ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA CIVIL Y PENAL

ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 1 de 2017

S E N T E N C I A NUM. NUEVE

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D.ª Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a veinte de abril de dos mil diecisiete.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 1/2017, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 29 de noviembre de 2016, en el rollo de apelación número 632/2015, dimanante de autos de Familia, Guarda, Custodia y Alimentos núm. 69/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de Zaragoza. Son partes, como recurrente, D. Pascual Ramón Á. D., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Pilar Morellón Usón y dirigido por el Letrado D. Julián Carmona Fernández, y como parte recurrida Dª. María C. F., representada por el Procurador de los Tribunales D.

Fernando Gutiérrez Andreu y dirigida por el Letrado D. Antonio Puertas Mallou, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Ignacio Tartón Ramírez, en nombre y representación de Dª. María C. F., presentó demanda de incapacitación respecto de su hija Dª. María Á. C., con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites legales que procedan, "dicte Sentencia por la que se le declare incapaz para regir su persona y bienes, con la máxima extensión y sin limitación alguna, nombrando para asistir y representar a la incapaz y velar por ella a su madre, Dª. María C. F."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda.

Dentro del plazo lo hizo el Ministerio Fiscal y posteriormente se personó en la causa, oponiéndose a la demanda, el padre de la presunta incapaz D. Pascual Ramón Á. D., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Pilar Morellón Usón, la cual solicitó que, previos los trámites legales pertinentes, "dicte sentencia por la que se declare a María Á. C. incapaz para regir su persona y bienes, con la máxima extensión, rehabilitándose la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores".

TERCERO.- Admitido el escrito presentado de contrario y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

"Que estimando íntegramente la demanda promovida por Dª María C. F.,

PRIMERO.- Debo declarar y declaro la incapacidad total y permanente para regir su persona y bienes de Dª María Á., con D.N.I. num. ….para regir su persona y bienes, privándola del derecho de sufragio activo y pasivo.
Líbrense las necesarias comunicaciones al Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento de la demandada y a la Oficina correspondiente del Censo Electoral.
SEGUNDO.- Consecuencia de ello, se nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre, Dª María C. F., con D.N.I. num. … y con domicilio en Zaragoza, al ser la persona más adecuada para ejercer tal cargo, correspondiéndole expresamente la guarda y custodia de la tutelada, siendo que la anterior vivirá con su madre.
TERCERO.- Sin expresa condena en las costas procesales, siendo que cada parte deberá soportar las causadas a su instancia."

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Morellón Usón, en nombre y representación de D. Pascual Ramón Á. D., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, se confirió traslado del mismo a la contraparte, oponiéndose tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones y comparecidas las partes, previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba que fue admitida, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 29 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:
"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **DON PASCUAL RAMON A. D.** contra **DOÑA MARIA C. F.** y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 23 junio 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin especial
pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.
Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir por don Pascual Ramón Á. D., al que se dará el destino que la Ley prevé."

SEXTO.- La representación legal de D. Pascual Ramón Á. D. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación por los siguientes motivos: Primero.- Por inaplicación del artículo 42 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con la aplicación indebida del artículo 43 de dicho Código.- Segundo.- Vulneración del artículo 90.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 44, 63.1, 72 y 136.2 de dicho Código.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por Auto de fecha 1 de febrero de 2017 se acordó declarar la competencia de la Sala y admitir a trámite el recurso interpuesto.

Conferido el traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, presentaron ambos, dentro de plazo, sendos escritos de oposición.

En fecha 15 de marzo de 2017 la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 29 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Antecedentes relevantes

PRIMERO.- Son hechos relevantes para la decisión del recurso de casación:

1.- Doña María C. F. y Don Pascual Ramón Á. D. contrajeron matrimonio el día 2 de diciembre de 1989.

2.- De dicha unión nacieron dos hijos: Don Diego, nacido el 30 de junio de 1990, y Doña María, nacida el 29 de febrero de 1996.

3.- Doña María nació con lesiones físicas y síquicas, que determinaron un retraso mental severo de carácter irreversible. Llegada la edad de 18 años, tiene una edad mental de 5 años, con grado de discapacidad de 80%,

afectación de la sicomotricidad, y le ha sido reconocida una dependencia en grado II, nivel I.

4.- Al llegar la mayoría de edad de la joven, Dª. María C. F. instó procedimiento sobre su incapacitación, expresando en la demanda las circunstancias concurrentes como causas para declararla y, en atención a la separación de los cónyuges, solicitó la constitución de tutela para la guarda y protección personal y patrimonial de la citada hija, y que fuera la demandante nombrada tutora. Invocó al efecto lo dispuesto en el art. 200 del Código Civil y los arts. 215.1 y 222.2 del mismo cuerpo legal.

5.- D. Pascual Ramón Á. D. compareció en autos y aceptó los hechos en los que se funda la demanda respecto a la incapacitación de la hija común, aunque se opuso a las razones esgrimidas de contrario respecto a la constitución de tutela y nombramiento de tutora a la madre, solicitando por su parte que en aplicación del art. 42 del CDFA se acuerde la rehabilitación de la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

6.- El magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, con competencia en materia de incapacidades, dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2015 en la que, valorando la prueba practicada, estimó que Doña María Á. C. padece un trastorno de inicio en la infancia diagnosticado como retraso mental grave, calificado de muy grave en la escala de deterioro global (GDS) y tiene restringidas sus funciones mentales superiores, especialmente la inteligencia y la voluntad –Fundamento de Derecho Segundo-, por lo que procedía declarar su incapacitación. Seguidamente examina las circunstancias concurrentes, entre las que destaca que "*la madre a día de la fecha es la que de la mejor manera posible no solo es la que ha promovido este procedimiento de incapacitación sino es quién gestionara el largo periplo de médicos, logopedas y psicoterapeutas… amén de ser la persona de referencia para esa hija, teniéndola ininterrumpidamente en su compañía en el domicilio familiar, bajo su cuidado y supervisión*" -Fundamento de Derecho Tercero-, aplica lo dispuesto en el art. 43 del CDFA como excepción a la rehabilitación de la autoridad familiar, y concluye decidiendo la incapacidad total y permanente de Dª. María Á. C. para regir su persona y bienes y nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre Dª. María C. F.

7.- La representación procesal de D. Pascual Ramón Á. D. interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia, fundado en diversas alegaciones que, en cuanto a derecho, discrepan de las razones expresadas por el juez de primera instancia para alterar el orden de preferencia establecido en el art. 116.1 del CDFA, y en cuanto a los hechos disiente de la valoración realizada en la sentencia y estima que su petición de que se rehabilite la autoridad familiar no pretende desconocer el superior interés de la incapacitada, sino que las decisiones adoptadas por la madre no han sido convenientes para aquella. En consecuencia solicita la estimación del recurso y que se revoque el pronunciamiento segundo de la sentencia apelada, dejando sin efecto en nombramiento de tutor y acordando en su lugar rehabilitar la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

8.- Tramitado el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el que tanto la parte demandante como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso, la Sección Segunda de la expresada Audiencia dictó sentencia de 29 de noviembre de 2016 confirmatoria de la recaída en primera instancia. En su fundamentación jurídica mantuvo las apreciaciones de la recurrida en cuanto a la incapacidad de Doña María, y respecto de la cuestión debatida estimó que "*no parece la solución más adecuada la rehabilitación de la autoridad familiar de ambos progenitores, solución que, mediando como media una escasa pero conflictiva relación que la psicóloga también ha informado, haría imposible la toma de decisiones y en muchos casos obligaría a acudir a los Tribunales para solventar sus diferencias (art. 156.2 del Código Civil), razón por la que, en la tesitura de tener que elegir entre regla general –rehabilitación de la autoridad familiar- y excepción –tutela-, la Sala, en la perspectiva del superior interés de la incapaz, estima que debe estarse a la segunda, la tutela por la madre, que es con quien siempre ha convivido María y con quien dice la psicóloga que ha de sufrir menos su estabilidad y bienestar, entendiéndose igualmente que su desarrollo psicológico no ha de verse perjudicado por razones como las que el recurrente aduce*" –Fundamento de Derecho Segundo-.

9.- Frente a esta sentencia, D. Pascual Ramón Á. D. ha interpuesto ante esta Sala el presente recurso de casación, fundado en dos motivos, que fueron admitidos.

Examen del primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, del art. 42 del CDFA, en relación con la aplicación indebida del art. 43 de dicho código. En el desarrollo del motivo el recurrente se refiere a la excepcionalidad de la constitución de tutela en el derecho aragonés, frente a la regla general de rehabilitación de autoridad familiar por ministerio de la ley, y considera que en el caso de autos los argumentos expresados en la sentencia de que discrepa no son suficientes para aplicar la excepcionalidad. Estima como criterio fundamental que las decisiones importantes sobre las atenciones que necesita la hija no sean tomadas unilateralmente por la madre, porque esto podría perjudicar a la incapaz, lo que puede evitarse mediante la rehabilitación de la autoridad familiar, sin perjuicio de lo que decida el juzgado de familia en el proceso de divorcio, que se encuentra suspendido por prejudicialidad civil.

TERCERO.- La regulación de la incapacidad para regir la persona y bienes viene establecida en el art. 200 y ss. del Código civil que, tras establecer las causas para la declaración judicial de incapacidad y la determinación de su alcance, fija las medidas a adoptar para garantizar los derechos de la persona incapaz, medidas que han de tener siempre en consideración la protección y el superior interés de ésta –sentencias del TS de 29 de abril de 2009, num. 282/2009 y de 11 de octubre de 2012, núm. 617/2012-.

Respecto al sistema de protección de la persona incapaz, el legislador aragonés ha optado por una regulación propia y diferente de la establecida en el Código civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que habría quedado extinguida al cumplir 18 años la hija que resultó incapacitada, pero permitiendo como régimen excepcional la

constitución de tutela, conforme al art. 43 del CDFA, que ha sido aplicado por el juez de primera instancia, en decisión plenamente confirmada por la Audiencia Provincial.

A tenor del artículo 42, "*Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, a falta de previsiones sobre autotutela, se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad".*

Y conforme al artículo 43, "*El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela"*.

Se trata de una alternativa que el legislador permite adoptar al juez, atendidas las circunstancias concurrentes que se describen en el citado precepto, cuando considere que en el caso concreto existen razones que justifican la constitución de la tutela frente a la rehabilitación de la autoridad familiar.

Esta posibilidad constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisabilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés de la persona incapaz –Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2014, nº 341/2014, dictada en aplicación de los preceptos del Código civil reguladores de la tutela, pero con argumentación trasladable a la cuestión aquí controvertida-.

CUARTO.- En el caso de autos no concurren razones para entender que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnere los arts. 42 y 43 del CDFA, por las siguientes razones:

a) la citada sentencia tiene en cuenta el contenido de dichos preceptos, la consideración de la rehabilitación de la autoridad familiar como regla general y la excepcionalidad de la constitución de tutela;

b) argumenta fundadamente sobre las circunstancias que concurren en los progenitores de Doña María, que se encuentran inmersos en un proceso de separación conyugal, y que se muestran disconformes a la hora de establecer criterios sobre el tratamiento y la educación de su hija;

c) valora la prueba pericial psicológica practicada en autos y concluye, a su vista, en la dificultad de la toma de decisiones conjuntas sobre tales aspectos; y

d) finalmente, ponderando los intereses en conflicto y el superior de la protección de la incapaz, estima que debe optarse por la tutela a favor de la madre.

De este modo ha hecho uso de la discrecionalidad que el legislador concede al juez para adoptar una opción en beneficio de Doña María, sin que con tal decisión haya infringido el ordenamiento jurídico, que ha sido aplicado en una de las formas posibles que el legislador aragonés establece para supuestos como el de autos.

Es de considerar, finalmente, que la argumentación de la parte recurrente incurre –en alguno de sus apartados- en petición de principio, haciendo "supuesto de la cuestión" -STS de 24 de enero de 2013, nº 16/2013 y de 4 de febrero de 2016, nº 29/2106- al pretender sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal provincial por su propio criterio, cuando afirma que "no existe prueba objetiva que avale la decisión de elegir la previsión excepcional de constituir tutela a favor de la madre, en lugar de rehabilitar la autoridad familiar de ambos progenitores". Esta argumentación pugna con los hechos probados y no es admisible en la defensa de un recurso de casación.

Examen del segundo motivo

QUINTO.- El segundo motivo del recurso de casación se formula por vulneración del art. 90.1 del CDFA, en relación con los arts. 44, 63.1, 72 y 136.2 de dicho código. En el desarrollo del motivo la parte recurrente considera que la sustitución de la rehabilitación de la autoridad familiar por la tutela a favor de la madre supone en la práctica la privación de la autoridad familiar al padre, con lo que quedan vulnerados los derechos que a éste corresponden conforme a los preceptos mencionados.

En trámite de oposición el Ministerio Fiscal manifiesta que la pretendida vulneración del art. 90.1 del CDFA se trataría de una cuestión nueva, introducida ahora en el proceso y que no fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la misma parte recurrente contra la sentencia de instancia, y por ello considera este motivo como inadmisible –art. 483.2, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, inadmisibilidad que en este momento debería llevar a la desestimación del motivo.

En todo caso, se opone al mismo al considerar que los derechos a que se refiere la parte recurrente solo se producen si hubiere acordado la rehabilitación de la autoridad familiar, caso en el que para privar o apartar de su ejercicio a uno de los progenitores deberían concurrir los supuestos del art. 90.1 del CDFA. La parte recurrida también se opone a la estimación de este motivo.

SEXTO.- Este motivo del recurso de casación incurre en causa de inadmisibilidad, tal como ha sido denunciada por el Ministerio Fiscal en el trámite conferido y al amparo de lo dispuesto en el art. 483.2, apartado 4º y 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la parte recurrente plantea una cuestión jurídica nueva en casación, que no ha sido objeto de debate procesal en las instancias. La imposibilidad de este planteamiento, en cuanto ha impedido la decisión jurídica en aquellas, con el consiguiente debate contradictorio, es criterio constante mantenido por el TS, en sentencias de 17 de noviembre de 2012, num. 718/2012 y de 16 de octubre de 2014, num. 381/2014, entre muchas otras.

Dicha inadmisibilidad se constituye ahora en causa de desestimación del motivo, desestimación que en todo caso concurriría si se entrase a resolver sobre el fondo, pues la privación de la autoridad familiar a que se

refiere el art. 90 del CDFA solo puede producirse cuando dicha autoridad haya sido rehabilitada en los supuestos contemplados en el art. 42 del mismo cuerpo legal, lo que no ha sucedido en el caso de autos, en el que la sentencia recurrida acude a la excepción permitida por el art. 43. En consecuencia, no rehabilitada la autoridad familiar, ningún derecho o status jurídico comprendidos en los preceptos que cita el recurrente son vulnerados por la sentencia objeto de recurso.

Costas

SEPTIMO.- Conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede en este caso no hacer imposición de las costas del recurso, habida cuenta que ha podido presentar dudas de derecho, a la vista de los intereses en conflicto en esta clase de procesos y de la regulación contenida en los preceptos a que se contrae el primer motivo del recurso.

El depósito para recurrir se rige por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

VISTOS, además de los preceptos citados, los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pascual Ramón Á. D., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29 de noviembre de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Sin hacer imposición de las costas del recurso.

3. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Líbrese la certificación correspondiente a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.