

## A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

### EL JUSTICIAZGO EN 2021 EN RELACIÓN CON EL DERECHO FORAL ARAGONÉS

(Traslación de la parte correspondiente del Informe anual a las Cortes de Aragón 2021, del Justicia de Aragón)

#### I. EXPEDIENTES RELATIVOS AL DERECHO FORAL ARAGONÉS

##### *A. La regulación del sistema de capacidad y tutela.*

Si una cuestión ha sido de singular importancia, y transcendencia en el año 2021, respecto al Derecho Foral Aragonés, ha sido la incidencia que en el mismo ha tenido la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal estatal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 132, de 3/6/2021), que supuso una profunda reforma de diversas normas, entre ellas el Código civil español, pero también normas procesales como la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Aragón tiene regulada la materia en su Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo, 1/2011, de 22 de marzo, en sus artículos 34 a 45 y 100 a 159, con otros preceptos a ella vinculados a lo largo de dicho texto legal, en ejercicio de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 71.2.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuanto a derecho sustantivo, por lo que la citada modificación legal material (la que afecta entre otras normas al Código civil) no presenta afección alguna a nuestro derecho civil propio, que sigue estando vigente y directamente aplicable, aunque ahora lo haga con figuras que el derecho estatal ya no contempla, en especial toda la materia que el Código aragonés denomina “De las relaciones tutelares”, en el Título III de su Libro Primero, como son la incapacidad o el nombramiento de tutor.

No ocurre lo mismo con las modificaciones en derecho procesal que dicha nueva ley establece, al producirse una profunda nueva regulación tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil como en la Ley de Jurisdicción Voluntarias, entre otras, que pudieran llevar a que el derecho civil aragonés en la materia se viera privado, o cuando menos con dificultades interpretativas, de mecanismos de ejercicio del mismo ante los órganos jurisdiccionales. No debe olvidarse que el artículo 71.3.º del actual Estatuto de Autonomía de Aragón, otorga a nuestra Comunidad, la competencia exclusiva en la regulación del “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”.

Por ello tras solicitar información al Gobierno de Aragón sobre las medidas, emitiéndose desde la Dirección General de Desarrollo Estatutario un completo y acertado informe, y analizados los diversos trabajos jurídicos al respecto realizados por distintos profesores de la Facultad de Derecho de Zaragoza, se resolvió emitir sugerencia al Gobierno de Aragón en Expediente 21/1110, del siguiente tenor literal:

“Realizar SUGERENCIA al Gobierno de Aragón, en comunicación a su Vicepresidencia, para que, previo dictamen de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y con carácter urgente, utilizándose en su caso la figura del Decreto Ley, se proceda a dotar al ordenamiento jurídico aragonés de instrumentos normativos que permitan la aplicación de las particularidades de nuestro Derecho Foral en materia de capacidad jurídica y figuras anexas y accesorias, ante la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

2.º Dar traslado de esta resolución a las Cortes de Aragón para su información y, en su caso, adopción de medidas en virtud de lo en ella expuesto.”

La respuesta desde la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón fue de cierta ambigüedad y si se nos permite señalar, a nuestro juicio sorprendente, convocando al efecto a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y, siguiendo el consejo de ésta, dejar pendiente cualquier actuación a los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que en el mes de noviembre se celebrarían en Zaragoza con dicho tema como ponencias y debates a tratar.

Tras dichos encuentros, y al mismo tiempo que la cuestión era objeto de múltiples charlas convocadas por asociaciones del sector, existiendo una verdadera inquietud social, en especial en los colectivos dedicados a las personas con discapacidad síquica y sus familias, desde el Justiciazgo, dejando a un lado consideraciones jurídicas de índole teórico o académico, se instó y realizado una reunión entre las citadas entidades, la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y la Fiscalía Autonómica, en la que se logró un consenso sobre la compleja situación creada por la entrada en vigor de la norma estatal, que dejaba al derecho aragonés sin un instrumento procesal claro para su aplicación, pero al menos se constató la coordinación entre los miembros del Ministerio Fiscal y aún de gran parte de la judicatura, para encontrar soluciones prácticas directamente

aplicables, en tanto en cuanto se producía o no la reforma del Código de derecho Foral de Aragón o, incluso, se procedía a establecer un derecho procesal propio en la materia.

A fecha de emisión de este informe consta a esta Institución que el Gobierno de Aragón ha iniciado los trabajos de estudio y en su caso modificación de la cuestión que nos ocupa, y que en este sentido la Comisión Aragonesa de Derecho Civil trabaja ya en ello, desde la premisa de revisar la posición en que ha quedado nuestro derecho civil propio, y la posibilidad de trasladar su dictamen al respecto al Gobierno y a las Cortes de Aragón, con un proyecto de modificación de la normativa aragonesa al respecto, que es de esperar, y de desear, pueda realizarse antes del fin de la presente legislatura.

#### *B. Otros expedientes relativos al Derecho Foral*

La ciudadanía aragonesa sigue demandando del Justiciazo información sobre figuras, y su aplicación, de nuestro derecho civil propio, que en algunas ocasiones lleva a denunciar su inaplicación o mal uso en la vida cotidiana. Las siguientes cuestiones han sido objeto de expediente de queja ante esta Institución, a lo que debe unirse las múltiples consultas solventadas directamente, ya por vía telefónica, ya presencialmente, sin apertura de expediente.

- Autotutela en el derecho aragonés.
- Información sobre vecindad aragonesa, perdida y recuperación.
- La tributación de la fiducia.
- Inexistencia de la figura foral de “cosecha alzada”.
- Apertura de ventana a finca colindante en derecho foral.
- Problemas con su vecino cuyas vigas pasan a su propiedad.
- Derecho de su marido a reclamar un piso de su propiedad, al cumplir su hija la mayoría de edad.
- Problemas de ejecución de un legado con entidad bancaria.
- Obligación de venta de inmueble sujeto a usufructo viudal.
- Renunciar al derecho expectante de viudedad para que su marido pueda comprar una casa.
- Inexistencia en la actualidad de un curso de derecho foral aragonés, con acreditación del mismo.

## II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, SALA DE LO CIVIL Y LO PENAL

Se recogen en este apartado aquellas sentencias en recurso de casación foral emitidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictadas a lo largo de año 2021, destacando de ellas aquellos puntos de mayor interés jurisprudencial para nuestro Derecho Foral.

Sentencia 1/2021, de 18 de enero de 2021. N.º de Recurso 33/2020.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch

Disposiciones testamentarias contrarias a pactos sucesorios.

**“OCTAVO.-** Como señala la sentencia ahora recurrida, los litigantes han discutido sobre la mayor o menor extensión del principio “standum est chartae” respecto de la posibilidad de que el testador pueda disponer de parte de sus bienes en forma de legados. Indica al respecto la sentencia que tal principio, hoy recogido en el artículo 3 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), dispone como límite de la libertad de pacto las normas imperativas de nuestro ordenamiento. Recuerda, además, que la Disposición Transitoria 14.<sup>a</sup> del mismo CDFA, ratifica la validez de los capítulos matrimoniales otorgados antes de su entrada en vigor, los cuales, conforme al artículo 400, “solo podrán ser modificados o revocados concurriendo los mismos otorgantes o sus herederos, cosa que no sucede aquí”.

El respeto al principio de libertad de pacto ha sido consustancial al derecho aragonés desde su inicio. Son numerosos los autores que indican, que para la consolidación de tal principio jurídico contribuyó, precisamente, la institución de la Casa que ahora nos ocupa, para que fueran los interesados y no el poder público, quien regulara la administración familiar, y porque solo el pacto permitía entrelazar sin estridencias disposiciones propias de todas las ramas del derecho privado, pues en los acuerdos ante el futuro matrimonio quedaban afectados derechos reales, negocios jurídicos de toda índole (presentes y futuros), obligaciones personales y familiares y, en fin, derechos sucesorios. Junto a lo cual quedaban también afectadas otras instituciones específicas del derecho de Aragón: legítima colectiva, desheredación, fiducia, usufructo viudal, etc... En el plano sucesorio, el principio “standum est chartae” tiene, sin duda, el efecto especialmente valorado por quienes son demandantes, de permitir que una persona en su testamento pueda disponer de sus bienes con gran respeto a su voluntad. A él se refirió Joaquín Costa en su obra Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España remontándolo al año 1187 cuando el rey Alfonso confirma lo ya recogido en el Fuero de Jaca en los siguientes términos: “laudo et confirmo quod homines de Jacca, (...) possint ordinare de bonis suis et hereditatibus, sicut eis placuerit”. Ahora bien, junto a la libertad testamentaria que implica la vigencia del principio “standum est chartae”, es también indudable que el aspecto que le da su eficacia y consiguiente utilidad en el tráfico jurídico no es tanto el de ampliar la posibilidad de las materias objeto de pacto, que también, sino el efecto impositivo que comporta y que conlleva que hace imperativo lo acordado para quien, haciendo uso de su derecho a pactar, llegó libremente a un consenso en firme.

En el caso presente, y como recoge la sentencia recurrida, no fueron modificados por sus otorgantes o sus respectivos causahabientes los pactos contenidos en la escritura de 1948, en la que D. Adrián, con causa en los antecedentes familiares consolidados por la costumbre, aceptaba ser heredero con las condiciones que ya han sido reseñadas. Cabría añadir al respecto que tampoco consta que fuera ofrecida la modificación de lo pactado a los otros cuatro hermanos de D. Adrián, directamente afectados por lo acordado respecto de la sucesión de la Casa. Por ello, salvo imposición en contrario establecida por ley imperativa, D. Adrián debía atender a lo pactado en su integridad, tanto en lo que le beneficiaba como en las obligaciones que contraía en reciprocidad a lo recibido. Y sin posibilidad de revocación unilateral por su parte, puesto que, como ya sentó la sentencia dictada por esta Sala el día 9 de noviembre de 1991, de plena observancia también ahora con la legislación contenida en el CDFA: “como todo pacto sucesorio es de carácter irrevocable unilateralmente (sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de enero de 1893, 23 de noviembre de 1903 y 3 de julio de 1961, entre otras y artículo 103.1 de la Compilación) y en eso se diferencia de las disposiciones testamentarias que

se rigen, en general, por el principio de la revocabilidad ( sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de enero de 1898, y artículos 96 y 97 de la Compilación)”.

Por todo lo expuesto, y según la literalidad de lo acordado, D. Adrián debía designar un solo heredero; debía hacerlo eligiéndolo entre los hijos que tuviera en su primer matrimonio, (el contraido con D.<sup>a</sup> Gloria ); y el designado debería ser heredero universal y respecto de todos los bienes propiedad de D. Adrián y D.<sup>a</sup> Gloria , lo que comportaba, en definitiva, la sucesión de todo el patrimonio que los integrantes de la Casa habían acumulado y transmitido generación tras generación.

NOVENO.- Pues bien, cuando D. Adrián otorgó su testamento el día 27 de abril de 2005 si designó un solo heredero; y si lo eligió entre los hijos del primer matrimonio, pues nombró heredera a quien era hija suya y de D.<sup>a</sup> Gloria, D.<sup>a</sup> Genoveva . Pero dividió el caudal relicto compuesto por los bienes suyos propios y los de su esposa Gloria en tres partes, dos de ellas iguales y otra aumentada por la inclusión de una finca específica. Y conforme a los legados que dispuso, el caudal relicto en bienes materiales que finalmente recibiría la heredera designada quedaba reducido a menos de un tercio del total, a la vez que desaparecía el patrimonio inmaterial adquirido al actuar la Casa como unidad productiva organizada a lo largo de un gran lapso de tiempo. Como se deduce de lo hasta ahora expuesto, con tales disposiciones incumplió lo acordado en la escritura de 1948, porque no respetó el pacto de nombrar un solo heredero y respecto de todos los bienes, tal y como se venía haciendo por costumbre desde anteriores generaciones de su familia. Además dividió la unidad de la Casa que se había obligado a mantener y que, precisamente, había servido como referencia y fundamento de los capítulos matrimoniales que él libremente suscribió, y cuyas consecuencias positivas aceptó y disfrutó desde el mismo momento de suscripción del pacto, con el efecto de exclusión de los demás hermanos de la herencia que recibía.

El voluntario incumplimiento por parte de D. Adrián de lo pactado en la escritura de 1948 supuso por su parte, en contra de la conclusión obtenida por la sentencia recurrida, y como sostienen los dos primeros motivos de recurso de casación presentado por la parte demandada, la infracción de los artículos 377, 381, 400 y 401 del CDFA, puesto que habiéndose llegado a un acuerdo válido, y nunca revocado, como expresa la propia sentencia, luego éste no fue respetado por D. Adrián.

Conclusión, en definitiva, que deriva de la directa observancia de lo pactado sancionada en el artículo 3 del CDFA, especialmente, y de los efectos vinculantes para las partes por virtud del principio “standum est chartae”, básico en derecho aragonés y que, como recuerda sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1990, “tiene su base histórica en las observancias (...), sobre todo de una manera más amplia, en la 16 “De fide instrumentorum” cuando señala que ‘Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile, vel contra ius naturale continetur in ea’.

Según esto el Juez debe estar siempre y juzgar por la Carta, según lo en ella contenido, a no ser que contenga alguna cosa imposible o contra el Derecho natural”

Sentencia 2/2021, de 10 de febrero de 2021. N.<sup>o</sup> de Recurso 37/2020.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Contenido gastos ordinarios pensión alimenticia.

“OCTAVO. - Primer motivo de casación.

8.1. Se interpone al amparo del artículo 477.1.<sup>º</sup> de la ley procesal civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del artículo 82.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, que dispone que «el Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia».

8.2. Sostiene el recurrente que “Cuando las partes firmaron el Pacto de Relaciones Familiares se estableció una custodia compartida alterna entre ambos progenitores y se fijó en 100 € mensuales la contribución de cada uno de los progenitores al sustento de cada uno de sus dos hijos. También se enumeraron una relación de gastos que calificaron todos ellos de extraordinarios, aunque en puridad no lo sean, pero que como conllevaban el pago al 50 % entre sí nunca provocó objeción alguna a su calificación jurídica. Al cambiar el sistema de custodia compartida a custodia individual para uno de los hijos, el Pacto en su día firmado ya queda vacío de contenido en cuanto a lo que resulte afectado por la nueva situación. Y es evidente que la custodia individual y la fijación de una pensión alimenticia obliga a que el Juez, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 82.3 del Código citado, estipule cuáles son los gastos ordinarios que quedan incluidos de la pensión alimenticia”.

8.3. No ignora la sentencia recurrida el contenido de este precepto, que obliga al juez a tener en cuenta el régimen de custodia establecido, al momento de decidir sobre el pago de los gastos ordinarios de los hijos. Pero yerra al apreciar que los gastos de educación no están incluidos entre los ordinarios, y por tanto se equivoca en el fallo al decidir que la pensión alimenticia de Florian que se fija a cargo del padre, excluye los gastos universitarios, de transporte y excusiones escolares, que deben incluirse en los gastos extraordinarios del hijo.

8.4. Partiendo de que el hijo Florian quedaba bajo la custodia de la madre, ésta tenía que afrontar los gastos de alimentación, vivienda y demás ordinarios que son necesarios para la vida, y a satisfacer esos gastos ha de contribuir el padre. Por ello se estableció una contribución en dinero que el padre habría de satisfacer, no para que con ello se cubriera la totalidad de los gastos del menor, sino como participación que él debería realizar para la total cobertura.

8.5. Los gastos de educación, que en el tiempo en que se interpuso la demanda eran los resultantes de cursar el bachillerato en un centro concertado, deben ser considerados como gastos ordinarios, según tenemos declarado —sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2018, 13 de julio de 2017, 17 de diciembre de 2014, y auto de 30 de diciembre de 2011—. Lo son así en cuanto contemplan la atención a las necesidades básicas de la persona en formación, como vivienda, vestido y alimentación, sanidad y educación. Respecto de ésta, os estudios de bachillerato en un centro público o concertado deben considerarse como gastos necesarios, en general, aunque exista la posibilidad alternativa de cursar una formación profesional, sin que en el caso de Florian las partes hayan discrepado sobre la forma en que debía continuar su formación.

8.6. Los gastos extraordinarios son aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanan de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía. Ninguno de esos atributos es predicable de los estudios de bachillerato que cursaba Florian cuando se planteó la demanda y se desarrolló el proceso en las instancias.

8.7. Por todo lo expuesto procede la estimación del motivo. A partir de esta estimación, determinar si la suma fijada en la sentencia se ajusta al principio de proporcionalidad será cuestión examinada al abordar el segundo motivo casacional.

**NOVENO. - Segundo motivo de casación.**

9.1. Al amparo del artículo 477.1.<sup>o</sup> de la Ley procesal civil, este motivo se presenta por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del principio de proporcionalidad del artículo 82.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y en relación al artículo 146 del Código civil, al no haberse tenido en cuenta la totalidad de los ingresos reales de ambos progenitores, por todos los conceptos, para calcular la capacidad económica de ambos, sino que solo se tienen en cuenta los del padre, dejando de computar los mobiliarios e inmobiliarios de la madre, lo que influye directamente en la fijación de la pensión alimenticia que debe afrontar el padre y que ha sido incrementada sin justificación alguna.

9.2. El art. 82.2 del CDFA establece que <>.

9.3. Para fijar esa contribución es preciso que el tribunal determine cuáles son las necesidades de los hijos, sus recursos propios (si los tuvieren) y los recursos disponibles de los progenitores. En cuanto a estos, la fijación de las obligaciones respectivas ha de hacerse conforme al principio de proporcionalidad.

9.4. Pues bien, acreditado —según hemos razonado en el fundamento relativo a la existencia de infracción procesal— que los gastos educativos —no universitarios en el tiempo en que se interpone la demanda— son gastos ordinarios, que su importe mensual era de unos 90 euros, y que las rentas mensuales de los progenitores aparecen acertadamente recogidas en la fundamentación de la sentencia recurrida, la cantidad que finalmente habrá de satisfacer el padre recurrente será la que estableció la aquélla, en ejercicio de la facultad discrecional de fijarla, pues no concurren razones para considerar más ajustada a derecho una suma inferior.

9.5. Sin embargo, y en este punto la decisión afecta a los intereses del recurrente, esta cantidad servirá para contribuir a satisfacer todos los gastos ordinarios del hijo, incluidos los de su educación, en los términos que aparecían en los hechos fijados en las instancias”.

Sentencia 3/2021, de 25 de febrero de 2020. N.<sup>o</sup> de Recurso 47/2020.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Pensión alimenticia y abandono formación académica.

**“TERCERO. - Recurso de casación. Primer motivo**

3.1. El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 69.1 del CDFA y de la interpretación que del mismo ha dado este tribunal, en resoluciones que cita el recurrente. Cita al efecto las sentencias de 30 de diciembre de 2011 y 13 de mayo de 2020, entre otras. Explica que en el caso de autos no puede hablarse de necesidad del hijo ni de falta de independencia económica, puesto que se incorporó al mercado laboral en 2019 y trabaja en la categoría de peón. Aduce además que dejó sus estudios en junio/julio de 2017.

3.2. El artículo que se dice infringido es norma de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de Aragón, y regula de modo singular las consecuencias jurídicas para el supuesto que contempla, ordenando: «1.Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2.El deber al que se refiere el apartado

anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

3.3. Esta regulación es favorable para los hijos o hijas que, llegados a la mayoría de edad o a la emancipación, no han completado su formación profesional, pues aunque no tengan recursos económicos propios pueden continuar sus estudios, confiados en que la norma establece para los progenitores la obligación de costearlos, deber que se extiende hasta que el hijo o hija alcance la edad de veintiséis años. Sin esta norma de derecho propio, estos jóvenes se podrían ver compelidos a dar por terminada su formación, sin alcanzar niveles a los que aspirasen, aunque los padres tuviesen capacidad económica para satisfacerlos, o deberían obtener el derecho en el más estrecho margen contenido en el art. 142 del Código civil.

3.4. Para que sea aplicable la norma contenida en el art. 69 del CDFA es necesario que conste como hecho probado, o aceptado por las partes en el proceso, que el hijo a que se refiere la pretensión ha llegado a esa edad y no ha concluido la formación, de modo que está en disposición, tiene aptitudes y ánimo para continuarla, pero carece de recursos propios para mantenerse y satisfacer los gastos educativos. En la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 2020, n.º 9/2020, rec. 76/2019, hemos confirmado el criterio ya expuesto en otras acerca de la distinción entre el derecho conferido por el precepto enunciado y el derecho de alimentos: «hemos indicado que son presupuestos para que la prolongación de que se trata sea aplicable 1) que el hijo no haya completado la formación profesional; 2) que no tenga recursos económicos; y 3) que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos. (SS n.º 3/2010, 10/2012, 7/2015, 17/2017 o 14/2018). Y en SS tales como las n.º 16/2012, 29/2014 o 14/2018 hemos destacado que el art. 69 CDFA solo es aplicable cuanto el hijo se encuentre el período de formación a fin de obtener la capacitación necesaria para incorporarse en el mercado laboral en el ámbito elegido, bien entendido que tal formación no comprende la que pueda ser tenida como complementaria, ni, en particular, la preparación de oposiciones (SS n.º 11/2011 o 20/2012), y en cualquier caso siempre que el hijo mantenga una actitud diligente en sus estudios (SS n.º 8/2009 o 14/2018)». 3.5. En el caso de autos el tribunal de primer grado aplica el art. 142 del Código civil, porque entiende que no concurre el supuesto de hecho contemplado en el art. 69 del CDFA: no se trata de un joven que está todavía en período de formación, sino que se afirma que reside en el domicilio materno, no es independiente económicamente por carecer de recursos suficientes para su propia manutención, pues únicamente había trabajado durante tres meses; y la Audiencia Provincial confirma la decisión, aunque rebajando la cuantía, porque Rafael a pesar de su reciente incorporación al mercado laboral es claro que no goza de independencia personal ni económica. 3.6. Ni una ni otra de las sentencias afirma que se encuentre todavía en período de formación académica. Este era un dato al que se refería la demanda, para negarlo —Rafael ya ha abandonado sus estudios, se afirma allí— mientras que la contestación defendía su concurrencia —mantuvo que está matriculado en la escuela de Educación de Adultos— pero la sentencia recurrida no lo recoge como hecho probado. Por tanto, no resultaba de aplicación el art. 69 del CDFA, y no existe infracción de la norma denunciada.

El motivo se desestima”.

Sentencia 4/2021, de 9 de febrero de 2021. N.º de Recurso 41/2020.

Ponente: Manuel Bellido Aspas

Adquisición servidumbre aparente de paso.

“QUINTO.- Decisión de la Sala. 19. El principal argumento del recurso —dejando de lado la revisión probatoria— se construye sobre la existencia de otra salida desde la finca de los actores.

Así, se reitera en el recurso que existe un camino público por el Sur que permite a los demandantes acceder a su parcela sin necesidad de utilizar la servidumbre que reclaman. También se afirma que la supuesta servidumbre no se ha utilizado por los demandantes para acceder a su finca desde hace más de 20 años, dado que nadie ha tratado de arreglar el camino del Norte —se alega que está deteriorado desde que tuvo lugar una importante granizada en el año 2003—, de manera que ha devenido impracticable y no se utiliza. 20.

A esta cuestión da respuesta la sentencia recurrida con dos argumentos.

El primero, de naturaleza procesal, al señalar: “Invoca la parte apelada que “los actores llevan accediendo a su propiedad de forma continuada y sin ningún problema por el camino del Sur, no precisando atravesar la propiedad de los demandados ni de ningún otro para poder acceder a la misma”. Sin embargo, nada expusieron los demandados en el escrito de contestación a la demanda sobre esta cuestión, por lo que se trata de una alegación nueva que no puede ser introducida en esta alzada. En el suplico de dicho escrito interesarón una sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, y subsidiariamente, en el caso de declararse o determinarse una servidumbre de paso a favor del predio de los demandantes, que se ubicara por el punto menos perjudicial para el predio sirviente con la correspondiente indemnización. Esta última petición fue considerada por el Juzgado como una reconvenCIÓN implícita y, como tal, fue inadmitida por auto de 8 de mayo de 2017”.

Y el segundo, de carácter sustantivo: “Pero es que, además, como tuvo ocasión de manifestar esta Audiencia Provincial de Teruel en sentencia de 26 de noviembre de 2002, citada por la ahora apelada, a lo que se debe atender para la resolución de la cuestión controvertida no es si es más o menos difícilso pasar por el lugar pretendido o es más o menos perjudicial para el predio sirviente, lo que tan solo resultaría relevante en el supuesto de una constitución ex novo de una servidumbre de paso, sino a constatar si se han dado las condiciones necesarias para que pueda considerarse constituida, existente. Tratándose de una servidumbre adquirida por usucapión, es irrelevante que se hayan venido utilizando otras vías al camino público construidas por el demandante, pues cuando no se discute la constitución de una servidumbre voluntaria de paso a favor de los actores, sino la existencia o no de una servidumbre voluntaria de paso adquirida por usucapión, huelga toda consideración acerca de la existencia o uso de otras salidas o pasos alternativos a tenor de lo dispuesto en el artículo 568 del Código Civil, que solo es de aplicación a las servidumbres forzosas.

El escrito de oposición a la demanda únicamente puede entenderse en el sentido de resistencia a la acción de la parte demandante, sin pretensión de una declaración autónoma”.

21. Junto a estos acertados argumentos hemos de indicar que la pretensión de los recurrentes busca un cambio fáctico inadmisible respecto de los hechos declarados probados en la sentencia de apelación, puesto que en esta ni se considera acreditado que el camino del Norte, por el que transcurre la servidumbre discutida, esté impracticable desde el año 2003, ni tampoco que los actores utilicen como vía exclusiva de acceso a su finca el llamado camino del Sur

que, en todo caso, ni siquiera parece que sea público, sino que se trataría de un camino que se construyó en 2002 —antes era impracticable— al constituirse una servidumbre de paso y mantenimiento de tubería de colector y agua, con destino a la depuradora de residuos, tal como resulta del informe emitido por el Ayuntamiento de Alcañiz, firmado por el Alcalde-Presidente el 1 de abril de 2015, y la escritura pública que lo acompaña. No obstante, y a efectos dialécticos, dado que en la sentencia de apelación se considera probado que existe una servidumbre de paso aparente adquirida por usucapión, al menos desde el año 1976 (ya que el dies a quo es el año 1966 o, incluso, alguno anterior), la posible falta de utilización de esta servidumbre por los actores desde la construcción del llamado camino del Sur en 2002 resultaría intrascendente para los intereses de la parte recurrente, puesto que no han transcurrido los 20 años exigidos por el art. 571.1 a) CDFa para que se extinga la servidumbre de paso por falta de uso. La propia parte interesada, en la página 61 de su recurso, dice que los actores no vienen haciendo uso del camino litigioso desde hace «*casi 20 años*», lo que es una expresión claramente interesada si consideramos que la demanda se interpuso en abril de 2016, cuando todavía no habían transcurrido más que 14 años desde la constitución de la servidumbre que permitió acondicionar y utilizar el denominado camino del Sur.<sup>22</sup>

El otro argumento que se defiende en el recurso para oponerse a la declaración de la servidumbre de paso es que nunca se inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que los demandados son terceros registrales de buena fe. Sin embargo, este razonamiento está llamado al fracaso, puesto que en este recurso extraordinario de casación debemos partir de la declaración como aparente de la servidumbre que se contiene en la sentencia de apelación.

Si esto es así, señala la doctrina autorizada (LACRUZ/LUNA) que «Los signos exteriores atribuyen a las servidumbres aparentes una publicidad equivalente a su inscripción en el Registro inmobiliario, y por ello surten efecto contra el adquirente del fundo gravado, aunque no resulte del Registro la existencia de tal servidumbre». También lo ha declarado así esta Sala, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TSJAR:2009:1977), al decir: «La existencia de tal servidumbre es además oponible a terceros, aun no constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que como indica constante Jurisprudencia (así, v.g. sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002, o 17 de octubre de 2006), no puede invocar la protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria quién, por ser aparente la servidumbre, conoce que, en contra de lo que resulta de las inscripciones del Registro de la Propiedad, la finca que adquiere no está libre de cargas».<sup>23</sup> Por todo lo expuesto, el motivo único de casación también debe ser desestimado”.

Sentencia 5/2021, de 17 de marzo de 2021. N.º de Recurso 48/2020.

Ponente, Javier Seoane Prado

Ejercicio de la guarda y custodia compartida con apoyo familiar

“CUARTO. - El tercer y último motivo se rotula del siguiente modo:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC, al entender que concurre infracción de norma aplicable, al considerar, dicho sea, en estrictos términos de defensa, vulnerados los artículos 79.5 y 80.2 del Código Foral Aragonés.

En lo que se refiere al primero de los artículos que se dicen infringidos, los argumentos impugnatorios son los mismos ya examinados al dar respuesta al primero de los motivos de casación, por lo que nos remitimos a lo allí expresado.

La vulneración del art. 80.2 CDFA se afirma porque la sala no ha atendido a los criterios señalados en el art. 80.2 CDFA a la hora de decidir el régimen de custodia más conveniente al menor.

Pues bien, sobre tal extremo hemos dicho en reiteradas ocasiones, antes y después de la reforma llevada a cabo por la L 6/2019, que lo relevante a la hora de decidir el régimen de guarda es el interés del menor, que debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor ( SSTJA 21/2015 y 2/2020). En el presente caso la sala de apelación da razones suficientes en justificación de su parecer, y se corresponden con los criterios sentados en el art. 80.2 CDFA. Así, hace mención a la actual situación laboral del padre, que permite compatibilizar su vida laboral con el cuidado de su descendencia, y la implicación cada vez mayor de este en la atención de las necesidades de los menores; y cita el contenido del informe pericial psicológico, que sostiene un adecuado desarrollo de los menores bajo el actual sistema de guarda, así como que ambos progenitores se hallan perfectamente capacitados para atender sus necesidades. La crítica del recurrente se centra el señalar su discrepancia con el criterio de la sala de apelación en relación a la importancia que ha de ser dada a la utilización de terceros por uno de los progenitores en ayuda de su labor de cuidado.

Al efecto es de acoger la razón dada por la AP cuando señala, con cita de nuestra sentencia de 7 de diciembre de 2019 ( STJA 6/2019), que la asistencia de terceras personas para el cuidado de la prole se hace muchas veces necesaria, y máxime en los supuestos de crisis matrimonial tras la ruptura; y al respecto conviene destacar la conclusión de hecho alcanzada por la Audiencia Provincial, que ha quedado incólume con el rechazo del recurso por infracción procesal, de que el padre se ocupa en la actualidad del cuidado de los menores y no delega el cumplimiento de dicha obligación en los abuelos paternos.

En consecuencia, procede también el rechazo de este último motivo, lo que conduce a la confirmación de la sentencia”.

Sentencia 7/2021 de 21 de abril. N.º de Recurso 50/2020.

Ponente Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Guarda y custodia y procedimiento por violencia intrafamiliar.

“SEXTO. - El primer motivo del recurso de casación se fundamenta en infracción del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), con base en que la sentencia recurrida confirma sin matices dejar sin efecto la guardia y custodia compartida y otorgar la guarda y custodia del menor a la madre porque está en trámite un procedimiento penal por violencia intrafamiliar.

Considera el recurrente que, en contra del carácter de indefinido con que se establece la custodia individual por el motivo indicado, este acuerdo no debe tener vocación de permanencia, sino que debe ser de carácter provisional, y referido tan solo al periodo de tiempo durante el que se tramite la causa penal. La sentencia recurrida expone sobre esta materia que:

“Está pendiente el proceso penal seguido contra el demandado, en el que existe una orden de protección a favor de la actora, con orden de alejamiento, sin que se haya comunicado en este procedimiento el estado de dichas diligencias y medidas”.

En consecuencia con ello, el fallo de la sentencia no modifica la custodia establecida en favor de la madre por la sentencia del Juzgado y, al modificar el régimen de visitas y tratar las entregas, establece la salvedad de que se harán las entregas del hijo por parte el padre en el punto de encuentro familiar o en el domicilio materno “si no subiste la orden de alejamiento”. Como se deduce de lo transcrita, la sentencia recurrida no efectúa el pronunciamiento que parece indicar el recurrente que contiene de que, en todo caso y con carácter de permanencia, la guarda y custodia será individual a cargo de la madre. Lo que la sentencia vincula a su decisión de mantener la custodia por parte de la madre es que el proceso penal está pendiente y que no se conoce su estado cuando la resolución es tomada. Pero no contiene decisión alguna sobre qué deberá hacerse una vez que termine el procedimiento penal.

Por tanto, este motivo de casación parte de un planteamiento jurídico distinto del que es fundamento de la sentencia recurrida, y no argumenta realmente en contra de la resolución ni contradice lo decidido en ella. Sobre ello, cabe además añadir que es plenamente ajustado a la previsión del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) el pronunciamiento de que se trata, tal y como ha sido ya objeto de pronunciamiento por esta Sala, que, en la sentencia 28/2013, de 22 de julio que cita el propio recurrente, expresó: “La regulación de este precepto se configura así como meramente preventiva, a falta de decisión que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indicariamente delictivos. Bien porque ya en el ámbito penal se haya dictado resolución motivada de la que resulte posible existencia de delito, bien porque el Juez competente en el ámbito civil así lo considere por las pruebas ante él presentadas, debe denegar la posible custodia al progenitor enjuiciado en vía penal. No alcanza esta norma, como es propio del momento temporal y procesal que en ella se trata, a disponer de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada. Porque, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación este artículo 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la disposición adicional cuarta del CDFA; y si tal resolución es condenatoria, como ocurre en este caso, el artículo 153 del Código Penal”.

En consecuencia, procede la desestimación de este primer motivo de casación”.

Sentencia 8/2021, de 28 de abril de 2021. N.º de recurso 4/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Incapacitación civil.

“CUARTO. - En cuanto a los motivos de casación que se hacen valer, a los que se ha adherido el Ministerio Fiscal en cuanto a la petición subsidiaria que contiene en recurso, tienen como soporte la discrepancia con los hechos declarados probados en la instancia, por lo que, rechazado el recurso de infracción procesal en el que se afirmaba error en la valoración de la prueba, se hallan destinados al fracaso, pues según doctrina jurisprudencial constante los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

Así ha sido declarado entre otros en el ATS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:13624.<sup>a</sup>), y por esta sala en la S de 11 de febrero de 2015, rec. 51/2014 (ECLI: ES:TSJAR:2015:88). Así, en el segundo motivo, se sostiene la infracción por aplicación indebida del art. 38.2 en relación con el art. 34, ambos del CDFA, porque ha sido declarada la incapacidad sin que se den las condiciones establecidas en los mismos para que pueda ser declarada, porque su afección no implica la existencia de una incapacidad absoluta, cuando la conclusión alcanzada en la instancia, que ha de ser respetada ante el fracaso del motivo de infracción procesal, sostiene que sí dan las condiciones contempladas por las normas invocadas, a saber: la existencia de una deficiencia o enfermedad de carácter permanente que inhabiliten al presunto incapaz para gobernar su persona y bienes por sí mismo.

Y lo mismo cabe decir en relación con el tercero de los motivos de casación, hecho valer con carácter subsidiario, en el que se sostiene la infracción, en esta ocasión por inaplicación, del art. 148 CDFA y de los arts. 1 y 2 del convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y los artículos 199, 200 y 287 del CC. En el motivo se sostiene que la declaración de incapacidad debió limitarse a la curatela, pues afirma que el recurrente se halla capacitado para regir su persona. De nuevo el recurso choca con el inconveniente de que no respeta los hechos declarados probados en la sentencia de apelación, por lo que, al igual que el anterior, se halla destinada al fracaso”.

Sentencia 9/2021, de 28 de abril de 2021. N.º de Recurso 12/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Limitación temporal pensión compensatoria.

“CUARTO. - Las alegaciones del recurso se apartan en su exposición del pronunciamiento y fundamento que contienen tanto la sentencia recurrida como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, no modificada por la apelada en el extremo que ahora es de interés. Porque el recurso se basa en cuál pueda ser el resultado de la venta de la vivienda que se ha acordado que tendrá lugar a partir del año 2024, y las sentencias no valoran tal cuestión: lo que fundamenta la decisión de cambio del importe de la asignación a partir de la venta de la vivienda común no es que ésta tenga lugar, o en qué condiciones se produzca, sino que en cuanto la venta se realice dejará de tenerse que pagar por ambos litigantes la hipoteca de 685 euros que grava el inmueble, de modo que la recurrente contará con una posición económica más desahogada.

Si, como indica la parte recurrente, la reducción de la asignación estuviera condicionada en las sentencias al hecho de que se venda el inmueble, o las condiciones en que se haga, o en cómo se encuentren para entonces los litigantes, es indudable que resultaría de aplicación la normativa que expone y la interpretación jurisprudencial recaída sobre ella. Porque ciertamente, en tal supuesto de partida, el importe de la asignación compensatoria se condicionaría en la actualidad a un hecho futuro incierto, especialmente en su contenido y alcance económico. Lo cual sería contrario al artículo 83 del CDFA, tal y como recoge la sentencia de esta Sala 24/2014, de 25 de junio que en favor de su tesis alega el recurrente, y en la que se indica, por referencia a doctrina anterior del Tribunal Supremo, que:

“El Tribunal Supremo recoge en su sentencia de 3 de octubre de 2.011, recurso 1739/2008, la doctrina sentada en otras como la de 3 de octubre de 2.008, recurso 2727/2004, citada en la de 27 de junio de 2.011, recurso 599/2009, sobre la valoración del desequilibrio que la pensión debe intentar compensar, considerando: ‘a) que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges

provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal; b) que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser' Subrayamos que es 'necesariamente al tiempo de la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho, y en qué cuantía, como además sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal'.

Siendo así, el desequilibrio se aprecia en el momento de la ruptura y las circunstancias tenidas en cuenta en ese momento determinan su cuantía y duración, y ninguna de estas dos variables pueden ser inciertas o indeterminadas porque, por esencia, deben responder al concreto desequilibrio observado en ese momento. Si se señala una asignación compensatoria con posibles prórrogas en función de la situación en que se encuentre su acreedor dos años después, ya no se está atendiendo a una concreta situación de desequilibrio fijada dos años antes, y se está equiparando a una pensión alimenticia en razón de la necesidad". En definitiva, si la cuantía de la asignación compensatoria se condicionara al contenido y alcance del futuro contrato de venta, quedaría resuelta hoy una situación sobre la cual existe total incertidumbre, puesto que, realmente, no cabe saber en la actualidad con certeza en qué condiciones se hará la venta del inmueble, por todo lo cual no se atendería lo ordenado en el artículo 83 del CDFA. Pero la cuestión es que, en contra de lo que valora la parte recurrente, ni la sentencia recurrida ni la que fue apelada, y confirmada en este extremo, parten de cómo se haga la venta. Para lo único que en ellas se contiene referencia a la venta es para considerar que a partir del momento en que tenga lugar, cesará para las partes la carga de pago de la hipoteca".

Sentencia 10/2021, de 12 de mayo de 2021. N.º de recurso 42/2020.

Ponente: Fernando Zubiri de Salinas

Régimen de guarda y custodia de los hijos comunes.

"QUINTO. - Recurso de casación.

Examen del primer motivo. Aunque la parte recurrida invoca la inadmisibilidad, al igual que lo ha hecho en los precedentes, examinaremos de modo conjunto las alegaciones sobre la admisibilidad del motivo y su procedencia, en cuanto se entrelazan argumentos relativos a la decisión y a la forma de interposición del recurso.

La decisión adoptada por la Audiencia Provincial en cuanto a la custodia de los hijos comunes es confirmatoria de la sentencia de primer grado, en sentido de continuar lo acordado en medidas provisionales adoptadas. Esta resolución se funda, especialmente, en el informe pericial del gabinete adscrito a los juzgados de familia, del que la sentencia de primera instancia destaca: que la madre se ha encargado con más intensidad del cuidado de los hijos durante el tiempo de convivencia; que existe una colaboración de ambos para ese fin; que los hijos mantienen

buenas relaciones con ambos progenitores; y que, siguiendo la propuesta de la perito, se considera conveniente continuar el sistema vigente, pero reforzando el contacto con el padre, para lo cual se establece un régimen de visitas ampliado, con estancia de dos tardes a la semana con pernocta.

La Audiencia Provincial ha confirmado en este punto el fallo que fue recurrido en apelación, añadiendo el argumento de que el sistema acordado en las medidas provisionales lleva vigente diez meses y se está desarrollando sin ningún problema. Frente a ello, la denuncia de infracción de lo establecido en el art. 80.2 del CDFA no puede ser acogida. La Audiencia no ha vulnerado el precepto indicado por cuanto lo relevante es considerar el interés de los hijos menores, y así el precepto citado expresa que «El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia. g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.»

Es de recordar que el precepto citado fue modificado en su redacción por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, que además de eliminar la preferencia legal por la custodia compartida, introdujo como elemento a considerar la dedicación al cuidado de los descendientes en el periodo de convivencia. Como mantiene la jurisprudencia del TS en aplicación del régimen establecido en el Código civil, —STS de 25-10-2012, n.º 633/2012, y las que en ella se citan—, criterio que es asumible en el recurso de casación foral aragonés; y en este mismo sentido se ha expresado la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2020, n.º 10/2020.

Pues bien, de la lectura de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia no se desprende que la decisión adoptada respecto a la custodia de los hijos menores de edad haya vulnerado el precepto citado, sino que ha ponderado las circunstancias concurrentes y ha concluido que, en interés de aquéllos, el sistema de custodia materna con un amplio régimen de visitas y pernocta con el padre es el más conveniente. A este respecto es de destacar que la sentencia recurrida ha tenido especialmente presente el criterio establecido en el apartado f) del artículo citado, y que la expresión de voluntad del hijo Argimiro es un dato a considerar, pero que dada su joven edad no puede constituir un factor vinculante para la decisión que la autoridad judicial ha de adoptar.

En consecuencia, el motivo se desestima”.

Sentencia 11/2021, de 12 de mayo de 2021. N.º de recurso 8/2021.

Ponente Ignacio Martínez Lasierra.

Pensión compensatoria: desequilibrio previo al matrimonio.

“CUARTO.- El artículo 83.1 del CDFA dispone: “El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria”.

En el presente caso la esposa dejó de trabajar el 3 de mayo de 1994 (fundamento quinto de la sentencia de primera instancia), aproximadamente dos años y medio antes de contraer matrimonio (12 de octubre de 1996) y, según el certificado del IASS de 17 de abril de 2013 (documento 8 de la demanda), le fue reconocido un grado de discapacidad del 65 % y 10 puntos en el baremo de movilidad reducida. Según afirma en el hecho octavo de su demanda, durante los primeros años de su matrimonio se encontraba en situación de baja laboral por enfermedad común, y el 2 de febrero de 1998 le fue reconocida una prestación por incapacidad permanente absoluta (documento 13 de la demanda). Por esta prestación percibía en el año 2019 1.025,92 euros al mes, siendo retribuciones netas, sin retención y con ventajas fiscales y de otro tipo (fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia). Dado que el esposo obtuvo unos ingresos de 3.561 euros netos al mes según la declaración de IRPF del año 2019 (3.133 euros según la información del PNJ, fundamento cuarto de la sentencia), en el momento de la ruptura del matrimonio se evidencia una desigualdad en las retribuciones de ambos. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el desequilibrio económico puesto de manifiesto en el momento de la ruptura es un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Y, STS n.º 104/2014: "...lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial".

Como se ve, el desequilibrio debe traer causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de modo que la pensión debe ser de cuantía y duración suficiente para restituirle en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas.

La razón por la que las sentencias de esta Sala antes citadas no reconocieron la asignación compensatoria reclamada es porque el desequilibrio alegado no tuvo su causa en el matrimonio sino en la distinta cualificación profesional de inicio entre ambos, o en la constatación de que el matrimonio no privó de expectativas laborales o profesionales al cónyuge peticionario de la asignación, o que sus posibilidades laborales o profesionales no resultaron afectadas por la dedicación a la familia.

En el presente caso, en lo relativo a las expectativas laborales, la esposa partía de una situación de desigualdad desde antes del matrimonio debido a su enfermedad incapacitante, que le impedía trabajar. Pero no fue el matrimonio el que motivó esta situación, ni su dedicación al cuidado de la familia la que le impidió su desarrollo en este ámbito. Tampoco consta que el esposo viera especialmente favorecida su carrera como funcionario porque la esposa se dedicara a la familia. Como consta en el párrafo transcurto de la sentencia de primera instancia, no puede afirmarse que la esposa haya visto frustradas sus expectativas laborales por el matrimonio. Se refiere la sentencia a continuación a que por su dedicación a la familia ha aportado un trabajo no profesional pero sí doméstico. No tiene en cuenta la doctrina general expuesta en la misma sentencia un poco antes, de que "el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia". Es decir, se exige que haya sido la mayor dedicación al cuidado de la familia la que ha

causado el desequilibrio, por la pérdida de expectativas, pero había afirmado antes que la privación de expectativas se debía a su enfermedad anterior. Ciertamente, aportó la esposa su trabajo en beneficio de la familia, de la misma forma que el esposo aportó el rendimiento de su trabajo como funcionario, lo que permitió a ambos un apreciable ahorro en fondos (más de 120.000 euros) y en la adquisición de la vivienda familiar, cuyo importe podrán distribuirse ambos en el momento de la liquidación del consorcio.

En definitiva, no se cumple el requisito del artículo 83.1 del CDFA de que la esposa haya sufrido un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia por la ruptura de la misma, en virtud de la cual pueda exigir al esposo una compensación, pues tal desequilibrio en relación con la posición del otro no trae causa del matrimonio. Por ello, la sentencia recurrida ha infringido dicho precepto y el motivo del recurso de casación debe ser estimado, con la consecuencia de la casación y anulación de la sentencia recurrida. Así pues, se casa la sentencia recurrida y se estima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de 22 de junio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16, que se revoca, y se deja sin efecto la asignación compensatoria asignada en la misma a la Sra. Irene”.

Sentencia 12/2021, de 19 de mayo de 2021. N.º de Recurso 5/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Momento de inició de pago de pensión de alimentos.

“SEGUNDO. En el primer motivo de recurso de casación argumenta el recurrente, expuesto en síntesis, que en el caso presente no es de aplicación la regla general prevista en el artículo 148 del Código Civil, que ordena que el pago de la pensión alimenticia tenga lugar desde la presentación de la demanda por parte del alimentista. Estima el impugnante, por el contrario, que es de observar la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) en el sentido de que no resulta de aplicación tal regla si el alimentante ha hecho frente a las cargas que suponen los alimentos incluso desde antes de que fuera presentada la demanda, que es, según afirma el recurrente, lo que sucede en el presente caso. La excepción cuya observancia pretende el recurso viene, efectivamente, recogida en reiterada jurisprudencia del TS. Cabe reproducir, como resumen de tal doctrina, la consideración contenida en la sentencia que referencia el propio recurrente, número 459/2018, de 18 de julio, en la que el TS señaló: “debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual ‘debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda’. Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces”.

Como resulta de la doctrina indicada, cabe excepcionar a la regla general de que el pago de la pensión de alimentos tenga lugar desde el momento de presentación de la demanda en que se haya reclamado su abono. El presupuesto para que pueda entenderse presente tal excepción será, lógicamente, y para evitar que se pague dos veces lo mismo, que el alimentante haya cumplido ya su obligación de pago de tales alimentos. Y tal presupuesto no queda acreditado que se dé en el caso de autos. Por el contrario, la sentencia recurrida parte del desconocimiento del dato de si han sido o no abonadas por el demandado cantidades por

alimentos y gastos de las hijas, y de su importe. De tal modo que defiere a momento posterior a su dictado la determinación de si tales pagos se hicieron para, en tal caso, minorarse la cantidad a pagar en lo que suponga lo ya abonado. Si cabe deducir de las manifestaciones de la parte demandada en su escrito de demanda (folios 8 y 16 por ejemplo) que, efectivamente, el actor hizo algún pago antes de la presentación de la demanda rectora de este procedimiento. Pero no consta probado en la instancia si el pago se siguió haciendo después de presentada la demanda, ni tampoco, caso de haberse hecho, si su importe es el mismo que correspondía abonar en el importe que finalmente ha sido impuesto al demandado como alimentante. De modo que no cabe dar lugar a la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta que permite, excepcionalmente, no señalar el momento de presentación de la demanda como el de comienzo de la obligación de pago de alimentos, puesto que en este caso no consta el presupuesto necesario de que el alimentante haya hecho frente a la totalidad de las cargas que suponen los alimentos desde antes de que fuera presentada la demanda. En consecuencia, procede la desestimación del primer motivo de recurso”.

Sentencia 13/2021, de 1 de julio de 2021. N.º de Recurso 14/2021.

Ponente: Manuel Bellido Aspas

Incapacitación, prueba.

“Único motivo de casación. 16. Se alega en este motivo la infracción del artículo 38.2 CDFA y su equivalente, el artículo 200 CC, que establecen que son causa de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. 17. La infracción de estos preceptos resulta, según el recurrente, de la valoración de las pruebas practicadas, de las cuales no se desprende que el Sr. Arcadio presente patologías que modifiquen la capacidad de autogobierno de su persona y bienes. Incide también el recurrente en que no se ha practicado en segunda instancia el dictamen pericial exigido por el artículo 752 LEC. 18.

En cuanto a la valoración de la prueba practicada, en el anterior fundamento de derecho se ha desestimado el motivo de infracción procesal que atacaba los hechos probados de la sentencia por realizarse una valoración errónea, arbitraria o ilógica. Por tanto, debiéndose mantener intangibles los hechos de la sentencia, no se aprecia en ella la alegada infracción del artículo 38.2 CDFA, puesto que, a juicio del tribunal sentenciador, tal como se motiva en la sentencia, concurren en el demandado causas de incapacidad, sin que corresponda a esta Sala valorar nuevamente la prueba como si estuviésemos ante una nueva instancia. 19.

En relación a la falta de práctica del informe pericial médico en segunda instancia, ya se ha dado cumplida respuesta al desestimar el motivo de infracción procesal interpuesto por esa razón. 20. Por último, se menciona en este motivo que el tribunal no ha motivado las razones por las que, al valorar la prueba practicada, alcanza la convicción que le lleva a incapacitar al demandado. Esta alegación también debe ser desestimada, no solo porque la sentencia argumenta detalladamente las razones de su decisión, sino, también, porque la falta de motivación de la sentencia debe ser motivo de infracción procesal y no de casación”.

Sentencia 14/2021, de 2 de julio de 2021. N.º de recurso 3/2021.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Momento de disolución del consorcio conyugal.

“Examen del segundo motivo de recurso: determinación de la fecha de disolución del consorcio conyugal Denuncia el recurrente la infracción de los arts. 247 y 244 del CDFA y 1393, 1368 y 1388 del Código civil, al entender que la decisión de que la efectiva disolución del consorcio se establezca a fecha 7 de julio de 2018, como fecha del cese de la convivencia conyugal e inicio de vidas separadas, carece del mínimo fundamento jurídico e infringe los preceptos mencionados. Alega en defensa del motivo que en el caso de autos no concurren los requisitos necesarios de una separación de hecho libremente consentida por las partes, ya que la Sra. Constanza decidió salir del domicilio una vez interpuesta la demanda de divorcio, sin que el recurrente mostrara consentimiento alguno ante este comportamiento de la esposa, que dicha salida coincidió con el periodo vacacional de verano de la academia de idiomas que ambos regentaban, y que el hecho de que ella abriera una nueva cuenta bancaria no es motivo suficiente para admitir que la separación fuera consentida.

La determinación del momento de eficacia de la disolución se regula por lo dispuesto en el CDFA, conforme al art. 9.2 del Código civil, pues se trataba de un matrimonio contraído en Zaragoza que había fijado como residencia habitual en la población de Alagón (Zaragoza). El motivo de recurso ha de contraerse a examinar si la decisión judicialmente adoptada vulnera los preceptos citados del código aragonés. El art. 244 del CDFA establece que el consorcio se disolverá de pleno derecho, apartado b), cuando se disuelva el matrimonio, disolución que tiene lugar por divorcio conforme a la normativa general establecida en el art. 85 del Código civil. El art. 247 permite en su apartado 2 que «En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros»; lo que se ha realizado en el caso de autos, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia y ratificadas en la ahora recurrida. Frente a ello no cabe invocar la oposición del recurrente al cese de la convivencia, ya que en nuestro sistema jurídico civil regulador del matrimonio la cohabitación no se puede imponer, y el divorcio como modo de disolución del matrimonio no exige mutuo acuerdo —arts. 85 y 86, en relación con el 81.3 del Código civil—. No era necesario, por tanto, que el marido consintiera la salida de su cónyuge del domicilio familiar. Además, era perfectamente razonable que la mujer, tras haber interpuesto demanda de divorcio y haber sido ésta admitida a trámite, no permaneciese en una convivencia no deseada y pasase a residir en otra vivienda, a la vez que abría una cuenta bancaria para llevar a cabo la ordenación de sus ingresos y gastos. Tampoco es obstáculo el hecho de que en la sentencia de divorcio no se adoptase decisión al respecto, pues no es exigido así en las normas enunciadas ni en la regulación procesal. La decisión adoptada parte de una petición formulada por la actora, es resultado de la valoración de la prueba correctamente realizada, de la que el juzgador infiere la existencia de una separación con la inequívoca voluntad de poner fin al matrimonio y al consorcio conyugal, y se ha realizado al amparo de los preceptos citados.

En consecuencia, el motivo se desestima”.

Sentencia 15/2021, de 7 de julio de 2021. N.º de Recurso 21/2021.

Ponente Javier Seoane Prado.

Reparto de gastos ocasionados por régimen de visitas tras ruptura familiar.

“El motivo de casación, en el que se afirma que la sentencia de la AP vulnera el principio de interés del menor contemplado en los arts. 92 y 146 CC y 76.2, 76.3 80.1 y 82 CDFA; así como el principio de reparto equitativo de cargas establecido en los arts. 90.c CC y 91 CC en relación con los arts. 76.3 y 82 CDFA. Para sostener el motivo recoge en su desarrollo varias sentencias del TS, así como de esta Sala que se han ocupado de establecer los criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de distribuir entre los progenitores la carga que comporta el desarrollo del régimen de visitas y de vacaciones para que ambos padres puedan tener el contacto adecuado con los menores.

En todas las sentencias recogidas en el recurso se resalta, en efecto, que para dar respuesta a la cuestión ha de atenderse principalmente al interés superior del menor, que incluye tener contacto con ambos progenitores, así como a un reparto equitativo de cargas, pero también señala la jurisprudencia en ellas recogida que la cuestión es muy casuística, y depende de las circunstancias del caso, y al efecto resulta oportuno reproducir aquí la sentencia de esta Sala de sentencia n.º 39/2914, de 15 de diciembre de 2014 (recurso 41/2014), que recogemos en la 13 de julio de 2017, dictada en rc 17/2017 que cita la parte recurrente.

A los efectos que ahora interesan, destacamos en aquella ocasión como factor a tener en cuenta, las posibilidades de cada uno de los progenitores, y concluimos precisamente que:

“Teniendo en cuenta las disponibilidades personales y económicas de las partes será el padre el que habrá de soportar el mayor esfuerzo, pero sin descartar una implicación por parte de la madre, que también ha de esforzarse así en el mejor desarrollo del régimen de estancias y visitas. Para ello no resulta desproporcionado el reparto indicado en la sentencia de apelación, de que el padre se haga cargo de los gastos de desplazamiento para las visitas de fines de semana (en su caso podrá ser el desplazamiento directamente efectuado por el padre), y por mitad para los desplazamientos por vacaciones”

Esto es, en aquella ocasión dimos por buena precisamente la distribución de las cargas de desplazamiento que ahora se discute, por lo que no entendemos cómo dicha resolución es citada en apoyo del motivo que se estudia, pues responde precisamente a la distinta posición económica de los padres, que es el factor determinante de la decisión en el presente caso, como se explica en la sentencia de apelación, en conclusión de hecho que aquí no es discutida por el recurrente por medio del oportuno motivo de infracción procesal.

En consecuencia, procede el rechazo también del motivo de casación”.

Sentencia 16/201, de 14 de julio de 2021. N.º de Recurso 17/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Custodia compartida. Valoración informes.

“CUARTO. Por tanto, y en conclusión, la omisión de valoración efectiva de los informes periciales que obran en autos ha supuesto en este caso una falta de apreciación respecto de una prueba que era de suma relevancia y muy trascendente al tiempo de decidir sobre la custodia que debe establecerse. Y ha sido una omisión que no se ha visto suplida por ningún otro

medio válido de prueba. Por tanto, finalmente, debe concluirse que la omisión indicada ha supuesto una vulneración real del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes. Por todo lo cual procede, de conformidad con la solicitud que efectuó el recurrente y el Ministerio Fiscal, la estimación del primer motivo por infracción procesal formulado, declarando sin efecto la sentencia dictada y dictando otra en la que sea tenida en cuenta la repetida prueba pericial cuya valoración no hizo, injustificadamente, la sentencia recurrida. La estimación del primero de los motivos de infracción procesal excluye la posibilidad de entrar a valorar los motivos segundo y tercero, puesto que el segundo se basa en el error resultante de la omisión de la prueba cuya relevancia ya ha sido tenida en cuenta para estimar el primer motivo con efecto anulatorio de la sentencia recurrida, y el tercero es con carácter subsidiario para el caso de desestimación de los otros dos.

QUINTO. Estimado el recurso por infracción procesal, al tiempo de dictar nueva sentencia debe tenerse en cuenta lo expuesto en el recurso de casación, conforme ordena la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el primer motivo de casación expone la conveniencia de que sea establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, de carácter semanal, en iguales términos que la acordada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya parte dispositiva quedó transcrita en el antecedente de hecho número cuatro de esta sentencia. Ciertamente, como indica la parte recurrente, y recogió la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, en este caso se evidencia con claridad que es más conveniente el establecimiento de la custodia compartida que el de la individual en favor de uno u otro progenitor. Abonan tal decisión, especialmente, la relación de los hijos entre sí y respecto de ambos progenitores, así como la inconveniente actitud adoptada por la madre ante la separación, y que puede llegar a ser perjudicial para los niños caso de ser ella la encargada de la custodia, tal y como han puesto de manifiesto ambos informes periciales ya referenciados antes.

Las concretas condiciones que la sentencia de primera instancia recogió para el desarrollo de la custodia compartida se consideran plenamente ajustadas a la previsión del artículo 80 del Código del Derecho Foral Aragonés, por lo que serán respetadas en su integridad. Procede, por tanto, la estimación del primer motivo de recurso de casación, acordando el régimen de custodia establecido en el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia”.

Sentencia 7/2021, de 14 de julio. N.<sup>o</sup> de Recurso 22/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Valoración de la prueba en recurso de casación.

“El primer motivo del recurso de casación referido al fondo de la cuestión infringiendo el artículo 75.2 en relación con el artículo 80.2, ambos del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), por cuanto, según resume en su párrafo segundo, la sentencia impugnada “es arbitraria y contraria a la ‘ratio legis’ de la norma aplicada por cuanto ha de prevalecer el interés superior de la menor, principio de “favor filii”; siendo el fallo dictado en este sentido incongruente con la valoración de la prueba y la fundamentación de la citada Sentencia”.

Como resulta de la transcripción expuesta, el motivo de casación indicado lo que realmente pretende es una valoración de la prueba practicada distinta de la que recoge la sentencia recurrida sobre cuál sea el mejor interés de la niña en este caso. Al respecto debe indicarse que el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite que en esta vía del recurso de

casación se valore de nuevo la prueba practicada, puesto que tal función corresponde al Juzgado en primera instancia, y a la Audiencia Provincial en segunda instancia.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, no cabe convertir al recurso de casación en una tercera instancia que permita revalorar la prueba verificada, ni por vía de los motivos de infracción procesal ni por los propios sustantivos de la casación. Así, por ejemplo, lo indica la reciente sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo número 352/2021, de 20 de mayo, cuando señala: “hemos reiterado hasta la saciedad, que el recurso de casación no es una tercera instancia, que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en los términos del art. 1.6 del CC , que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio , o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio , 476/2020, de 21 de septiembre y 83/2021, de 16 de febrero , entre otras muchas)”.

En sentido semejante, sentencia de la misma Sala número 364/2021, de 26 de mayo, recoge: “tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico —material o de hecho— es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”.

Ninguno de los presupuestos y requisitos indicados está presente en el caso de autos para permitir modificar la conclusión probatoria obtenida por la sentencia recurrida. A pesar de que la sentencia recurrida revoca en lo esencial la razonada sentencia del Juzgado de Primera Instancia, es de observar que explica (aunque con suma parquedad y de modo muy abreviado) las razones que valora para establecer el régimen de custodia. En cualquier caso, no ha sido presentado recurso por falta de motivación. Y, salvada la extrema brevedad de los razonamientos, finalmente, y aunque de modo esquemático, la sentencia recoge mínimamente qué ha quedado probado, sin que exista motivo para entender que hay error en las conclusiones referidas, especialmente, a capacidad de los progenitores, funcionamiento del sistema de custodia establecido provisionalmente, posible conciliación de trabajo y atención de la menor, o situación laboral por parte del padre.

Por último se recogen las conclusiones que en el ámbito de su decisión discrecional corresponde tomar al tribunal de instancia sobre las cuestiones planteadas, sin que tampoco en esta labor judicial se observe que haya habido contravención directa o indirecta de la norma de aplicación ni, mucho menos, olvido o ignorancia del principio básico de atención preferente y en todo caso del interés del menor, puesto que las razones recogidas en la sentencia tienden a lograr lo que se ha considerado mejor para la niña afectada por el cese de convivencia de sus progenitores”.

Sentencia 18/2021, de 16 de julio de 2021. N.º de Recurso: 23/2021.

Ponente: Ignacio Martínez Lasierra.

Acción de adicción de inventario en liquidación consorcial.

“El primer motivo alega vulneración de los artículos 1079 y 1.410 del Código civil en relación con los artículos 259, 261, 263, 270 del CDFA. Sostiene el recurrente que la ratio deciden-  
di para desestimar el recurso de apelación, como la desestimación de la demanda en la senten-  
cia de primer grado, es la improcedencia de la acción de adicción de inventario porque los  
esposos habían suscrito un pacto de relaciones familiares con liquidación y adjudicación del  
patrimonio consorcial, sin mención a los derechos de crédito del actor, y que tal razonamiento  
vacía de contenido la acción instada porque el artículo 1079 Cc. para la partición sucesoria,  
aplicable a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por remisión del artículo  
1410, parte de la premisa fáctica de que exista la mutua aceptación por los partícipes de la  
comunidad hereditaria (o consorcial) en la liquidación, y que ésta haya concluido. Y la senten-  
cia exige un requisito (el desconocimiento cuando firmó el pacto de la existencia de unas  
partidas importantes), que no aparece en la regulación legal, siendo irrelevante si se han omi-  
tido las partidas por desconocimiento, por ignorancia del derecho o por falta de asesoramien-  
to. Pone de manifiesto la parte recurrida en su escrito de oposición que hasta el recurso de  
casación el recurrente nunca había reseñado ninguno de los preceptos del CDFA que ahora  
considera vulnerados.

A este respecto debe recordarse que el artículo 270 del CDFA dispone que “a la liquidación  
y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en  
tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad here-  
ditaria”.

La sentencia de esta Sala n.º 15/2017, de 4 de julio, recurso 10/2017, con base en este  
precepto, acoge la aplicación supletoria de la regulación del Código civil, en concreto del  
artículo 1079 del que —decíamos— recoge el principio favor partitionis. Añadíamos que, de  
acuerdo con la jurisprudencia que interpreta este precepto (STS de 20 de octubre de 2012 y  
las que en ella se citan), la adicción que ahí se permite debe referirse a bienes de escasa impor-  
tancia pues en otro caso se produciría la nulidad de la partición y la práctica de una nueva.

En el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 2012 al afirmar que solo habrá lugar a  
salvar la partición por medio de una adicción o complemento cuando los bienes omitidos no  
sean de gran importancia en relación al total del caudal hereditario, ya que en caso contrario  
procede la anulación. Igualmente, la STS de 4 de enero de 2013 que entiende que cuando  
la omisión de bienes por cuantía y entidad sea de mayor alcance ha de irse a la nulidad o  
rescisión.

A ello se refería la sentencia recurrida al afirmar que las posibilidades previstas en los artí-  
culos 1056, 1057, 1079 y 1080 Cc, deben ser aplicadas de manera restrictiva.

En cuanto a la trascendencia de haber practicado la liquidación y adjudicación del patri-  
monio conyugal mediante pacto, la sentencia le atribuía especial significación por la aplicación  
de la doctrina de los actos propios, y por haberse realizado de plena conformidad, declarando  
las partes que nada más tenían que reclamarse. Sorprendía al tribunal que nada se hubiera  
alegado en su momento y que se hiciera con posterioridad, tras la total liquidación, división y  
venta, pretendiendo la existencia de una deuda del consorcio de una cantidad tan importante  
(437.831 euros) respecto al caudal partido (80.000 euros cada uno).

El recurrente alega, como principal argumento de su recurso, que el artículo 1079 Cc. no exige para el ejercicio de la acción de adición que la razón de su solicitud sea el desconocimiento de la existencia de partidas no alegadas en su momento.

A la vista de la jurisprudencia citada, conforme a la cual la adición solo tiene sentido respecto a bienes de poca importancia, pues en otro caso ha de acudirse a la nulidad o rescisión de la partición, no cabe que la parte descontenta con el resultado final de la liquidación pactada pueda, en cualquier momento posterior y sin causa alguna para tal comportamiento, pretender deshacer lo acordado y provocar una nueva liquidación por la vía de la adición de bienes que, por naturaleza, solo ha de admitirse cuando sean de menor importancia. Por ello, solo puede ser justificada tal pretensión cuando los bienes que se pretenden incorporar no se hubieran aportado en su momento por razones de desconocimiento de su existencia, y tan solo para completar lo pactado o acordado judicialmente. El desconocimiento de la existencia de esos bienes resulta un presupuesto necesario para poder pretender dar un vuelco a lo ya realizado. De otra forma, se estaría aceptando que en cualquier momento una de las partes pudiera, sin justificación, modificar absolutamente una liquidación y partición terminada, por la vía de la adición de bienes de menor importancia y no, en su caso, por la de la nulidad.

En consecuencia, este motivo del recurso debe ser rechazado y con ello el recurso en su integridad”.

Sentencia 20/2021, de 13 de octubre de 2021. N.º de Recurso 33/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Extinción pensión alimenticia a los 26 años. Devolución de cantidades.

“TERCERO.- El primero de los motivos de casación afirma vulneración del art. 69 CDFA porque se ha declarado la extinción de la pensión alimenticia en la fecha en la que el hijo cumplió los 26 años de edad, cuando en dicho momento no había terminado los estudios.

El motivo ha de ser rechazado por dos órdenes de razones.

La primera razón es porque desconoce los hechos declarados probados en la instancia que se mantienen inalterados en este recurso extraordinario al haber sido rechazado el motivo de infracción procesal, y es doctrina jurisprudencial consolidada que tal falta de respecto a los hechos probados supone tanto causa de inadmisión del recurso como causa de desestimación del admitido (AATS 25 de 9/2019 en los recursos 1563/2019 y 3136/2017, y STS 130/2020).

La segunda razón, es porque olvida que, de acuerdo con la norma aragonesa antes trascrita, la obligación de contribuir al mantenimiento de la prole se extingue cuando los hijos alcanzan la edad de 26 años, y solo excepcionalmente persiste posteriormente, lo que exige que o en el convenio o en decisión judicial previa se hubiere fijado una edad distinta, lo que, como señala el actor, no ha ocurrido en el presente caso.

Así, en nuestra S 17/2017 hemos dicho que:

«Ciertamente este Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el impacto que la superación por el hijo de la edad de 26 años tiene en la prolongación del deber de crianza y educación por el padre que establece el art. 69 CDFA. A tal efecto han de ser citadas las SS n.º 8/2009, 3/2010; 11/2011 15/2011, 20/2012 y 24/2013. *Todas ellas contienen expresiones referidas a*

*que tal acontecimiento determina la extinción de la obligación de crianza prestada con dicha base legal, y que una vez producida la extinción no es posible rehabilitarla.*

[...]

compartimos en este punto el criterio sustentado en el recurso de que la prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta de la norma, y es doctrina de esta Sala que ha quedado más arriba reflejada que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado».

En consecuencia, la obligación del actor de contribuir al sostenimiento de su hijo ha de entenderse extinguida ope legis desde la fecha en la que este alcanzó la edad de 26 años, esto es, el 29 de agosto de 2018.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Infracción arts. 111, 113, 116 y 154 CC.

Sostiene el motivo que la AP ha vulnerado tales preceptos al dotar de efectos retroactivos a la extinción de la obligación alimenticia, y condenar a la demandada a la devolución de las sumas percibidas desde que Eduardo cumplió la edad de 26 años.

Pues bien, ninguna de dichas normas ha sido aplicada en las sentencias de primer grado para decidir sobre los efectos en el tiempo de la extinción, sino los arts. 106 CC y 774.5 LEC que cita la AP; y esta Sala no encuentra razón alguna que exija la aplicación de las normas que se afirman vulneradas en el recurso. Así, el art. 111 CC se refiere a la exclusión de la patria potestad, los 113 CC y 116 CC a la acreditación y determinación de la filiación, y el art. 154 CC a las obligaciones generales de los padres respecto de los hijos no emancipados. Ninguno de ellos trata de la cuestión de las causas de extinción de la obligación alimenticia derivada de la paternidad, ni menos de los posibles efectos retroactivos de las sucesivas resoluciones judiciales sobre alimentos.

En consecuencia, ni por aplicación errónea, ni por inaplicación indebida pueden entenderse vulnerados dichos preceptos por la decisión de la sentencia recurrida de retrotraer los efectos de la declaración de extinción de la obligación de contribución del padre al sostenimiento de su hijo en el momento en el que éste cumplió 26 años, ni por la condena a la madre a devolver los que percibió desde entonces.

En cuanto a la jurisprudencia que cita, es cierto que existe un nutrido cuerpo de resoluciones jurisprudenciales sobre la cuestión de los efectos en el tiempo que han de producir las decisiones sobre alimentos, lo que ocurre es que la misma no ha acudido a los preceptos que invoca el motivo, sino fundamentalmente a los arts. 106 CC y 148 CC, y 774.5 LEC (STS 483/2017 y 147/2019), sin perjuicio de algunas resoluciones que han acudido al art. 93 CC para negar legitimación a la madre para reclamar alimentos para los hijos mayores en los litigios matrimoniales cuando no se dan los presupuestos establecidos en dicha norma (STS 223/2019); o a los principios de abuso del derecho o enriquecimiento injusto cuando ha habido connivencia defraudadora, occultación de hechos, o ausencia de necesidad de recibirllos (STS 147/2019).

En consecuencia, el motivo merece ser rechazado por este solo motivo. No obstante, y para agotar la cuestión en aras a una completa satisfacción de la tutela judicial efectiva, hemos de señalar que la jurisprudencia citada por la recurrente tampoco conduce a la estimación del motivo por las razones que pasamos a exponer.”

Sentencia 21/2021, de 15 de noviembre de 2021. N.º de Recurso 29/2021.

Ponente: Ignacio Martínez Lasierra

Privación autoridad familiar padre, asumida por abuelos maternos.

**TERCERO.-** La sentencia de primer grado consideró que no concurrían los presupuestos previstos en el artículo 90.1 del CDFA para acordar la privación de la autoridad familiar del padre, por no constar acreditado el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones familiares.

Estima que las incidencias surgidas en el cumplimiento del régimen de visitas, descritas en los certificados del Colegio DIRECCION000, no tienen la importancia suficiente, y concede mayor relevancia al incumplimiento del deber de abonar la pensión de 120 euros mensuales fijada en el auto de 14 de marzo de 2019, pero que aun así no se justifica la privación de la autoridad familiar. Valora positivamente la convivencia del menor con los abuelos maternos durante los últimos cuatro años, cuando la madre dejó la relación con el padre y fue a vivir a casa de sus padres, y después con ellos tras su fallecimiento, y la mínima convivencia del menor con su padre, además del resultado de la prueba practicada por el equipo psicosocial que puso de manifiesto la buena atención y cuidado de los abuelos y, por el contrario, la falta de valores adecuados del padre y la ausencia en él de un plan de guarda y custodia estable, así como un estilo educativo de baja sensibilidad hacia los demás, con bajo nivel afectivo y agresividad, demostrativo de un perfil de personalidad desadaptado a las necesidades psicoevolutivas del menor e incompatible con el ejercicio parental. Aconsejaban los peritos otorgar la autoridad familiar y la guarda y custodia del menor a los abuelos maternos, y así lo acordó el juzgado, que también les atribuyó la gestión y administración del patrimonio del menor conforme al artículo 92 del CDFA.

En este punto la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca confirmó que el padre no estaba incurso en causa de privación de la autoridad familiar por no haber incumplido grave y reiteradamente los deberes familiares conforme al artículo 90 del CDFA, pero que procedía la suspensión de la autoridad familiar por la imposibilidad de ejercerla (artículo 90.1.d CDFA) declarada por resolución judicial, y no porque la autoridad familiar hubiera sido asumida de hecho por los abuelos, en cuyo caso el artículo 91.2) establece que la asunción de hecho no conlleva la suspensión de la de los padres. Demostrada la imposibilidad del padre para ejercer la autoridad familiar, y declarada por resolución judicial (artículo 91.1.d CDFA), la consecuencia prevista en el artículo 92.3 es la determinación del régimen de guarda y protección y el nombramiento de las personas que hayan de cumplir las funciones (en este caso los abuelos maternos), proveyendo también sobre la administración de los bienes del menor. En consecuencia, la sentencia desestima el recurso del padre y estima parcialmente el de los abuelos maternos únicamente en el sentido de declarar la suspensión de la autoridad familiar del padre. Como se ha dicho al resumir el contenido del apartado primero del motivo de casación, su fundamento se reduce a discrepar de la valoración de la prueba sobre el incumplimiento del padre de sus deberes familiares.

Ya la sentencia de primer grado, confirmada en este punto por la de apelación, estimó que los mismos hechos que combate la parte recurrente en su recurso de casación no cumplían los requisitos previstos en el artículo 90.1 del CDFA para privar al padre de la autoridad familiar. La parte no ha interpuesto recurso por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, única posibilidad de modificar la valoración de la prueba realizada en la instancia en los supuestos extraordinarios de error patente o arbitrario, por lo que ha de estarse a la resultancia de tal valoración, ya que no cabe convertir el recurso de casación

en una tercera instancia. En consecuencia, no ha habido infracción del artículo 90.1 del CDFA por lo que se rechaza el motivo del recurso, en su apartado primero, y se confirma en este punto la sentencia recurrida en cuanto acordó la no privación de la autoridad familiar del padre pero sí la suspensión de la misma por las razones expuestas, y su ejercicio por los abuelos maternos”.

Sentencia 22/2021, de 22 de diciembre. N.º de Recurso 39/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Contribución de cónyuges en custodia compartida. Falta de proporcionalidad, falta de lógica o arbitrariedad.

“TERCERO.- Recurso por motivo de Casación.

Pese al desarrollo en tres alegaciones, el recurso contiene un único motivo: la vulneración del art. 82.1 y 2 CDFA por infracción del principio de proporcionalidad que el mismo establece, pues la primera de las alegaciones da por reproducidos los argumentos empleados en justificar el cuarto de los motivos de infracción procesal, y el segundo a justificar el interés casacional, lo que no integra propiamente un motivo de casación sino la vía por la que se accede al recurso (STS 4 de noviembre de 2020, rc 677/2017).

El precepto que se dice infringido dice:

«1.- Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

2.- La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económico disponibles por los padres».

Pues bien, es doctrina de esta Sala, que sigue en esto la pauta marcada por la fijada por el TS, que el juicio de proporcionalidad en el momento de establecer las respectivas contribuciones con la que los padres han de contribuir al sostenimiento de los hijos no es por lo general susceptible de control por medio del recurso de casación, pero ello tiene como importante excepción que tal determinación adolezca de evidente falta de proporcionalidad, falta de lógica o arbitrariedad (SSTSJ Aragón 2/2012, 32/2012, 11/2020 o 19/2020 entre otras muchas).

Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que se entiende adecuada la decisión de la primera instancia de establecer una contribución del padre de 390 € y de la madre de 210 € al mes para los gastos ordinarios, así como del 65 % para el primero y del 35 % para la segunda para los extraordinarios, por razón de las circunstancias económicas de cada uno de los implicados, y sin embargo se incluye una ayuda para la madre por un importe prácticamente igual al fijado como contribución que corresponde a ésta para el sostenimiento de la prole, de tal forma que pese a unos ingresos que guardan una relación del 65 % 35 %, se impone al padre una contribución de 590 €, esto es, un 98,33 % de la contribución total para el sustento de la descendencia, y deja reducida la que corresponde a la madre a 10 €, o lo que es lo mismo un 1,66 %.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado”.

#### 4. DIVULGACIÓN Y ESTUDIO DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS

##### CHARLAS, ENCUENTROS Y CONFERENCIAS.

A lo largo del 2021 la Institución ha vuelto a la labor de divulgación del Derecho civil aragonés, mediante la impartición de diversas charlas, tanto en la Universidad de la Experiencia de la Universidad de Zaragoza, como en la Universidad Senior de la Universidad San Jorge. En ambas se produjo por parte del lugarteniente la lección de cierre de los respectivos cursos específicos de Derecho foral aragonés.

Las conferencias en la materia realizadas en 2021 fueron las siguientes:

- 27 de abril" La perspectiva de género en el código de derecho foral aragonés" Centro asociado de la UNED en Calatayud por el Justicia Ángel Dolado.
- 30 de septiembre: "Reforma del código civil en materia de discapacitaciones" Plena Inclusión, por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández
- 20 de octubre "Nueva legislación sobre incapacitaciones, su aplicación en Aragón" XII Jornadas de Alzheimer en Aragón por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández.
- 30 de noviembre "La obligaciones paterno-filiales en derecho aragonés" AZAJER, por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández y el Asesor de Atención a la Ciudadanía, Justicia e Interior, David Acín
- 1 de diciembre "Modificación de la legislación civil" Autismo Aragón
- 2 de diciembre "La incidencia del Derecho foral aragonés en nuestros días". Sesión final del Curso de la Universidad San Jorge Senior

Los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés alcanzaron en 2021 su XXX edición, y como en años anteriores, se desarrollaron en tres sesiones.

Las dos primeras jornadas, celebradas los días 9 y 16 de noviembre en el salón Carlos Carnicer del Colegio de Abogados de Zaragoza, versaron sobre La reforma de la discapacidad y su incidencia en el derecho aragonés y la Legislación y respuesta judicial ente la pandemia en Aragón.

Y la tercera tuvo lugar el día 23 de noviembre y con un carácter especial tanto en su forma como en su contenido, pues gracias a la colaboración del Ayuntamiento de Huesca el acto tuvo lugar en el Salón del Justicia del consistorio oscense, y en el mismo se hizo un balance sobre la evolución del Derecho Foral de Aragón y las aportaciones que se han realizado desde el Foro de Derecho Aragonés.

El programa completo de esta edición fue el siguiente:

**REFORMA DE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA  
EN EL DERECHO ARAGONÉS**

Coponentes

D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

La necesaria reforma del Código aragonés a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

D. Adolfo Calatayud Sierra

Notario

El notariado ante la reforma: el caso aragonés

D. Armando Barreda Hernández

Magistrado

Efectos procesales de la reforma en Aragón

**LEGISLACIÓN Y RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA PANDEMIA EN ARAGÓN**

Coponentes

D. Javier Albar García

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

La posición del Tribunal Superior de Justicia: una crónica jurisprudencial

D.<sup>a</sup> Eva Sáenz Royo

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Zaragoza

Problemas constitucionales surgidos en Aragón con motivo de la pandemia

D. Julio Tejedor Bielsa

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Zaragoza

La normativa estatal y aragonesa de la pandemia

**SESIÓN CONMEMORATIVA DE LA XXX EDICIÓN DE LOS ENCUENTROS**

Ponencia

D.<sup>a</sup> Carmen Bayod López.

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

D. José Antonio Serrano García

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

La evolución del Derecho Foral Aragonés y las aportaciones del foro de derecho aragonés a lo largo del tiempo

Mesa Redonda moderada por

D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina  
Letrado

Intervinientes

D. Javier Sancho Arroyo y López-Rioboo.  
Letrado

D. Ignacio Martínez Lasierra.

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El Foro está compuesto, además de nuestra Institución por las siguientes instituciones y entidades: Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Fiscalía Superior de Aragón, Cámara de Cuentas de Aragón, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Colegio de Abogados de Zaragoza, Colegio de Abogados de Huesca, Colegio de Abogados de Teruel, Colegio de Procuradores de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Universidad San Jorge, Colegio Notarial de Aragón y Colegio de Registradores de la Propiedad.

#### PUBLICACIONES

El “Manual de Derecho Foral” editado en 2020 fue presentado el 30 de marzo de 2021 en el Patio de la Infanta de Ibercaja.

Este nuevo manual tiene su antecedente en el “Manual de Derecho Civil Aragonés” que salió a la luz en el año 2006 y del que se publicaron cuatro ediciones hasta el año 2012, y que, tras modificaciones legislativas, se hacía necesaria una actualización.

El Manual de Derecho Foral Aragonés ha sido editado por el Justicia de Aragón con la colaboración de Fundación Ibercaja, y coordinado por los profesores José Antonio Serrano y por Carmen Bayod.

Han participado los miembros del grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, (Grupo IDDA): Jesús Delgado, Elena Bellod, José Luis Argudo, Miguel Lacruz y Aurora López junto con Antonio García Gómez.

Por otro lado, y en una nueva iniciativa de la colaboración entre el Justiciazo y la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, se ha editado “Derecho Foral de Aragón. Guía Práctica”, que quiere servir para plasmar de forma breve las singularidades de las instituciones más características de nuestro derecho foral, con una breve introducción histórica.

La nueva publicación ha surgido como necesidad y actualización de la obra “Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón” que se estaba agotada y que durante años había servido para, de una forma sencilla, mostrar pinceladas de esa singularidad nuestra que es el Derecho Foral.

Fue presentada el 22 de diciembre en un acto en el que la catedrática de derecho civil, Carmen Bayod, realizó una exposición de los aspectos más destacados de nuestro derecho civil propio.

Otras publicaciones realizadas han sido:

- “Derecho Foral de Aragón. Guía Práctica”

Coeditada con el Gobierno de Aragón, recoge la historia y figuras más destacadas de nuestro derecho civil propio a través de un lenguaje sencillo, comprensible y divulgativo.

- “El original de la Letra Intimada: La carta autógrafa del Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435)”.

La investigación de los autores, Carlos Laliena, Guillermo Tomás y Sandra de la Torre en el Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Zaragoza, les ha permitido encontrar el manuscrito autógrafo de Juan Jiménez Cerdán, que contiene la redacción que entregó al notario que debía transformarla en una carta pública, así como los añadidos de última hora que hizo con la finalidad de pulir el texto inicial.

La Letra intimada es mucho más que una carta. Son las memorias políticas de uno de los protagonistas de la historia de la Corona de Aragón durante un tiempo convulso, y un manifiesto político que reivindicaba las libertades del reino y el rol del Justicia en su salvaguarda.

En las décadas que siguieron a su redacción en 1435, la carta alcanzó tal resonancia que, desde 1496, se incorporó a las impresiones de los Fueros de Aragón a modo de epílogo. Gracias a ellas conocímos el texto hasta ahora.

El libro presenta un hallazgo de gran interés: la carta del puño y letra de Juan Jiménez Cerdán. Se incluye el facsímil, la edición del texto original en aragonés y su traducción al castellano, aparte del estudio introductorio y las biografías de los personajes mencionados.

El original, además, resuelve bastantes erratas que dificultaban la comprensión de algunos pasajes. Por último, pero no menos importante, muestra la lengua aragonesa que escribía Jiménez Cerdán, libre de los abundantes castellanismos que se infiltraron en la impresión de 1496.