

# LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

MAYO 2017. Nº 4

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en:



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

## INDICE DE CONTENIDOS

### 1.- La actualización de la pensión de alimentos tras la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

Artículo elaborado por **Pablo García Molina**, Profesor Sustituto interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz.

### 2.- Razones por las que se puede alterar el orden legal del curador.

STS del Pleno de la Sala 1<sup>a</sup> de 4 de abril de 2017

Nº Sentencia: 216/2017

Nº Recurso: 56/2016

Comentario realizado por **Leticia Latorre Luna**, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca. Abogada en López Graña Abogados.

## 1.- LA ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

**PABLO GARCÍA MOLINA**

*Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal  
Universidad de Cádiz*

### **VOCES: Actualización. Pensión. Alimentos. IPC.**

*La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha modificado la forma de actualizar las pensiones que perciben los cerca de nueve millones de pensionistas que actualmente existen en nuestro país, de forma que las mismas ya no se actualizan conforme al IPC, sino siguiendo otros criterios. No cabe duda de que ello puede mermar de forma significativa su poder adquisitivo, situación que se agrava si éstos tienen, a su vez, la obligación de prestar alimentos, ya que habitualmente estas pensiones se actualizan conforme al IPC. Por tanto, mientras subsista esta situación, dicha circunstancia deberá ser observada en el establecimiento de las medidas provisionales o definitivas, de forma que el obligado a prestar alimentos no resulte perjudicado por dicha circunstancia, y también, por los mismos motivos, en la eventual modificación de éstas.*

### **COMENTARIO**

En principio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149 CC, “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”. No obstante, como señala este artículo a continuación, “esta elección no será posible

*en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial” y “también podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.*

Esta es, sin duda, la situación más habitual en los casos de crisis matrimoniales, en los que el obligado a prestar alimentos, normalmente el padre, se ve obligado, salvo acuerdo de las partes, al pago de la pensión que se fije por resolución judicial. Como señala la Sentencia de 11 de octubre de 1982 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [[ROJ: STS 1161/1982 - ECLI: ES:TS:1982:1161](#)], *“según indica la doctrina si bien el derecho a los alimentos no presenta naturaleza patrimonial, sí lo tiene su contenido y cuando se incumple se transforma en obligación pecuniaria en sentido técnico (art. 151, párr. 2.º), lo que le hace susceptible en su efectividad de las medidas de actualización para adecuar el importe de lo fijado en la sentencia o convenio al poder adquisitivo de la moneda, de modo que el alimentista acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida”,* razonamiento que se completa con lo dispuesto en la Sentencia de 9 de octubre de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [[ROJ: STS 5007/1981 - ECLI: ES:TS:1981:5007](#)], cuando señala que la de alimentos es *“una prestación en la que se dan las notas propias de una deuda de valor, que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda de alimentos no debe regir el principio nominalista del dinero”.*

Normalmente, dichas actualizaciones se prevén en la Sentencia con enunciados del tipo: *“dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente el IPC de acuerdo con la publicación que de este índice realice el INE u organismo que lo sustituya”,* o fórmulas similares. Esto no plantea demasiados problemas si los ingresos que percibe el obligado a prestar alimentos se actualizan en la misma proporción que la pensión de alimentos que éste tiene que abonar. El problema es que, como bien señalan CABEZUELO ARENAS y CASTILLA BAREA<sup>1</sup>, es posible que el salario del alimentante *“quizá no se incremente al mismo ritmo que los índices de actualización, lo que ocasionará un*

<sup>1</sup> CABEZUELO ARENAS, Ana Laura y CASTILLA BAREA, Margarita, La obligación de alimentos como obligación familiar básica, Tratado de Derecho de la Familia, vol. I, Aranzadi, 2015.

*empobrecimiento del alimentante que es necesario combatir*". Y es que, en efecto, no hemos de olvidar que, desde la óptica del obligado a darlos, la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da (art. 146 CC), y es por ello por lo que éstos se reducirán proporcionalmente según la disminución que sufra la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (art. 147 CC), de forma que, incluso, cesará la obligación de dar alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (art. 152.2º CC).

Pues bien, lo cierto y verdad es que, *“pese a la baja inflación registrada en los últimos ejercicios, desde el año 2009 las pensiones públicas han visto limitada su revalorización, primero con medidas anuales en 2011 y 2012 que les hicieron perder poder adquisitivo, después con una reforma integral en 2013 del sistema de revalorización, que no lo garantiza para el futuro”*<sup>2</sup>. Precisamente, esta reforma integral del sistema de revalorización es la que se produjo con la entrada en vigor el 1 de enero de 2013 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que estableció que las pensiones dejaran de actualizarse conforme al IPC, tal y como ocurría desde mediados de los años noventa, para pasar a actualizarse siguiendo otros criterios<sup>3</sup>, habiendo subido desde entonces anualmente tan sólo un 0,25 %<sup>4</sup>. En cambio, respecto al IPC, aunque en estos últimos años hemos llegado a tener índices incluso negativos, el año 2016 se cerró con un IPC interanual del 1,6 % y para este año se prevé un índice del 1,2 %<sup>5</sup>, con la **consiguiente pérdida de poder adquisitivo de**

<sup>2</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley relativa a la garantía de suficiencia de la revalorización de las pensiones para el año 2017 y de medidas urgentes de reequilibrio presupuestario de la Seguridad Social presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, de Esquerra Republicana, Mixto, Vasco (EAJ-PNV) y Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 51-1, 21 de octubre de 2016.

<sup>3</sup> Vid. la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

<sup>4</sup> Vid. los Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y siguientes y los Reales Decretos que anualmente se han publicado sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio correspondiente.

<sup>5</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley relativa a la garantía de suficiencia de la revalorización de las pensiones para el año 2017...,cit., que al respecto dice que *“todas las previsiones de inflación, tanto públicas como privadas, contemplan que los precios crecerán en 2017 por encima del uno por ciento, concretamente, el Gobierno de España ha previsto un IPC para 2017 del 1,2% en su última actualización del cuadro macroeconómico, aprobada en el Consejo de Ministros*

**aquellos pensionistas que, como hemos visto anteriormente, tan sólo ven revalorizadas sus pensiones en un 0,25 %.**

La influencia de esto en el ámbito judicial puede ser doble: por un lado, habrá de atenderse a esta circunstancia a la hora de establecer las medidas provisionales o definitivas, pues, como señala la Sentencia de 16 de noviembre de 1978 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, para la actualización de las pensiones alimenticias, los jueces y tribunales *“ciertamente han de ser susceptibles de tomar en cuenta, entre otras circunstancias, las que puedan emanar de actualizaciones que provengan de estabilizaciones y devaluaciones monetarias”*.

Por otro lado, también habrá de tenerse en cuenta esta circunstancia si el obligado a prestar alimentos, en el que concurra la condición de pensionista, solicita la modificación de las medidas definitivas de conformidad con lo dispuesto en el art. 775 LEC. Es cierto que este supuesto plantea más problemas, toda vez que este artículo exige para la modificación de las medidas definitivas *“que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”*. Es decir, se exige una *“variación”* que, además, sea *“sustancial”*. Sin embargo, teniendo en cuenta la escasa cuantía de muchas de las pensiones actuales, unido a otras circunstancias concurrentes, no sería descartable que dicha solicitud prosperase. Y es que, como señalan CABEZUELO ARENAS y CASTILLA BAREA<sup>6</sup>, *“las fluctuaciones experimentadas por el valor del dinero, si llegaran a influir en la capacidad adquisitiva del alimentante, imponiéndole con la manutención del pariente un sacrificio que ya no le es exigible, determinarían la modificación o incluso la extinción de la obligación alimenticia si comprometiere su propia subsistencia o la de su familia”*. En este sentido, la Sentencia de 9 de octubre de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>7</sup>, nos viene a decir que aunque es correcto adecuar la

---

*del pasado 29 de julio de 2016 y enviada a las instituciones comunitarias”*.

<sup>6</sup> CABEZUELO ARENAS, Ana Laura y CASTILLA BAREA, Margarita, La obligación de alimentos como obligación familiar básica, Tratado de Derecho de la Familia, vol. I, Aranzadi, 2015.

<sup>7</sup> Es por ello por lo que la Sentencia de 9 de octubre de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo señala que *“los remedios correctores de la depreciación del signo monetario habrán de utilizarse en esta materia con singular cuidado a fin de no vulnerar el criterio de proporcionalidad esencial para la determinación cuantitativa de la prestación alimenticia, en su doble manifestación activa y pasiva, esto es, atendiendo no sólo a las necesidades de quien la recibe sino también a la importancia del caudal de quien la presta, pues no cabe olvidar las atenciones indispensables a la propia persona del alimentante, sin duda primordiales como se infiere del núm. 2.º del art. 152, pauta básica para alcanzar soluciones equitativas de la que se haría caso omiso si se utiliza como medida*

pensión de alimentos “al valor de la moneda teniendo en cuenta los índices oficiales del coste de la vida establecidos por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en el futuro pudiera asumir sus funciones”, los ingresos del obligado deben haber recibido un incremento en la misma proporción que se emplea, “*pues no se oculta que al no tomar en cuenta el segundo término de la relación de que se trata (situación económica del alimentante), podría llegarse a un empobrecimiento de éste hasta un extremo que el mismo desenvolvimiento de la prestación alimenticia no consiente*”.

De hecho, esta posibilidad ya se contemplaba en la Sentencia de 9 de octubre de 1981 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>8</sup> y en el Auto de 31 de octubre

---

*actualizadora o de estabilización de la deuda -según la demanda instó y dispone la sentencia combatida- su adecuación «al valor de la moneda teniendo en cuenta los índices oficiales del coste de la vida establecidos por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en el futuro pudiera asumir sus funciones», pero prescindiendo de toda referencia al presupuesto -si no ha de romperse aquella ecuación- de que los ingresos del obligado hayan recibido incremento en la misma proporción que se emplea, pues no se oculta que al no tomar en cuenta el segundo término de la relación de que se trata (situación económica del alimentante), podría llegarse a un empobrecimiento de éste hasta un extremo que el mismo desenvolvimiento de la prestación alimenticia no consiente*”. Dicha Sentencia continúa diciendo “*que el segundo motivo del recurso, basado igualmente en el núm. 1.º del art. 1692, reprocha a la sentencia del Tribunal «a quo» violación por inaplicación del art. 147 del C. Civ., que se entiende causada al ordenar un aumento anual de la deuda alimenticia al compás de las variaciones reflejadas en el Índice del coste de vida, según la expresión ya transcrita, mientras que a entender del recurrente las únicas alteraciones a tomar en cuenta podrían ser las que presente «el salario del obligado a dar los alimentos, que suelen ser inferiores al aumento del coste de vida»; alegación que ha de prosperar, pues si se aplica como procedimiento para evitar los inconvenientes de la inflación monetaria y consiguiente pérdida de poder adquisitivo en la alimentista demandante la sistemática corrección determinada por ese índice variable en cada período anual de cumplimiento sin otras puntualizaciones, podrá acontecer que la cuantía del crédito en su línea ascendente rompa de manera ostensible el equilibrio buscado de principio entre las contrapuestas necesidades, haciendo excesivamente onerosa la situación del alimentante, y por ello lo equitativo será que, partiendo de la proporción tomada en cuenta por el sentenciador para determinar el importe dinerario del crédito alimenticio, se prevea su revisión (con toda probabilidad siempre en más, aunque no pueda ser eliminada como imposible la hipótesis de deflación) para acomodar la cifra obtenida a las variaciones que ofrezca el Índice del coste de vida, siempre que el aumento en su caso, no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado, o en otro supuesto tomando en cuenta la cantidad menor de la elevación producida lo que conduce a estimar el motivo de que se trata*”. Vid. también el Auto 34/2007, de 18 de abril, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara [[ROJ: AAP GU 87/2007 - ECLI: ES:APGU:2007:87A](#)], que dice que la actualización de la pensión alimenticia debe hacerse conforme al IPC con la cautela de que debe tenerse en cuenta la real variación de los haberes del obligado.

<sup>8</sup> Según la cual, “*lo equitativo será que, partiendo de la proporción tomada en cuenta por el sentenciador para determinar el importe dinerario del crédito alimenticio, se prevea su revisión (con toda probabilidad siempre en más, aunque no pueda ser eliminada como imposible la hipótesis de deflación) para acomodar la cifra obtenida a las variaciones que ofrezca el Índice del coste de vida, siempre que el aumento en su caso, no exceda de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del obligado, o en otro supuesto tomando en cuenta la cantidad menor de la elevación producida*”.

de 1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [[ROJ: ATS 956/1996 - ECLI: ES:TS:1996:956A](#)]<sup>9</sup>, cuando establecen que la revalorización de la pensión de alimentos puede consistir en una disminución de la misma en los supuestos de deflación para adecuar el importe de lo fijado en la Sentencia al poder adquisitivo<sup>2</sup>.-

AJFV

---

<sup>9</sup> Según el cual, *"una cosa es la elevación o reducción de la cantidad fijada como pensión en los supuestos a que se refiere el art. 147 CC y otra es la actualización de la misma (que puede consistir en una disminución de la misma en los supuestos de deflación) para adecuar el importe de lo fijado en la sentencia al poder adquisitivo de la moneda"*.

## 2.- RAZONES POR LAS QUE SE PUEDE ALTERAR EL ORDEN LEGAL DEL CURADOR

**STS del Pleno de la Sala 1ª de 4 de abril de 2017**

Nº Sentencia: 216/2017

Nº Recurso: 56/2016

**LETICIA LATORRE LUNA**

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca.

Abogada en López Graña Abogados.

**VOCES: Tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados y defensor judicial. Curatela. Curador. Nombramiento.**

*En la presente sentencia el Tribunal Supremo altera el orden legal del nombramiento del curador ante un supuesto de incapacidad parcial alegando, como motivo principal, el beneficio de la persona necesitada de apoyo en atención a su interés. Asimismo, veremos como el Alto Tribunal declara improcedente la medida establecida en relación a la administración del patrimonio y bienes del incapaz por parte del curador para los actos de disposición o administración de sus bienes, al estimar que no consta debidamente acreditado que el incapacitado parcialmente no ostente de capacidad a efectos administrar su propio patrimonio.*

### COMENTARIO

En fecha 4 de abril de 2017, la sección primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tras estimar el recurso de casación interpuesto por el incapacitado parcial

y demandado en primera instancia, dictó sentencia en la que estima procedente alterar el orden legal del llamamiento del curador.

En concreto, la citada Sentencia gira en torno a los antecedentes de hecho detallados a continuación:

El Ministerio Fiscal, promovió demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias, adecuados y efectivos para su ejercicio, contra D. Carlos Daniel, solicitando que se dictase sentencia por la que se decretase la incapacidad absoluta del demandado y la rehabilitación de la patria potestad de ambos padres, incoándose Juicio sobre incapacidad núm. 393/2014 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Arévalo.

Como resultado, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Arévalo, en fecha 10 de abril de 2015, dictó sentencia declarando la incapacidad parcial de don Carlos Daniel y nombrando curador del mismo únicamente a su padre don Desiderio, al considerar que era la persona más adecuada al ser inmune a las manipulaciones del incapaz, tal y como declararon en el acto de la vista las hermanas del demandado. Asimismo, la Juzgadora estimó oportuno que madre del incapaz no asumiera la curatela, por interés de ambos, al apreciar que la enfermedad psicológica de la que sufría su hijo le suponía un extraordinario desgaste físico y mental. Del mismo modo, en la citada sentencia como media fue limitada la incapacitación, y la necesidad de asistencia del curador, para los actos de disposición o administración de sus bienes cuyo importe superase los 400 € mensuales y para las cuestiones relativas a la curación, seguimiento y tratamiento de la enfermedad que sufría D. Carlos Daniel, debido a que los familiares del mismo manifestaron en el acto de la vista que el incapaz no se encontraba capacitado para manejar cantidades superiores.

Por último, la Juzgadora, mediante prueba practicada en relación a los informes médicos, exploración judicial donde el demandado se negó a medicarse y, por la reacción que el mismo tuvo en el acto de la vista abandonando la sala y dando un portazo, estimó que don Carlos Daniel (s.i.c.): “carecía de control por el trastorno de personalidad mixto que padecía, con rasgos impulsivos y antisociales,

declarando a su vez que no cumplía totalmente los requisitos necesarios para su incapacidad, pero sí precisaba de control y tratamiento psiquiátrico continuado.”

Por otra parte, frente a la sentencia dictada en Primera Instancia, el demandado interpuso recurso de apelación, siendo el órgano jurisdiccional competente y concedor del mismo la Sección Núm. Uno de la Audiencia Provincial de Ávila, dictando sentencia de fecha 12 de noviembre de 2015, por la que estimó parcialmente el recurso en el único extremo de designar y nombrar curadora del recurrente a su hermana de doble vínculo doña Eloisa, alegando como fundamento jurídico principal (s.i.c): “que es la persona idónea debido a la buena relación existente entre ambos”. Por contrario, el padre no resultaba ser el curador apropiado por mantener una enemistad con el demandado, por ende, estimándose así que quedase liberado de ser curador.

Asimismo, de los informes médicos y demás pruebas prácticas, la Sala resuelve que “D. Carlos Daniel sufre una enfermedad psíquica de carácter persistente que le afecta a su autogobierno”, de conformidad a la valoración dada por la Juzgadora de la primera instancia. En otro aspecto, la citada sentencia mantiene la limitación y necesidad de asistencia para actos que excedan de la mera administración de sus bienes.

No obstante lo anterior, D. Carlos Daniel frente a la sentencia dictada en segunda instancia interpuso dos recursos que fueron admitidos a trámite por la Sala mediante Auto de fecha 30 de noviembre de 2016, en concreto:

Por un lado, un Recurso extraordinario por infracción procesal, motivándose el recurso, en primer lugar, por falta de motivación en la sentencia y, en segundo lugar, por error en la valoración de la prueba, siendo finalmente ambos motivos desestimados por la Alta Sala. Por otro lado, un Recurso de casación, basándose en tres motivos principales:

En primer lugar, al no quedar examinado por la sentencia recurrida la forma en la que afecta al autogobierno del demandado el trastorno límite de la personalidad del que sufre. En relación a este aspecto, la Alta Sala fundamenta que el incapacitado continua siendo titular de sus derechos fundamentales, recordando que las medidas impuestas tienen como objetivo único proteger de manera exclusiva al mismo, según queda recogido en la Convención sobre los Derechos de la Personas

con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, la citada norma como novedad, frente al modelo de “sustitución de la voluntad” regula un sistema alternativo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones del incapaz”. En la misma línea, la STS del 3 de junio de 2016 establece que las medidas de apoyo al incapaz se pueden adoptar cuando se tiene conocimiento de que son necesarias para el mismo a efectos de complementar su capacidad jurídica, en concreto establece las medidas de apoyo deben (s.i.c.):

“(…) procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás (...)”.

En segundo lugar, otros de los motivos de recurso es el de no constar acreditada la constitución de la curatela, sobre todo, haciendo hincapié principalmente que no queda debidamente fundamentado jurídicamente la limitación acordada en relación a la administración propia por parte del incapacitado de sus propios ingresos.

En relación al citado motivo, la Alta Sala estima el motivo, considerando ciertamente tal medida no ha quedado jurídicamente acreditada, considerando que por mera manifestación de los familiares, sin constar pormenorizados aquellos actos que justifiquen la falta de capacidad por parte del demandado a efectos de administrar su propio patrimonio, declarando así finalmente que de conformidad con la teoría jurisprudencial de “traje a medida” y por falta de conocimiento, no consta acreditado que tal medida supone un beneficio al interés del incapacitado. En relación a la teoría de “traje o trajes a medida” la STS del 3 de junio de 2016 establece que (s.i.c.): “Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda (...) para todas o para determinadas actuaciones.”

En el último aspecto del recurso, se alega alteración discrecional y sin motivar del orden de designación del curador. En relación al citado motivo, hemos de tener presente el orden establecido para el nombramiento del tutor/curador en el artículo 234 del Código Civil (s.i.c.): “1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3º A los padres. 4º A la persona/as designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.” Como podemos apreciar en el presente caso, el orden del nombramiento de curador el alterado, modificándose en ambas sentencias recurridas – tanto en apelación como en casación – el llamamiento del mismo, en primera instancia, la Juzgadora respetó el orden legal, optando finalmente únicamente por el nombramiento del padre, al confirmar que la madre por motivos de salud no estaba capacitada para ello. De otro lado, en segunda instancia, la Sala altera el orden legal del llamamiento, estimando que la persona idónea para asumir tal cargo es su hermana Elisa debido a la afinidad y buena relación existente entre la misma y el incapacitado parcialmente, al considerar que lo que exclusivamente resulta relevante desde la perspectiva jurídica es el interés del interesado, debiéndose dejar a un margen los intereses de aquellos llamados a ejercer la curatela.

Finalmente, en relación al último motivo alegado, la Alta Sala respeta y ampara lo estimado por la sentencia recurrida, al considerar que la citada alteración del orden legal es conforme a la Doctrina jurisprudencial reiterada en diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo – destacando sentencia 1 de julio de 2014; sentencia 19 de noviembre de 2015 - donde en todas ellas se fundamenta jurídicamente la alteración del nombramiento del tutor/curador en base a las siguientes razones: por no ser el llamado la persona idónea, por no querer asumir el mismo tal cargo – lo cual iría en contra del interés del incapaz – y, por último, debido a conflictos familiares que puedan existir entre el curador y el incapaz.

Como resultado se concluye que la razón fundamental para alterar el orden del nombramiento es la del notorio y fehaciente conflicto familiar existente entre el padre del incapaz y el mismo, por lo que es estimado por la Alta Sala de manera acertada y conforme a derecho que sea la hermana la persona idónea a efectos de ser la curadora del incapaz, al existir una relación buena entre ambos.

Desde una perspectiva jurídica, de manera eficaz y eficiente la alteración del orden legal regulado en el artículo 232 del Código Civil en relación al nombramiento del curador, en la presente sentencia - así como en las sentencias del Tribunal Supremo de las que se ampara la misma - queda debidamente motivada y fundamentada, puesto que en todas ellas, el Tribunal hace una interpretación basándose fundamentalmente en el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil). Por consiguiente, resultando ser la ratio legis del orden establecido legalmente el propio interés del incapaz, debiendo ser la persona llamada al nombramiento de tutor/curador la que mejor beneficie el interés de la persona necesitada de apoyo. Por tanto, el interpretador, mediante las razones que anteriormente hemos hecho mención, considero que establece un criterio jurisprudencial alternativo de solución del conflicto al que intenta dar respuesta el propio orden legal, resultando las razones dadas por la Alta Sala más susceptibles de ser generalizadas y adaptables a supuestos de hecho concretos y diferentes todos ellos en relación a decidir quién o quiénes resultan ser las personas más idóneas de cuidar a un incapacitado, ya sea de manera parcial o absoluta.

En conclusión, nos encontramos ante una doctrina jurisprudencial garantista y, en cierto modo innovadora, puesto que mediante una interpretación teológica de la norma jurídica, se obtiene un resultado acorde y conforme al que el propio orden legal pretende, esto es: salvaguardar, proteger y amparar el interés en beneficio del incapaz. Actualmente, diversos son los autores los que proponen una modificación del Código Civil en la materia; de hecho, hemos de tener presente las recomendaciones a España efectuadas en el año 2011 por parte del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el sentido de que debía modificarse la regulación jurídica española en relación al régimen legal de tutela y curatela, puesto que, entre otras novedades, del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad se deduce que debe procurarse reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, como es el caso de la tutela, por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.

**Referencia CENDOJ: (ROJ: STS 1335/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1335) de la moneda.**