores es favorecer en lo máximo posible a los cónyuges supérstites, y

más aún cuando estén incapacitados, pero, sin embargo, no podrán hacerlo, ya que única y exclusivamente la sustitución fideicomisaria especial podrá otorgarse a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y todo ello, debido al carácter restrictivo que el legislador concede a la institución especial.

Por todo ello, y debido a la intención del legislador español de limitar el uso de la figura especial a los márgenes más estrechos posibles, es decir, a los hijos o descendientes, y no a los ascendientes o cónyuge superértite, consideramos que la verdadera intención de este era la de favorecer exclusivamente a los hijos o descendientes tutelados, y nunca a los curatelados.

Sin embargo, llegados a este punto, y en aras de realizar un estudio de la institución lo más completa posible, he de reconocer que en contra de mis posicionamientos encuentro un argumento que, tal vez, pueda usarse justo en el sentido contrario. Me refiero a la redacción dada por el legislador al tercer párrafo de la Exposición de Motivos de la propia LPPD, cuando expone: «*Sin embargo, cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio*».

Es decir, que el legislador de la LPPD cuando no quiso proteger a los curatelados (que son personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente²³) lo hizo recoger así expresamente, por lo que puede entenderse que como no los excluyó literalmente del ámbito de protección de la sustitución fideicomisaria especial, estos han de quedar protegidos con dicha institución.

Aun así, aunque fuese esta la verdadera intención del legislador, que no creo, sigo apostando por la necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la institución especial a los curatelados, por los motivos que a continuación expondré.

III. NECESIDAD DE EXCLUIR COMO POSIBLES BENEFICIARIOS DE LA INSTITUCIÓN ESPECIAL A LOS CURATELADOS

Cuando nos referimos a las personas curateladas, hacemos referencia a personas que, aun necesitando el apoyo o complemento del curador en ciertos actos de su vida fijados en la sentencia de incapacitación, no sufren una enfermedad o discapacidad de tal envergadura como para ser tutelados, sino que, únicamente, son incapacitados de forma «parcial».

Destacamos, en este sentido, la anteriormente referida Sentencia de 29 de octubre de 2014²⁴ de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que el Tribunal llega a la conclusión, en su Fundamento de Derecho Tercero, de que «*la problemática que se plantea es más asistencial que de limitación de la capacidad de obrar, es más social que jurídica. No se ha definido ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino solo trastornos adaptativos. En ningún caso parece jurídicamente adecuado, como hace la sentencia de instancia,*

establecer una incapacidad total de la que se excluyen determinados ámbitos, sino que la declaración de discapacidad debe concretar los ámbitos afectados en los que es precisa la asistencia de un tercero. Más que una incapacitación total para gobernar su persona y para administrar y disponer de sus bienes lo que procede es declarar los ámbitos de discapacidad en los que la demandada no puede actuar jurídicamente sin sufrir un perjuicio».

En este supuesto se juzga una persona a la que, según la Audiencia, no se le ha detectado ninguna enfermedad mental o patología psiquiátrica, sino únicamente trastornos adaptativos, y, aun así, se le nombra un curador para que le apoye a la hora de realizar actos de disposición patrimonial o gravamen *inter vivos* sobre sus bienes inmuebles, y para que otorgue poderes a favor de terceros, e, igualmente, será función del curador representar al curatelado frente a las Administraciones sanitarias y sociales para la búsqueda de recursos adecuados que aseguren su bienestar.

O también podemos destacar en este sentido la Sentencia de 19 de junio de 2015²⁵, en la que la Audiencia Provincial de Lugo ratificó el razonamiento del Juez de Primera Instancia, asumido también por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que «*ha de acordarse la incapacidad parcial del recurrente en los términos fijados por la sentencia recurrida nombrándole un curador para completar su capacidad en aras a garantizar que siga el tratamiento médico conforme indique el profesional que le asista por considerar que con los efectos o medidas indicadas se atienden las necesidades de protección del demandado, quien manteniendo su personalidad, requiere un complemento de su capacidad precisamente para protegerlo».*

Es decir, hablamos de una persona que, aun necesitando un complemento en su capacidad para que siga el tratamiento médico, mantiene su personalidad tal y como reconoce la propia Audiencia Provincial.

Pero yendo más allá, he de exponer que en varias de las Sentencias anteriormente mencionadas en el presente artículo, se nombraban curadores a favor de personas que, por ejemplo, tenían un buen trabajo y un capital importante, pero que debido a su enfermedad, su patrimonio estaba en riesgo (pródigos); o, incluso, personas que debido al grado de sus enfermedades psíquicas (alcoholismo, esquizofrenia leve, etc.), con la medicación adecuada podrían llevar una vida normal.

¿Realmente puede pensarse que la intención del legislador de la LPPD en cuanto al uso de la institución especial era la de proteger a personas que sufren enfermedades de este tipo? ¿Sería justo para el resto de herederos forzados verse privados de lo que le correspondiese por legítima estricta, porque el testador ha decidido favorecer a personas que sufren este tipo de enfermedades que únicamente les «incapacitan» parcialmente?

Particularmente entiendo que aunque en la actualidad es perfectamente posible beneficiar a un hijo curatelado a través de la sustitución fideicomisaria

que venimos estudiando, en un futuro cercano dicha institución sufrirá una reforma que limitará su alcance exclusivamente a favor de los tutelados, tal y como ocurre en Italia, donde la sustitución fideicomisaria fija precisamente su alcance exclusivamente a favor de los tutelados, y nunca de los curatelados²⁶.

Y es que, dado que la Convención de la ONU aboga por la igualdad a todos los efectos y en todos los ámbitos, en cuanto a la capacidad jurídica de cualquier persona, indistintamente sufra o no discapacidad, entiendo que no se deberían considerar beneficiarios de una figura «especial» como es la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD, a aquellos que no son considerados especiales, sino que tienen la misma capacidad jurídica que el resto de herederos forzosos, solo que necesitan algún tipo de apoyo o asistencia para ciertas actividades concretas de su vida.

Llegado a este punto entiendo oportuno apuntar que diversos autores se han pronunciado también en cuanto a la necesidad de excluir como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los curatelados. Por ejemplo MARTÍN MELÉNDEZ²⁷ cuando indica: «*Lo mismo cabe decir en cuanto al tipo de incapacitación requerida: se trata igual al sometido a tutela que al sujeto a curatela, y dentro de cada uno de esos dos casos, tampoco se exige ninguna situación de especial gravedad o necesidad en el incapacitado. Esto es importante porque creemos que debería haberse distinguido entre esas dos situaciones y, quizás, haber limitado la facultad de gravar la legítima, al supuesto en que el hijo o descendiente incapacitado al que se pretenda favorecer estuviera sometido a tutela*».

O también PUIG FERRIOL²⁸, que pone en cuestión la constitución de la sustitución fideicomisaria especial en los casos de curatela, ya que dicha institución presupone la actuación del propio incapacitado con la asistencia del curador.

Por su parte, NANCLARES VALLE²⁹ entiende, igualmente, que «*sería paradójico admitir una sustitución fideicomisaria a favor de una persona con una incapacitación parcial o atenuada, a la que se somete tan solo a curatela y que puede actuar sobre su esfera jurídica con casi absoluta normalidad, y negársela a una persona con una discapacidad motora severa (parapléjico o tetrapléjico) pero que, por conservar la lucidez necesaria, no es susceptible de ser incapacitada*».

Respecto al planteamiento de este último autor he de decir que discrepo de su opinión cuando afirma que las personas con discapacidad física o motora severa no podrán ser beneficiarias de la sustitución fideicomisaria por no poder ser incapacitadas.

Y es que yo me planteo: ¿Pero por qué no van a poder ser incapacitadas estas personas? Por mi parte entiendo que una persona con una discapacidad física o motora severa (parapléjico, tetrapléjico...) sí podrá ver nombrado a su favor un curador (nunca un tutor, lo cual iría contra el espíritu de la Convención), para que le asista o apoye en actividades relacionadas con el manejo de

sus medicamentos prescritos, o con la ayuda de su enfermedad y autocuidado; o desde el punto de vista patrimonial, para que administre, gestione y disponga de los bienes de la persona en cuestión. Incluso, también podría quedar el curador encargado de controlar y fiscalizar todos los gastos del curatelado, completando, con ello, su capacidad física, por ser cierto que, debido a su enfermedad, la persona se vería imposibilitada de realizar todos estos tipos de actos.

Incluso, puede darse el caso de que a través de la autotutela (figura introducida igualmente por la LPPD), sea la propia persona con discapacidad física o motora severa la que promueva su incapacitación³⁰, eligiendo esta en la demanda de incapacitación al curador que quiere que le apoye o asista en todo este tipo de actividades, elección que habrá de respetar el Juez, ya que este deberá atender el siguiente orden de preferencia a la hora de designar el tutor o el curador en base al artículo 223 del Código Civil: 1. Al designado por el propio tutelado. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

¿Cuál sería la sentencia de un procedimiento de incapacitación promovido por la persona con discapacidad física, motora, o incluso degenerativa, en el que este solicita el nombramiento de un curador para que le atienda en ciertos aspectos personales y patrimoniales de su vida en los que necesita apoyo debido a su enfermedad?

Por lógica parece claro que el Juez dictaría la correspondiente sentencia de incapacitación solicitada por la persona con discapacidad.

Aun siendo conscientes de que la siguiente afirmación se contradice con lo que venimos argumentando en cuanto a que los curatelados no deberían ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, entendemos que dentro de las personas curateladas existe un tipo de personas que debido a la gravedad de su enfermedad física, motora o degenerativa, sí deberían, en cambio, poder ser beneficiarias de dicha institución.

Me refiero a aquellas personas que tienen prácticamente imposible acceder a medios económicos suficientes para atender sus necesidades vitales, es decir, aquellas que físicamente por no pueden valerse por sí mismas, las cuales están aquejadas de lo que se conoce en nuestro sistema como una «gran dependencia».

Es más, he de decir que bajo mi punto de vista este tipo de personas representa el colectivo al que el legislador de 2003 quiso beneficiar mediante una figura del calado jurídico de la sustitución fideicomisaria especial, y no las personas curateladas, las cuales, reitero, simplemente necesitan el apoyo de otra persona para llevar a cabo ciertas actividades de su vida, ya que el resto de actividades las pueden desarrollar ellas sin ayuda de nadie.

Sin embargo, no fue hasta tres años después de la publicación de la LPPD, cuando vio la luz la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual cla-

sifica en tres grados la situación de dependencia³¹ de las personas, siendo el mayor de los grados el tercero, conocido como de «gran dependencia», comprendiendo este a «*la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal*».

En mi opinión, seguramente de haber sido anterior la Ley 39/2006 a la LPPD, otra redacción hubiese tenido el artículo dedicado a los beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial, aunque tal vez dicha afirmación sea demasiado optimista viendo la deficiente redacción técnico-jurídica dada a la LPPD.

Concluimos el presente apartado abogando por una nueva interpretación de la materia en la futura reforma que sufrirá el Código Civil al efecto, la cual consideramos, sería mucho más eficaz estableciendo que la sustitución fideicomisaria especial, únicamente, podrá beneficiar a aquellas personas a las que se le haya nombrado un tutor judicialmente (nunca un curador), o tengan reconocido administrativamente el grado de gran dependencia.

IV. CONCLUSIONES

I. Hoy en día en España, cualquier persona tutelada o curatelada podrá beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial que recae sobre todo el tercio de legítima estricta, ya que nuestro Código Civil protege con dicha institución a todos los incapacitados judicialmente, término que engloba tanto a los tutelados como a los curatelados indistintamente.

A ello hay que sumarle que desde 2013, y con motivo de la Convención de la ONU, los Tribunales españoles apuestan decididamente por la curatela como medio de protección ideal de las personas incapacitadas, relegando a la tutela a una posición completamente residual.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurría en 2003 (año en el que se introduce el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria), en la actualidad en España la inmensa mayoría de las cientos de sentencias de incapacitación que se dictan cada año apuestan por la curatela como institución de guarda preferida, limitando con ello lo menos posible la capacidad de obrar de las personas con discapacidad o necesitadas de protección, y cumpliendo con ello nuestros Tribunales con las exigencias marcadas por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esto quiere decir que en los próximos años, la gran mayoría de personas incapacitadas españolas serán personas curateladas, lo que supone, que los testadores con hijos o descendientes curatelados (pródigos, alcohólicos, drogodependientes, etc.) podrán establecer sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria en la que el curatelado ostente la condición de fiduciario,

y la de fideicomisarios el resto de herederos forzosos, los cuales habrán visto gravada su cuota de legítima estricta porque así lo decidió el testador en aras de beneficiar a un curatelado.

II. ¿Realmente la voluntad del legislador de 2003 era la de que cualquier persona curatelada a la que se le haya nombrado un curador para que le apoye en ciertos ámbitos de su vida, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria especial sobre el tercio de legítima estricta del resto de herederos forzosos?

Particularmente entiendo que no, ya que el legislador de 2003 limitó lo máximo posible el alcance de la institución, como se demuestra, por ejemplo, con la imposibilidad de instituir fiduciarios a los ascendientes o cónyuges supérstites incapacitados judicialmente, o a los hijos o descendientes con discapacidad que no estuviesen incapacitados.

Por ello considero que si realmente la intención del legislador fue la de crear una institución con un ámbito de aplicación muy reducido, en dicho ámbito no pueden quedar incluidas las personas curateladas, ya que mientras los tutelados son personas que debido a la gravedad de su enfermedad precisan que otra les represente en todos los ámbitos de su vida, los curatelados, no lo olvidemos, son personas que necesitan ser apoyadas solo en ciertos ámbitos, pero cuya enfermedad no les imposibilita el ejercicio de su plena capacidad de obrar (alcohólicos, pródigos, drogodependientes, esquizofrénicos, etc.).

III. Y es por todo lo anteriormente expuesto por lo que concluyo que en la cercana reforma que ha de producirse respecto al alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria en 2003 mediante la LPPD, en mi opinión lo primero que ha de producirse es la clara limitación del alcance de la institución a favor de las personas tuteladas y a las que les haya sido declarada administrativamente una gran dependencia, pero nunca a las personas curateladas, tal y como por ejemplo ocurre en Italia, donde la sustitución fideicomisaria sirve de medio de protección asistencial exclusivamente de los *interdetti* (tutelados), pero no de los *inabilitati* (curatelados).

V. BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO DE ALBA JURADO, *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2013.
- DE COUTO GÁLVEZ, Artículos 286 a 293 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, vol. 2º, Rams Albesa y Moreno Flores (coords.), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- GARCÍA GARNICA, Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su sustitución jurídica, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (dir.), Editorial Civitas, 2013.

MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2010.

NANCLARES VALLE, La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada, en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coord.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

PUIG FERRIOL, Protección del discapacitado: Aspectos sucesorios, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro (coord.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.

RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4, 2004.

SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz, Futuex, 2012.

NOTAS

¹ Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

² En adelante Código Civil.

³ El estudio del resto de medidas de guarda que componen el procedimiento de incapacitación no nos interesa, ya que, mientras que la patria potestad prorrogada o rehabilitada sirve para designar un tutor o curador al hijo menor o mayor de edad que vive con sus padres y ha sido incapacitado, el defensor judicial se designa para los supuestos en los que exista conflicto de intereses entre el tutor o curador, y la persona incapacitada.

Por ello, consideramos que lo verdaderamente importante es determinar a qué tipo de personas puede beneficiarse mediante la sustitución fideicomisaria especial, si a las que son tuteladas o curateladas.

⁴ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (2004), 362: «conforme al nuevo texto legal, presupuesto necesario para establecer sustituciones fideicomisarias que graven la legítima estricta es la existencia de algún hijo o descendiente incapacitado judicialmente, sin importar, puesto que el texto legal no distingue, el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido»; o también, GARCÍA GARNICA (2013), 272: «dado que la norma no exige que la incapacitación haya sido plena, cabe entender que bastará que se haya declarado su incapacidad relativa».

⁵ RIVAS MARTÍNEZ, (2009), 1475.

⁶ PUIG FERRIOL (2005), 295.

⁷ Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

⁸ SANCHO REBULLIDA (1984), 62.

⁹ Aunque en realidad, en la redacción originaria de nuestro Código Civil se hacía referencia a la curatela, concretamente en su artículo 1764, que recogía: «Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución, por el tutor, curador o suministrador de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma, si llega a tener capacidad».

Y también aparecía en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima, que trataban de la tutela.

¹⁰ DE COUTO GÁLVEZ (2000), 2027.

¹¹ VIVAS TESÓN (2012), 25 y 26.

¹² CABELLO DE ALBA JURADO (2013), 11.

¹³ Instrucción FGE 3/2.010, de 29 de noviembre de 2010.

¹⁴ RJ 2012, 9713.

¹⁵ RJ 2013, 3948.

¹⁶ Como refleja, entre otras, la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2016, (*JUR* 2016, 101873), al fijar que «*se decanta por la potenciación de la figura del curador en detrimento de la del tutor, siempre que ello sea posible, cuando las circunstancias personales del sujeto así lo aconsejen, o dicho de otra manera, en aquellos ámbitos de interés de la persona que cabe proteger lo necesiten, más que de una sustitución en la toma de decisiones, de un soporte o refuerzo*. Así lo recomienda la *STS* de 24 de junio de 2013 que analiza la curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas y en la que considera que la figura instaurada, la tutela, es desproporcionada».

¹⁷ En su undécimo periodo de sesiones, celebrado del 30 de marzo al 11 de abril de 2014.

¹⁸ RJ 2014, 5610.

¹⁹ Entre otras, las Sentencias de AP de Barcelona, núm. 158/2016, de 23 de febrero de 2016, (*JUR* 2016, 101873); SAP Pontevedra, núm. 362/2014, de 6 de noviembre (*RJ* 2015, 56971); SAP de Barcelona, núm. 770/2.014, de 19 de noviembre (*RJ* 2015, 42854); SAP de A Coruña, núm. 406/2.014, de 25 de noviembre (*RJ* 2015, 47013); SAP de Barcelona, núm. 794/2014, de 2 de diciembre (*RJ* 2015, 65344); SAP de Asturias, núm. 321/2014, de 9 de diciembre (*RJ* 2015, 51974); SAP de León, núm. 272/2014, de 15 de diciembre (*RJ* 2015, 49567); SAP de Barcelona, núm. 851/2014, de 17 de diciembre (*RJ* 2015, 63939); SAP de Barcelona, núm. 860/2014, de 18 de diciembre (*JUR* 2015, 76338); SAP de Tarragona, núm. 2/2015, de 2 de enero (*RJ* 2015, 79509); SAP de Asturias, núm. 20/2015, de 22 de enero (*RJ* 2015, 67122); SAP de Huesca, núm. 8/2015, de 29 de enero (*RJ* 2015, 71458).

²⁰ *JUR* 2015, 42135.

²¹ *JUR* 2015, 72846.

²² *JUR* 2015, 62059.

²³ Aunque necesitan el apoyo o asistencia de otra persona, curador, en ciertos ámbitos de su vida.

²⁴ *JUR* 2015, 42135.

²⁵ *JUR* 2015, 175036.

²⁶ También en Italia se encuentran entre los curatelados a personas que por prodigalidad o por uso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se expongan ellos mismos, o a su familia, a graves perjuicios económicos.

²⁷ MARTÍN MELENDEZ (2010), 154.

²⁸ PUIG FERRIOL (2005), 295.

²⁹ NANCLARES VALLE (2014), 135.

³⁰ Tal y como le permite el artículo 757 de la LEC.

³¹ Al mismo tiempo, la propia Ley 39/2006 define la dependencia como «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*»; y las Actividades Básicas de la Vida Diaria las presenta como «*las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas*».

(Trabajo recibido el 15-11-2016 y aceptado para su publicación el 16-12-2016)