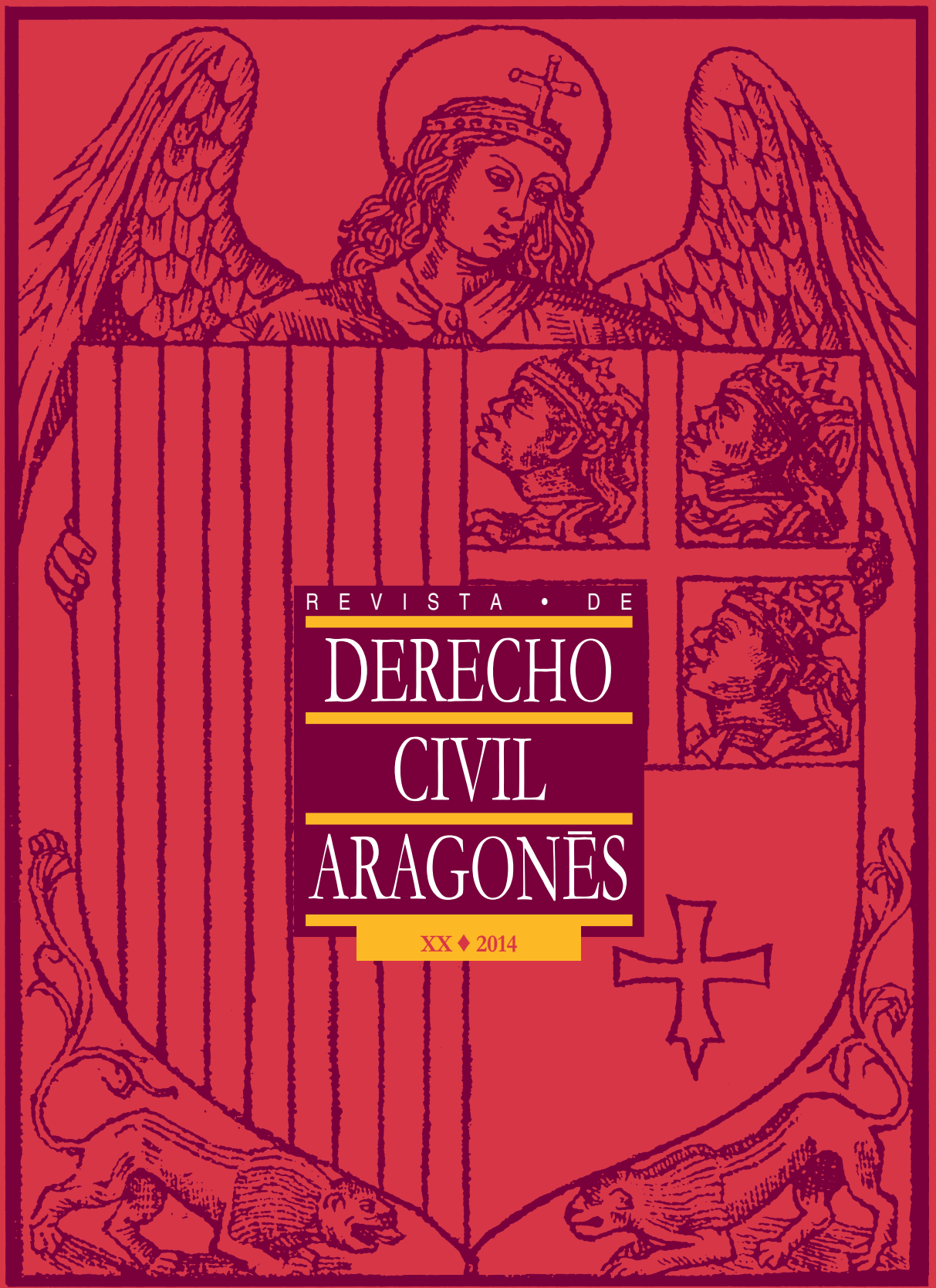
CÁTEDRA «MIGUEL DEL MOLINO»



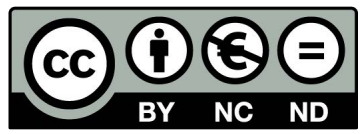
REVISTA • DE

DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XX ♦ 2014

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3493



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es.

REVISTA DE
DERECHO CIVIL ARAGONÉS
XX
AÑO 2014

Director

Jesús Delgado Echeverría
Catedrático de Derecho civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

Coordinador

José Luis Batalla Carilla
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Secretarios

José Antonio Serrano García
Acreditado como Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

Consejo Asesor

Manuel Asensio Pallás
Abogado
Zaragoza

Adolfo Calatayud Sierra
Notario
Zaragoza

Francisco Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

Saúl Gazo Ortiz de Urbina
Abogado
Huesca

Carmen Maestro Zaldívar
Procuradora
Zaragoza

Ignacio Martínez Lasierra
Magistrado TSJA

Jesús Morales Arrizabalaga
Profesor Titular
de Historia del Derecho
Universidad Zaragoza

Mauricio Murillo García-Atance
Magistrado
Audiencia Provincial
de Zaragoza

Honorio Romero Herrero
Notario
Zaragoza

Jesús Lacruz Mantecón
Director General
de Servicios Jurídicos
de la DGA

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XX

AÑO 2014

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2015

Publicación número 3411
de la Institución «Fernando el Católico»
Organismo Autónomo de la Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
Tff.: [34] 976 28 88 78/79 - Fax: [34] 976 28 88 69
ifc@dpz.es
http://ifc.dpz.es

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Civil Aragonés / Institución «Fernando el Católico». Año I, N.º 1 (1995).— Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1995.— 24 cm

Anual

ISSN: 1135-9714

I. Institución «Fernando el Católico», ed. 347
(460.22)

Toda correspondencia, peticiones de envío, canje, etcétera, deben dirigirse a la Institución «Fernando el Católico». Las normas de presentación de originales se encuentran al final de la revista.

Motivo cubierta:

Grabado del blasón de Aragón sostenido por un ángel custodio y al pie dos leones pasantes, medio cortado y partido: 1.º, los palos (cuatro) de Aragón; 2.º, la cruz de San Jorge con las cuatro cabezas de moros; y 3.º, la cruz de Íñigo Arista. Se trata del prototipo del grabado utilizado posteriormente en la *Crónica* de Vagad, con una variante muy significativa: no aparece el cuartel dedicado al árbol de Sobrarbe, potenciando con el doble de espacio el cuartel dedicado al *senyal* real. Xilografía impresa en el frontis de los *Fori Aragonum* (Zaragoza, Hurus, 1496). Este grabado en madera fue de nuevo estampado en los *Fueros* editados por el jurista aragonés Miguel del Molino en su *Opus universorum fororum* (…), (Zaragoza, Coci, 1517).

© Los autores.
© De la presente edición: Institución «Fernando el Católico».

I.S.S.N.: 1135-9714
Depósito Legal: Z-3.869/95

Preimpresión: ARPIrelieve. Zaragoza
Impresión: INO, Reproducciones

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE / INDEX
RDCA, 2014, XX

ESTUDIOS/ *STUDIES*

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo: «La distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes en el actual Derecho aragonés: un modelo a seguir» / «*The distinction between apparent and non-apparent easements in present-day Aragonese Law: a model to follow*»..... 11

Argudo Périz, José Luis: «El art. 542 del Código del Derecho foral de Aragón: de la servidumbre de andamiaje al derecho vecinal de paso temporal por razón de obras» / «*Art. 542 of the regional Code of Law of Aragon: from scaffolding easement to neighbourhood right of temporary transit due to construction work*»..... 59

López Azcona, Aurora: «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa» / «*Breakup and children custody in Aragonese law*»..... 127

Vigil de Quiñones Otero, Diego: «El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad» / «*Civil Law of Aragon according to conveyancing certainty and land registration*»..... 155

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS / *NOTES AND PRACTICAL ISSUES*

Sánchez-Rubio García, Alfredo: «La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril, y 93/2013, de 23 de abril» / «*The legislation on non-married couples following the rulings of the Constitutional Court 81/2013, 11 April, and 93/2013, 23 April*»..... 183

Vigil de Quiñones Otero, Diego: «El derecho de abolorio, la seguridad del tráfico y el Registro de la propiedad» / «*The right of "abolorio", the conveyancing certanty and land registration*»..... 201

COMENTARIOS DE SENTENCIAS / ***COMMENTS OF JUDGMENTS***

Argudo Périz, José Luis: "La tipicidad de los aprovechamientos vecinales en el Derecho aragonés privado y público: los "tradicionales" ademprios. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 4ª) de 14 de octubre de 2011 / *The authenticity of neighbourly advantages in Aragonese private and public Law: the "traditional" common pasture land. Comment on the ruling of the Provincial Court of Zaragoza (Sect. 4), 14 October 2011"*..... 213

Biesa Hernández, María: "Fianza y usufructo aragonés de dinero del cónyuge supérstite de bínubo premuerto. Comentario de la STSJA de 3 de julio de 2013" / *Deposit and usufruct in Aragon of money of the surviving spouse of spouse married for a second time who died first. Comment from the STSJA dated 3 July 2013"*..... 239

MATERIALES / ***MATERIALS***

A) Ley 9/2014, de 23 de octubre, de Apoyo a las Familias de Aragón / *Law 9/2014, 23 October, on Support to Families of Aragon* 275

B) Proposición de Ley por la que se modifica el Código Civil en relación con el estatuto personal y la vecindad civil / *Draft Law amending the Civil Code with respect to the personal statute and civil neighbourhood* . 275

C) Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón / *Draft Law on updating the historical rights of Aragon*..... 281

D) Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral / *Draft bill on Organisation and Functions of the Aragonese Regional Law Commission*..... 295

E) Aprobación por la Comisión Institucional y de desarrollo estatutario de la proposición no de ley resultante del debate conjunto de las proposiciones no de ley núms. 2/14, sobre la reestructuración de los registros públicos; y 12/14, sobre los registros de la propiedad / *Probation by the Institutional Committee and statutory development proposition of law resulting joint debate on the propositions of law nos. 2/14 on restructuring of public records; and 12/14, on the property records* 303

F) Sentencias del Tribunal constitucional relativas a las competencias sobre legislación civil: ordenación de registros públicos, parejas de hecho, fundaciones / *Rulings of the Constitutional Court related to com-*

petences on civil legislation: classification of public records, unmarried couples, foundations 305

NOTICIAS / ***NEWS***

A) Noticias del Justicia de Aragón / *New of the "Justicia"[mediaeval entity similar to Ombudsman] of Aragon* 345

B) Cursos, Charlas y Seminarios sobre Derecho civil aragonés / *Courses, Talks and Seminars on Civil Law of Aragon*..... 350

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAPHY

A) Recensiones / *Reviews* 357

Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mútua. Directors Joan Egea i Fernández, Joseph Ferrer i Riba. Coordinadora Esther Farnós i Amorós. Ed. Atelier. Llibres Jurídics. Barcelona, 2014 (1155 págs.) ISBN 978-84-15690-47-4, por Mª del Carmen Bayod López. 359

Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* Colección Actas. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, 362 págs., por Mª Cruz Lascorz Collada y Miguel Ángel Tenas Alós..... 362

B) Repertorio de Bibliografía / *Bibliography Repertoire* 367

JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENCE

A) Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (2014) / *Decisions of the High Court of Justice of Aragon (2014)* 387

B) Resoluciones de las Audiencia Provinciales de Aragón (2013) / *Decisions of the Provincial Court of Aragon* 575

C) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Aragón (2013) / *Decisions of the Courts of First Instance of Aragon*..... 591

D) Índices de Jurisprudencia / *Jurisprudence Content*..... 605

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número / *Content of the decisions published in this number* 605
2. Índice acumulado de jurisprudencia (desde el año I al año XX de la RDCA) / *Accumulated content of jurisprudence (from year I to year XX of the RDCA)*..... 643

Normas de edición / *Publishing Standards*..... 743

ESTUDIOS

STUDIES

LA DISTINCIÓN ENTRE SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES EN EL ACTUAL DERECHO ARAGONÉS: UN MODELO A SEGUIR

THE DISTINCTION BETWEEN APPARENT AND NON-APPARENT EASEMENTS IN PRESENT-DAY ARAGONESE LAW: A MODEL TO FOLLOW

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En este artículo su autor elogia, aunque con alguna leve crítica, la distinción que el actual Derecho de Aragón establece entre servidumbres aparentes y no aparentes, cuya lógica considera extensible al resto de ordenamientos en España donde dicha distinción tiene su importancia práctica. A tal finalidad práctica, el profesional del Derecho podrá además encontrar en este trabajo una recopilación constante y provechosa de casos reales y de jurisprudencia.

Palabras clave: Servidumbres. Propiedad. Apariencia. Usucapión.

ABSTRACT

In this article the author praises, though with some slight criticism, the distinction that the current law of Aragon established between apparent and non–apparent easements, whose logic considers extensible to other systems in Spain

where this distinction has practical importance. To this practical purpose, the legal professional will also find in this work a constant collection of actual cases and jurisprudence.

Key words: Easements. Property. Appearance. Usucapio.

SUMARIO

I. RECONOCIMIENTO NORMATIVO E IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES. II. LA DISTINCIÓN ENTRE SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES, SEGÚN EL ART. 552.2 CDFA, Y SU CONFRONTACIÓN CON EL ART. 532 CC. 1. Consagración legal de la distinción, y su carácter contingente en cada servidumbre, según haya o no signo aparente en cada caso. 2. Condiciones esenciales en la servidumbre para que sea aparente: la existencia de un signo –natural o artificial– visible objetivamente y «erga omnes», permanente y funcional. 3. Casos de servidumbres aparentes y no aparentes. El controvertido caso del art. 561 CC, sobre servidumbre de acueducto, inaplicable ya hoy en Aragón por la aplicación preferente, y exclusiva, del art. 552.2 CDFA. 4. Funcionalidad del signo aparente, y su localización según cada caso. En especial, el tradicional caso aragonés de los voladizos como signo aparente de servidumbre de luces y vistas. 5. La falta de funcionalidad, y, por tanto, de estricta apariencia, en algunos –pretendidos– signos –más o menos– publicitarios. III. EN PARTICULAR, LA CONEXIÓN ENTRE SERVIDUMBRES NEGATIVAS Y LAS NO APARENTES, EN ARAGÓN. 1. Reconocimiento normativo e importancia práctica de la distinción entre servidumbres positivas y negativas. Un elogio al Código Civil español. 2. Sentido, ejemplificación de la división entre servidumbres positivas y negativas, su combinación con la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes; y la confusión entre negatividad y no apariencia en las servidumbres. Especial referencia a las servidumbres de luces y vistas, en Derecho común y en el aragonés. BIBLIOGRAFÍA.

I. RECONOCIMIENTO NORMATIVO E IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES

La clasificación entre servidumbres aparentes y no aparentes que hace el art. 532 del Código Civil (en adelante, CC), para el Derecho Común, y supletoriamente para los forales que no la especifiquen, ha sido hoy, sin duda, superada,

por su mayor precisión, por el art. 552.2 del Código del Derecho foral de Aragón (en adelante, CDFA). Es tal la lógica que en esta última norma se contiene, que cabe entenderla extensible a otros Derechos españoles, más allá del propio Derecho aragonés. Con toda la repercusión práctica que ello supone:

En efecto, la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes tiene hoy su importancia en el Derecho español allí donde la misma determine el propio ámbito de aplicación de la usucapión; por ejemplo, porque solo las que sean aparentes resulten adquiribles por este mecanismo (como sucede en el Derecho común, cfr. arts. 537 a 539 CC), o bien porque la clasificación entre aparentes y aparentes marca un régimen diverso de usucapión en plazo o en su cómputo (como sucede en Navarra y Aragón: cfr. la Ley 397 del Fuero Nuevo de Navarra –en adelante, FNN– y los arts. 568, 569 y 575 CDFA).

También en materia adquisitiva, tiene su importancia la distinción en la llamada constitución de servidumbres por signo aparente o, en su denominación tradicional gala, «por destino del padre de familia» (cfr. arts. 541 CC, 576 CDFA, Ley 397.III FNN, o los arts. 566–3.2 del Código Civil Catalán –en adelante, CCCat.–, y 86 de la Ley de Derecho Civil de Galicia –en adelante, LDCG–).

Su relevancia práctica también tiene aquella distinción en caso de transmisión de la finca sirviente, en particular para la posible protección del tercero adquirente frente a las cargas ocultas (art. 1483 CC). Y, más en general, no hay que olvidar, según consolidada jurisprudencia (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado), la relación que tiene la apariencia de la servidumbre con su natural publicidad (posesoria), o con la registral (*ex* arts. 13, 32 y 34 LH) a fin de otorgarle o reforzarle, según cada caso, su innata eficacia *erga omnes*. Hasta el punto de que una servidumbre por el hecho de ser aparente, aun sin estar inscrita, resultará siempre oponible frente a cualquier tercero, sin que éste pueda alegar de buena fe desconocerla por no hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES, SEGÚN EL ART. 552.2 CDFA, Y SU CONFRONTACIÓN CON EL ART. 532 CC

1. Consagración legal de la distinción, y su carácter contingente en cada servidumbre, según haya o no signo aparente en cada caso

Quizá, pero sólo apurando el dato histórico, pueda rastrearse cierto indicio de la división entre aparentes y no aparentes en un texto del Digesto que versaba sobre la responsabilidad del vendedor que no declarase al comprador la existencia de una servidumbre no visible u oculta que recaía sobre el fundo que le

vendía (D. 19, 1, 1[1]; cfr. el actual art. 1483 CC). Pero ninguna relevancia tuvo nunca dicha precisión para la usucapión de servidumbres.

La definitiva, si no auténtica, consagración de tal distinción y su conexión con el tema de la usucapión fueron obra del Derecho Común, destacando al respecto Bártolo De Saxoferrato, quien para determinar el sentido de la apariencia, frente a la no apariencia, de la servidumbre propuso la concurrencia de dos datos: uno subjetivo, relativo al conocimiento de la servidumbre por parte del dueño de la finca gravada; y otro de índole objetiva, referido a la existencia de signos exteriores y permanentes[2]. Dicha división perdurará durante siglos para terminar consagrándose en los Códigos decimonónicos, como el nuestro[3]:

Dispone, en efecto, el art. 532 CC en sus dos últimos párrafos: «Aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. (...) No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia». Con la experiencia que proporciona el paso del tiempo y bajo la influencia del maestro aragonés Lacruz Berdejo, en Aragón el art. 552.2 CDFA ha venido a perfeccionar técnicamente la descripción de dicha distinción –y evitar la aplicación supletoria de la norma común codificada[4]– de un modo tal que, por su propia lógica, puede extenderse

---

[1] A dicho fragmento se refiere en principio Biondi (*Las servidumbres*, traducción y notas al Derecho español por Juan Manuel González Porras, 2ª edición española, Granada, 2002, pp. 402 y 404); y él mismo en otro lugar (*Le servitù prediali nel Diritto romano [Corso di lezioni]*, Milán, 1946, p. 169), dirá que en el Derecho Romano no existió esta clasificación entre servidumbres aparentes y no aparentes, ni siquiera indirectamente. De hecho, Guilarte Gutiérrez (*La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, pp. 259 y 260), que en este punto secunda las explicaciones de Biondo Biondi, dice que esa cuestión, sobre responsabilidad por gravámenes ocultos, fue propia del Derecho Intermedio. De esta última forma también opina Roca Juan (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, vol. 2º, t. VII: Arts. 530 a 608 del Código Civil*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Jaén, 1978, p. 39).

[2] Bártolo de Saxofferrato *(Commentaria) In Primam Codicis Veteris Partem*, Venecia, 1615, p. 114), decía que había servidumbre *«si erat de hoc fama per contratam»* o *«si erant sibi signi viae vel itineris vel aquae vel verossimilia quae possunt animum adducere ad istam credilulitatem... Et idem in venditore domus ut videatur imposita servitus ac sustinet opera permanentia, quia ipso actu sustinebat, maxime si contrahentes hoc sciebant»*.

[3] Para todo cuanto sigue, reproducimos con alguna alteración y actualización, nuestra monografía sobre *Usucapión de servidumbres,* Madrid, 2000, pp. 58 ss.

[4] No así antes, en que el art. 532 CC resultaba, como Derecho común, aplicable en Aragón, según decía la STS de 12 de julio de 1984, pues aunque su ordenamiento tradicionalmente ha tenido en cuenta la apariencia o no apariencia de las servidumbres, salvo el caso particular de los voladizos como signo aparente en las servidumbres de luces y vistas (que, como luego se verá, la propia norma aragonesa precisaba, con exclusión de la norma estatal), en lo demás el concepto de servidumbre aparente se determinaba según la norma común del art. 532 CC. La actual definición legal aragonesa, en cambio, está muy influenciada por la doctrina de Lacruz Berdejo (según veremos y ya nos advierte, muy conocedor de ello, Argudo Périz, p. 693, de su Manual, en p. 222, de las Actas, o en p. 857 de la 3ª ed. del Tratado de Rebolledo), evitando, así, algunos problemas que –veremos a lo largo del presente trabajo– plantea el art. 532 CC español.

a cuantos Derechos territoriales en España atienden a la susodicha diferenciación. Dice literalmente la norma aragonesa: «Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás».

Ante todo, tras su lectura necesario es hacer dos advertencias:

La primera, que el término apariencia empleado en esta sede no ha de entenderse como aquello que parece y realmente no es, sino como exteriorización y ostensibilidad del modo en que se manifiesta materialmente la servidumbre; en una palabra, como su publicidad natural. Así lo ponen de manifiesto expresiones como «a la vista», «visibles» y «signos exteriores», y sobre todo los verbos que también los propios arts. 532 CC y 552.2 CDFA recogen, tales como «anunciar» y «revelar».

Y la segunda, que no es exterioridad de la servidumbre aisladamente estimada, porque tratándose de un derecho, por tanto de una cosa incorporal –*quae in jure consistunt*–, que no se identifica con el bien corporal que sea su objeto por contener un poder *in re* menor a la propiedad, no es un bien que pueda ser percibido por los sentidos, ni tocado –*quae tangi non possunt*–, ni visto, sino únicamente perceptible por el entendimiento. La apariencia, pues, aunque elípticamente indicada como rasgo adjetivo de la servidumbre, deriva directamente de sus elementos físicos y materiales, de los signos que presenten, o no, los fundos intervinientes en la servidumbre. Una de las acepciones de «signo» así lo evidencia: «Cosa que por su naturaleza o convencionalmente evoca en el entendimiento idea de otra», en este caso, la de una servidumbre. Ya la vieja STS de 21 de octubre de 1892, sobre una servidumbre de paso aparente en aquel caso, afirmaba que la existencia del camino hacía «evidente por lo tanto, no ya la existencia del signo aparente de servidumbre, sino la servidumbre misma».

Lo importante, en cualquier caso, dice la STS de 21 de mayo de 1966, es la «r*ealidad objetiva que ofrezcan los predios*». De ahí el carácter, puede decirse, variable, contingente y accidental de la apariencia o inapariencia de una misma servidumbre, por ser un rasgo que no está necesariamente conectado con su naturaleza como cualidad intrínseca e inherente a ella, sino dependiente de una realidad que es puramente fáctica, de hecho: la existencia o inexistencia de un signo con los caracteres que los arts. 532 CC y 552.2 CDFA requieren. Suele destacarse, como prueba de lo dicho, el ejemplo –ya viejísimo y, en cierto modo, manido– de la servidumbre de paso que según haya o no camino por el que transitar será aparente o no aparente (véase, por todas, la STS de 29 de enero de 1966, o, más recientemente, la STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2009, con su conclusiva afirmación de que «la de paso, es aparente en unos casos y en otros no, ya que puede ejercitarse por un lugar determinado, con signo visible de su uso, un camino o un carril por ejemplo, o sin dejar signo exterior visible de su ejercicio»).

La clave sustancial, en efecto, para la apariencia de cualquier servidumbre, es la existencia de un signo; pero, ¿cuáles deben ser sus rasgos para hacer aparente a una servidumbre?

2. Condiciones esenciales en la servidumbre para que sea aparente: la existencia de un signo –natural o artificial– visible objetivamente y «erga omnes», permanente y funcional

Poco importa la entidad de la señal, si es natural (*opus rei*) o artificial, creada por el hombre (*opus hominis*). Junto al vocablo «signo» (que usa en exclusiva el art. 552.2 CDFA), el Código Civil español utiliza indistintamente otras expresiones, como «indicio» (según el propio art. 532.5 CC), o como «obra» que sirve para el «uso» de la servidumbre (cfr. arts. 543.1, 545, 552 y 599 CC). ¿Tiene acaso ello alguna trascendencia, más allá de la meramente lingüística? El término indicio puede equipararse, como sinónimo, al de signo por ser significantes diversos que cobijan un mismo significado, el de señal[5]. Pero también puede entenderse el indicio como señal de menor entidad y, por tanto, como concepto más amplio e incluso más ambiguo que el de signo, quedando éste como más preciso y estricto. Mas tal precisión queda en parte mitigada cuando se compara la palabra «signo» con la de «obra» que, frente a aquélla, parece restringir aún más el significado de señal al poderse considerar en ella implícita la mano del hombre, como entienden algunos autores, sobre todo extranjeros –«*opus manu factum*», «*opera o manufatto*»–; es decir, como señal en la que en mayor o menor medida interviene el hombre, aunque concurra con la obra de la naturaleza; de modo que incluso dentro de esta limitación gramatical, el término «obra» podría emplearse *in sensu lato*, no limitándolo a lo que sea construcción, sino pudiendo comprender en él otras señales, en parte naturales, como son las plantaciones[6]. Quizá, no obstante, haya que abogar por la conveniencia del «signo» que, situado entre el indicio y la obra, es la expresión empleada por los arts. 532.4 CC y 552.2 CDFA al definir las servidumbres aparentes; y que, conforme a la realidad, legal y práctica, de las servidumbres, puede abarcar cualquier tipo de señal objetiva que sea producto del hombre, o exclusivamente de la propia naturaleza. Así, podrá ser signo aparente de servidumbre cualquier *opus hominis*, cualquier tipo

---

[5] Así lo explica Manresa y Navarro (*Comentarios al Código Civil español, t. IV*, Madrid, 1905, pp. 571 a 573).

[6] Así, en Italia: Biondi (pp. 405 ss); Burdese (*Servitù prediali*, en Trattato di Diritto Civile, dirigido por G. Grosso y F. Santoro-Passarelli, V.III.4, Milán, 1960, pp. 54, 55, 85 y 86); Branca (*Servitù prediali*, en Commentario del Codice Civile, a cargo de A. Scialoja y de G. Branca, Libro Tercero (Arts. 1027-1099), Bolonia, 1987, pp. 307 ss); Comporti (Voz: «Servitù (Diritto Privato)», en *ED*, t. XLII, pp. 308 y 309); y Miglietta («La costituzione della servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia e per usucapione», en *GI*, 1992, I, pp. 36 y 37), incluyendo ambos el sendero natural junto a las plantaciones.

de construcción: como unos huecos o ventanas (según los actuales arts. 580 a 583 CC; no así, según veremos, en el Derecho aragonés); unos balcones o unos voladizos (cfr. los arts. 582, 583 y 585 CC, y, muy significativamente, el art. 574 CDFA, al que luego se hará oportuna referencia); podrán serlo también unas puertas (art. 479.1 Proyecto CC 1851); unos caminos o carriles para el paso (según los arts. 568 –o el 580 CDFA– y, sobre todo, el 1523 CC, según STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2009, que se reseña a continuación en el siguiente párrafo); la existencia de un acueducto («cauce» según art. 479.1 Proyecto de 1851); una presa (art. 554 CC); una parada o partidor en el cauce (art. 562 CC), unos tejados y cubiertas (art. 586 CC); o un conducto de desagüe (art. 588 CC). O podrá ser un *opus rei*, como sucede con los árboles y plantas, que aunque plantadas y luego cuidadas por el hombre, son obra de la naturaleza (cfr. arts. 591 y 592 CC, 539 y 540 CDFA); con el arroyo natural por el que discurran las aguas (art. 552 CC); o con los senderos naturales.

Significativos sobre lo dicho son el reciente caso, sobre una servidumbre de paso, y las afirmaciones más generales que sobre el mismo contiene la STSJ de Aragón de 25 de noviembre de 2009, que, ante la pretensión del recurrente de que sólo hay signo aparente de servidumbre de paso cuando «la tierra haya sido preparada y apisonada como camino», aclarará, en general, dicha sentencia en su Fundamento de Derecho 3º que «la palabra signo equivale a señal, indicio. Este último término se emplea por el mismo art. 532 al definir las servidumbres no aparentes. No necesita, por tanto, ninguna obra, sino que basta una señal del paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ciertamente las obras destinadas al ejercicio de la servidumbre son los signos exteriores y visibles de su existencia, pero no el único: cabe la existencia de otros, dado que el concepto del término signo es más amplio que el del término obra». Y así concluirá, sobre el caso en particular, diciendo que «la noción que propugna el recurrente, en cuanto requiere para que una *servidumbre de paso sea considerada aparente la realización de obra (que la tierra haya sido «preparada y apisonada como camino»), no es conforme al Código Civil,… por lo que en caso de tratarse de un camino o carril, basta con que el mismo sea fruto del mero acto de pasar, que al repetirse acaba dejando signos visibles, sin que sea preciso la realización de trabajos específicamente dirigidos a prepara y apisonar una franja de tierra (obra)*».

Del mismo modo, siendo el signo obra humana, irrelevante para que la servidumbre sea aparente es la persona agente de su realización, aunque normalmente lo será su titular activo, puesto que, en principio, será él quien soporte los gastos y costes de la servidumbre. Pero, ¿deberá serlo siempre el titular activo de la servidumbre? Así podrá ser en algunos casos (cfr. los arts. 543.1, 544.1 y 552.2 CC, o el art. 558 CDFA), mas no necesariamente, porque nada impide que en otras ocasiones el signo sea hecho o mantenido por el dueño del predio sirviente (cfr. arts. 543, 544.2, 545, 552.2, 599 CC, y arts. 558.1 y 559 CDFA), por los dueños

de ambos fundos, dominante y sirviente (arts. 541, 544 CC, 558.3 CDFA), o incluso, mediante encargo, por un tercero. Supuestos, no obstante, hay en el Código francés (art. 642.2 –sobre aguas–), y los hubo en el anterior italiano (arts. 541 –en sede de aguas naturales– y 637.2 –sobre desagüe– del *Codice* de 1865), en los que la obra debe ser necesariamente realizada por el propietario del inmueble dominante. Se trata de preceptos que se refieren, no tanto ya directamente a la apariencia de la servidumbre, sino a su usucapibilidad, para la que la posesión, pública además, se considera iniciada con la terminación de aquel signo aparente. Mas, al margen de la usucapión –y de la adquisición por signo aparente–, para que una servidumbre, en general, sea aparente realmente poco importa quién sea el autor de la obra. De hecho, en nuestro Derecho, donde no hay preceptos que concuerden con los arriba indicados francés e italianos, la STS de 5 de mayo de 1896, en materia de servidumbre natural de aguas, se refiere a la posibilidad de que el canal sea construido por el dueño de la finca sirviente redundando en beneficio de las aguas que ya recibía antes –aun sin canal– el predio –ahora– dominante; y la STS de 10 de octubre de 1957, sobre servidumbre de paso, afirma su apariencia gracias a la existencia de un camino, importando poco, dice, quién lo haya establecido. Por la misma razón, afirmaba la STS de 21 de mayo de 1966 (sobre un caso de luces y vistas), la apariencia de la servidumbre en aquel caso «sin que sea obstáculo que la intención de las partes no fuese la de establecer o ejercitar un derecho real sobre la propiedad –del sirviente–, pues tratándose de servidumbres tal intención resulta intrascendente y es la realidad objetiva que ofrezcan los predios lo que puede originar el nacimiento de la servidumbre, con independencia de la finalidad que presidiera la ejecución de las obras» (como eran unos huecos y ventanas en el caso).

Lo importante, por el contrario, es que el signo sea visible *erga omnes*, permanente y que manifieste el ejercicio y funcionamiento de la servidumbre. Aunque no lo exprese así el art. 532 CC, sí lo hace el art. 552.2 CDFA, con tal lógica, que ha de entenderse aplicable en general (fuera de las fronteras aragonesas). Veámoslo:

Requiere, en efecto, el art. 552.2 CDFA (y también en esto el art. 532.4 CC), que el signo de apariencia sea «exterior» y esté «a la vista» («visible», dice la norma aragonesa, y decía el ya derogado art. 283.8ª de la Compilación catalana de 1960). Son dos cualidades (la exterioridad y la visibilidad), que, si bien diferentes, se encuentran íntimamente enlazadas por una relación de causa–efecto: puesto que el signo aparente ha de ser exterior –por oposición a interior–, esto es, externo por la parte de fuera, situado en la superficie externa del predio donde se halla (no dentro de un muro, ni bajo el suelo), ello asegura, produciéndola como consecuencia, su visibilidad. Así, por ejemplo, la STS de 25 de febrero de 1956 entendió en el caso que la servidumbre de desagüe era aparente porque había un alcantarillado externo por la pared del edificio. En igual sentido se pronuncia la STSJ de Navarra de 5 de junio de 2009, porque en el caso «el ejercicio del desagüe se exterioriza mediante un alero». Como, en general, dice Mucius Scaevola, para que el signo sea visible es necesario que sea exterior, y

siendo exterior será visible, de tal forma que ambos atributos prácticamente se integran en uno sólo[7].

Dicha visibilidad ha de ser suficiente por sí misma y debe derivar del propio signo; no ha de requerir esfuerzos, ni conjeturas o indagaciones, sino que ha de ser natural, de modo que la señal, siendo externa, sea visible y apreciable por los sentidos, en especial por el de la vista, con una diligencia normal («fácilmente visible», decía el art. 283.8ª de la Compilación catalana de 1960)[8].

Asimismo, con las expresiones «exteriores» y, sobre todo, «a la vista» (o «visible»), se pretende que la visibilidad, en cuanto cognoscibilidad de la servidumbre a través de sus elementos materiales, sea objetiva, es decir, que los signos estén por sí mismos dispuestos para el sentido de la vista, con independencia de que en efecto sean o no vistos y, por ende, conocidos (paladinamente, exige el art. 552.2 CDFA que los signos aparentes de servidumbre sean «objetivos»). El efectivo conocimiento, que no deja de ser un elemento de índole subjetiva, que del uso de la servidumbre se tenga será totalmente irrelevante si no deriva de la visibilidad del propio signo y, en cambio, emana de cualquier otro medio (como una notificación, o una comunicación escrita o verbal, etc.); porque de darse dicha circunstancia, aun siendo conocida la servidumbre, al no darse los requisitos que los arts. 532.4 CC y 552.2 CDFA imponen, la servidumbre será no aparente, porque carecerá precisamente de aquella visibilidad objetiva, que en ningún caso podrá suplirse por el conocimiento que en efecto se tenga de ella[9]. De hecho, el art. 532.4 CC no dice que la señal, o elípticamente la servidumbre, «sea vista», «sea conocida», sino que esté «continuamente a la vista»; que sea «visible», dice el art. 552.2 CDFA. Otra cosa es que la servidumbre, aun no siendo aparente por sí misma, sea oponible a quien efectivamente la conozca por otro medio. Al fin y al cabo, toda servidumbre, sea o no aparente, es una carga real, que por esa naturaleza real tiende a ser oponible *erga omnes*.

Dejan, no obstante, sin abordar el Código español y el aragonés un punto: ¿Para quién ha de ser visible el signo, y a través de él también la servidumbre? Y,

---

[7] Quintus Mucius Scaevola (*Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial, t.X: Libro II (Servidumbres)*, 3.ª edición, Madrid, 1917, pp. 277 y 278).

[8] De este modo lo expresan Roca Juan (pp. 39 ss); Tur Faúndez (*Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, Valencia, 1999, pp. 21 y 23); y, siguiéndonos, Rebolledo Varela (en su *Tratado de servidumbres*, que coordina, 3ª ed., 2014, pp. 102 y 106). Sobre la expresión entrecomillada del art. 283.8ª catalán, según Para Martín (*Comentarios al CC y Compilaciones Forales, T. XXX: Artículos 277 al final Compilación de Cataluña*, Madrid, 1987, pp. 99 y 100), constituye rasgo subjetivo en cuanto indica simple no dificultad para ver la servidumbre; lo cual debe medirse no en términos absolutos, sino conforme a un grado de percepción normal.

[9] Así, Lacruz (pp. 528 ss); Scaevola (X, pp. 277–279); Lucas Fernández (*La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil Común español*, Murcia, 1962, pp. 26 y 27); Guilarte (p. 263); y, siguiéndonos en esta que es también nuestra opinión, Rebolledo Varela (p. 204).

en cierto modo conectado con ello, ¿desde dónde ha de ser dicho signo visible? La mayoría de la doctrina responde que la servidumbre, su señal de apariencia, habrá de ser visible para el titular pasivo de la servidumbre, es decir, para el dueño del predio sirviente, por lo que habrá de serlo desde el propio fundo sirviente o desde las vías normales de acceso al mismo (cfr., de nuevo, el derogado art. 283.8ª de la Compilación de Cataluña, que decía: «fácilmente visible desde el interior del predio»[10])[11]. De hecho, la STS de 29 de diciembre de 1914, sobre un caso de servidumbre de desagüe de aguas sucias, condicionó la apariencia de la misma en tal caso a que el depósito, el albañal y cañerías fuesen visibles desde la calle.

Siendo razonable lo segundo, relativo al punto de mira, lo primero requiere de una mayor precisión: No hay que pensar únicamente en quien sea actualmente dueño del inmueble gravado, porque ello supondría a su vez limitar la apariencia o inapariencia de la servidumbre al tema de su usucapibilidad (a fin de que la servidumbre sea poseída públicamente), olvidando el de su oponibilidad (cfr. art. 1483 CC). Debe ser, pues, la servidumbre visible para el titular del fundo sirviente o para quien pueda llegar a serlo y para todo aquel, en general, que tenga cierto interés en conocer la situación, de libertad o de gravamen, del inmueble, si existe o no servidumbre que lo grave, y existiendo, para saber su alcance y efectivo contenido. Habrá de ser, pues, una visibilidad y cognoscibilidad para todos y *erga omnes*[12].

No se contenta, sin embargo, el Código aragonés, ni tampoco en este sentido lo hace el español, con que los signos sean exteriores, y por ello visibles, para todos, sino que exigen además que lo sean «continuamente» (dice el español), que sean «permanentes» (dice el aragonés), es decir, sin intermisión ni cesación; mas, ¿con qué alcance?: ¿ha de ser continuidad en el espacio, de modo que el signo sea todo él, en toda su realidad y extensión física, exterior y visible?; ¿habrá de ser, en cambio, una continuidad en el tiempo, de forma que el signo sea exterior y visible siempre y en todo instante?; ¿o habrá, en fin, que valorar esa continuidad en su doble posible vertiente espacio–temporal?

El adverbio «continuamente» empleado por el art. 532 CC español ha sido interpretado por la doctrina como sinónimo de permanencia temporal, de modo que la obra fuese permanente, en cuanto continua, estable y duradera

---

[10] Del sirviente decía Para Martín (pp. 100 y 101), pensando en una cognoscibilidad a efectos de posesión pública para adquirir la servidumbre por prescripción.

[11] Scaevola (*op.cit., loc.cit.)*; Lacruz (pp. 528 a 533); y, siguiéndonos, Rebolledo Varela (pp. 106 y 107).

[12] Así lo creen, Lucas Fernández (pp. 26 y 27); Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil, v. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª edición, Madrid, 1990, p. 441); Guilarte (p. 263); y, siguiéndonos de nuevo, Rebolledo Varela (*loc. cit.*).

en el tiempo, no provisional, ocasional ni accidental[13] (probablemente, ese sea también el sentido con que el legislador aragonés ha empleado, por su parte, la expresión de signos «permanentes»). Aun sin emplear tal fundamento, la STS de 29 de diciembre de 1989 llegó a negar la aplicación del art. 541 CC por tratarse en el caso de una puerta abierta al solar con carácter transitorio, mientras, en aquel supuesto, se realizaban unas obras de edificación en dicho solar.

Por lo que respecta a su posible dimensión espacial, algunos entienden el signo como objeto fijo e invariable, no movible, entendiéndose, además, que la señal ha de ser exterior y visible al menos parcialmente[14], aunque eso sí, mientras lo sea en su parte funcional, en aquella facción del signo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre[15]. No lo expresa así de tajante ninguno de nuestros Códigos, pero de este modo parece imponerlo la propia lógica de la continuidad, más temporal que espacial, a la que se refieren el art. 532.4 CC y también, según nos parece, el art. 552.2 CDFA.

3. Casos de servidumbres aparentes y no aparentes. El controvertido caso del art. 561 CC, sobre servidumbre de acueducto, inaplicable ya hoy en Aragón por la aplicación preferente, y exclusiva, del art. 552.2 CDFA

A la vista de todo lo dicho, serán servidumbres no aparentes: la de paso sin vía permanente (art. 564.3 CC), o por camino árido y no trazado en el que solo se dejen huellas[16], o la de paso por pasadizo oculto o subterráneo, aunque sea visible la boca de salida, porque ella no daría inequívoca cuenta de un uso *ad*

---

[13] Manresa (IV, pp. 571 a 573); Scaevola (X, pp. 279 y 280); Lacruz (pp. 528 a 533); Roca Juan (pp. 39 a 42); Lucas Fernández (pp. 26 y 27); Díez-Picazo y Gullón (p. 441); Clemente Meoro (coord., *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario registral*, 2ª ed., p. 510); Guilarte (pp. 264 y 265); Tur Faúndez (p. 23).

[14] Así, Lacruz (pp. 528 ss). De hecho, Planas y Casals (*Derecho Civil español Común y Foral, t. I*, Barcelona, 1925, p. 619), dirá que una servidumbre es o no aparente según esté o no completamente oculta su existencia.

[15] Matización, importantísima y coherente con el propio art. 532 CC, que en nuestra doctrina hacen Moreno Trujillo («El régimen jurídico de luces y vistas en el Derecho Común español. Límite y servidumbre», en RDP, 1993, pp. 154 y 155); y Tur Faúndez (p. 22).

[16] Es un ejemplo propuesto en Francia por Planiol y Ripert (*Tratado elemental de Derecho Civil, Volumen V: Los Bienes*, traducción de la 12ª edición por José M. Cájica jr, Méjico, p. 528), a quienes sigue reproduciéndolo Puig Peña (*Tratado de Derecho Civil español, t. III: Derechos reales. Vol. 1º: Teoría general de los derechos reales*, 9ª ed., Madrid, 1972, p. 486). Colin y Capitant (*Curso elemental de Derecho Civil, t. II, volumen II: De los bienes y de los derechos reales principales*, traducción de la RGLJ con notas de Derecho civil español por Demófilo De Buen, Madrid, 1923, pp. 801 y 802), dicen que será no aparente «si se ejercita a campo traviesa».

servitutem[17]; también será servidumbre no aparente la relativa a material forestal si se trata de raíces (arts. 592 CC y 539.1 CDFA, ambos *in fine*); o la de conducción eléctrica, o de cualquier otro tipo de energía (gas, agua,…), cuando la instalación esté oculta por empotrada en el muro o sea totalmente subterránea.

Frente a la opinión común, que, con base en la STS de 11 de noviembre de 1967, se limita a decir que la de conducción de energía eléctrica es aparente gracias al cable[18], Clemente Meoro certeramente matiza: siempre y cuando dicho cable sea completamente exterior, porque si en todo momento es interior, entonces la servidumbre será no aparente[19]. Sorprende, pues, que Gómez Calero considere que esta servidumbre sea siempre aparente aunque el paso sea subterráneo, según él, por su afinidad con la de acueducto[20], que en este punto se erige en supuesto problemático a la vista del art. 561 CC; a saber:

En principio, las servidumbres de aguas pueden ser aparentes o no aparentes según cada caso, sin que, en principio, en nada influya su carácter predial o incluso personal. Sobre esta última posibilidad (relativa a servidumbres personales de aguas), por ejemplo, la STS de 17 de noviembre de 1911 afirma la apariencia «porque el manantial donde funciona la noria revela con la senda de paso la existencia inequívoca de la servidumbre»; o la STS de 11 de mayo de 1962, también sobre una servidumbre de saca de agua y abrevadero que resulta aparente por la vecindad próxima del manantial de aguas. Tratándose, en cambio, de servidumbres prediales de aguas, la STS de 11 de enero de 1895 la estimó en el caso aparente «tan ostensible y manifiesta» –decía– «por la ostensible contigüidad de la pesquera y el cauce que recoge y conduce las aguas» a la finca vecina, donde se encontraba el Molino al que servían las aguas. Por su parte, las SSTS de 14 de octubre de 1905 y 7 de noviembre de 1911 consideran «ostensibles é indubitadas» unas servidumbres de aguas conducidas a través de «acequia y acue-

---

[17] Santos Briz (*Derecho Civil, Teoría y Práctica, t. II: Derecho de Cosas*, Madrid, 1973, pp. 448 y 449); Castán (*Derecho civil español, común y foral, t. II: Derecho de cosas, vol. 2º: Los derechos reales restringidos*, 15ª ed., Madrid, 1994, pp. 166 y 167). No obstante, García Goyena (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1852, p. 250), comentando el art. 479 Proyecto de CC de 1851, donde la «puerta» para el paso es ejemplo de servidumbre aparente, en contra de quienes opinan que la de paso es o no aparente según haya o no un camino o puerta que dé sobre la heredad ajena, cree que siempre es aparente: «La de paso nunca se constituye sin marcar el terreno por donde deba usarse, y el acto mismo de usarla es ostensible». En cuanto a lo primero, cabe, como ha quedado dicho en texto, la posibilidad de camino o senda no trazada; y respecto a lo segundo, el uso que en efecto se haga del paso nada tiene que ver con que presente o no signo de apariencia.

[18] Así, Guilarte (p. 265); Álvarez Caperochipi (*Curso de Derechos reales, t.II: Los derechos reales limitados*, Madrid, 1987, p. 48); Pasquau Liaño (*«Servidumbre de paso de energía eléctrica. Comentario a la STS de 16 julio 1990»*, en *CCJC*, 1990, p. 912); Cadenas Sobreira («Clases de servidumbres», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, del CGPJ, Madrid, 1994, p. 119).

[19] Clemente Meoro (pp. 510 y 511).

[20] Gómez Calero («La servidumbre de paso de energía eléctrica», en *RGLJ*, 1967, p. 855).

ducto permanente construido al efecto por mano é industria del hombre» en la finca sirviente. La STS de 25 de febrero de 1956 consideró aparente en el caso una servidumbre de cañería por alcantarillado enteramente externo por la pared del edificio. La STS de 30 de junio de 1958 también consideraría, por su parte, una servidumbre de aguas como aparente porque sus signos exteriores eran un aljibe y una tubería. Más recientemente, la STS de 30 de octubre de 1992 admitió la usucapión de una servidumbre de paso de aguas por la existencia –desde 1956 en el caso– de «signos visibles en la finca de paso del acueducto».

No hay problema, tampoco, cuando la tubería de conducción de las aguas esté totalmente en la superficie –a cielo abierto– de los fundos dominante y sirviente; tampoco cuando sólo sea parcialmente exterior y visible, en cuyo caso, amén de que lo razonable, a efectos de apariencia, es que haya parte visible en el predio sirviente y otra parte igualmente exterior en el dominante, podría apurarse aún más, en aras de la apariencia, admitiendo, como hace la STS de 31 de marzo de 1959, que sólo sea visible en la finca dominante, aunque parece más lógico exigir su exterioridad en la desembocadura, al menos, del sirviente. Más acertada nos parece en tal sentido la reciente STS de 27 de febrero de 2003, que declara aparente una servidumbre de acueducto (así constituida por aplicación del art. 541 CC), por amparo del art. 561 CC –que ahora se estudiará con detalle–, y, en lo que ahora importa, porque «en el supuesto de autos, tanto los contadores como las tomas de aguas –situadas en lo que luego serían las dos fincas (dominantes y sirviente)– designan claramente la existencia de la tubería subterránea en que consiste la servidumbre». Tampoco debe haber problema para el caso resuelto por la STS de 8 de octubre de 1988, que estima aparente una servidumbre de conducción de aguas a través de unas tuberías –en el caso– protegidas con mampostería y cubiertas con hormigón (una de las cuales tenía grabada la inscripción «Agua Teodora Sánchez»), que atravesaba el manantial del fundo sirviente y terminaba visiblemente en la alberca de la finca dominante.

Pero, a diferencia de todos estos casos, ¿qué sucede si el canal de conducción de las aguas está totalmente oculto, cubierto por edificación o soterrado bajo el suelo?

Conforme al art. 532 CC (y al 552.2 CDFA) no habría duda, porque en tal supuesto la servidumbre de acueducto encajaría más bien en la definición de servidumbre no aparente. Así, la STS de 2 de diciembre de 1992 (en parte de su Fundamento Jurídico 3º): «… los demandados, aprovechando la ausencia del dueño de la finca, enchufaron unas tuberías de goma, que enterraron a lo largo de los 15 ó 20 metros del camino de acceso a sus edificios… A la vista de lo expuesto, la inexistencia de la servidumbre de acueducto a que se contrae la presente litis, resulta incuestionable, ya que no concurren ninguna de las circunstancias que se enumeran en el art. 558 del CC, tratándose más bien de un acto oculto o clandestino…». Lo mismo estimó recientemente la STS de 4 de junio de 2008 al transcurrir el acueducto por el subsuelo, y negar por ello aplicación al art. 541 CC.

Contrasta, sin embargo, con esta solución, *ex* arts. 532 CC y 552.2 CDFA, la calificación de «aparente» que el art. 561 CC atribuye a esta clase de servidumbre[21], y que incluso alguno considera también hoy aplicable en Aragón[22]. ¿*Quid iuris*?

No cabe decir, conectando continuidad con apariencia, que ésta existe por la exterioridad y visibilidad del signo cuando éste se construye o cuando es reparado[23]. Porque dichos actos, los de constitución y los de mantenimiento, amén de no implicar la permanencia que el signo aparente precisa[24], nada tienen que ver directamente con el ejercicio, ni con el funcionamiento de la servidumbre, porque, aunque lo hacen posible y útil, en ningún momento llegan a confundirse con él.

La jurisprudencia, secundada por la común doctrina, entiende que si bien la servidumbre de acueducto es aparente por su naturaleza, dada la posibilidad real de que se trate de acequia cubierta o tubería enterrada, o de que el dueño del fundo sirviente haya edificado sobre la obra ocultándola a la vista (art. 560 CC), el art. 561 CC le impone expresamente, como ficción *ex lege* dicen algunos y como excepción legal dicen otros, el carácter de apariencia a todos los efectos legales[25]. Al tratarse, entonces, de una norma singular, y excepcional, habría que aplicarla con preferencia frente a la norma general del art. 532 CC (pues, como es sabido, la norma especial deroga a la general):

---

[21] Ya había avisado Borrell y Soler (*Derecho civil vigente en Cataluña, t. II: Derechos reales*, Barcelona, 1944, p. 447), que el art. 561 CC «puede crear dificultades al calificar de aparente la servidumbre de acueducto». Incluso, Lacruz (*loc. cit.*), dará prioridad a la solución que se extraiga del art. 532 CC. Por el contrario, en los demás ordenamientos, donde no existe un precepto concordante con el nuestro, cuando se plantea el caso «problemático», no hay discrepancia en afirmar la no apariencia de la servidumbre de acueducto por conducción subterránea.

[22] Como es el caso de Bellod Fernández de Palencia (en *Derecho civil patrimonial aragonés*, coord. Bayod López, Zaragoza, 2013, p. 144).

[23] Así, solo en Italia, opinan Guiotto («Servitù», en *RDCiv*, 1993, I, pp. 216 a 218); y Bonilini («Servitù», en *RDCiv*, 1988, II, pp. 470 a 472), para quienes al no tener que ser funcional la parte del signo que sea visible, serán signos de apariencia las obras de mantenimiento y reparación.

[24] Es la única razón en contra aducida por De Buen (en la voz «Servidumbre», en *EJE*, t. 28, p. 666); Lacruz (pp. 528 ss); Del Arco Torres y Pons González (*Régimen jurídico de las servidumbres (Doctrina científica y jurisprudencial, formularios), con Anotaciones y concordancias con Leyes Civiles Forales*, 5ª ed., Granada, 2008, pp. 79 ss).

[25] En la doctrina, González-Alegre (*Manual de servidumbres (Gráficamente ilustrado)*, con prólogo de Blas Piñar López, Madrid, 1958, pp. 82 y 83); o Capilla Roncero («Ampliación de servidumbre de acueducto. Comentario a la STS de 29 de marzo de 1985», en *CCJC*, 1985, núm. 8, p. 1444), hablan de ficción legal. Otros, como Santos Briz (pp. 448 y 449); Castán (pp. 166 y 167); Del Arco Torres y Pons González (p. 80); Rodríguez y Rodriguez Germes («Servidumbres aparentes y no aparentes», en *RCDI*, 1951, p. 346, nota 26); Guilarte Gutierrez (p. 265); y Díaz Fuentes (*Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, 2004, pp. 115 y 116), hablan de declaración imperativa, por ministerio, de la ley. Y hablan de excepción legal, De Buen (EJE, p. 666), y siguiéndole, Del Arco y Pons (pp. 313 a 315). Ya Manresa (IV, pp. 699 y 700), creía que el art. 561 CC servía para disipar dudas.

Como pionera, decía la STS de 14 de abril de 1914, en su Considerando 2º: «que si bien la servidumbre de acueducto es desde luego aparente por su naturaleza, el artículo 561 del Código le impone de modo expreso este carácter para todos los efectos legales, ó sea en cuanto a su constitución, régimen y extinción, ante la facultad de que puedan ocultarse ó desaparecer los signos exteriores que revelen su aprovechamiento, ya por alguna de las distintas formas que le es dado adoptar para su construcción, como son las de acequia cubierta ó tubería enterrada, ya por el derecho condicionado que el artículo 560 concede al dueño del predio sirviente para edificar sobre el acueducto». Apoyándose en esta sentencia, casi reproduciéndola, dirá la STS de 29 de enero de 1966, en su Considerando 3º, que «la servidumbre de acueducto es aparente por su naturaleza, no porque le resulte atribuido artificialmente este carácter por el artículo 561 del CC, el cual lo que hace es sencillamente imponer dicho carácter para todos los efectos legales, es decir en cuanto a su constitución, requisitos y extinción ante la posibilidad de que puedan ocultar o desaparecer los signos exteriores que revelen su aprovechamiento ya por alguna de las distintas formas que les es dado adoptar para su construcción o ya por el derecho condicionado que el artículo concede al dueño del predio sirviente para edificar sobre el acueducto». Por su parte, la STS de 15 de febrero de 1963 se limitará a decir que la servidumbre de acueducto es aparente por «consideración legal» *ex* art. 561 CC. En la misma línea, aunque sobre servidumbre de desagüe (de aguas fecales por tubería enterrada), la STS de 14 de diciembre de 1993, y sobre una servidumbre forzosa de acueducto, la STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2003, que se apoya expresamente en la primigenia STS de 1914 antes reseñada. Más allá de la interpretación hecha al art. 561 CC por esta jurisprudencia, nos parece, en cualquier caso, difícil de admitir que una norma excepcional o singular, frente a la general del art. 532 CC (o de la norma aragonesa) sea aplicable por analogía a otras servidumbres (como la de desagüe), diversas de las que en ella expresamente se contemplan (cfr. art. 4.2 CC).

Esta solución, sin embargo, además de hacer aparente lo que realmente no es, acentúa la incoherencia entre los arts. 532 y 561 CC.

Con la intención de resolver dicha contradicción, Scaevola considera que dicho precepto, por su propia ubicación, se refiere a las servidumbres legales de acueducto, de modo que si es voluntaria será o no aparente según las exigencias generales del art. 532 CC[26]; una solución ésta que parece encontrar ahora cobijo en la STS de 20 de octubre de 1993, con Gullón Ballesteros como Ponente, cuando en su Fundamento Jurídico 2º admite las alegaciones del recurrente de que «nos encontramos ante una servidumbre no aparente, que denomina el recurrente «de tubería para paso de agua subterránea», no ante una servidum-

[26] Quintus Mucius Scaevola (X, pp. 284, 527 a 529).

bre de acueducto porque tal figura hay que reservarla para las que, cumpliendo los requisitos legales de los artículos 552 y ss. del Código Civil, pueden imponerse forzosamente o son de carácter legal, mientras que la figura se ha constituido voluntariamente, si existiera. Además, se sostiene en el motivo, aunque se estimase de acueducto no sería aplicable el artículo 561, porque está pensado para estimar continua a la servidumbre, no para conceptuar como aparente una servidumbre que no lo es»; para terminar aceptando tal sentencia que «efectivamente hace a la servidumbre no aparente en tanto que la tubería de conducción va enterrada». En la misma línea, la STS de 2 de diciembre de 1992, que considera un acto oculto y clandestino el uso de tubería enterrada sin permiso, ni conocimiento del dueño de la finca; y, aunque sobre una servidumbre de desagüe, la STS de 29 de mayo de 1979.

Tampoco esta explicación nos resulta satisfactoria: lo dispuesto en el art. 561 CC debe interpretarse como posibilidad de derogación de los límites legales de interés privado en materia de aguas (cfr. entre otros, los arts. 552 y 559 CC); con lo cual, no siendo usucapible, por innecesario, el límite mismo, lo será el resultado de su modificación, esto es, una servidumbre que, no estando impuesta ya directamente, ni habilitada mediatamente como forzosa por la ley, será voluntaria. En cualquier caso, aun admitiendo que, en efecto, el art. 561 CC se refiere a una servidumbre legal, en cuanto forzosa, ¿no perviviría la contradicción entre los arts. 561 y 532 CC? Establecería el art. 561 CC una apariencia a los «efectos legales» (vgr., oponibilidad y, posiblemente, adquisición por uso), amén de innecesaria, en contra de la definición general contenida en el art. 532.4 CC.

El nudo de esta *quaestio iuris*, en nuestra opinión (que no encuentra eco en la jurisprudencia, ni en el resto de la doctrina), no estriba en tal discordancia, sino aisladamente en el propio art. 561 CC, que no fue sino una errónea, por incompleta, copia que el art. 563 del Proyecto de CC de 1882, de indudable inspiración italiana, hizo en su momento del art. 619 *Codice* de 1865, sobre la servidumbre de presa de agua, que decía*: «La servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, a qualqunque uso sia destinata, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore»*. En la norma italiana, como se ve, se mencionaban igualmente la continuidad y la apariencia de aquella servidumbre, haciendo la misma aclaración que hace nuestro art. 561 CC respecto a su continuidad, mas también matizando, a diferencia del silencio que guarda el nuestro, su apariencia, puesto que la condicionaba a que hubiese canal u otra obra visible y permanente, concordando por ello, sin colisión alguna, con la noción general de servidumbre aparente, y con el ejemplo de la de acueducto, que expresaba el art. 618.2 CC italiano de 1865. En cambio, nuestro art. 561 CC no contiene ninguna aclaración, ni salvedad; un vacío, no obstante, que podría ser colmado a la vista del propio dato apuntado, pues aquella copia parcial obliga a pensar que el art. 532 CC prima sobre el art. 561 CC, y que éste no contiene en realidad nin-

guna excepción o ficción imperativa, ni, por tanto, ninguna norma singularmente preferente a la general, sino un simple *lapsus linguae*. Seguramente, además, el art. 561 CC se refiere al caso ordinario, propio de la época en que fue redactado, de acueducto permanente y visible; y su razón, más que imponer el rasgo de apariencia a esta servidumbre, fue la de aclarar el de su continuidad ante su consideración histórica como semicontinua (incluida, a veces, entre las discontinuas en las Partidas según su Ley 15, Tít. 31, de la P. 3ª, cuando no se usase de las aguas cada día, sino en unidades de tiempo mayores –una vez a la semana, al mes o incluso al año–[27]). Así, de hecho, lo razonaba el recurrente en aquella STS de 20 de octubre de 1993, antes reproducida, y que en parte parece ésta admitirlo.

En efecto, en la jurisprudencia habida en tiempos de vigencia de las Partidas, la STS 15 de junio de 1866 expresamente dice que la usucapión de la servidumbre de acueducto será de distinto tipo «según su uso sea contínuo ó discontínuo». De hecho, las SSTS de 16 de octubre de 1866, 17 de junio de 1873, 11 de enero de 1895, 7 de noviembre de 1911, y de 15 de febrero de 1963, se refieren a la adquisición de esta servidumbre por el uso inmemorial que las Partidas regulaba para las servidumbres discontinuas, resultando significativa las dos últimas sentencias citadas en que, ante la pretensión en el pleito de haberse usucapido la servidumbre de acueducto por el transcurso de 20 años, por aplicación de los arts. 537 y 561 CC, admiten, en cambio, su adquisición ya consolidada por la inmemorial al amparo de las Partidas. Dirá, en particular, la STS de 15 de febrero de 1963: «Que sobre el hecho cierto que los demandados vienen disfrutando las servidumbres discutidas desde tiempo inmemorial con anterioridad a la vigencia del Código Civil, legitima su virtualidad o vigencia al tiempo de la presentación de la demanda, los arts. 537 en relación con el 561 del CC en cuanto a la de acueducto la que por consideración legal de continua y aparente se adquiere por prescripción de 20 años y la otra porque datando la fecha anterior al Código se rige por la Ley de Partidas que regula su adquisición por el transcurso de tiempo inmemorial como acaece en el caso de autos». Habrá, sin embargo, de aplicar la usucapión veinteñal del Código Civil la STS de 14 de abril de 1914, pues en el caso que trataba, aun sin ser inmemorial, ni conocerse el día

---

[27] Sobre las servidumbres continuas, decía la Ley 15: «De tal natura seyendo la seruidumbre que fiziesse seruicio a otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe, assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciesse en campo de alguno o otra semejante della: si el vezino se sirue desta agua regando su heredad... ca en qualquier destas seruidumbres, e otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho». Pero también podía ser discontinua la servidumbre de aguaducho según la propia Ley 15: «Mas las otras seruidumbres de que se ayudan los omes para aprouechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non vsan dellas cada dia; mas a las vezes, e con fecho, assi como senda, o carrera, o via, que ouiesse en heredad de su vezino; o en agua que viniesse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia...».

inicial de su posesión, se sabía, como dato significativo, de «la existencia –probada– del acueducto con anterioridad al año 1880 y del uso continuo durante más de veinte años de las aguas que discurren en provecho de la finca». Lo mismo hará la STS de 31 de marzo de 1919 dado que la posesión del acueducto en el caso era ya más que centenaria. En cambio, entienden usucapida la servidumbre de aguas por la usucapión ordinaria (de 10 años entre presentes ó 20 entre ausentes, con título y buena fe), admitida en las Partidas para las servidumbres continuas, las SSTS de 25 de octubre de 1866 y de 9 de febrero de 1877. Bajo la influencia del régimen instaurado por el Código Civil, deja, en cambio, bien claro la STS de 14 de octubre de 1905 que la servidumbre de acueducto «no deja de tener el carácter de continua por la sola consideración de que las aguas del arroyo dejasen de correr en algunas temporadas por la acequia y acueducto permanente construido al efecto por mano é industria del hombre». Por puro mimetismo, en cambio, o por mera consideración a la afirmación del art. 561 CC, dirán otras muchas sentencias que la servidumbre de acueducto es continua (entre otras, las SSTS de 31 de marzo de 1959, de 15 de febrero de 1963, y de 4 de octubre de 1988).

Oscilando, así, en la historia el encaje de la servidumbre de aguas, ora en las continuas, ora en las discontinuas, el art. 561 CC, puede decirse, en fin, responde a la necesidad de poner fin al vaivén a que dicha servidumbre había sido sometida por la periodicidad de su uso. El tema, en cambio, de si era o no aparente, no fue jamás su verdadera *ratio*.

Siendo tal el *lapsus calami* a que ha dado lugar el art. 561 CC, por su errónea redacción, no nos parece que deba ser tenido en cuenta en la práctica a los efectos de determinar la apariencia o no apariencia de las servidumbres de acueducto. Menos aún, creemos, debe ser aplicado en Aragón, donde el art. 552.2 CDFA, aunque norma general sobre la distinción entre servidumbre aparentes y no aparentes, al ser una norma singular, en cuanto foral, ha de gozar de aplicación preferente, o excluyente, frente al art. 561 CC, que en cuanto Derecho común o general ha de ceder ante aquél (cfr. art. 13.2 CC).

4. Funcionalidad del signo aparente, y su localización según cada caso. En especial, el tradicional caso aragonés de los voladizos como signo aparente de servidumbre de luces y vistas.

Finalmente, el art. 552.2 CDFA (y también el 532.4 CC), exige que los signos constantemente exteriores y visibles «revelen el uso y aprovechamiento» de la servidumbre. ¡*Haec est quaestio*!

Interpreta la doctrina aquella frase como necesidad de que el signo de apariencia sea instrumental y funcional, es decir, que sea medio necesario e indispensable para el ejercicio –«uso», según los arts. 532.4 CC y 552.2 CDFA– del contenido de la servidumbre, y que esté destinado teleológicamente a su efectivo funcionamiento –«aprovechamiento», dicen los arts. 532.4 CC y 552.2 CDFA–, o

sea, al logro de la utilidad pretendida[28]. Y dicha conexión entre el signo y el uso y aprovechamiento de la servidumbre habrá de ser objetiva e inequívoca, como evidencia el verbo «revelar» de los arts. 532 CC y 552.2 CDFA: objetiva, ya que el signo debe servir por sí mismo al ejercicio de la servidumbre, de modo que tenencia del signo y ejercicio de la servidumbre se identifiquen; e inequívoca, porque ha de hacerlo sin necesidad de elucubraciones, sino de forma indubitada[29].

Por eso, una parte de aquella misma doctrina, no exenta de oposición, defiende la necesidad de que el signo sea perfecto, es decir, que esté totalmente acabado y finalizado en su construcción y existencia, porque hasta ese instante, no siendo funcional el signo, la servidumbre no será todavía aparente[30]. A los efectos de fijar con precisión el *dies a quo* posesorio en la usucapión de las servidumbres (positivas, continuas y aparentes), así se prevé en parte del Derecho extranjero (como en el art. 642 CC francés –sobre aguas, que siguió el art. 488 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851–, o en los arts. 541 –sobre aguas– y 637 –sobre desagüe– del CC italiano de 1865, y actualmente en el art. 1095.1 *Codice* vigente –sobre desagüe–)[31], haciéndolo coincidir con el momento de fina-

---

[28] Entre nosotros, importando esa idea de la doctrina extranjera, pero aplicable por su lógica a nuestro Derecho, Scaevola (X, pp. 281 y 282); Lacruz (pp. 528 ss); Lucas Fernández (pp. 26 y 27); Díez-Picazo y Gullón (p. 441); González Porras (en sus notas al *Tratado de servidumbres* de Biondi, cit., pp. 417, 650 y 651); Roca Juan (pp. 39 ss); Del Arco y Pons (pp. 80 ss); Guilarte Gutiérrez (pp. 262 y 263); Tur Faúndez (pp. 22 ss); y tantos otros.

[29] Se trata de una relación que expresamente recoge, a través de la idea de «destinazione», el actual art. 1061.2 CC italiano de 1942. Ya con anterioridad, los arts. 541 CC italiano 1865 y 642.2 CC francés, ambos sobre la usucapión de servidumbre de aguas, exigían la visibilidad de dicho destino de la obra para la conducción y declive de las aguas; y el art. 637.2 *Codice* ya derogado, acerca de la servidumbre de desagüe, hacía otro tanto al referirse a la necesidad de que la obra estuviera destinada a recoger y a conducir el agua por el desagüe en beneficio propio.

[30] Es de dicha opinión, Lacruz Berdejo (pp. 528 a 533). En su contra, Llácer Matacás (p. 98); y siguiéndole, en nuestra contra también, Rebolledo Varela (p. 105), que consideran como signos aparentes de servidumbre unas ventanas no acabadas en un edificio en construcción, un camino o un acueducto sin concluir,…

[31] El art. 642 *Code*, en su primera redacción –que es la que toma casi íntegramente el art. 488 del Proyecto de Código Civil de 1851–, decía: «La prescripción en este caso no puede adquirirse sino por el goce no interrumpido de treinta años, a contar desde el momento en que el propietario de la tierra inferior haya hecho y terminado las obras oportunas, destinadas a facilitar la corriente y entrada o caída de agua en su propiedad» (según traducción tomada de Aguilera y Velasco: *Colección de Códigos europeos concordados y anotados*, t.I, Madrid, 1875, p. 94). Y actualmente, tras ser reformado por la Ley 8 Abr. 1898, dice: «Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trent ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété». El art. 541 CC italiano de 1865: «La prescrizione in questo caso non si compie che col possesso di trent'anni, da computarsi dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, e cha abbiano servito all'uopo». Y art. 637: «*Gli scoli derivanti dall›altrui fondo possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all›effetto d›impedire la loro diversione.(…) Allorchè il modo d›acquisto di tale servitù è la prescrizione, questa non si ha per*

lización, por manos del propio prescribiente, en la ejecución del signo aparente destinado al uso de la servidumbre en cuestión.

Muy en conexión con dicha funcionalidad está la localización del signo. Nada dicen al respecto nuestros arts. 532 CC y 552.2 CDFA; mas se trata de un silencio prudente, porque según cada caso, según la naturaleza, contenido y finalidad de la servidumbre de que se trate[32], el signo habrá de estar emplazado: unas veces en el fundo dominante (como ocurre en las servidumbres de luces y vistas con ventanas o balcones en pared propia según los arts. 581 a 583 y 585 CC y 545, 546 y 548 CDFA, con las plantaciones *ex* arts. 591 y 592 CC, 539 y 540 CDFA, o en la de vertiente de tejados según el art. 587 CC); otras veces, en cambio, el signo aparente habrá de estar en la finca sirviente (como sucede en la de paso según los arts. 564 ss CC y 577 CDFA, o en la de estribo de presa, parada o partidor *ex* art. 562 CC); en otras ocasiones el signo aparente habrá de estar situado en ambas fincas, dominante y sirviente, ora ocupando el espacio de una y otra (como en los casos de acueducto y desagüe)[33]; ora en la colindancia y límite de ambos predios (como sucede con las luces y vistas en pared medianera según el art. 580 CC, con las plantaciones *ex* arts. 591 y 592 CC, 539 y 540 CDFA, o con una puerta para el paso que comunique ambos fundos[34]). En nuestra jurisprudencia, así lo advierten las SSTS de 21 de junio de 1971, 11 de junio de 1975, 30 de junio de 1978 y de 12 de julio de 1984 (esta última refiriéndose al Derecho aragonés).

Y si en algunos casos, como los indicados, se requiere su localización en el fundo sirviente es también para evitar dudas acerca de si el signo es establecido como acto de pura facultad por formar parte del propio derecho de propiedad

---

cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio...». Y actualmente, según el art. 1095.1 CC italiano de 1942: «Nella servitù attiva degli scoli il termine per l'usucapione comincia a decorrere dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante ha fatto sul fondo servente delle opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a vantaggio del proprio fondo». Tal es la incidencia científica de estos preceptos que, con carácter general, la doctrina extranjera erigirá en máxima aquellos supuestos taxativamente previstos, sosteniendo que el cómputo en la usucapión de servidumbres positivas viene en todos los casos marcado por la realización completa de las obras.

[32] Así, Burón García (*Derecho Civil Español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, t.II, Valladolid, 1898, p. 342); Puig Peña (pp. 485 ss); Clemente Meoro (p. 510).

[33] Sin embargo, Quintana Petrus (*Derecho de aguas [La Ley de Aguas de 1985 y sus Reglamentos]*, Barcelona, 1989, p. 267), y ya antes Machelard («Distinction des servitudes prédiales en Droit Français», en *RCLJ*, v. 32 (1868), p. 443), refiriéndose al Derecho Romano, dicen que en la de acueducto «los signos de la existencia de la misma deben estar emplazados en el predio sirviente». Dependerá de cada caso.

[34] Por su parte, Miglietta (pp. 36 y 37), dice que el signo de apariencia de la servidumbre de paso podrá estar en el fundo dominante, cuando sea un camino, o en la colindancia de ambos predios, cuando se trate de una verja o puerta. Sin embargo, según Quintus Mucius Scaevola (X, pp. 273 y 274), la puerta, pasadizo, camino o puente debe estar en el predio sirviente.

(*iure proprietatis*) o por derecho de servidumbre (*iure servitutis*), es decir, como muestra de contradicción de poderes sobre una misma cosa, como prueba de invasión en fundo ajeno; requisito mínimo éste indispensable para que haya derecho real limitado, en cuanto derecho en cosa ajena, e *instrumentum* que así lo manifieste.

De ahí, por ejemplo, que la STS de 1 de febrero de 1909, sobre una servidumbre de paso de corriente eléctrica, estimara que no había siquiera servidumbre porque los hilos no eran signo aparente de servidumbre ninguna al encontrarse a una altura mayor de la que incluso exigen las leyes urbanísticas (razonándolo del siguiente modo en sus dos primeros Considerandos): «Considerando que dado el concepto de la servidumbre, tal y como la establece el art. 530 del Código Civil, no puede reconocerse su existencia en el mero hecho del paso por encima de la casa de la Sociedad recurrente y á una altura que excede en mucho de la señalada por las leyes y reglamentos que rigen en la materia de unos hilos telefónicos que por no apoyar ni tocar en la mencionada finca, ni suponer la ocupación material de la misma, ni merman ó limitan en lo más mínimo los derechos del propietario para elevar la edificación, ni puede, por último, afirmarse racionalmente que por cruzar el espacio los referidos dos hilos se constituya signo aparente del cual pueda derivarse, en ningún tiempo, causa ó motivo de servidumbre. (…) Considerando –el 2º– que al estimarlo así la Sala sentenciadora y absolver en consecuencia de la demanda á la Sociedad General de Teléfonos, no ha infringido las leyes y disposiciones de carácter administrativo que se invocan por el recurrente, en los inexactos conceptos y supuesto de constituir una limitación de la propiedad los hechos que integran el presente litigio, toda vez que la ocupación del espacio aéreo en tanto en cuanto no restringe de algún modo los derechos de la propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro derecho, si bien por lo mismo tal ocupación tampoco puede revelar como queda expuesto, limitación alguna de aquel derecho en concepto de servidumbre».

Esa misma razón es aplicable, incluso con mayor énfasis, cuando el signo deba estar en el predio dominante, porque en tal caso para que el signo evidencie sin duda ninguna el uso –o la pretensión de uso– de una servidumbre, en cuanto carga que recae sobre una propiedad ajena, habrá que significar derogación de los límites legales de interés privado de la propiedad fundiaria (cfr. arts. 551.2 y 594 CC); sólo entonces cabrá observar intromisión en dominio ajeno y, correlativamente, expansión de derecho sobre fundo propio[35]. Así, por ejemplo: la servidumbre voluntaria de vertiente de tejados, prevista en el art. 587 CC, para ser servidumbre y además aparente, deberá presentar un signo –teja, alcantarillado, cañería– que haga caer o verter el agua en la finca vecina contra lo dispuesto como límite, de interés particular, por el art. 586 CC. Como indudablemente

[35] Esta conexión entre apariencia e «ilegalidad» en esta sede es puesta de manifiesto de modo expreso por Biondi (pp. 405 ss).

aparente la estima la jurisprudencia, por ejemplo, en sus SSTS de 13 de julio de 1885, que la considera una servidumbre «ostensible y manifiesta», de 12 de noviembre de 1889, o la de 12 de octubre de 1904, según la cual «se trata de una de las servidumbres más ostensibles», aunque en el caso resuelto por la STS de 29 de mayo de 1979 se estimase como no aparente. También en materia de servidumbre de plantaciones acontece lo mismo, no siendo suficiente con que existan árboles o arbustos en el fundo propio, porque si están dentro de los límites legales privados (de los arts. 591 y 592 CC, o de los 539 y 540 CDFA,), se tratará de un acto, el de la plantación, de ejercicio de la propiedad propia. Para que exista signo aparente de servidumbre será necesario que dichos árboles y arbustos, aun plantados en el propio predio, estén situados a una distancia del fundo ajeno inferior a la legal, alterando así lo dispuesto en el art. 591 CC, o en el art. 540 CDFA, o que incluso invadan por extensión de sus ramas el vuelo y cielo ajenos, contraviniendo entonces el límite del art. 592 CC, o del art. 539 CDFA. Sólo en ambos casos habrá invasión del bien ajeno y, con ello, señal aparente de –posible– servidumbre. Tampoco cuando en pared propia se abra hueco o ventana, para luces o vistas, o se construya balcón u otro voladizo, para vistas, necesariamente habrá apariencia de servidumbre, de luces o de vistas. Por el contrario, si tales obras, aun contiguas a fundo ajeno, se llevan a cabo conforme a las dimensiones y distancias legales, es decir, dentro del régimen común dispuesto en los arts. 581 y 582 CC, o en el art. 545 CDFA, ello será ejercicio del propio derecho de propiedad, un acto de simple facultad que se desenvuelve en cosa propia y dentro de sus límites en interés particular, el de la intimidad de su vecino, quien, también conforme a las facultades de su dominio, podrá o no tolerar según decida cerrarlos o no (cfr. arts. 581.2 y 3 CC y 550 CDFA). Para que haya señal aparente de servidumbre de luces y vistas será necesario que aquellas obras –huecos o balcones– sean irregulares, es decir, que infrinjan los referidos límites legales por encontrarse a una distancia menor o por presentar dimensiones mayores a las permitidas legalmente (cfr. art. 585 CC). Sólo de este modo habrá intromisión en cielo y vuelo ajenos, y el signo, que incluso dentro de los límites legales es exterior y visible, ahora se convertirá en indicio aparente e inequívoco de una servidumbre por significar una invasión y limitación extraordinaria *in alienum* que pasivamente no puede ya estimarse como tolerable por el vecino. Desde hace tiempo en Navarra y, recientemente, en Aragón, tan permisiva tradicionalmente con su legislación en materia de luces y vistas, se da buena cuenta de todo ello:

En Navarra, los huecos que para luces permite, dentro de unos límites, la Ley 404 FNN, según la STSJ de Navarra de 29 de abril de 1994, deben considerarse como de tolerancia u ordenanza, porque pueden ser tapados cuando el vecino edifique en su finca. En efecto, en el párrafo primero de aquella Ley 404 FNN, se dice: «El propietario de un fundo podrá abrir en su pared contigua a otro fundo huecos hasta una vara en cuadro, cerrados mediante barrotes remetidos y con red metálica, salvo la costumbre local. Estos huecos podrán ser cerrados

cuando se edifique en la finca vecina, y –dice, claramente– no serán tomados como signos de aparente servidumbre a efectos de la prescripción». Al no decirse nada sobre vistas, considera aquella STSJ de Navarra de 29 de abril de 1994, que son aplicables, con función integradora, los arts. 582 y 583 CC. Recientemente, la STSJ de Navarra de 24 de junio de 2002 dirá, con alcance general (refiriéndose, en el caso, a un balcón o corredor para luces y vistas), que el signo aparente de luces y vistas «ha de quedar perfectamente delimitado y perfilado, sin que sea procedente una determinación dubitativa o que produzca indefinición… al tratarse del signo productor de servidumbre» (como así sucedió en el caso, en que la servidumbre fue usucapida).

Con mayor razón se ha hablado de tolerancia en Aragón, donde históricamente no han existido fuertes limitaciones en esta sede, al ser, por el contrario, posible la apertura de ventanas para luces y vistas en cualquier clase de pared, aunque siempre supeditada a la facultad, también *iure dominii*, del vecino de taparlos levantando muro o construyendo edificio en su predio (según afirmación contenida en las SSTS de 2 de febrero de 1962 y de 30 de Junio de 1969, según la cual «la legislación aragonesa en materia de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo»)[36]. En la ya hoy derogada Compilación aragonesa de 1967, tras permitir el art. 144, en su párrafo primero, la apertura de cualquier hueco en pared exclusiva o común y prohibir, en su siguiente párrafo, la construcción de balcones o voladizos[37], disponía, en cambio, en su art. 145: «Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas –según la STS de 30 de junio de 1969, la STSJ de Aragón de 22 de abril de 2008, y en opinión de Gutiérrez Celma, porque al infringir el art. 144.2, implicaban la invasión del fundo y espacio aéreo ajenos–. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior –art. 144.2, según subrayaban las SSTSJ de Aragón de 16 de diciembre de 2005, de 22 de abril de 2008 y la de

---

[36] En la doctrina, acerca de la tradición aragonesa, con referencia sobre todo a su anterior Compilación, hoy ya derogada, *vid.*, Sancho Rebullida («Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones del derecho de Abolorio o de la Saca [Arts. 143 a 152 inclusive, de la Compilación]», en *Estudios de Derecho Civil, II*, Pamplona, 1978, pp. 136 a 145); Gutiérrez Celma («El régimen de luces y vistas: Relaciones de vecindad y servidumbres», en *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1996, pp. 19, 29, 35, 36, 67, 68 y 73); y Merino Hernández (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t. XXXIV, v. 2º: Artículos 119 al final *Compilación de Aragón*, Madrid, 1988, pp. 228 a 230).

[37] Decía aquel art. 144 de la Compilación aragonesa de 1967: «1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. (…) 2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. (…) 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna».

30 de noviembre de 2009– ni tampoco los voladizos sobre fundo propio», porque ya no hay intromisión *in re aliena*, sino una buena relación de vecindad, mera tolerancia del vecino, que no habilitaría, por ejemplo, para la usucapión a favor de quien abrió tales huecos o construyó tales voladizos.

Advertía aquella STS de 30 de junio de 1969 acerca de dicho art. 145, que su consideración de cualquier voladizo, cualquiera que fuese la pared donde estuviese, como signo revelador ya de posible servidumbre (no de mera tolerancia del vecino), operaba «poniendo así en guardia, al propietario del terreno, sobre el que se construyan –si no fuese del dueño de la construcción– para reaccionar contra la erección de tales salientes, con la significación legal que, ello supone, en su perjuicio» (como, por ejemplo, la posibilidad de usucapir en su contra una servidumbre de luces y vistas).

Por su parte, acerca del propio concepto de voladizo, dirá la STSJ de Aragón de 27 de septiembre de 2007, que no pueden estimarse como tales los solaretes o repisas, ni los tendederos, ni tampoco, según la STSJ de Aragón de 22 de abril de 2008, los alféizares (que en el caso apenas sobresalían unos 5 centímetros de uno de los huecos de la pared propia). Razonará, en particular, aquella sentencia de 2007: «Los solares o repisas del caso no pueden merecer el concepto de voladizos con entidad suficiente para ser considerados signos aparentes capaces de adquirir por usucapión una servidumbre. Tampoco merecen este concepto los tendederos pues los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, ha de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con los tendederos pues su destino no es otro que el de tender la ropa y mal pueden permitir apoyar el cuerpo con la finalidad de recibir luces o posibilitar vistas». Por su parte, la STSJ de Aragón de 14 de julio de 2008 negará la condición de voladizos a las ventanas con barandilla desde el suelo, al no ser balcones: «… los susodichos balcones no vuelan, aunque los huecos están provistos de barandilla, la cual no sobresale de la fachada, sino que delimita el vano… Es decir, no basta con que el saliente del que esté provisto el hueco, permita asomarse al exterior del edificio, ya que en realidad, esta posibilidad cabe en algunos huecos sin estar provistos de saliente. Hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad: permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente». En la misma línea, las SSTSJ de Aragón de 22 de abril de 2008 y de 4 de febrero de 2009. Todo ello se ha venido exigiendo, en definitiva, porque al ser más tolerante el Derecho aragonés en esta materia, o siendo en él más amplio, genérico, e indeterminado el campo de las relaciones de vecin-

dad, en caso de que pueda llegar a haber servidumbre, su apariencia debe ser aún mayor, superlativa e indudable.

De todo ello hay fiel reflejo en el actual Derecho aragonés, cuyo art. 574 CDFA, bajo la rúbrica «signos aparentes», nos dice: «Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545[38] –que conforme a la tradición aragonesa, sin remisión ya a la normativa estatal, regula el régimen normal, apenas sin limitación, de la propiedad inmobiliaria en materia de luces y vistas– ni tampoco los voladizos sobre fundo propio». Y explica al respecto el Código aragonés en su Preámbulo: «Las normas sobre luces y vistas tienen su complemento y contrapartida en las que regulan las servidumbres de luces y vistas, señaladamente en cuanto a la usucapión de estas. Solo los voladizos que caigan sobre fundo ajeno y reúnan las características determinadas en el artículo 548 –por suponer invasión en la propiedad ajena en contravención de aquellos límites legales, y que define qué son voladizos, por inclusión y por exclusión– son signo aparente de servidumbre de luces y vistas; en ningún caso, la falta de reja y red ni los voladizos sobre fundo propio. Por tanto, nunca la existencia de huecos de cualesquiera dimensiones sin voladizos, tengan o no las protecciones exigibles, dará lugar a la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas, pues, no habiendo signo aparente ni siendo susceptible de posesión, no cabe usucapión (artículos 567 y 575)».

En efecto, dirá el art. 548 CDFA: «Voladizos. (…) 1. Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina. (…) 2. No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca. (…) 3. No prescribe la acción para exigir la supresión de los voladizos existentes dentro de las distancias determinadas en el apartado 2 del artículo 545».

No hace, pues, el vigente Derecho aragonés, sino secundar en su esencia el régimen ya consagrado, conforme a su tradición, en los arts. 144 y 145 de su anterior Compilación, y todo cuanto en torno a ella había consagrado la jurisprudencia foral, en parte frente a lo prescrito al respecto por el Derecho común.

---

[38] Dice dicho art. 545 CDFA: «Régimen normal de luces y vistas. (…) 1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. (…) 2. Dichos huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas o sesenta centímetros en vistas de costado u oblicuas. (…) 3. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable a los huecos abiertos sobre una vía de uso público.».

A su vista, recientemente, Argudo Périz[39] concluirá comentando que «el modelo de voladizo aragonés es el balcón, pero el voladizo puede comprender otras estructuras y elementos, siempre que sobresalgan suficientemente de la pared, aunque el Código aragonés no ha establecido medidas mínimas y las posibles dimensiones suficientes seguirán siendo en muchos casos una cuestión de valoración judicial, estar colocados debajo de un hueco que sirva para prospectar la finca vecina (vistas), lo que elimina prácticamente las puertas, y debe permitir la acción de las personas, de menos a más, de asomarse, apoyarse y moverse por él mismo, por lo que no puede ser una simple ventana». No obstante, reconoce Argudo que se ha dejado conscientemente sin resolver en la codificación aragonesa el tema de las azoteas, terrazas y galerías, tan controvertido en la jurisprudencia menor aragonesa, donde hay pronunciamientos en todos los sentidos, y que, sin poderse solucionar con una solución *a priori*, habrá de serlo *super casum*.

Idéntica razón –que se trate de una servidumbre, sin que haya equivocidad sobre su evidencia y apariencia– justifica finalmente en otros supuestos que los signos estén localizados en la confluencia territorial de ambos fundos (como ocurre con la servidumbre de luces y vistas en pared medianera por derogación del art. 580 CC; no así según el art. 545 CDFA), o dentro de cada una de las fincas, dominante y sirviente, como, por ejemplo, sucede en el supuesto prototípico de servidumbre forzosa de paso (según los arts. 564 y 565 CC), en el que sólo existirá esa conexión objetiva entre signo y uso cuando el carril, trazado a través del fundo sirviente, nazca de la vía pública y llegue a la entrada del predio dominante (arts. 568 CC y 580 CDFA). Porque sólo entonces habrá señal reveladora inequívoca del uso y aprovechamiento del contenido de una servidumbre, y no del propio predio por donde atraviesa el sendero[40]. En nuestra propia jurisprudencia se observa esta idea: la STS de 22 de diciembre de 1906, por ejemplo, dice que la de paso será aparente cuando la finca esté enclavada y haya un camino de ella hasta la vía pública; la STS de 23 de noviembre de 1906, por su parte, ya dijo que la de paso será no aparente cuando, aun habiendo signo aparente (un camino, en el caso), no pueda servir a la finca –pretendidamente– dominante, sino tan solo a la finca sirviente (que en el caso era de gran extensión). Antes, la STS de 25 de noviembre de 1905 había mostrado la equivocidad de un camino que podía servir al propio fundo que atravesaba, y no necesaria-

---

[39] Argudo Périz («Servidumbres de luces y vistas. Artículos 574 a 576 del Código Foral de Aragón», en las *Actas de los vigésimo primeros encuentros del Foro de Derecho aragonés,* Zaragoza, 2012, p. 222, y que reproduce en «Relaciones de vecindad y servidumbres en el Código de Derecho Foral de Aragón», en *Manual de Derecho civil aragonés [conforme al Código del Derecho Foral de Aragón]*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por Mª Ángeles Parra Lucán, 4ª ed., Zaragoza, 2012, p. 688, y en la 3ª ed. del Tratado dir. Rebolledo, pp. 809 a 819).

[40] Puntualización que, con más o menos detalle, realizan Albaladejo García (*Curso de Derecho Civil español, t. III: Derecho de bienes*, Barcelona, 1982, pp. 346 ss); Lacruz Berdejo (*Elementos de Derecho Civil, t. III: Derechos Reales, v. 2º: Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. Bienes inmateriales*, con la colaboración de FA. Sancho Rebullida, Barcelona, 1980, p. 75); o Lucas Fernández (pp. 26 y 27).

mente al vecino, que además contaba con otro camino que no atravesaba a aquél primero. Ninguna duda mostrará la STS de 1 de febrero de 1912 en afirmar el carácter aparente de una servidumbre de paso, porque «como signo revelador de su existencia se muestra perenne el carril mencionado» en el caso, amén de haber un portillo que comunicaba ambos inmuebles como acceso exclusivo tan solo entre tales inmuebles. Semejante supuesto resolvió, también a favor de la apariencia de la servidumbre de paso (en Aragón), la STS de 12 de julio de 1984, por la existencia de una puerta que comunicaba con el camino por el que pasar («y es indudable –decía– que tal puerta de acceso estaba proclamando de forma manifiesta, ostensible, el uso y aprovechamiento que de él se hacía»). También la STS de 21 de julio de 1971 estimaría en el caso aparente una servidumbre de paso por la existencia de una puerta que comunicaba los fundos (aunque al final no admitiera la constitución de dicha servidumbre *ex* art. 541 CC, porque quien abrió la puerta para pasar había sido el hijo del dueño, y no éste mismo). De modo similar, la STS de 11 de junio de 1975 estima aparente una servidumbre de paso (y constituida, ahora sí, *ex* art. 541 CC), gracias a la existencia de dos puertas que comunicaban y daban salida a los predios implicados. Por su parte, la STS de 30 de junio de 1978 estimará aparente una servidumbre de paso porque había «una pasarela, que comunicaba ambas fincas, por donde se accedía al local –beneficiado– a través de la otra finca –la gravada–». Por último, la STSJ de Aragón de 1 de diciembre de 2009 estimó como aparente una servidumbre (y así usucapida por el correspondiente lapso de posesión, conforme al Derecho aragonés), entendiendo que «sí existía un signo aparente de presencia de servidumbre, constituido en este caso por hueco para paso voluntariamente abierto en la pared de cerramiento de ambas fincas. Dato acreditado al que, reafirmando la existencia de la servidumbre, se añaden los más accesorios, pero también significativos, de que no había otro acceso a la finca del actor»; e insistiendo, luego, en que a pesar de no haber en el caso camino, vereda o carril ninguno, «es el signo permanente de uso del paso evidenciado por la apertura de un hueco en el muro que no tenía otra finalidad de uso que, precisamente, la de facilitar el acceso al predio dominante». En cambio, en la misma jurisdicción foral, la STSJ de Aragón de 18 de junio de 2010 niega, en el caso, la usucapión de una servidumbre de paso al no ser aparente, porque solo «consta la existencia de un camino que no conduce a la finca de los demandados, sino a terreno titularidad del actor y de una franja de terreno o prado entre la casa de los demandados y el camino, en la que no hay signo de rodadura ni camino, siendo irrelevante a efectos de la apariencia, la puerta existente en la casa de la demandada, pues con carácter general, las puertas tienen que abrirse a camino o carril para poder ser considerados signo aparente de servidumbres».

Igual comentario cabría hacer si se trata de la servidumbre de acueducto, en cuanto a la necesidad de que el canal, tubería, acequia o cañería ocupe ambas fincas, sirviente y dominante; e igual en lo que atañe a la de desagüe (según lo indicado ya en el epígrafe anterior al tratar el controvertido art. 561 CC cuando califica como aparente la servidumbre de acueducto, y que en nuestra opinión resulta inaplicable en Aragón).

5. La falta de funcionalidad, y, por tanto, de estricta apariencia, en algunos –pretendidos– signos –más o menos– publicitarios

Contra el parecer de algunos autores[41], no nos parece que sea posible calificar como signo aparente *ex* art. 532.4 CC (y, sin duda ninguna, mucho menos aún *ex* art. 552.2 *in fine* CDFA) a ciertos fenómenos, tales como los anuncios, carteles, leyendas, lápidas, ni siquiera a las inscripciones registrales o catastrales, porque aun pudiendo ser estimados como signos permanentes, exteriores y visibles, e incluso a veces como inequívocos (cual sucede con la inscripción registral), nunca podrán cumplir la funcionalidad que los arts. 532 CC y 552.2 CDFA les exigen como tales[42]. Así nos parece, salvo que tales signos subrayen la evidencia de un signo aparente ya existente: por ejemplo, recuérdese el caso, antes visto, resuelto por la STS de 8 de octubre de 1988, que estima aparente una servidumbre de conducción de aguas a través de unas tuberías –en el caso– protegidas con mampostería y cubiertas con hormigón (una de las cuales tenía grabada la inscripción «Agua Teodora Sánchez»), que atravesaba el manantial del fundo sirviente y terminaba en la alberca de la finca dominante.

Pero de suyo, falta en aquellas señales la conexión objetiva que entre signo y ejercicio de la servidumbre debe existir, porque no están al servicio de dicho uso, ni lo revelan por sí mismos. Recientemente, la STSJ de Navarra de 1 de diciembre de 2008 vino a dar prioridad a la topografía real de las fincas en lid, y a la arquitectura de los edificios sobre ellas existentes, «frente a la que carecen de relieve suficiente los indicios derivados de la descripción catastral de las parcelas, los cuales no pueden prevalecer sobre los datos físicos reales debidamente constatados».

¿Acaso, entonces, aun existiendo tales signos, la servidumbre será no aparente? El problema que plantea el Derecho español común es que, aun admitiendo que los casos indicados no responden a la apariencia del art. 532.4 CC, tampoco encajan en la total falta de apariencia del art. 532.5 CC. Recuérdese que, según ese párrafo quinto y último del precepto, son servidumbres «no aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia». Por el contrario, los instrumentos antes referidos (cartel, anuncio, inscripción,...), sí son indicio exterior de la existencia posible de una servidumbre. Y aunque en este punto quiera verse en la expresión legal de «existencia» un sinónimo de uso y ejercicio[43], algunos de aquellos signos podrían dar noticia de la exten-

---

[41] Albaladejo García (pp. 346 a 348); O'callaghan Muñoz (p. 239).

[42] Así, Lacruz (pp. 528 ss); Lucas Fernández (pp. 26 y 27); Roca Juan (pp. 39 a 42); Álvarez Caperochipi (II, p. 48); Del Arco y Pons (pp. 80 ss); Tur Faúndez (pp. 29 y 95).

[43] Sin razonarlo, Clemente Meoro (p. 510), cree que existencia es lo mismo que uso y aprovechamiento. De hecho, desde antiguo no pocos autores cuando se refieren a la apariencia de la servidumbre la ponen en conexión con su propia existencia; así, entre otros: García Goyena y Aguirre (*Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, t. I, Madrid, 1841, p. 182, con nota 2); Fernández Elías

sión y límites de su contenido y *utilitas*. Piénsese, sobre todo, en la inscripción que se haga de una servidumbre en el Registro de la Propiedad: como asiento registral reflejará la constitución –y en su caso, la modificación, transmisión o extinción (art. 2 LH)– de la servidumbre, y también, por exigencias de especialidad (arts. 9 LH y 51 RH), de la forma y alcance de su contenido, asegurando así su eficacia *erga omnes*, sobre todo frente a los terceros que de buena fe pudieran ignorarla.

Así las cosas, antes que negar apariencia a una servidumbre porque el signo no sea enteramente funcional y originar con ello un problema de discordancia entre los párrafos cuarto y quinto del art. 532 CC por crear entre ambos una tierra de nadie donde se encuadrarían esas servidumbres, especie –que nunca existió– de «semi–aparente»[44], habría que atemperar la formulación del art. 532.4 CC. Porque aunque la inscripción, el anuncio en valla,... no sean signo aparente, natural o estrictamente legal, de servidumbre, pueden cumplir, aunque sea artificialmente, la función anunciadora de existencia de la servidumbre. De hecho, no podrá alegarse con eficacia –de buena fe– su desconocimiento inculpable por ser oponible frente a todo tercero.

Esa apariencia, que asegura una oponibilidad plenamente absoluta en la servidumbre, no operará, sin embargo, a todos los efectos legales. Precisamente, y siguiendo los dictados del Código, no parece que sea aplicable a esas servidumbres artificialmente aparentes el régimen de usucapión que el Código Civil español y el aragonés también contienen para las servidumbres legalmente aparentes (cfr. los arts. 532.4, 537 y 538 CC, y los arts. 568, 569 y 575 CDFA), porque no hay coincidencia entre tenencia del signo y ejercicio de la servidumbre, sencillamen-

---

(*Novísimo Tratado Histórico-filosófico del Derecho Civil Español*, I y II, Madrid, 1880, pp. 564 y 565); Planas y Casals (p. 619); Castán Tobeñas (pp. 166 y 167); Clemente de Diego (p. 425); Albaladejo (pp. 346 ss); Díez-Picazo y Gullón (p. 441).

[44] Álvarez Caperochipi (II, p. 48), dice que «la definición legislativa positiva no coincide con la negativa». Calderón (pp. 383 y 384), habla de contradicción entre el párrafo cuarto, que se refiere a una apariencia perfecta y continua, y el párrafo quinto, que se refiere al menor indicio. Y Guilarte Gutiérrez (pp. 258 y 259), habla de discontinuidad, culpa en gran parte de la influencia que el art. 689 CC francés tuvo en la redacción de nuestro art. 532 CC. La reacción de los autores, ante esta posibilidad discordante, oscila entre dos opciones: unos dan prioridad a la definición de servidumbre no aparente, al art. 532.5 CC, de modo que cuando haya un indicio, por muy insignificante que sea, que dé noticia de la existencia de la servidumbre, ésta habrá de ser estimada como aparente; por el contrario, cuando no haya ningún tipo de señal, ya entonces la servidumbre en cuestión será no aparente (según opina, entre otros, González-Alegre, p. 33). Otros, en cambio, otorgan preferencia a la noción de servidumbre aparente del art. 532.4 CC, de tal forma que sólo será aparente aquella servidumbre que reúna todos y cada uno de los requisitos que en dicha norma se precisan; en cambio, si no hay signo, como dice el art. 532.5 CC, o habiéndolo no concurren en él ninguno o sólo alguno de los rasgos, cualquiera que sea, de los requisitos del párrafo cuarto, en ambos casos la servidumbre será no aparente. Así: Lacruz (pp. 528 ss); Lucas (pp. 26 y 27).

te porque ésta no se posee a través de aquél[45]; además, no sustanciándose en aquéllas el ejercicio de su contenido en la existencia, o tenencia mantenida, de la señal visible –que, recuérdese, no es funcional–, no se presumirá *ab initio* como pública su posesión. Por el contrario, para su constitución por uso, tales servidumbres habrán de estimarse como no aparentes, de modo que sin título que las establezca, los actos constitutivos de su ejercicio podrán entenderse meramente tolerados o permitidos por el dueño afectado en base a razones de buena vecindad[46]. Tampoco será una apariencia hábil para el mecanismo de constitución por signo aparente de los arts. 541 CC y 576 CDFA.

La cuestión, en cualquier caso, es aún debatida en Derecho común por la doctrina, y carece de una solución oficial en nuestra jurisprudencia. En cambio, ningún problema plantean todos estos casos (referidos a carteles y otros signos publicitarios, actos impeditivos,…), para el art. 552.2 CDFA (como tampoco debieran haberlo planteado para el Derecho común), donde en lugar de establecer dos definiciones legales, una para las servidumbres aparentes y otra para las no aparentes, con el consiguiente riesgo de no completar el rompecabezas, se limita a describir las condiciones esenciales en las servidumbres aparentes, definiendo simplemente de forma negativa o por exclusión las que no lo son: «Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás». A su vista aquellos casos problemáticos, que a lo más solo lo son para el Derecho común, encajan sin duda en las servidumbres no aparentes[47].

III. EN PARTICULAR, LA CONEXIÓN ENTRE SERVIDUMBRES NEGATIVAS Y LAS NO APARENTES, EN ARAGÓN

1. Reconocimiento normativo e importancia práctica de la distinción entre servidumbres positivas y negativas. Un elogio al Código Civil español

A primera vista, pudiera parecer que solo el Derecho común recoge la distinción entre servidumbres positivas y negativas, en su art. 533 CC, situado tras

---

45 Por eso, no parece afortunado el ejemplo de Guilarte Gutiérrez (pp. 293 y 294), para quien cuando hay cartel anunciador, si bien la servidumbre es no aparente, su posesión será pública; pero en nuestra opinión no lo será necesariamente por el cartel, sino por la propia posesión.

46 Así también, Llácer Matacás (pp. 98 y 99); y, siguiéndonos, Rebolledo Varela (pp. 102 y 103).

47 Y así lo explica Argudo Périz (en las Actas, pp. 228 ss, y en la 3ª ed. del Tratado de Rebolledo, pp. 857 a 859), al decir que tal definición legal, inspirada en Lacruz, contenía tal intención.

una norma que se refiere a la clasificación de las servidumbres en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes: «Las servidumbres son además positivas o negativas. (…) Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre». En consonancia con los arts. 530 y 531 CC, la norma establece la distinción entre servidumbres en cuanto cargas reales, desde un punto de vista pasivo, aunque la posibilidad de hacer una lectura activa del precepto, determinando el beneficio, la utilidad que la servidumbre como derecho proporciona al dueño de la finca dominante, no resulta difícil (como habrá ocasión de hacer, a continuación, al explicar la distinción con más detalle en el siguiente epígrafe). Con ello, la delimitación conceptual iniciada en el art. 530 CC y continuada por las siguientes normas queda completada con el art. 533 CC.

No hablan expresamente de servidumbres negativas y positivas los demás Derechos territoriales españoles, pero implícita, aunque vagamente, sí lo hacen; en algunos casos de forma inevitable, dada la repercusión práctica específica que en ellos tiene la distinción entre servidumbres negativas y positivas. En cualquier caso, siempre estaría la distinción contenida en aquella norma común –el art. 533 CC–, aplicable en todo el territorio, no solo por ser norma supletoria, sino también por su propia lógica (a pesar de las críticas, veremos, que sobre ella se han vertido):

Por una parte, con tenor muy similar entre sí, se sitúan la Ley 393 FNN y el art. 566-1 CCCat., al definir en general las servidumbres. Dice la norma navarra: «Son servidumbres los derechos reales establecidos sobre una finca en beneficio de otra colindante o vecina, y que consisten en el ejercicio de un determinado uso de ella, o en la limitación de cualquiera de las facultades del propietario». Con bastante parecido, dirá la norma catalana: «La servidumbre es el derecho real que grava parcialmente una finca, que es la sirviente, en beneficio de otra, que es la dominante, y puede consistir en el otorgamiento a esta de un determinado uso de la finca sirviente o en una reducción de las facultades del titular o la titular de la finca sirviente».

Recuerdan en buena medida a la noción de servidumbre (al parecer, más completa), que diera la famosa Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930, en su Considerando 1º: «Que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud –se añade a la noción del art. 530 CC en un intento de conexión con el art. 533 CC– el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad implícitamente contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido».

En el vano intento de describir en su posible contenido activo las servidumbres, en el fondo aquellas normas forales hacen referencia a la que con mayor precisión hace el art. 533 CC, con tal grado de indeterminación aquéllas que, por ejemplo, en el conato de detallar lo que para el CC son servidumbres negativas (diciendo las normas forales que la servidumbre implica «la limitación –o la reducción– de cualquiera de las facultades» del dominio sirviente), no se hace sino descripción de cualquier servidumbre como carga real, como limitación excepcional de la propiedad gravada. En la descripción de lo que para el CC se calificaría como una servidumbre positiva, incurren aquéllas en el error de hacer creer, con aquel «determinado uso de la finca sirviente» de que hablan ambas normas, que estas servidumbres implican siempre un estricto y exclusivo uso, con posesión incluida, de la finca sirviente, cuando a veces puede haber también un disfrute (como en las servidumbres de pastos, leñas,…), o cuando, como reverso extremo, es posible en otras ocasiones que no haya ni uso, ni disfrute, no siendo extraño, incluso, que ni siquiera haya contacto posesorio con la finca sirviente (como, por ejemplo, sucede con las servidumbres de luces y vistas).

Entre estas normas forales y el CC español se sitúa el art. 552.3 CDFA, pues, aunque habla expresamente de servidumbres positivas y negativas, en su delimitación incurre en la indeterminación o ambigüedad de aquéllas: «La servidumbre es positiva cuando otorga al titular de la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente, y es negativa cuando consiste en una limitación de las facultades del titular de la finca sirviente».

Esta cuestión, eminentemente dogmática, al menos nos permite centrar la atención en el art. 533 CC (siendo lo dicho sobre él aplicable en general a todo el territorio nacional), para luego observar su utilidad práctica, que la tiene en Derecho común y en la mayoría de Derechos especiales, aunque casi exclusivamente en materia de prescripción:

Para la prescripción adquisitiva, la distinción sirve alguna vez para marcar su ámbito de aplicación (por ejemplo, en el art. 567.1 CDFA que excluye de la usucapión las servidumbres negativas, aunque tampoco queda exento de dicho problema el CC a la vista de sus arts. 537 a 539 CC). Pero la mayor de las veces la distinción entre servidumbres positivas y negativas tiene su importancia práctica en el cómputo de los plazos de usucapión de servidumbres (cfr. el art. 538 CC y la Ley 397.I FNN; e indirectamente, los arts. 570 CDFA y 88.1 LDCG).

También para el cómputo de la prescripción extintiva (o, en su caso, para la usucapión liberatoria, cfr. la Ley 406 FNN), tiene importancia el presente binomio entre servidumbres positivas y negativas (cfr. la Ley 406.III FNN y el art. 82.3 LDCG).

2. Sentido, ejemplificación de la división entre servidumbres positivas y negativas, su combinación con la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes; y la confusión entre negatividad y no apariencia en las servidumbres. Especial referencia a las servidumbres de luces y vistas, en Derecho común y en el aragonés

A la vista del art. 533 CC, ya hemos advertido que la distinción entre servidumbres positivas y negativas se hace atendiendo al contenido de la servidumbre en su vertiente pasiva o limitativa: «Las servidumbres son además positivas o negativas. (…) Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

Conforme a una interpretación literal del precepto, la servidumbre positiva supone para el titular pasivo una conducta de soportar la propia acción del titular activo: es una servidumbre *in patiendo* (intencionadamente, quede para luego el polémico caso de las servidumbres positivas *in faciendo*); en cambio, la servidumbre negativa limita al titular pasivo impidiéndole hacer alguna cosa que podría hacer *jure proprietatis* de no existir la servidumbre, o lo que es igual, le sujeta a una conducta de no hacer: es una servidumbre *in non faciendo*.

El poder que de forma correlativa y proporcional ostenta el titular activo de la servidumbre, aunque no lo diga expresamente el art. 533 CC, es evidente: en las servidumbres positivas aquél tendrá, según cada caso, el derecho a tener (*ius habendi*), o el derecho a hacer (*ius faciendi*) alguna cosa, en el predio sirviente o en el propio, que el titular pasivo deberá dejar hacer o tener[48]; mientras que en las servidumbres negativas el titular activo tendrá el derecho a prohibir que el titular pasivo haga algo que podría hacer por derecho propio, pero que por la servidumbre se le impide; es decir, tendrá aquél derecho a exigirle que no haga determinada cosa *in re sua* (*ius prohibendi*).

Tomando por modelo las pacíficamente admitidas (según puede observarse, en la jurisprudencia, entre otras, en las SSTS de 13 de julio de 1885, de 12 de noviembre de 1889 –ambas admitiendo la usucapión de una servidumbre de vertiente de tejados, de aguas pluviales–, la de 1 de febrero de 1912, 13 de diciembre de 1955 –éstas sobre servidumbres de paso– y en la de 30 de diciembre de 1975 –sobre la *servitus altius non tollendi*–): como servidumbres positivas, suelen citarse las de paso, la de acueducto, las personales de pastos, leña y abrevadero, las de apoyo de viga en pared ajena, las de desagüe y estribo de presa, o la

---

[48] Con Biondi, recientemente, Díaz Fuentes (pp. 29 y 30), niega también la existencia en la realidad del *habere* como posible contenido activo de la servidumbre, pero tal cuestión, en lo que importa, carece de relevancia práctica, pues lo importante a tales efectos reales –y así él mismo lo reconoce– es la distinción entre servidumbres positivas y negativas.

de vertiente de tejados; y como negativas, se indica como su prototipo la de *altius non tollendi* (autónomamente considerada), y junto a ella, casi como concreciones de la misma, las servidumbres de no edificar –sin más, a menos de una distancia en particular o más allá de una determinada altura–, o la de no impedir u obstruir luces y vistas ajenas.

Aparte hay que dejar el caso de las servidumbres de luces y vistas, cuyo carácter positivo o negativo varía según se esté ante la jurisprudencia del Derecho Común o ante el Derecho aragonés (cuestión, por supuesto, que no es el lugar éste de tratar con detenimiento, pero sí, al menos, el de exponer sucintamente a continuación):

En el Derecho Común, desde finales del siglo XIX, una vez promulgado el Código y conforme a su regulación sobre luces y vistas (arts. 580 a 585 CC), una abundantísima jurisprudencia, y con ella la común opinión científica[49], ha venido a determinar el contenido positivo o negativo de este tipo de servidumbres distinguiendo entre dos supuestos: como primera hipótesis, el caso de apertura de huecos o ventanas en pared medianera, o ajena, y el supuesto de construcción de balcones, salientes o voladizos, incluso en muro propio, que invadan suelo y vuelo ajenos. En tal supuesto, dice nuestro TS que la servidumbre será positiva porque, habiendo intromisión en cosa ajena por la existencia de tales obras que no pueden hacerse sin el consentimiento del medianero o del dueño de la finca ajena (art. 580 CC), la servidumbre se sustanciará en que el afectado deje hacer tales obras y soporte dichas luces y vistas. De ahí que la usucapión para estas servidumbres de luces y vistas se compute desde el instante mismo en que se hayan abierto los huecos o construido los balcones. Y como segunda hipótesis, el caso de apertura de ventanas hecha en pared exclusivamente propia, y sin voladizos o balcones salientes, lo que, en principio, debe presumirse meramente tolerado mientras que el vecino no las cierre o tape. En tal caso, dice nuestro TS que el contenido de la servidumbre será negativo, porque, aun cuando haya aprovechamiento de luces y de vistas, por no haber auténtica inmisión *in alienum*, su fin será prohibir al dueño vecino ejercitar su facultad de levantar tapia

---

[49] Amén de la manualística común, entre los pioneros y los que estudian específicamente el tema, cabe destacar a: Pérez Ardá («Servidumbre de luces y vistas», en *RGLJ*, 1912, t. 121, pp. 115, 116 y 119; Benedicto («*¿Es la servidumbre de luces y vistas positiva ó negativa?*», en *RGLJ*, 1916, t. 128, p. 136; Miguel y Romero («Servidumbre de luces en pared propia», en *RGLJ*, 1922, pp. 492 a 494); Castrillo y Santos (Posesión de servidumbre de luces y vistas, en *RGLJ*, 1922, t. 141, p. 345); Hernández Gil (dentro de sus *Obras completas, t. IV: Derechos reales. Derechos de Sucesiones*, Madrid, 1989: «Caracteres y régimen de adquisición de la servidumbre de luces y vistas», pp. 385 a 392, y «La naturaleza positiva o negativa de una servidumbre y el "*dies a quo*" de la prescripción adquisitiva», pp. 403 a 410); Rivera Serrano (*Servidumbre de luces y vistas*, Granada, 1998, pp. 4 a 10 y 69 a 73); Vela Torres («Servidumbre de luces y vistas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, del CGPJ, Madrid, 1994, pp. 265 a 268); Gutiérrez Celma (*El régimen de luces y vistas: Relaciones de vecindad y servidumbres*, Zaragoza, 1996, pp. 33, 40, 67, 68 y 73).

o construir edificio en su propio terreno que obstruya tales luces y vistas (arts. 581, párrafos 2 y 3, y 585 CC). Como se precisa en las SSTS de 8 de enero de 1908, de 19 de junio de 1951, de 8 de octubre de 1988 y de 1 de octubre de 1993, la servidumbre de luces mediante huecos abiertos en pared propia es negativa siempre que las ventanas estén remetidas o enmarcadas en la pared. Porque si se trata de balcones, voladizos o salientes que no están, como las ventanas, remetidas en la misma línea del muro, sino que sobresalen de la pared para caer sobre el terreno ajeno, en dicho caso, por haber invasión del vuelo ajeno, la servidumbre de luces será entonces positiva (sería, por tanto, un caso incluido en la primera hipótesis antes expuesta).

Hay, sin embargo, en contra de toda esta jurisprudencia tan consolidada, y un tanto mimética, una opinión, primero dentro de la doctrina científica, que estima más conveniente defender la prioridad del carácter positivo en las servidumbres de luces y vistas, aunque sea en muro propio, relegando a un lugar accesorio el contenido negativo de no alzar pared que obstruya lo que ya existe y se quiere tener *iure servitutis*, es decir, los huecos para luces o los balcones para vistas. Apadrina tal corriente Lacruz Berdejo[50], para quien en las servidumbres de luces y vistas en pared propia, si bien hay como efecto necesario un *non facere*, una prohibición de hacer (art. 585 CC), que incluso puede ser no observada y propiciar una nueva servidumbre, lo que interesa al titular del predio sirviente es un *pati*: tolerar, soportar y respetar el hueco o el voladizo que el vecino ha abierto o construido, respectivamente, a distancia inferior a la legal, lo cual ha supuesto *ab initio* una transgresión de las normas de vecindad y una inmisión en la esfera del fundo ajeno que se han de respetar. Por esa razón, la STS de 21 de diciembre de 1970, única rompedora con la línea jurisprudencial (hasta aquí expuesta), considera que toda servidumbre de luces y vistas es positiva. No debe sorprender esta decisión del Tribunal Supremo, porque Ponente de ella fue González-Alegre Bernardo, quien ya antes, en un trabajo científico suyo, se había manifestado contrario a dicha jurisprudencia[51]. Al tratarse de la única sen-

---

[50] Lacruz Berdejo (pp. 94 a 96 y 541 a 546).

[51] González-Alegre Bernardo (*Manual de servidumbres [Gráficamente ilustrado]*, con prólogo de Blas Piñar López, Madrid, 1958, pp. 123 a 127). También en nuestra doctrina científica, consideró ya Burón (pp. 371 y 372), que la servidumbre negativa de no impedir u obstruir vistas –*ne prospectui officiatur*– del art. 585 CC viene impuesta por la ley para cuando voluntariamente se establezca la servidumbre positiva de vistas –*prospectus*–. También otros muchos opinan como Lacruz, considerando que toda servidumbre de luces y vistas es esencialmente positiva: Presa («El espíritu del Código civil en materia de servidumbre de luces y vistas», en *RGLJ*, 1929, t. 154, pp. 597 y 598); Uriarte Berasategui («Servidumbre legal de luces y vistas», en *RCDI*, 1930, pp. 366 a 369); Scaevola (X, pp. 658 y 661 a 666); Albaladejo (pp. 362 y 363, nota 2); Díez–Picazo y Gullón (pp. 448 y 449); Clemente Meoro (pp. 548 y 549); Moreno Trujillo (pp. 158, 160 y 162 a 165); nosotros mismos (en nuestra obra sobre *Usucapión de servidumbres, cit.*); y, más recientemente, Díaz Fuentes (pp. 121 ss); y, en parte, Villén Salto (*Limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*, Granada, 2004, pp. 300–315).

tencia «rebelde»[52], merece ser reproducida en su razonamiento (contenido en parte de su Considerando 4º): «Que al dar por sentado la sentencia recurrida, y no combatida por el adecuado cauce procesal, por lo que de estimarse como hecho firme, a los efectos de la resolución del presente recurso, el de que "según el conjunto resultado probatorio", han transcurrido los 20 años por los que las servidumbres continuas y aparentes puede adquirirse por prescripción, desde que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, empezó a ejercerla sobre el predio sirviente, y dado que los huecos abiertos no son de los de ordenanza, a que se refiere el artículo 581 del *CC,* por lo que ha de resultar indiferente, a efectos de calificar como positiva la servidumbre a que los mismos dan lugar, la naturaleza jurídica de la pared en que aparecen abiertos, pues si es lo cierto que en pared medianera, no puede abrirse hueco alguno, no lo es menos, que en propia solo los de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, a la altura de las carreras o inmediatos a los techos y en todo caso con reja remetida en la pared y con red de alambre, requisitos que como se ha indicado no concurren en los que motivan la litis».

Por su parte, aquella tesis de Lacruz, contraria a la centenaria jurisprudencia del Tribunal Supremo, también parece haber tenido reflejo en el Derecho aragonés, ya desde su Compilación, dando con ello un giro –aparentemente– copernicano a su anterior régimen. En efecto, tendría al principio tanto calado aquella jurisprudencia que, precisamente bajo su influencia[53], el art. 14 del Apéndice de Aragón de 1925 dispondría en su párrafo tercero: «Esto, no obstante, cuando el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen. Se entiende –precisamente, para que tenga contenido negativo– que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos». Sin negar aquella influencia, es necesario tener presente que el Apéndice Aragonés, a diferencia del Código (cfr. arts. 580 a 582 CC), no establecía en principio límite alguno para abrir ventanas (no ya si se trataba de construir balcones o voladizos), ya fuese en muro propio[54], como en pared común[55]. Lo demostraba, respecto a las paredes divisorias, el art. 15 del Apéndice, en cuya virtud cabía abrir huecos en pared medianera sin consentimiento del comunero, aunque tuviese éste la facultad de cerrarlos en cualquier momento: «El condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura de ella, cuando los demás interesados no

---

[52] Que, desde luego, desmiente la consideración que hace Rebolledo Varela (en la 2.ª ed., pp. 709 y 710, y que reitera luego), de que la posición jurisprudencial «es de lo más unánime, sin fisuras ni excepción alguna».

[53] Según nos explica Castán (p. 248).

[54] Según Sancho Rebullida (pp. 139 y 140).

[55] Según Gutiérrez Celma (pp. 29, 35 y 36).

tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común edificación, cuando las tienen, cuantos huecos le convenga con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado.(...) En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos» (cfr. esta previsión con la del art. 580 CC). De ahí que, como dijese la STS de 2 de febrero de 1962[56], también para usucapir las servidumbres de luces y vistas en pared divisoria fuese indispensable el acto obstativo, porque el contenido esencial de la servidumbre es negativo: evitar que el medianero obstruya los huecos. Ya según la Observancia 6ª, del Libro 7 del Fuero de Aragón de 1437, había plena libertad para abrir huecos en pared propia o medianera, tanto para luces, como para vistas, sin ningún tipo de limitación (salvo que hubiese otro lugar menos embarazoso para el vecino), aunque siempre el vecino tenía derecho a cerrarlos o taparlos edificando en su propio terreno[57]. De ahí que ya por entonces, según explican las SSTS de 14 de mayo de 1861 y de 30 de octubre de 1983 (ambas con casi un siglo de diferencia), la usucapión en Aragón de cualquier servidumbre de luces y vistas, fuese por huecos en muro propio o por ventanas en pared divisoria, requiriese de un acto prohibitivo, porque, sin haberse infringido límite legal alguno, su destino era impedir que el vecino edificara y así tapase los huecos abiertos para luces o vistas.

Ya luego, en la Compilación de Aragón de 1967 cambiarán –sólo en parte– las cosas, produciéndose el paso siguiente en el vigente Código foral aragonés:

Ante todo, conforme a su tradición histórica, en materia de luces y vistas no hubo tampoco en la Compilación (ni tampoco hoy en el CDFA), fuertes limitaciones, siendo, por el contrario, posible la apertura de ventanas para luces y vistas en cualquier clase de pared, aunque siempre supeditada a la facultad, también *iure dominii*, del vecino de taparlos levantando muro o construyendo edificio en su predio (según afirmación contenida en las SSTS de 2 de febrero de 1962 y de 30 de junio de 1969, según la cual «la legislación aragonesa en materia de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo»)[58]. En la hoy derogada Compilación aragonesa de 1967, tras permitir el art. 144, en su párrafo primero, la apertura de cualquier hueco en pared exclusiva o común y prohibir, en su siguiente párrafo, la cons-

---

[56] Y advirtiera Gutiérrez Celma (pp. 29, 35 y 36).

[57] Según explican De Asso y De Manuel (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5ª edición, 1792, reimpresión de Valladolid, 1975, p. 157); Burón (p. 400); Sancho Rebullida (pp. 136 a 138); y Gutiérrez Celma (p. 19).

[58] En la doctrina, acerca de la tradición aragonesa, con referencia sobre todo a su anterior Compilación, hoy ya derogada, *vid.*, por todos, Sancho Rebullida (pp. 136 a 145); Gutierrez Celma (pp. 19, 29, 35, 36, 67, 68 y 73); Merino Hernández (pp. 228 a 230).

trucción de balcones o voladizos[59], disponía, en cambio, en su art. 145: «Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas –según la STS de 30 de junio de 1969, la STSJ de Aragón de 22 de abril de 2008, y en opinión de Gutiérrez Celma, porque al infringir el art. 144.2, implican la invasión del fundo y espacio aéreo ajenos–. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior –art. 144.2, según subrayaban las SSTSJ de Aragón 16 de diciembre de 2005, de 22 de abril de 2008 y de 30 de noviembre de 2009– ni tampoco los voladizos sobre fundo propio», porque ya no hay intromisión *in re aliena*, sino una buena relación de vecindad, mera tolerancia del vecino, que no habilita para la usucapión a favor de quien abrió tales huecos o construyó tales voladizos. Así las cosas, puesto que en virtud del art. 144.1 y 2 no había limitación legal en materia de huecos para luces en pared propia o común, aun con la posibilidad de que el vecino los tapase, y sí la había para el caso de balcones o voladizos, era lógico: por un lado, que el contenido de la servidumbre de luces y vistas por apertura de huecos o ventanas, cualquiera que fuese la clase de muro, fuese siempre negativa, pues lo único que se pretendía era que el vecino no los obstruyera (art. 144.1 y 3 Comp.); y, por otra parte, que la servidumbre de luces y vistas mediante voladizos, en pared propia o divisoria, fuese positiva, puesto que había habido contravención de la prohibición legal (art. 144.2 Comp.), e invasión del fundo y espacio aéreo ajenos (según la STS de 30 de junio de 1969)[60]. Quedaba, pues, así roto el acercamiento que entre el Derecho común y el aragonés se había antes producido en esta sede gracias al Apéndice aragonés de 1925. Con el régimen de la Compilación, en caso de usucapión, según se tratara de una u otra servidumbre, positiva o negativa (al margen del muro), se aplicaba una u otra regla del cómputo contenida en el art. 538 CC, ante el silencio que sobre tal particular guardaba la Compilación aragonesa, según manifestó la STS de 30 de octubre de 1983 que, conforme a la jurisprudencia del TS y de las Audiencias aragonesas, exigió en el caso que resolvía la interposición de un acto negativo al tratarse en aquel caso de una servidumbre de luces y vistas negativa (en su Considerando 7º): «…al lado de esas reglas de buena vecindad subsistía el régimen tradicional y normas de constitución y adquisición de servidumbres, persistiendo, en mate-

---

[59] Decía aquel art. 144 de la Compilación aragonesa de 1967: «1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. (…) 2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. (…) 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna».

[60] Y en la doctrina, Sancho Rebullida (pp. 142 a 145); Merino (pp. 228 a 230); y Gutiérrez Celma (pp. 67, 68 y 73). Por eso mismo, Gutiérrez Celma (pp. 81 y 82), se muestra perplejo ante el hecho de que una misma servidumbre, la de huecos sin voladizos en pared medianera, sea positiva según el Derecho Civil Común y negativa en el Derecho Civil Foral de Aragón.

ria de luces y vistas (aparentes y continuas) la necesidad del acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante, dirigido al del sirviente para que no obstruyera las luces y vistas (SSTS 14 Mayo 1861, 23 Feb. 1874, 31 Mayo 1890 de la AT de Zaragoza de 1 Dic. 1876 de Zaragoza de 1 Dic. 1876, 26 Dic. 1889 y 3 Mar. 1892), tanto en pared medianera como propia (sentencias de la AT de Zaragoza de 26 Dic. 1889 y 3 Mar. 1892), como dato inicial para el cómputo prescriptivo, es decir, para entender que la simple apertura de huecos de mera tolerancia se había convertido en servidumbre exigible y oponible al fundo sirviente para evitar la obstrucción de los huecos». Era, al menos, la posición oficial, frente a quienes, criticándola, negaban la aplicación en Aragón del art. 538 CC[61] sobre la base de que, en general, no cabía tal usucapión de servidumbres negativas, y de que, en particular, la aplicación del art. 538 CC quedaba excluida en aquella frase de la Exposición de Motivos de la Compilación cuando se decía: «En cuanto a la usucapión de servidumbres, se prescinde de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas».

Prácticamente de todo ello hay un fiel reflejo en el actual Derecho aragonés, aunque dando éste un paso más en su propia evolución conforme venía exigiendo buena parte de su doctrina foral[62]. Conforme a la Compilación, el art. 574 CDFA, bajo la rúbrica «signos aparentes», nos dice: «Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545[63] –que conforme a la tradición aragonesa, ahora sin remisión ya a la normativa estatal, regula el régimen normal, apenas sin limitación, de la propiedad inmobiliaria en materia de luces y vistas– *ni tampoco los voladizos sobre fundo propio*». Y explica al respecto el propio Código de Derecho Foral aragonés en su Preámbulo: «Las normas sobre luces y vistas tienen su complemento y contrapartida en las que regulan las servidumbres de luces y vistas, señaladamente en cuanto a la usucapión de estas. Solo los voladizos que caigan sobre fundo ajeno y reúnan las características determinadas en el artículo 548 –por suponer

---

[61] Como Sancho Rebullida (pp. 154 ss); con su apoyo, el propio Castán Tobeñas (pp. 256 y 257). En contra, entendiendo que el art. 538 CC sí se aplicaba en Aragón, como en efecto sucedía en su foro, Santos Briz (pp. 542 y 543).

[62] Así lo advierte Argudo Périz (en las Actas, pp. 225 ss, y la 3ª ed. del Tratado de Rebolledo, pp. 931 ss). Y para mayores detalles, véase el trabajo de Lacruz Mantecón («Servidumbre de luces y vistas en el Código Foral aragonés», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, 2013, pp. 899-916).

[63] Dice dicho art. 545 CDFA: «Régimen normal de luces y vistas. (…) 1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. (…) 2. Dichos huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas o sesenta centímetros en vistas de costado u oblicuas. (…) 3. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable a los huecos abiertos sobre una vía de uso público.».

invasión *in alienum* en contravención de aquellos límites legales, y que define qué son voladizos, por inclusión y por exclusión– son signo aparente de servidumbre de luces y vistas; en ningún caso, la falta de reja y red ni los voladizos sobre fundo propio. Por tanto, nunca la existencia de huecos de cualesquiera dimensiones sin voladizos, tengan o no las protecciones exigibles, dará lugar a la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas, pues, no habiendo signo aparente ni siendo susceptible de posesión –por ser, además, negativas, habría que añadir en la lógica actual aragonesa–, no cabe usucapión (artículos 567 y 575 –y arts. 568 y 570 CDFA–*)*». Luego, repetidamente, volverá a insistir en ello: «A la usucapión de servidumbres se dedica una sección independiente, en atención a su importancia, que acoge el texto literal de los artículos 147 y 148 de la Compilación. Los artículos 567.1 y 575 complementan y aclaran estos preceptos, excluyendo de la usucapión las servidumbres negativas y las servidumbres no aparentes de luces y vistas, respectivamente. (…) Los preceptos sobre servidumbres de luces y vistas, que se recogen en un capítulo específico, se sitúan en una posición central en el texto. Se reproduce el artículo 145 de la Compilación, subrayando que los voladizos son los únicos signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, al tiempo que se excluyen de la usucapión las servidumbres no aparentes de luces y vistas. De este modo, se delimitan con precisión las situaciones de huecos para luces y vistas fundados en relaciones de vecindad frente a los correspondientes derechos reales de servidumbre, singularizando los casos en que la presencia de voladizos sobre fundo ajeno mantenida durante tiempo puede dar lugar a la adquisición de una servidumbre por usucapión».

De esta forma, la servidumbre de luces y vistas mediante voladizos, en pared propia o divisoria, será usucapible, por ser continua y en tanto sea aparente (conforme al voladizo requerido en el art. 574 CDFA), y al estimarse, como en la Compilación, como servidumbre positiva, su cómputo habrá de hacerse, también como antes, desde la construcción del voladizo; así será, no ya hoy por aplicación supletoria del art. 538 CC, sino por aplicación directa del art. 570 CDFA que, bajo la rúbrica «Cómputo del tiempo», dispone: «En la constitución de servidumbres por usucapión, el tiempo de la posesión se empezará a ejercer desde el día en que el titular de la finca dominante hubiera empezado a ejercerla sobre la finca sirviente».

Como se observa en dicha norma (y ha quedado desde un principio advertido en varias ocasiones a lo largo del presente epígrafe III), no hay referencia en ella al cómputo en la usucapión de servidumbres negativas; porque, como novedad introducida en el Código Foral aragonés, no cabe usucapirlas, según cabe deducir de sus arts. 567.1, 569 y 575 CDFA: El primero de ellos dice: «Las servidumbres negativas no pueden constituirse por usucapión» (y según el preámbulo del CDFA, «se zanjan así posibles dudas sobre la aplicación de criterios del Código Civil contrarios a la tradición doctrinal aragonesa», con muy probable referencia a este tema sobre la usucapión de servidumbres de luces y vistas en que se venía aplicando por los tribunales aragoneses la jurisprudencia del TS, y

así el art. 538 CC, en contra de la doctrina encabezada por Lacruz). Añade luego el art. 569 CDFA: «Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión…»; y, por último, afirma el art. 575: «La servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión». De tales preceptos cabe deducir que la servidumbre de luces y vistas, cuando sea negativa y no aparente (la tradicional de luces y vistas con huecos y ventanas sin voladizos invasores), por el hecho de serlo no es usucapible «al no ser susceptible de posesión»[64]. Curioso que una norma justifique en su propio texto normativo y de una forma algo elíptica los efectos jurídicos que impone, cuando tal cosa es más propia, a lo más, de los Preámbulos y demás textos expositivos, previos al articulado de la norma. En cualquier caso, el alejamiento entre el Derecho común y el aragonés iniciado en esta sede por la Compilación de 1967, ha sido incrementado en el vigente Código Foral de Aragón, al impedir que unas servidumbres (por el hecho de ser negativas, y también no aparentes), sean usucapibles, aunque para el Derecho común lo sean desde el acto obstativo (*ex* art. 538 CC), al ser en él la apariencia de las de luces y vistas menos exigente que en Aragón (cfr. arts. 532 CC y 574 CDFA)[65], y al tratarse de una usucapión especial sin título ni buena fe, diferente de la contenida en el sistema aragonés, donde para las no aparentes sí se requieren título y buena fe, lo que resultaría claramente incompatible con cualquier acto obstativo: porque si bien en el instante en que el título fue otorgado, el favorecido por la pretendida servidumbre podía tener la buena fe que para la usucapión se precisa, necesariamente la perdería cuando interpusiese un acto formal obstativo: porque dicha oposición, que habría ya de destinar al verdadero titular, denotaría por sí misma que el que la opone ya conoce la falta de legitimación del que actuó como constituyente, luego también el defecto de su titularidad; la originaria buena fe, entonces, desaparecería para convertirse, por contra, en mala fe[66].

---

[64] *Vid.*, Lacruz Mantecón (p. 910). Más claramente lo explica Argudo Périz (en las Actas, ya citadas, pp. 225 ss, y en el *Manual de Derecho aragonés*, pp. 693, 694 y 701), y en parte, Teresa Alonso Pérez (en Bayod López, pp. 172 ss), donde dice que el art. 567 CDFA se fundamenta en la opinión de Lacruz Berdejo (pp. 582-584), que secundaba Sancho Rebullida, de que las servidumbres negativas no se pueden poseer, ni siquiera mediante acto obstativo seguido de la abstención del vecino, porque, además, en tal caso al tratarse de una usucapión ordinaria (prevista para las no aparentes en el Derecho aragonés), tal acto sería incompatible con la necesaria buena fe (o creencia de que el constituyente de la servidumbre estaba legitimado para ello).

[65] Lo advierte así el propio Lacruz Mantecón (pp. 906 y 911), diciendo, por ejemplo, del art. 574 que «está definiendo la positividad o su ausencia a partir de un signo aparente que a su vez implica –eso sí– un uso del vuelo de un fundo ajeno, una utilización de lo ajeno. Pero también con independencia del comportamiento del dueño, o mejor, tomando en cuenta solamente un aspecto muy nimio de dicho comportamiento (el del sobrevuelo). En cualquier caso, el sistema aragonés se muestra muy dependiente del concepto de signo aparente» contenido en aquella norma particular sobre luces y vistas.

[66] Hablan de incompatibilidad entre acto obstativo y buena fe, por lo que a prescripción adquisitiva ordinaria concierne, Guilarte (pp. 314 ss); y, precisamente, Sancho Rebullida (*ult. loc. cit.*),

Sin negar el acierto de la legislación aragonesa frente a la española (o, más bien, frente a la interpretación que de la legislación española ha venido haciendo el Tribunal Supremo), y sin entrar aquí en la poseibilidad, o no, de las servidumbres negativas (que técnicamente creo posible[67]), inevitablemente (por la propia temática del presente trabajo), hay que tratar, por último, la combinación entre apariencia y negatividad de la servidumbre. Por principio, nuestros clásicos, y más modernamente Lacruz, han coincidido siempre en que las servidumbres negativas[68] son todas no aparentes, porque difícil, si no imposible, es imaginar un signo exterior y visible funcional e instrumentalmente dirigido a la realización del *non facere* que ha de observar el dueño del fundo sirviente; porque, aunque en efecto haya indicio externo y continuamente a la vista, jamás podrá por sí mismo y de forma inequívoca revelar el uso y aprovechamiento en que consiste la servidumbre negativa.

Así, por ejemplo, respecto a la servidumbre negativa por excelencia (según afirma la STS de 30 de diciembre de 1975), la *altius non tollendi*, es opinión común afirmar por aquella misma doctrina su carácter continuo y no aparente. Algunos dirán incluso que es una servidumbre no aparente por su propio contenido negativo[69]. Y precisamente, por ser no aparente, aunque continua, se concluirá negando su usucapión[70]. En la jurisprudencia, así lo declaró la STS de 14 de marzo de 1957, aunque en su Considerando 2º parece dejar abierta la puerta a la posible apariencia de esta servidumbre al decir «que por no haber voladizo ni otra señal análoga entre los predios de autos, las servidumbres de limitación de construcción vertical y horizontal merecen, según el artículo 532 del Código, la calificación jurídica de no aparentes». Y, más recientemente, la STS de 27 de junio de 1980, dirá en su Considerando 2º: «Que en cuanto a la servidumbre de no alzar más la casa del recurrente, cuya existencia a favor del edificio propiedad de los actores recurridos la sentencia de instancia declara, ha de tenerse en cuenta que, por tratarse de una servidumbre continua, negativa y no aparente, su adquisición no puede tener lugar más que por título, cuya falta solo puede suplirse por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por

---

este último refiriéndose al art. 148 Comp. de Aragón que regulaba la usucapión con justo título y buena fe de servidumbres no aparentes. Y, últimamente, siguiéndonos, Rebolledo Varela (pp. 1386 y 1387).

[67] Me remito, de nuevo, a mi monografía citada sobre *Usucapión de servidumbres*, pp. 167 ss.

[68] Como pioneros, entre muchos otros, García Goyena y Aguirre (p. 182, con nota 2); y Goyena (en sus *Concordancias, cit.*, p. 250); Gutiérrez Fernández (p. 581); Fernández Elías (pp. 564 y 565); Del Viso (p. 83); Manresa (IV, p. 571); Scaevola (X, pp. 277, 283 y 294); Lacruz (pp. 539 y 540).

[69] Fernández Elías (I, pp. 564 y 565); Del Viso (p. 83); Moreno Trujillo (p. 169).

[70] Es muy común afirmar la no prescriptibilidad adquisitiva de la *servitus altius non tollendi* diciendo que aunque continua es no aparente, o que es no aparente, aunque continua: Gutiérrez Fernández (p. 581); Planas (p. 619); Lacruz (pp. 75, 539 y 540); Moreno Trujillo (p. 169).

una sentencia firme, conforme disponen los arts. 539 y 540 del CC, cuando tal servidumbre tiene sustantividad propia… ya que al ser la servidumbre "alterius non tollendi" de naturaleza no aparente, carece de signo o señal alguna que denote su existencia».

No en vano, el art. 36.1.b) LH, al regular la usucapión *contra tabulas* de servidumbres, se refiere expresamente al caso en que «la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente», como si, en efecto, toda servidumbre negativa fuese no aparente. De ahí la denuncia de la supuesta contradicción interna entre los 537 a 539 CC, entre otras razones, ante la dificultad de concebir una servidumbre negativa aparente, que si bien admite la Ley 397.1 FNN, al fijar las reglas para computar su posesión, coincide con el art. 538 CC al exigir el acto obstativo para las servidumbres negativas ¡no aparentes!

Como otra posible superación de la incoherencia legal, también se ha dicho por no pocos autores que el mismo acto prohibitivo, por su propia formalidad, otorga apariencia a la servidumbre negativa[71]. Pero, aun aceptando que el hecho obstativo, seguido del aquietamiento, marque el inicio en la *possessio ad usucapionem* de las servidumbres negativas y que por su explicitud confiera publicidad a dicha posesión, en ningún caso dicho acto atribuye apariencia a la servidumbre[72]: confrontando los arts. 538 y 532.4 CC y apurando los conceptos, es posible concebir el acto prohibitivo como un signo –por ser acto formal– exterior y, en cierto modo, visible –por ser acto formal–, pero nunca *erga omnes*, pues sólo es en efecto conocido por quien lo recibe, que es el destinatario de la prohibición de hacer, o de la orden de no hacer, y contra el que se usucape[73]; y, en cualquier caso, jamás funcionará como un signo que, espacial y temporalmente, esté «*con-*

---

[71] Así, en nuestra doctrina, Santos Briz (p. 457), condicionando tal efecto a que el acto de prohibición consista en un hecho indudablemente fehaciente; González-Alegre (p. 44), quien, como ya se vió, defiende un concepto amplísimo de apariencia para las servidumbres, por cuanto confiere preferencia a la definición legal de servidumbre no aparente *ex* art. 532 CC, párrafo último (p. 33); de ahí que, en su opinión, siendo el acto obstativo un indicio exterior no encaje en el caso legal de servidumbre no aparente, amoldándose, en cambio, al de servidumbre aparente. Y refiriéndose a los derogados arts. 283.8ª y 343.1 Comp. catalana de 1960, decía Para Martín (pp. 119 y 120), que mediante el acto de oposición las servidumbres negativas y las no aparentes se transforman en aparentes. Pero esta posibilidad, como se verá, si difícil es conforme al Código (cfr. párrafos cuarto y quinto del art. 532 CC), imposible resulta conforme a la concepción que de servidumbre aparente ofrece el propio art. 283.8ª Comp. catalana: ¿un acto obstativo «fácilmente visible desde el interior del predio»?

[72] Lacruz (pp. 580 y 581), aun admitiendo que el acto de oposición equivale a la posesión de la servidumbre negativa y que, gracias a él, el uso es público, dice que ello no convertirá a la servidumbre en aparente, porque para esto se exige un signo visible y exterior. Tampoco Gutiérrez Celma (pp. 27 y 85), cree que el acto impeditivo cumpla las exigencias de apariencia requeridas por el art. 532 CC.

[73] Díez-Picazo y Gullón (pp. 448 y 449), dicen que el acto obstativo no puede estimarse como signo aparente en tanto que su alcance se limita al ámbito del requirente y del requerido, sin exceder a los terceros.

tinuamente a la vista» y que *natura sua* y de forma objetiva e inequívoca «*revele el uso y el aprovechamiento*» de la servidumbre negativa a que se refiere el art. 532.4 CC a los efectos de apariencia: el hecho prohibitivo es pasajero, se agota en su realización, se desenvuelve en un sólo acto, sin que, de ningún modo, perdure o permanezca continuamente en ejercicio. De hecho, si el prescribiente ha de intimar de nuevo al titular contradicho, si ejecuta otro acto obstativo, ello presupone que la otra parte, inobservando la inicial y primera intimación, ha hecho lo que no debía hacer en virtud de aquella prohibición, pudiendo ello suponer, en su caso (art. 1944 CC), la interrupción natural de la posesión. Por otra parte, si bien el acto de interdicción da medida del contenido de la servidumbre negativa a usucapir, lo que «revelaría» el concreto ejercicio y específico funcionamiento de tal servidumbre no sería tanto el acto obstativo, que sólo determina el alcance y extensión deseados del *non facere*, sino más bien la propia y efectiva abstención de su titular pasivo, contra el que se usucape, lo cual queda ya muy lejos de las exigencias de signo aparente del art. 532.4 CC: Porque aunque el *non facere* deba ser continuo y permanente, ni es signo, ni, por su propio carácter omisivo, visible o exterior[74].

En cualquier caso, aquella posible contradicción lo sería en cuanto al modo en que computar la usucapión de una servidumbre negativa aparente, no en cuanto al hecho mismo de que pueda existir una servidumbre negativa aparente (que es lo que, en este trabajo, importa tratar). Pues que, en efecto, toda servidumbre *altius non tollendi*, particularmente considerada, sea siempre negativa y no aparente, no implica necesariamente que toda servidumbre negativa deba de ser, siempre, no aparente. No son pocos quienes admiten como eventualidad que un signo aparente, situado en el predio sirviente o incluso en el dominante, revele un *non facere*[75]**.** Difícil es, sin embargo, esa apariencia, porque, como quedase dicho al inicio, habría de ser un signo inequívocamente instrumental de una servidumbre.

---

[74] Igualmente absurdo sería pensar que gracias al acto de oposición la servidumbre negativa no encaja plenamente en la definición legal de servidumbre no aparente (art. 532.5 CC) porque aquel acto sí es «indicio alguno exterior de su existencia» –de la servidumbre negativa–. No cabe equiparar este supuesto con los que en su momento denominamos servidumbres artificialmente aparentes (vgr., con cartel anunciador, inscripción registral,...), porque en éstas sólo falta la funcionalidad que en el signo exige el art. 532.4 CC, dándose todos los demás rasgos de la apariencia –tanto la visibilidad externa y *erga omnes*, como la permanencia del signo–, rasgos éstos, en cambio, que también fallan en el acto prohibitivo como supuesto signo de apariencia.

[75] Así, entre nosotros, De Cossío y Corral (*Instituciones de Derecho Civil, t. II: Derechos reales y Derecho Hipotecario. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, revisado y puesto al día por M. De Cossío y Martínez y J. León Castro, Madrid, 1988, p. 270); y Guilarte (pp. 317 ss), quien habla de obra en fundo propio del dominante.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., *Curso de Derecho Civil español, t. III: Derecho de bienes*, Barcelona, 1982.

Argudo Périz, J. L., «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho civil patrimonial», *RDCA*–2010, XVI.

— «Relaciones de vecindad y servidumbres en el Derecho aragonés», en el *Tratado de servidumbres*, dirigido por Á. L. Rebolledo Varela, 3ª edición, Pamplona, 2013.

— «Servidumbres de luces y vistas. Artículos 574 a 576 del Código Foral de Aragón», en las *Actas de los vigésimo primeros encuentros del Foro de Derecho aragonés,* Zaragoza, 2012, pp. 219-244.

— «Relaciones de vecindad y servidumbres en el Código de Derecho Foral de Aragón», en *Manual de Derecho civil aragonés (conforme al Código del Derecho Foral de Aragón)*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por Mª Ángeles Parra Lucán, 4ª ed., Zaragoza, 2012.

Bartolo de Saxoferrato, *(Commentaria) In Primam Codicis Veteris Partem*, Venecia, 1615.

Bayod López, M.ª C. (coord.), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Zaragoza, 2013.

Benedicto, J. E., *«¿Es la servidumbre de luces y vistas positiva ó negativa?»*, en *RGLJ*, 1916, t. 128, pp. 135 y 136.

Biondi, B., *Le servitù prediali nel Diritto romano (Corso di lezioni)*, Milán, 1946.

— *Las servidumbres*, traducción y notas al Derecho español por Juan Manuel González Porras, 2ª edición española, Granada, 2002.

Branca, G., *Servitù prediali*, en Commentario del Codice Civile, a cargo de A. Scialoja y de G. Branca, Libro Tercero (Arts. 1027-1099), Bolonia, 1987.

Burdese, A., *Servitù prediali*, en Trattato di diritto civile, dirigido por G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milán, 1960.

Burón García, G., *Derecho Civil Español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, t. II, Valladolid, 1898.

Cadenas Sobreira, M. A., «Clases de servidumbres», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, del CGPJ, Madrid, 1994, pp. 109-131.

Capilla Roncero, F., «Acción negatoria y servidumbre de desagüe. Comentario a la STS de 2 de junio de 1984», en *CCJC*, 1984 (4-6), pp. 1729-1735.

— «Ampliación de servidumbre de acueducto. Comentario a la STS de 29 de marzo de 1985», en *CCJC*, 1985, núm. 8.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral, t. II: Derecho de cosas, vol. 2º: Los derechos reales restringidos*, 15ª ed., Madrid, 1994.

Castrillo y Santos, J., «Posesión de servidumbre de luces y vistas», en *RGLJ*, 1922, t. 141, pp. 337-359.

Colin, A. y Capitant, H., *Curso elemental de Derecho Civil, t. II, volumen II: De los bienes y de los derechos reales principales*, traducción de la RGLJ con notas de Derecho civil español por Demófilo de Buen, Madrid, 1923.

Comporti, M., Voz: «Servitù (Diritto Privato)», en *ED*, t. XLII, pp. 274-332.

De Asso y Del Río, J. I. y De Manuel y Rodríguez, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5ª edición, 1792, reimpresión de Valladolid, 1975.

De Buen, D., *Derecho Civil español Común*, 2ª ed., Madrid, 1930.

— Voces varias sobre «Servidumbres», en *EJE, t.28*.

Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, 2004.

Díez-Picazo y Ponce De León, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, v. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª edición, Madrid, 1990.

García Goyena, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1852.

Gómez Calero, J., «La servidumbre de paso de energía eléctrica», en *RGLJ*, 1967, pp. 838-906.

González-Alegre Bernardo, M.: *Manual de servidumbres (Gráficamente ilustrado)*, con prólogo de Blas Piñar López, Madrid, 1958.

Guilarte Gutiérrez, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984.

Gutiérrez Celma, G., «El régimen de luces y vistas: Relaciones de vecindad y servidumbres», en *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1996, pp. 7-104.

Lacruz Berdejo, J. L., *«Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes»*, en *RGLJ*, 1954, pp. 521-586, y en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral, t. I: Parte general y reales,* Zaragoza, 1992, pp. 311-352.

— *«La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas»*, en Anuario de Historia del Derecho español, t. XXXI, 1961, pp. 187-194.

— *«La aplicación de material vítreo a la construcción de luces y vistas»*, en Temis (RCTJ), 1967, pp. 57-62.

— «El arrendamiento y la extinción de la servidumbre por el propietario», en *RCDI*, núm. 463, 1967.

— *Elementos de Derecho Civil, t. III, Derechos reales, vol. 2º: Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2ª ed., Barcelona, 1991.

Lacruz Mantecón, M. L., «Servidumbre de luces y vistas en el Código Foral aragonés», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, 2013, pp. 899-916.

Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil Común español*, Murcia, 1962.

López y López, A. M., Montés Penadés, V. y Roca i Trías, E., *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho Inmobiliario registral*, 2ª ed., coord. M. Clemente Meoro, Valencia, 2001.

Machelard, E.: «Distinction des servitudes prédiales en Droit Français», en *RCLJ*, v. 31 (1867), pp. 112-131; v. 32 (1868), pp. 12-29; 146-161; 201-213; 351-368 y 401-412.

Manresa y Navarro, J. Mª, *Comentarios al Código Civil español, t. IV*, Madrid, 1905.

Merino Hernández, J. L., *en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XXXIV, v. 2º: Artículos 119 al final Compilación de Aragón*, Madrid, 1988.

Miglietta, M., «La costituzione della servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia e per usucapione», en *GI*, 1992, I, pp. 35-40.

Miguel y Romero, M., «Servidumbre de luces en pared propia», en *RGLJ*, 1922, t. 141, pp. 488-496.

Moreno Trujillo, Mª E., «El régimen jurídico de luces y vistas en el Derecho Común español. Límite y servidumbre», en RDP, 1993, pp. 131-173.

Para Martín, A., *en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XXX: Artículos 277 al final Compilación de Cataluña*, Madrid, 1987.

Pasquau Liaño, M., *«Servidumbre de paso de energía eléctrica. Comentario a la STS de 16 julio 1990»*, en *CCJC*, 1990, pp. 905-913.

— «Servidumbre de apoyo de letrero luminoso: adquisición por usucapión. Comentario a la STS de 31 enero 2000», en CCJC, 2000, núm. 53, abril-septiembre, pp. 691-699.

Planiol, M., con la colaboración de G. Ripert, *Tratado elemental de Derecho Civil, Volumen V: Los Bienes*, traducción de la 12ª edición por José M. Cájica jr, Méjico.

Pons González, M. y Del Arco Torres, M. A., *Régimen jurídico de las servidumbres (Doctrina científica y jurisprudencial, formularios), con Anotaciones y concordancias con Leyes Civiles Forales*, 5ª ed., Granada, 2008.

Presa, t., «El espíritu del Código civil en materia de servidumbre de luces y vistas», en *RGLJ*, 1929, t. 154, pp. 594–598.

Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil español, t.III: Derechos reales. Vol. 1º: Teoría general de los derechos reales*, 9ª ed., Madrid, 1972.

Quintana Petrus, J. M., *Derecho de Aguas (La Ley de Aguas de 1985 y sus Reglamentos)*, Barcelona, 1989.

Quintus Mucius Scaevola, *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial, t. X: Libro II (Servidumbres)*, 3.ª edición, Madrid, 1917.

Rebolledo Varela, A. L. (coord.), *Tratado de servidumbres*, 2 vols., 3ª edición, Navarra, 2013.

Rivera Serrano, M., *Servidumbre de luces y vistas*, Granada, 1998 (3ª ed., 2009).

— *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1998 (3ª ed., 2009).

Roca Juan, J.: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, vol. 2º, t. VII: Arts. 530 a 608 del Código Civil*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Jaén, 1978.

Rodríguez y Rodríguez Germes, M., «Servidumbres aparentes y no aparentes», en *RCDI*, 1951, pp. 336-360.

Sancho Rebullida, F. A., «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones del derecho de Abolorio o de la Saca (Arts. 143 a 152 inclusive, de la Compilación)», *Estudios de Derecho Civil, II*, Pamplona, 1978, pp. 133-165.

— *«Los Derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón»*, en *RCDI*, 1968, pp. 2-44, y en *Estudios de Derecho Civil, II*, Pamplona, 1978, pp. 197-237.

— «El sistema de los Derechos Reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Estudios de Derecho Civil, II*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, pp. 239-68.

Santos Briz, J.: *Derecho Civil, Teoría y Práctica, t. II: Derecho de Cosas*, Madrid, 1973.

Tur Faúndez, Mª N.: *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, Valencia, 1999.

Uriarte Berasategui, J., «Servidumbre legal de luces y vistas», en *RCDI*, 1930, pp. 241-252 y 358-369.

Villén Salto, G., *Limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*, Granada, 2004.

EL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: DE LA SERVIDUMBRE DE ANDAMIAJE AL DERECHO VECINAL DE PASO TEMPORAL POR RAZÓN DE OBRAS

ART. 542 OF THE REGIONAL CODE OF LAW OF ARAGON: FROM SCAFFOLDING EASEMENT TO NEIGHBOURHOOD RIGHT OF TEMPORARY TRANSIT DUE TO CONSTRUCTION WORK

José Luis Argudo Périz
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza[*]

RESUMEN

El artículo 542 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) traslada al Derecho aragonés el contenido de la regulación civil estatal (art. 569 CC) del acceso temporal desde el fundo propio al vecino para obras de construcción o reparación de edificaciones, pudiendo ocupar este terreno ajeno para colocar andamios u otros objetos de construcción. Sobre el precepto del Código civil la doctrina se dividió entre quienes lo consideraban correctamente situado en la servidumbre forzosa de paso, como una especialidad de pasos temporal, denominada «servidumbre de andamiaje», y la mayoría de la moderna doctrina civilista, con apoyo de la jurisprudencia, que lo calificaba como una expresión de las relaciones de vecindad, al igual que los Códigos italiano y alemán, y el derecho consuetudinario francés.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S29 de la DGA, denominado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (IDDA), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

En el Derecho aragonés se ha incluido entre las relaciones de vecindad típicas, siendo el único Derecho civil autonómico español que lo regula de forma específica en su legislación civil. En el trabajo se tratan de clarificar algunas consecuencias del régimen jurídico aragonés derivadas de su encuadre en el Derecho de vecindad y de la aplicación del principio tradicional aragonés del «ius usus inocui» contemplado en la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda.*

Palabras clave: Derecho civil aragonés; relaciones de vecindad; derecho de paso temporal por razón de obras; Código civil español; servidumbre de andamiaje.

ABSTRACT

Article 542 of the Regional Code of Law of Aragon (CDFA) transfers to the Aragonese Law the content of the state civil regulation (art. 569 CC) on temporary access from one's own estate to the neighbour's for construction work, or building repair, being able to occupy this adjacent land to place scaffolding or other construction objects. Based on the principle of the Civil Code, the doctrine was divided between those who considered it to be correctly situated in the forced transit easement, as a temporary transit specialty, called "scaffolding easement", and the majority of the modern civil law doctrine, supporting the jurisprudence, which described it as an expression of typical neighbourly relations, just like the Italian and German Codes and French Common Law.

In Aragonese Law, it has been included within standard neighbourly relations, and it is the only Spanish autonomous Civil Law that regulates it specifically in its civil legislation. In this study, an attempt has been made to clarify some consequences of the Aragonese legal system derived from its framing within the neighbourhood law and from the application of the Aragonese traditional principle of "ius usus inocui", contemplated in Observance 1: *De aqua pluviali arcenda.*

Key words: Aragonese civil law; neighbourly relations; temporary right of transit due to construction works; Spanish Civil Code; scaffolding easement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. II. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL ARTÍCULO 569 CC: SERVIDUMBRE FORZOSA O RELACIÓN DE VECINDAD. III. LA REGULACIÓN DEL «PASO POR RAZÓN DE OBRAS»

COMO RELACIÓN DE VECINDAD EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. 1. El artículo 542 del Código foral aragonés. 2. Otros derechos civiles autonómicos. 3. La facultad de exclusión del propietario y el «ius usus inocui». 4. «El paso por razón de obras» como límite o restricción legal del dominio. IV. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. 1. Fincas vecinas. 2. «Construir o reparar algún edificio». 3. Indispensabilidad del paso. 4. Condiciones para el ejercicio del paso. 5. Legitimación activa y pasiva para el ejercicio del derecho. 6. Indemnización.

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

El Libro IV, *Derecho Patrimonial*, del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) refunde el contenido de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de *Derecho civil patrimonial*, regulando en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), y desarrolla el contenido del Libro III de la Compilación de 1967, sobre derecho de bienes, dividido también en dos títulos, *de las relaciones de vecindad* (arts. 143 y 144), y *de las servidumbres* (arts. 145 a 148).

Sancho Rebullida destacaba tras la aprobación de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 la labor del Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés en materia de derecho de bienes, al realizar «un profundo estudio histórico, que vino a confluir con una distinción conceptual introducida por la doctrina moderna, la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres»[1], superando la doctrina errónea sobre la naturaleza «híbrida» de las servidumbres legales, iniciando esta «promiscuidad conceptual y técnica» el Código francés, al que siguió el código italiano de 1865, y el español, que incluyó en el Capítulo II del Título VII del Libro II bajo la rúbrica *de las servidumbres legales*, «normas que son completamente extrañas a esta materia»[2].

---

[1] Sancho Rebullida, F. de A., «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), p. 555. Cita, a título de ejemplo, «distancias y obras intermedias (artículos 582-584 y 589-591), medianería (arts. 571-579), y recepción de aguas pluviales (art. 586), corte de raíces y ramas (art. 592)».

[2] Sancho Rebullida, F. de A., «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones. Del Derecho de Abolorio o de la Saca (Artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación)», en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26 (1967), pp. 195-218. Reeditado en *Estudios de Derecho Civil, II*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, pp. 133-165. Lo cito por esta última publicación, p. 141.

El estudio de la regulación foral de luces y vistas, y especialmente la aplicación de la Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, conduce a los autores del *Informe sobre «Derechos sobre las cosas»* a aplicar algunas categorías de la doctrina italiana (Butera, Barassi) ante la insatisfacción que producía incluir las disposiciones forales bajo la denominación de servidumbres, destacando el grupo de normas del Código italiano de 1865 sobre distancias y obras intermedias para ciertas plantaciones y construcciones, y las luces y vistas, que doctrinalmente se consideraban normas para «resolver los conflictos que pudieran surgir del ejercicio del derecho de propiedad entre fundos vecinos, imponiendo limitaciones recíprocas a los respectivos dueños»[3], que no se configuran como servidumbres por no existir fundos exclusivamente dominantes o sirvientes, al producirse una utilidad recíproca inconciliable con la servidumbre.

Y ante la desafortunada sistemática del legislador, entienden necesaria la diferenciación de las llamadas servidumbres legales en el Código, determinando si «se trata de una verdadera servidumbre legal o de una limitación de las facultades dominicales», porque –como indican– no responde esta separación conceptual tan solo a un prurito clasificador sino que, por el contrario, las consecuencias que de una y otras solución derivan son insospechadamente relevantes, que ejemplifican en materia de luces y vistas[4].

Las relaciones de vecindad no constituyen una categoría homogénea y de contornos bien definidos[5] como las servidumbres, y su construcción jurídica es reciente y basada en unos principios basados muchas veces en la casuística jurisprudencial, por lo que tiene mayor mérito su configuración en la Compilación aragonesa de 1967. Para Palá Mediano la regulación de los derechos reales en la Compilación aragonesa trata de «sistematizar, modernizar y adaptar un Derecho histórico a la vida jurídica actual de Aragón»[6]. Y entre los comentaristas del Libro III de la Compilación, José Manuel Bandrés destacaba su buena y moderna sistemática, y cómo rescata unas pocas instituciones tradicionales, por lo que a pesar de su muy parco contenido normativo, este libro

---

[3] Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, Zaragoza, 1996, p. 484. Sancho Rebullida, «Los derechos reales…», *op. cit.*, p. 555, cita como principales autores de este Informe a Mariano Alonso y Lambán y Germán Albalate Giménez. *Vid.* también el «Estudio Preliminar», de Jesús Delgado Echeverría, en la misma obra y tomo, pp. XIX a CXXIII.

[4] *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, *op. cit.*, pp. 486-9.

[5] Fernández Urzainqui, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Protección del Derecho de propiedad*, t. IX, 1994, p.125

[6] Palá Mediano, Francisco, «Ponencia general sobre el tema de las Jornadas», en «Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés (Zaragoza, 18-20 diciembre 1969)», *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XIV (1968-1969), p. 492

de la Compilación, «viene a recoger algo así como la quintaesencia del Derecho histórico aragonés en la materia»[7].

El Título primero del Libro IV del Código aragonés lleva por título «De las relaciones de vecindad» y se divide en cinco capítulos: disposiciones generales (arts. 537 y 538), árboles y plantaciones (arts. 539 a 541), construcciones (arts. 542 y 543), aguas pluviales (art. 544), y luces y vistas (arts. 545 a 550). La importancia de la nueva regulación de relaciones de vecindad no es solo en número de artículos, pasando de dos en la Compilación a catorce en el nuevo Código, sino en su contenido normativo, ya que se completa respecto a la Compilación de 1967 con las disposiciones generales de los arts. 537 y 538 (capítulo primero), que establecen un marco común y mínimo de las relaciones de vecindad, necesario en el Derecho aragonés, del que cabe destacar la regla general del art. 538, «del uso adecuado de los inmuebles o sitios», que servirá de principio general de las relaciones vecinales, y al que habrá que reconducir también situaciones y relaciones jurídicas no contempladas expresamente por el Código aragonés como criterio de solución. El capítulo II sobre «árboles y plantaciones» (arts. 539 a 541) amplía la limitada y foral regulación del art. 143 de la Compilación, abarcando la regulación del Código civil (arts. 591 a 593 CC) y del art. 390 CC, sobre árboles que amenazan caerse, con las consecuencias del art. 1908 CC (por remisión del art. 391 CC). El capítulo V sobre luces y vistas (arts. 545 a 550 CDFA) desarrolla el régimen establecido en el art. 144 Compilación, que ha sido el precepto de referencia para construir los límites del derecho de dominio urbano en el Derecho aragonés.

En los capítulos III y IV se han introducido tres artículos sin precedentes en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. Son los arts. 542, bajo el título «paso por razón de obras», y art. 543 «uso de pared medianera», agrupados en el capítulo III con la denominación de «construcciones», y el art. 544 «paso natural del agua pluvial», que constituye el capítulo IV con el título «aguas pluviales». Aunque no tengan estos tres artículos precedentes inmediatos en la Compilación aragonesa de 1967, los hay anteriores del art. 543(«uso de pared medianera») en el Proyecto de Apéndice de 1904 (art. 235) y en la propia Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, que sigue siendo la regla inspiradora de las relaciones de vecindad de luces y vistas. De los otros dos preceptos, el art. 542 no tiene precedentes forales equivalentes pero aplica el mismo principio que la Observancia 2ª *De aqua pluviali arcenda*[8] y el art. 544 no tiene un precedente en

---

[7] Bandrés y Sánchez-Cruzat, José Manuel, «Libro III. Derecho de bienes», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 1º, Madrid, EDERSA, 1988, p. 193.

[8] Y 1ª *De finium regundorum*, *Vid.* Franco y López y Guillén y Carabantes, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, p. 124.

el Cuerpo foral pero sí en el *Vidal Mayor*[9], y ambos cabe interpretarlos como manifestaciones legales del principio recogido en la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*, que es objeto de este trabajo en relación exclusivamente al art. 542.

Extraña que la regulación en el Código aragonés de las relaciones de vecindad se haya limitado a los supuestos típicos nuevos mencionados, al existir otros preceptos que en el Código civil son considerados por la mayoría de la doctrina como exponentes de los límites o limitaciones de la propiedad y no como servidumbres legales o forzosas entre las que se incluyen en el Código civil, como los contemplados en los arts. 586 y 590, o ampliar la regulación aragonesa correspondiente al art. 390 CC (art. 541 CDFA) al art. 389 sobre construcciones que amenazan ruina.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil estudió la posibilidad de completar la regulación de relaciones de vecindad con otras disposiciones contempladas ya en el Código civil, para dar mayor coherencia al Título sobre relaciones de vecindad y no quedar reducido a los ámbitos con claros precedentes forales (árboles y luces y vistas), y disciplinar otros conflictos entre vecinos. La propuesta incluía la regulación aragonesa de los arts. 389, 390, 552, 586 y 590 CC[10].

Se aprobó el actual art. 541 CDFA partiendo del art. 390 CC, pero se rechazó regular los arts. 389 y 590 CC por entender que resultaban preceptos anacrónicos si no se actualizaba su texto y ya eran contemplados por el Derecho administrativo. En materia de aguas, se acordó la incorporación al Derecho aragonés del art. 552 CC (actual art. 544. *Paso natural del agua pluvial* del Código foral), pero se rechazó un precepto semejante al art. 586 CC («caída del agua pluvial de los tejados») en el Derecho aragonés, pese a tener un claro antecedente foral en el Fuero único *De aqua pluviali arcenda* y ser la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*, la inspiradora de la aplicación del *ius usus inocui* y de las relaciones de vecindad en el Derecho aragonés, por considerarse que el supuesto «está regulado por el derecho administrativo y que se controla a través de la concesión de la licencia de edificación»[11].

---

[9] *Vidal Mayor. 4.206. De aqueductu, es a saber: De aduzimiento//o de traymiento de agoa.*

[10] *Vid.* Serrano García, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», en Carmen Bayod (coordinadora), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Institución «Fernando el Católico» DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 11-62 (y en *ADC*, LXV, 2012, pp. 1497-1549).

[11] Sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de siete de octubre de 2009 (Acta 249). Intervención de D. José García Almanzor. A continuación propone la supresión de este precepto, que se aprueba por unanimidad. La SAT Zaragoza 3 octubre 1978 consideró que era un conflicto entre particulares y que no era competencia de la corporación municipal la imposición de obras de reparación de los conductos de evacuación de aguas pluviales en unos edificios. *Vid.* Del Arco Torres, M. A., y Pons González, M., *Régimen jurídico de las servidumbres. Doctrina científica y jurisprudencial. Formularios*, Granada, Comares, 1989, p. 491.

El antecedente foral es el Fuero único *De aqua pluviali arcenda,* del libro III de los Fueros (1247), que Isabal incorpora a su recopilación: «Artículo 44. Todos están obligados a dar libre salida de sus casas al agua pluvial, de modo que no produzca daño a sus convecinos, a llevarla por conductos

Es por ello que las disposiciones aprobadas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que han pasado al texto legal del Código foral tras su tramitación parlamentaria, no tienen la suficiente coherencia material para formar capítulos independientes, aunque así lo haga el Código aragonés, quedando reducido el capítulo IV sobre aguas pluviales a un solo precepto, el art. 544 que transcribe –salvo la referencia textual a la servidumbre– el art. 552 CC. Y en el capítulo III se fuerza el título de «construcciones» para agrupar dos supuestos muy diferentes: la naturaleza de comunidad indivisa de la medianería (art. 543), sustrayéndola de la regulación legal de las servidumbres en el Código civil, y el desplazamiento del paso temporal por razón de obras desde la servidumbre forzosa de paso (art. 569 CC) al ámbito de las relaciones de vecindad, que corresponde a su verdadera naturaleza según el legislador aragonés.

No se duda desde la perspectiva del Derecho aragonés, que fue pionero en construir una diferenciación legal entre relaciones de vecindad y servidumbres, que las disposiciones de los arts. 389 –pero especialmente las de los arts. 586 o 590 CC– son supuestos de relaciones de vecindad, de límites legales al dominio de carácter igualitario y recíproco, pero la no inclusión el nuevo cuerpo foral ocasiona un problema de determinación del ordenamiento aplicable, ya que el rechazo a su inclusión en el ordenamiento aragonés no vino motivado por considerar la necesidad de aplicar supletoriamente el Código civil, sino por su anacronismo, escasa aplicación y considerar que en su campo de aplicación jurídica intervenía el Derecho público[12]. Jugará en todo caso el principio rector de las relaciones de vecindad en Aragón que es el art. 538 CDFA a la hora de aplicar las previsiones del Código civil, si se considera que no existe norma aragonesa aplicable, y hacerlo «de acuerdo con los principios que las informan» (art. 1.2 CDFA), o bien cabe aplicar directamente el art. 538 CDFA, como «norma de cierre» de las relaciones de vecindad en Aragón que, como regla general, integra cualquier supuesto concreto de conflictos entre vecinos particulares por razón de vecindad estableciendo los criterios de resolución.

---

subterráneos, o de otro modo, hasta el (*sic)* en que debajo de la vía pública se recogen las aguas de las casas de la vecindad, y a limpiarlo, para que las aguas puedan entrar libremente, en la parte confrontante con sus casas, todo ello a sus propias expensas». *Cfr.* Isabal, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), p. 195. No se contempló ya en la *Memoria* de Franco y López, ni en los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904. Blas y Melendo, A.*, Derecho civil aragonés,* Zaragoza, 1898, p. 212, lo atribuye a tener que observarse en esta materia la legislación de aguas y ordenanzas municipales.

[12] En realidad la colisión con la aplicación de otras leyes se produce más intensamente con el art. 544 CDFA y art. 552 CC en materia de aguas, ya que el art. 47.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), contiene un precepto con el mismo tenor literal, lo que ocasiona algunos problemas de interpretación por el principio rector de la demanialización de las aguas en la normativa sectorial.

Aunque existe acuerdo en la doctrina sobre la configuración de límite de la propiedad del paso natural de aguas pluviales, o de otro origen natural, y la consideración de la medianería como una forma *sui generis* de comunidad en las relaciones de vecindad, existen significativas divergencias doctrinales sobre la naturaleza de la institución contemplada en el art. 569 CC y ahora en el art. 542 CDFA, aunque la doctrina mayoritariamente y la jurisprudencia se inclinan por incluirlo en los supuestos de relaciones de vecindad mal encuadrados sistemáticamente en el Código civil entre las servidumbres legales, y específicamente en la servidumbre forzosa de paso.

II. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL ARTÍCULO 569 CC: SERVIDUMBRE FORZOSA O RELACIÓN DE VECINDAD

El art. 569 CC tiene como único antecedente el art. 571 del proyecto de Código civil de 1882[13], aunque algunos autores han buscado antecedentes más lejanos en el Derecho castellano, en las Partidas[14]. Pasa intacto, añadiendo a la redacción del proyectado art. 571 la expresión «para construir», al art. 569 CC.

Parece que los antecedentes del precepto hay que buscarlos en el Derecho francés e italiano. Señala Quiñonero[15] que una institución semejante existía en el Derecho consuetudinario francés anterior al Código, denominada «tour d'échelle» y configurada como limitación del dominio para favorecer las relaciones de vecindad, pero que no pasó al *Code* de 1804 con la intención de liberar de cargas a los propietarios[16]. Inspiración más directa se encuentra en el Código

---

[13] «Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue».

[14] Ley 7ª, Título XXXII, Partida 3ª, citada por Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1963, p. 224, en nota, que la considera como servidumbre accesoria a la de acueducto o desagüe.

[15] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil-Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1638-42.

[16] Consta en el Diario Oficial del Senado francés una interpelación al Ministro de Justicia sobre regulación legal de la servidumbre de«tour d'échelle» (JO Sénat du 14/12/1989, page 2076) del siguiente tenor: «M. Maurice Lombard expose à M. le garde des sceaux, ministre de la justice, que la servitude du "tour d'échelle" qui conduisait un propriétaire à laisser passer sur son terrain le propriétaire voisin pour effectuer les réparations sur un immeuble ou un mur contigu à son fonds existait dans l'ancien droit. Elle n'a pas été reprise dans le code civil. Cette lacune est source de multiples complications et de litiges : le propriétaire du fonds voisin peut refuser le passage sur sa propriété et la jurisprudence apporte des solutions contradictoires à ce problème, oscillant entre le respect

civil italiano de 1865 en su art. 592, que permite el paso al fundo vecino, cuando resulte necesario para construir o reparar una pared u otra obra propia del vecino o común, sujeto a indemnización por el daño ocasionado (art. 594). El art. 592 pasó al art. 843 del Código italiano de 1942[17], añadiendo la concesión del paso para coger las cosas que caigan accidentalmente en el fundo vecino o los animales que huyen de la custodia de su propietario, semejante en este último supuesto al art. 612 CC.

Para Quiñonero es más amplio el precepto español, al permitir no solo el paso sino la colocación de andamios y otros objetos para la obra, al excluir la disposición italiana la permanencia en el predio vecino, por lo que se inclina por una mayor semejanza con los precedentes consuetudinarios franceses, ya que la institución de la «tour d'échelle» o «doit d'échellage» permitía ocupar un espacio de tierra del fundo vecino[18].

En el Derecho alemán el derecho de paso necesario (§§ 917 y 918 BGB) no origina el derecho a la concesión forzosa de una servidumbre predial, por contar

---

du droit de propriété et les exigences de la pratique. En conséquence, il lui demande s'il n'estime pas envisageable de revenir à une servitude légale inspirée du "tour d'échelle" qui permettrait de donner un fondement juridique clair à l'obligation pour le propriétaire d'accorder, sous certaines conditions, l'accès à son fonds en vue de l'édification ou de la réparation d'un ouvrage sur le fonds voisin». La respuesta del Ministro (JO Sénat du 14/06/1990, page 1321) expresa la no necesidad de su regulación, y la resolución de los posibles conflictos por vía convencional, establecimiento de una servidumbre voluntaria, o a través de las reglas que rigen las relaciones de vecindad: «Le droit pour un propriétaire de passer sur la propriété voisine pour effectuer les travaux nécessaires à la conservation d'un bâtiment construit en limite séparative de son fonds, consacré dans l'ancien droit par une servitude légale, ne figure pas dans le code civil. Les tribunaux ont été amenés à reconnaître, de façon prétorienne, un tel droit personnel au propriétaire du fonds dans des conditions d'exercice strictement délimitées par la nature et l'objet des travaux : caractère indispensable des travaux, nécessité technique de passer sur le fonds voisin ; juste proportion entre la gêne provoquée et l'utilité des travaux. Ces critères dégagés par la jurisprudence permettent actuellement de fournir des solutions appropriées aux rares litiges de cette nature soumis aux tribunaux, dans les cas où les particuliers n'ont pu trouver de solution amiable, soit par l'établissement d'une servitude conventionnelle, toujours possible sur le fondement de l'article 686 du code civil, soit dans le cadre de relations de bon voisinage. Dès lors, il n'est pas envisagé de créer une servitude légale de «tour d'échelle».

[17] «Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità , al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune./Se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità./Il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia. Il proprietario può impedire l'accesso consegnando la cosa o l'animale».

[18] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit*, p. 1641. No cabe confundirlo, indica Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1963, p. 225, con el derecho sobre el espacio de terreno circundante que el propietario puede dejar sobre su propio fundo más allá de su edificación a fin de poder construir o reparar ésta más fácilmente, que tiene su antecedente en el «ambitus» del Derecho romano, y conocido en el francés como «investison» o «invetison», y tampoco se puede considerar como servidumbre accesoria para permitir el establecimiento o conservación de otra servidumbre (art. 542 CC).

con antecedentes propios que superaban la estrechez del derecho romano en esta materia, y por ello se considera como una limitación legal del contenido mismo de la propiedad, en razón de aplicación de la disposición general del § 904 BGB, que niega al propietario el derecho a prohibir los actos que otro ejecute sobre la cosa en estado de necesidad, aunque desarrollando características propias en los preceptos citados[19].

Antes de promulgarse el Código civil español, algunos autores mencionan la necesidad de establecer normas para supuestos de paso y ocupación provisional del fundo vecino, que contaba con regulación en Derecho público. Danvila, (1872), explica la legislación sobre ocupación temporal de terrenos y aprovechamientos de materiales por razón de obras públicas y abre un apartado para los casos de paso legal en casos imprevistos, basados en la necesidad («la necesidad es la suprema ley») y para supuestos excepcionales (inundación, incendio, terremoto u otro acontecimiento insuperable) para permitir el paso por la heredad del vecino[20]. También Gutiérrez, en 1881, citaba como ejemplo de servidumbres temporales «la ocupación pasajera de terrenos», y explicaba que considerando la ley «la diferencia que hay entre la privación absoluta de la propiedad y una ocupación pasajera, concede indemnización previa cuando tiene que imponer una servidumbre perpetua; mas cuando es temporal, solo se obliga al resarcimiento posterior de daños y perjuicios»[21]. Para Falcón el art. 569 es un ejemplo de cómo pueden establecerse con carácter provisional ciertas servidumbres para construir o reparar edificios, y destaca la

---

[19] Wolf, M., *Derecho de cosas*, vol. I. *Posesión, derecho inmobiliario, propiedad*, en *Tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, t. III. Traducción de la 32ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia español por Pérez González, B. y Alguer, J., 8ª revisión, Bosch, Barcelona, 1936, p. 331. Cita como derechos territoriales (p. 336) «el llamado *derecho de martillazo (Hammerschlagsrecht)* y *escala (Leiterrecht)*: para la reparación, construcción y limpieza de edificios, el vecino no solo puede penetrar en la finca ajena, sino también colocar andamios y depositar herramientas. Este derecho existe en Hesse (L. ej. 83 s.) y en Turingia». Los comentaristas españoles de la obra (pp. 336-7) señalan como el derecho de paso se configura como servidumbre en el Código español, pero exceptúan dos casos por considerarlas exponentes de limitaciones legales del contenido de la propiedad, el acceso forzoso, de carácter ocasional, para obras y reparación del art. 569 CC, y la llamada servidumbre de paso de ganados (art. 570 CC).

El Código civil suizo de 1907 regula el derecho como un límite al derecho de propiedad en su art. 695, remitiéndose a la legislación territorial cantonal: «b. Autres passages. La législation cantonale peut régler la faculté réciproque des propriétaires d'emprunter le fonds voisin pour travaux d'exploitation, de réparation ou de construction sur leur propre fonds; elle peut régir aussi les droits de charrue, d'abreuvoir, de passage en saison morte de dévalage et autres droits analogues».

[20] Danvila, M., *El libro del propietario*, 3ª ed., Librería de Alfonso Duran, Madrid, 1872, pp. 258-261.

[21] Gutiérrez Fernández, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II (5ª ed.), Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1881, pp. 646-7.

novedad del precepto «del cual ningún precedente existía en nuestro derecho, y cuya justicia y necesidad son bien notorias»[22]. Valora Bonel la finalidad de la norma indicando que «es tan indispensable que sin ello sería imposible la edificación y reconstrucción en los límites de un predio que ha de estar colindante con los de otro»[23]. Y Manresa añadía que es «una servidumbre esencialmente temporal y transitoria que es en cierto sentido a la obra de carácter privado los que las ocupaciones temporales vienen a ser respecto de la construcción de las obras públicas»[24].

El Código civil considera que este derecho de paso es una servidumbre legal, y como servidumbre temporal, transitoria, provisional y parcial consideran este derecho los primeros comentaristas del Código como Bonel, Falcón o Sánchez Román –que la considera como una *ocupación temporal* semejante a una expropiación transitoria[25]–, Manresa o Scaevola[26], y así lo ha seguido considerando también parte de la doctrina (De Buen[27], Valverde[28], Planas[29], Borrell[30], Clemente de Diego[31],

---

[22] Falcón, M., *El Derecho civil español, común y foral*, t. I (sexta ed.), Tip. «La Publicidad», de Tobella y Costa, Barcelona, 1901, pp. 270-1.

[23] Bonel y Sánchez, L., *Código civil español*, t. II, Libro II, A. López Robert, impresor, Barcelona, 1890, p. 644.

[24] Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV (7ª ed. revisada por J. M. Pou de Avilés), Reus, Madrid, 1972, p. 915.

[25] Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. III, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, p. 619.

[26] Scaevola, Quintus Mucius, *Código civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca,t. X (5ª ed.), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 586. El autor lo considera una especialidad de la servidumbre de paso, o sea del paso forzoso, y como servidumbre temporal y parcial.

[27] De Buen, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII, Francisco Seix, Editor, Barcelona, s. f., p. 724:«servidumbre temporal de paso».

[28] Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4ª ed.), Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, p. 375.

[29] Planas y Casals, J. M., *Derecho civil español común y foral*. Publicadas y anotadas por el Dr. D. Mariano Rubio y Tudurí, t. I, Librería Bosch, Barcelona, 1925, pp. 632-3. La denomina servidumbre especial de paso «para la *conducción de materiales* y realización de otros actos indispensables para edificar en el predio dominante».

[30] Borrell y Soler, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 96-7.

[31] Clemente De Diego, F., *Instituciones de Derecho civil español*, tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1941, p. 401. Con anterioridad distingue las limitaciones generales del dominio de las servidumbres y pone como ejemplo expositivo de las limitaciones de interés privado que «el propietario de un fundo debe tener el derecho de obrar sobre el del vecino en la medida reclamada por las necesidades de la explotación y aprovechamiento y sin que exceda de los miramientos que de buena fe deben tenerse los vecinos», p. 339.

Castán[32], Rivera[33], Torres Lana[34], Del Arco y Pons[35], Vázquez[36], Navas Navarro[37]). Lucas Fernández acuñó el término doctrinal de «servidumbre de andamiaje» para referirse a la modalidad de paso temporal regulada en el art. 569 CC, «lo que propiamente es un derecho de servidumbre con sustantividad propia», que califica como servidumbre coactiva y predial, que por establecerse solo en contemplación de una obra que ha de realizarse, «y siendo ésta siempre temporal, nace marcada con el sello de la limitación en el tiempo»[38]. Hernández Arranz ha reiterado nuevamente la defensa de la calificación de servidumbre de este derecho, ya que el carácter temporal no es suficiente justificación para negarle el carácter de servidumbre, si se argumenta apoyándose en la contemplación de la causa perpetua de las servidumbres en el Derecho romano, al no impedir el Código constituir servidumbres temporales, con la única limitación de imposibilitar servidumbres para hechos aislados o esporádicos. Encuentra, sin embargo, razones para considerarla como una servidumbre forzosa temporal, como una especialidad de las servidumbres forzosas de paso por razón del tiempo de duración de la carga y no, sustancialmente, por la diferencia de supuestos que puedan provocar la aplicación de los artículos 564 y 569 CC, ya que en muchas situaciones nos encontraremos con fincas enclavadas, que no permiten salida a camino público pero tampoco colocar andamios en otro terreno que no sea el predio ajeno. Añade que el paso esporádico podría constituir un límite al contenido normal del derecho de propiedad, pero no la ocupación por un cierto período de tiempo del terreno ajeno[39].

---

[32] Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 2º (revisado y puesto al día por Pascual Marín Pérez) (12ª ed.), Reus, Madrid, 1978, p. 153. En el vol. 1º (revisado y puesto al día por Gabriel García Cantero), p. 220, incluye el art. 569 CC entre las obligaciones y restricciones derivadas del derecho de vecindad, explicando que es un criterio discutido su inclusión en el CC de la mayor parte de ellas entre las servidumbres legales, a cuya exposición se remite.

[33] Rivera Serrano, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1998, p. 139.

[34] Torres Lana, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis Albácar López), 3ª ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963.

[35] Arco Torres, M. A. y Pons González, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, 3ª ed., Comares, Granada, 1998, p. 426

[36] Vázquez Iruzubieta, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 551.

[37] Navas Navarro, S., «Artículo 569», en Domínguez Luelmo, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 686.

[38] Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, Murcia, 1963, p. 224.

[39] Hernández Arranz, M., «Sección 3.ª. De la servidumbre de paso», en *Comentarios al Código Civil,* III, (J. Rams Albesa, coordinador), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 1043-4.

Rebolledo se aproxima a la posición de Lucas Fernández, como más conforme a la regulación del Código civil, al entender que el art. 569 no concede automáticamente el derecho de paso y andamiaje, «como sería propio si nos encontráramos ante una limitación legal de dominio, sino que ha de ser establecido en sentencia, con todos los problemas procesales y de derecho sustantivo que plantea el art. 564 CC». De forma pragmática concluye que «cualquiera que sea la naturaleza jurídica del derecho», el Código civil la regula como una servidumbre forzosa que permite el paso y la ocupación temporal del predio ajeno[40].

Tampoco convence a Evangelio Llorca la inclusión del art. 569 CC entre los supuestos de relaciones de vecindad mal encuadrados en el Código, por considerar también que el carácter de permanencia de las servidumbres no es un requisito esencial de la institución y, sin embargo, serlo «el pago necesario de una indemnización al propietario del fundo sirviente, presente en la servidumbre temporal de paso»[41]. Díez-Picazo y Gullón dudan de la naturaleza de la obligación, y la califican como «modalidad de paso temporal» pero encuadrada en el apartado de la servidumbre de paso, y también la incluyen entre las relaciones de vecindad reguladas en el Código como servidumbres, pero constatando las divergencias doctrinales[42]. Otros autores la incluyen entre las relaciones de vecindad típicas, aunque su estudio lo realicen en el marco de su sede en el Código entre las servidumbres legales (Espín[43], Puig Peña[44], Puig Brutau[45],

---

[40] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, 3ª edición, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 665.

[41] Evangelio Llorca, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI,* núm. 659 (mayo-junio 2000), p. 1847, en nota 79.

[42] Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 165 (relaciones de vecindad) y 457 (servidumbre de paso). La incluyen entre las relaciones de vecindad pero, en nota. señalan la división de la doctrina sobre la naturaleza de esta obligación, entre autores que la consideran como una limitación del dominio, basándose en el carácter meramente temporal de la relación –contrario a la *perpetua causa* de las servidumbres–, y otros que consideran permite la constitución de una servidumbre temporal de paso.

[43] Espín, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 76. Considera que el derecho de paso no tiene el carácter de servidumbre forzosa y considera todos los supuestos legales como limitaciones de la propiedad.

[44] Puig Peña, F., *Compendio de Derecho civil español*, II (3ª ed.), Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, p. 140 (Limitaciones de utilidad privada. Deberes de vecindad. Paso forzoso) y 497 (Servidumbre de paso. Paso con carácter transitorio).

[45] Puig Brutau, J., *Compendio de derecho civil*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1989, p. 70 (Limitaciones legales por razón de vecindad) y 295 (Servidumbre de paso. Paso transitorio).

Álvarez Caperochipi[46], Peña Bernaldo de Quiros[47], López[48], Corbal[49]).

Tamayo, en su propuesta de revisión del Código civil en materia de servidumbres, considera que todas las servidumbres legales reguladas en el Código «merecen la consideración de limitaciones del dominio, sean fundadas en el interés general y público, en las relaciones de vecindad entre los predios, o en un interés privado o particular» que no responden a la calificación de servidumbres. En esta última categoría incluye los derechos de paso permanente y temporal (arts. 564 a 569 CC)[50]. Esta consideración de todos los derechos legales de paso como simples limitaciones o restricciones normales del derecho de propiedad es criticada por González-Alegre al considerarla una tendencia doctrinal que confunde las «relaciones de vecindad» con «razones de vecindad», siguiendo el criterio del Código civil alemán. Defiende la «clásica» servidumbre de paso distinguiéndola de la regulación en el Código civil del específico paso ocasional, que se desgaja del derecho de servidumbre, dando lugar a una auténtica «relación de vecindad»[51].

Para González-Alegre el art. 569 CC es una expresión del principio «ius usus inocui», una tipificación legal del derecho al uso de un predio ajeno, viniendo a ser

---

[46] Álvarez Caperochipi, J. A., *Curso de derechos reales*, I y II, Civitas, Madrid, 1986 y 1987. Aunque en el vol. II la cita en los supuestos de la servidumbre forzosa de paso, p. 61, en el vol. I. la califica como relación típica de vecindad, pp. 72 y 74.

[47] Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario* (2ª ed.), Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p. 305-6 (Servidumbre de paso. De paso de materiales y colocación de andamios). En las relaciones de vecindad, distingue entre las limitaciones recíprocas entre fundos vecinos y las limitaciones de la propiedad de un fundo solo en provecho de otro (sin reciprocidad), en las que las circunstancias topográficas de cada fundo «pueden determinar que precisamente el propietario de uno de ellos tenga determinadas facultades sobre el fundo vecino», en las que incluye el derecho de paso para construir o reparar (pp. 128-9).

[48] López y López, A. M., «Las relaciones de vecindad», en López y López, A. M. y otros, *Lecciones de Derecho civil. Derechos reales e hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34; y en López, A., Montés, V. L., y Roca, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (coordinador: M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 185. En la primera obra Díaz Moreno, A., incluye el art. 569 entre las servidumbres de paso (p. 212), y en la segunda lo hace Clemente Meoro sin ninguna anotación sobre su posible consideración como supuesto de relaciones de vecindad, que realiza en otras materias (por ej.: luces y vistas) (p. 372).

[49] Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822. En realidad este autor no se pronuncia, limitándose a observar que para un sector doctrinal se trata de servidumbres legales y para otro de meras manifestaciones de las relaciones de vecindad.

[50] Tamayo, A., *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del código Civil en materia de servidumbres*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 112-3 y 124-6. Justifica las limitaciones legales por interés privado cuando este interés particular sea suficiente para merecer el amparo de la ley y el respeto de la colectividad.

[51] González-Alegre Bernardo, M., *Manual de servidumbres*, 3ª ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pp. 209-11.

«un claro exponente de la recíproca colaboración que debe existir entre los vecinos, bajo un natural criterio de buena vecindad, en el que deben imperar sentimientos de mutuos auxilios ante las necesidades que a uno y a otros se les puede presentar»[52]. Este criterio de recíproca colaboración vecinal como limitación dominical, por la reciprocidad que puede suponer entre fundos vecinos y por el carácter temporal de paso u ocupación de terreno, es compartido por parte de la doctrina (Alonso Pérez[53], Méndez de lugo[54], Lasarte[55], Díaz Fuentes[56], Huerta[57], Serra y De Verda[58]) o como regulación de un derecho de paso transitorio que no puede calificarse como servidumbre sino como relación de vecindad, al representar un mero límite o limitación del derecho de propiedad por interés privado, que limita, restringe o suspende temporalmente la facultad de exclusión del propietario del fundo vecino (Roca juan[59], Quiñonero[60], González García[61], Busto lago[62], Bonet[63],

---

[52] González-Alegre Bernardo, M., *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1967, p. 60.

[53] Alonso Pérez, M., «Las relaciones de vecindad», *ADC*, t. XXXVI (1983), p. 387.

[54] Méndez de Lugo y López de Ayala, A., «La servidumbre predial forzosa de paso», *Las Servidumbres. Cuadernos Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 316.

[55] Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil*, IV 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, es coherente al colocar el art. 569 entre las relaciones de vecindad y anotar en el tratamiento de la servidumbre forzosa de paso tal circunstancia, pp. 66 y 368.

[56] Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 507 y 678.

[57] Huerta Trólez, A., en Delgado de miguel, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales. Vol. 1º*, Civitas, Madrid, 2002, p. 83.

[58] Serra Rodríguez, A., en el tratamiento de las relaciones de vecindad (pp. 133-4) y De Verda y Beamonte, J. R., en servidumbres de constitución legal, especificando los casos que son «restricciones que afectan por igual a todos los predios, las cuales delimitan el contenido normal del derecho de propiedad» (p. 274). En *Derecho Civil,III*, 2ª ed. (De Verda y Beamonte, J. R. y Serra Rodríguez, A., coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

[59] Roca juan, J., «Artículo 569», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo VII, vol. 2º, Madrid, EDERSA 1978, p. 168.

[60] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil-Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1644.

[61] González García, J, *La facultad de exclusión del propietario* Universidad de Granada, 1986, p. 116.

[62] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil, 3ª ed., Aranzadi, 2009,* p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587),* (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426. Añade que «tal relación obligatoria de carácter temporal por la que se impone una limitación al derecho del titular del predio es suficiente para conseguir la finalidad social propuesta, apropiada a necesidades temporales y aun momentáneas, para las que sería excesivo constituir una servidumbre que por regla general es permanente y atiende a necesidades permanentes de los fundos».

[63] Bonet Correa, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina, t. II. Libro segundo,* Madrid, Civitas, 1987, p. 446.

Albaladejo[64], Algarra[65], Moreno Trujillo[66]). González Porras lo considera una limitación legal, y no un límite del derecho de dominio, de carácter temporal, y aun momentáneo, y recíproco entre fincas o predios o edificios de cualquier clase «que procediendo de determinadas y variables causas, reduce, en casos concretos, el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa»[67]. Karrera también considera que es un derecho inherente al mero hecho de una relación de vecindad, y que se trata de una limitación, y no un límite, del derecho de propiedad, que incide concretamente «sobre la facultad de exclusión, conforme al cual el propietario, con motivo de la relación de vecindad entre fincas y por razones de interés privado (la necesidad contemplada), queda despojado de dicha facultad temporalmente a favor del vecino interesado»[68].

García-Bernardo, sin embargo, considera que el derecho de paso del art. 569 CC no es servidumbre pero no porque le falte el requisito de perpetuidad de las servidumbres, ya que al admitirse las servidumbres temporales el requisito ha pasado a ser el de la permanencia, pero referida a la utilidad, sino porque cuando la utilidad es ocasional, accidental o circunstancial, le falta a la utilidad esencial en las servidumbres esa nota de la permanencia. Por ello considera que se trata de una «obligación nacida de la ley» (arts. 1089 y 1090 CC), derivando la obligación de indemnización por el perjuicio irrogado del art. 564 CC[69]. En la doctrina italiana, la realización de obras en el fundo vecino se considera una obligación *propter rem*, ya que el art. 843 del Código italiano solo establece como límite del dominio y relación de vecindad el paso entre fincas, pero Quiñonero tras el estudio de la doctrina italiana rechaza que sea aplicable al art. 569 CC, porque la obligación de soportar la ocupación carece de un contenido positivo, que diferencia las *obligaciones propter rem* de las limitaciones legales de dominio y relaciones de vecindad, que tienen un contenido negativo, y son «deberes pero no *obligaciones propter rem*, y consisten no en una prestación positiva sino en una

---

[64] Albaladejo, M., Derecho civil, III, vol. I (6ª ed., revisada por J. M. González Porras), Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 271, calificándolo como «límite a la facultad de exclusión».

[65] Algarra Prats, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraww-Hill, Madrid, 1995, p. 18.

[66] Moreno Trujillo, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 1991, pp.135-6.

[67] González Porras, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1456.

[68] Karrera Egialde, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, (Cañizares Laso, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J., y Valpuesta Fernández, R., directores), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2242. Añade que responde a la «finalidad social perseguida de responder a una necesidad temporal de cualquier finca que otorga la facultad de uso de propiedad ajena sin recurrir a la articulación de un derecho de servidumbre» (p. 2243).

[69] García-Bernardo Landeta, A., en Delgado de miguel, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales. Vol. 2º*, pp. 643-44.

abstención o tolerancia»[70]. Sí que ha contemplado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de diciembre de 2001 y en el ámbito específico de la propiedad horizontal (art. 9.4 LPH), que el paso a través de una vivienda para acceder a los servicios comunes de la urbanización para efectuar obras o reparaciones no implica la constitución de un derecho de naturaleza real, ni se considera un derecho limitativo del dominio al que resultaría aplicable el régimen de las servidumbres de paso del Código civil sino que es una obligación real, denominada ambulatoria o *propter rem* establecida por la Ley de Propiedad Horizontal a cargo del titular de la vivienda, o en defecto del ocupante de la misma[71].

Esta necesidad transitoria que da lugar al derecho, lleva a Lacruz a pensar que su ejercicio «más que como constitución de una verdadera servidumbre, como si se tratase de una suerte de arrendamiento, si bien nada se opone a que el juez ordene constituir un verdadero derecho real»[72]. Lo critica Quiñonero porque el contenido del art. 569 CC no puede ser el mismo que el de una servidumbre y no sirve a la finalidad de las servidumbres, ni consiste en una cesión de una cosa por tiempo cierto ni la indemnización puede considerarse la renta de un pretendido arrendamiento, y piensa que Lacruz lo quiere indicar es la rara naturaleza del derecho o facultad concedido por este precepto[73].

Las opiniones doctrinales más influyentes sobre la naturaleza jurídica del derecho de paso y ocupación temporal de fundo ajeno, contemplado en el art. 569 CC, sin configurar la institución como servidumbre han sido las de Roca Juan y Quiñonero Cervantes. Roca Juan la define, sin explicarla, como «limitación legal de la propiedad de los predios por razones de interés privado consistente en la suspensión temporal de la facultad de exclusión, cuando se da la necesidad contemplada en el precepto»[74]. Quiñonero va delimitando la figura de otras próximas, partiendo de que no se trata de una servidumbre, y tampoco

---

[70] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.,* p. 1647. González García, *op. cit.,* p. 123, distingue la limitación de la obligación, afirmando que la primera afecta al ejercicio del derecho ya la facultad de exclusión, restringiéndolos, mientras que la obligación afecta a la persona imponiéndole una determinada conducta positiva.

[71] *Vid.* Pérez Vega, A., «"El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso", a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001», *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

[72] Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137

[73] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.,* p. 1647. Sin embargo, Luna Serrano, A., «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», en *AAMN*, tomo XXXV (1996), p. 291, se inclina por su consideración de servidumbre, al no ver inconveniente «en que la utilidad que un fundo proporciona al otro sea actual, futura o potencial, o bien sea prevista como transitoria o temporal, siempre que en sí misma se perfile como estable»

[74] Roca Juan, J., «Artículo 569», *op. cit*, p. 168.

exactamente de una servidumbre de paso, ya que comprende también la ocupación del fundo ajeno. Entiende que ni el nacimiento de la facultad, ni su extinción, ni su ejercicio se regulan como si de una servidumbre se tratase, y que la temporal necesidad de ocupación es el motivo pero no la justificación para incluir el art. 569 entre servidumbres legales, e incluirla entre las limitaciones legales de dominio. También le parece excesiva la consideración como límite del derecho de propiedad de lo que solo es una facultad temporal de necesidad de usar una cosa ajena indemnizando los perjuicios que dicha utilización pueda ocasionar. Para este autor, el legislador no establece una verdadera limitación del dominio sino establece una mera suspensión temporal de una facultad que integra el derecho de propiedad: la facultad de exclusión que siempre asiste al propietario, y por ello «lo que parece que ocurre en este caso, es que, efectivamente, se suspende el contenido excluyente del derecho de propiedad, esta suspensión se produce por ministerio de la Ley y se basa en la necesidad de la ocupación»[75].

La conclusión lógica es situar la institución entre las relaciones de vecindad, pero le parece discutible por referirse el precepto a «predio ajeno» y no necesariamente requerir la vecindad de los predios, y tampoco tiene en cuenta la posible reciprocidad en el ejercicio del derecho, por lo que termina considerándolo un simple límite legal especial a la facultad de exclusión de carácter temporal que integra el derecho de propiedad, y por ello entiende que difiere esencialmente del supuesto del art. 612 CC de persecución del enjambre de abejas por el propietario, aunque reconoce que también se produce una suspensión temporal del poder del propietario de los terrenos que atraviesa el enjambre. Al negar la mayoría de la doctrina italiana que cita configurarlo como una *obligación propter rem* conduce igualmente a considerarlo como una limitación legal del dominio de las que conforman las relaciones de vecindad[76]. Por lo anterior, es más precisa la calificación de Roca Juan al considerarla como limitación legal de la propiedad de los predios por razones de interés privado, que conduce necesariamente a encuadrar la figura entre las relaciones de vecindad.

---

[75] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit*, pp. 1642-44.

[76] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit*, pp. 1645-48.

III. LA REGULACIÓN DEL «PASO POR RAZÓN DE OBRAS» COMO RELACIÓN DE VECINDAD EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. El artículo 542 del Código foral aragonés

Señalaba Hernández Gil que «se llama derecho de vecindad al conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos»[77], que configura una propiedad relativa y funcional por razones de utilidad privada[78].

La vecindad de los predios impone una serie de restricciones al ejercicio de los derechos de sus titulares para mantener una necesaria convivencia social ya que de manera inevitable se producen consecuencias del ejercicio del derecho de unos propietarios sobre los fundos ajenos por razón de cercanía o frontera, que determina el establecimiento de límites recíprocos y de carácter general para todos los titulares de las fincas próximas[79], bien en razón de convivencia entre personas vecinas basada en obligaciones generales de no dañar a los demás con la consecuencia de limitarse «en cuanto preciso sea para ello, en el ejercicio de sus derechos de repercusiones que pudiéramos calificar de invasiones»; bien para la coordinación de los derechos sobre los fundos, compatibilizando sus facultades dominicales, delimitando el poder o señorío sobre la cosa, «en armonía recíproca que permita la coexistencia social en una de sus, quizá más primitiva y sencilla manifestación: la vecindad»[80].

Evangelio Llorca atribuye a las relaciones de vecindad, como límites al ejercicio del derecho de propiedad, un contenido más amplio que el derivado de esta configuración, que se manifiesta en tres aspectos fundamentales: «1) Una situación de vecindad entre fincas; 2) La ocupación estable de dichas fincas por personas, físicas o jurídicas, que serán, por extensión, vecinos; 3) La realización de determinadas actividades por esas personas, en el ejercicio de sus derechos, que repercuten en las del vecino o en sus derechos; en otras palabras, la existencia de relación entre los respectivos derechos de los vecinos»[81].

---

[77] Hernández Gil, A., *Dictámenes, I. Personas. Bienes. Derechos reales. Obligaciones y contratos*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968, p. 242.

[78] Alonso Pérez, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit*, pp. 365

[79] López y López, A. M., «Las relaciones de vecindad», en López, A., Montés, V. L., y Roca, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (coordinador: M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 184.

[80] González-Alegre Bernardo, M., «Breviario sobre las relaciones de vecindad», en *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 417.

[81] Evangelio Llorca, Raquel, «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, 659 (mayo-junio 2000), p. 1848.

Requieren una situación de vecindad entre las fincas, aunque no hay que interpretarla como una estricta colindancia o contigüidad, sino como proximidad entre ellas. En las relaciones de vecindad de árboles y luces y vistas aragonesas se presume la colindancia por las interrelaciones que se producen entre las fincas, pero la no exigencia de la misma puede propugnarse en los supuestos de otras inmisiones (art. 538 CDFA). Estas relaciones entre fincas producen una «intercomunicación utilitaria de los espacios limitados», en expresión de Garrido Melero, para pasar a través de él, para trasladar las aguas por el mismo o verterlas, o para actividades inmateriales, como ver o recibir luces por dicho espacio[82].

La vecindad no afecta solo a las fincas sino también a las personas y a sus conductas y actividades, que vendrían ligadas por la conexión fundiaria, implicando no solo a los propietarios, sino también a cuantos, por cualquier título, usen y disfruten el bien inmueble, por la sola condición de «vecinos» (art. 537.1 CDFA), concretado en el art. 538 CDFA en «los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de use y disfrute de los mismos», que verán sometido el ejercicio de sus respectivos derechos a determinados límites o limitaciones por razón de vecindad.

La doctrina[83] distingue dos clases de relaciones vecinales: a) la limitaciones de contenido típico y eficacia real, de carácter general y recíproco, que conforman el régimen normal u ordinario de la propiedad inmobiliaria, y cuya transgresión legitima para exigir el restablecimiento de la situación inmobiliaria al estado determinado por la ley; y b) las relaciones de contenido obligacional, cuya infracción permite solicitar el cese del uso anormal o de la actividad perjudicial, y la indemnización por los daños causados.

También es necesario distinguir y diferenciar las relaciones de vecindad de las servidumbres[84], destacando que las relaciones de vecindad forman parte del

---

[82] Garrido Melero, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *RDCI* nº 611 (julio-agosto 1992), p. 1555.

[83] Fernández Urzainqui, F. J., *op. cit.*, p. 126; Evangelio Llorca, Raquel, «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, 659 (mayo-junio 2000), pp. 1852-3; González-Alegre Bernardo, M., *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1967, pp. 12-21; Hernández Gil, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», en *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de* sucesiones, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp. 126-7 y 166-7; y Hualde Manso, T., «Capítulo II. De las limitaciones de la propiedad», en Rubio Torrano, E. y Arcos Vieira, M. L., *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 1156-57.

[84] Sancho Rebullida, Francisco de A.: «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI,* XLIV, 1968, p. 542; Fernández Urzainqui, F. J., *op. cit.*, pp. 138-9; Evangelio Llorca, R., *op. cit.*, pp. 1841-5; González-Alegre Bernardo, M., *Las relaciones de vecindad, op. cit*, pp. 66-83, y «Breviario sobre las relaciones de vecindad»,*op. cit.*, pp. 418-9; Hernández Gil, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 98-101; y Alonso Pérez, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit*, pp. 365-66.

régimen normal de la propiedad inmobiliaria, son restricciones internas del derecho de propiedad inmobiliario, mientras que las servidumbres suponen una limitación anormal y extrínseca del dominio ajeno; las primeras se establecen con carácter general, igualitario y recíproco, mientras que las servidumbres constituyen un derecho real limitado; en las relaciones de vecindad no existe ventaja para un propietario y obligación para otro, y por el contrario en las servidumbres se distingue un predio dominante y otro sirviente, colocando a una de las fincas en una posición de subordinación con relación a la otra; las relaciones de vecindad son inherentes a los fundos y se incorporan a ellos directamente por la ley, mientras que las servidumbres precisan la aplicación del precepto legal mediante acto constitutivo; los límites por razón de vecindad no están sujetos a prueba e inscripción registral para su oponibilidad a terceros, mientras que las servidumbres han de probarse y, salvo las manifiestas, no perjudican a tercero por su no inscripción; las relaciones de vecindad no suponen disminución del patrimonio de quien las sufre, ni acrecimiento del que se aprovecha de ellas por lo que no originan derecho a indemnización, y sí las servidumbres legales, por la reducción del contenido del derecho de propiedad que sufre el propietario de la finca sirviente en beneficio del predio dominante; y las relaciones de vecindad no pueden extinguirse por prescripción, así como tampoco las acciones para exigir la correcta observancia de las mismas (art. 537.3 CDFA), lo que sí acontece con las servidumbres, por suponer una derogación del derecho común u ordinario regulador del dominio.

Además, los límites del dominio por razón de vecindad protegen intereses ligados a la buena convivencia y al uso tolerable de las fincas vecinas, pero no atribuyen un derecho real existiendo un conglomerado de elementos reales y obligacionales, que generan no solo una relación real entre propietarios de predios, como en las servidumbres, sino que exigen un comportamiento de los titulares de derechos reales y personales de los predios vecinos, cuya observancia y transgresión, se desenvuelve en el ámbito meramente obligacional, mientras que las servidumbres son, evidentemente, derechos reales. Y se hallan defendidas por acciones personales en relación a aquel derecho obligacional de vecindad; o por acciones reales (negatorias o interdictales) en las relaciones de vecindad de contenido y eficacia real.

Entre las relaciones de vecindad de contenido típico y eficacia real se encuentran en el Código aragonés, las reguladas en los arts. 539 a 550, y entre ellas se incluye el «paso por razón de obras» regulado en el art. 542 CDFA, del siguiente tenor literal:

> «*Artículo 542. Paso por razón de obras.*
>
> Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por finca ajena o colocar en ella andamios u otros objetos para la obra, el titular de esta finca está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue».

Como se ha comentado, el Código aragonés traslada en este artículo el contenido del art. 569 CC, pero le otorga distinta naturaleza jurídica como relación de vecindad o límite del dominio frente al encuadre en la servidumbre forzosa de paso de la legislación civil estatal. No se opera ningún cambio sustancial en la incorporación del contenido del precepto del Código civil al Código aragonés, salvo que su redacción aragonesa sustituye el término «propietario» por el de «titular», más coherente con la legitimación activa y pasiva en el ejercicio del derecho que contemplan para las relaciones de vecindad los arts. 537 y 538 CDFA. Su contenido se refiere a una situación de necesidad de paso de materiales o colocación de andamios u otros objetos que es indispensable para construir o reparar un edificio, produciendo una ocupación temporal de la finca vecina correspondiente que el titular de tal finca está obligado a tolerar, voluntariamente o por decisión judicial, recibiendo la indemnización correspondiente por los perjuicios que puedan producirle tales actividades, y no requiere el establecimiento de un gravamen, como ocurre en la servidumbre forzosa de paso (arts. 577 a 580 CDFA).

No hay precedentes claros en el Ordenamiento foral aragonés de este derecho, pero no es necesario justificar la conexión con otros ámbitos de relaciones de vecindad y sus principios en el Derecho aragonés, cumpliendo el objetivo de que «las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos», que señalaba el preámbulo de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, respecto al proceso codificador del Derecho civil aragonés, superados los problemas interpretativos del art. 149.1. 8ª CE sobre conservación, modificación y desarrollo de los llamados Derechos forales o especiales, especialmente desde la STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993, 88) dictada al resolver el recurso correspondiente contra la Ley aragonesa 3/1988, de 25 abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos[85]. Entre los criterios de política legislativa sobre derecho civil aragonés, se contemplaba que la legislación civil aragonesa codificada había de contener «todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todos aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa»[86].

---

[85] *Vid.* Delgado, Jesús: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho Civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 4, 1994, pp. 361 a 404.

[86] *Vid.* «"Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón", Ponencia general elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (Decreto 10/1996, de 20 febrero)», *Revista de Derecho Civil Aragonés,* II, núm. 2, 1996, p. 194.

No había previsión de este artículo en la Ponencia sobre la que trabajó la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y se introdujo a través de las enmiendas de modificación y adición presentadas por el profesor, y miembro de la Comisión, José Antonio Serrano en el debate del artículo 21 (*Servidumbre de paso*) de la Ponencia en la sesión de 27 de mayo de 2009 de la Comisión[87]. El debate sobre la servidumbre forzosa de paso siguió en la siguiente sesión (17 junio de 2009), aprobando el texto propuesto, que correspondía al art. 21. B (*Paso por razón de obras*), con el mismo texto que el legal vigente, aunque se discutió sobre la indemnización por el simple hecho de la ocupación, sin perjuicio de la que proceda por los daños que ocasionalmente puedan causarse. En la aprobación de la redacción propuesta se dejó nota en acta sobre la posible ubicación definitiva, en servidumbres o relaciones de vecindad[88].

En la sesión de 16 de septiembre de 2009, el profesor Serrano presenta enmiendas de adición en materia de relaciones de vecindad[89], que se discuten en

---

[87] *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 27 de mayo de 2009 (Acta 245). Puede consultarse la síntesis del proceso que se explica sobre la génesis del art. 542 CDFA en Serrano García, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC,* LXV, 2012, pp. 1521-22.

[88] *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 17 de junio de 2009 (Acta 246): «Explica el proponente que pretende recoger en esta norma lo dicho en el artículo 569 del Código civil. La circunstancia de la temporalidad del supuesto contemplado puede plantear dudas de si realmente estamos ante una auténtica servidumbre o ante la consecuencia de la colindancia y de una necesidad concreta que tendría mejor acomodo en las relaciones de vecindad, así se ha declarado en alguna ocasión por los Tribunales. Plantea si sería más correcto ubicar el precepto dentro de las relaciones de vecindad y suprimir la indemnización por el simple hecho de la ocupación, sin perjuicio de la que proceda por los daños que ocasionalmente puedan causarse. En este particular le contesta Don José García Almanzor que la indemnización por el hecho de la ocupación viene siendo admitida sin que se haya cuestionado su procedencia, por lo que propone mantener la indemnización por la ocupación. Recuerda el proponente que los Tribunales han declarado en algunas ocasiones que la indemnización no nace de la ocupación, sino de la posible responsabilidad civil por culpa extracontractual. Se contesta que tales pronunciamientos no difieren tanto de lo dicho en el Código civil cuando el artículo 569 dice que la indemnización será la correspondiente al perjuicio que se irrogue. Hace notar Don Jesús Delgado Echeverría que en las leyes aragonesas no se recoge la responsabilidad por daño, por lo que se entiende debe aprobarse la redacción propuesta dejando nota en acta sobre la posible ubicación definitiva, en servidumbre o en relaciones de vecindad. Con lo anterior queda aprobado el texto propuesto por Don José-Antonio Serrano García».

[89] *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 16 de septiembre de 2009 (Acta 248). El profesor Serrano expone el mayor grado de dificultad que supone formular el régimen de las relaciones de vecindad con relación al de servidumbres, y el punto de partida de la Compilación que no contenía una regulación completa de las relaciones de vecindad, aunque tampoco existe en el Código civil (Derecho supletorio) una disciplina general de las relaciones de vecindad, como la había en materia de servidumbres. Añade que «no es tan fácil la tarea de reconstruir el sistema aragonés de relaciones de vecindad. Las normas aragonesas sobre inmisión de raíces y ramas y el régimen normal de luces y vistas apuntan hacia una concepción más social de los derechos sobre las cosas, pero no parecen permitir la construcción *ex novo* de todo un sistema de relaciones de vecindad, al menos esa construcción nadie la ha puesto todavía sobre el

la sesión siguiente de 7 de octubre de 2009, proponiendo agrupar en un apartado dedicado a «construcciones» dentro del Título de las relaciones de vecindad, los artículos 5-A (*Paso por razón de obras*), ya aprobado previamente por la Comisión como artículo 21-B, 5-B (*Uso de pared medianera*), 5-C (*Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones*), y 5-D (*Construcciones que amenazan ruina*). Respecto al artículo 5-A, la Comisión acuerda aprobar por unanimidad trasladarlo a relaciones de vecindad. Se aprueba también el artículo referido al «uso de pared medianera» y se suprimen los artículos 5-C y 5-D. Los dos artículos aprobados por la Comisión, pasarán a la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, como los artículos 6 «Paso por razón de obras» y 7 «Uso de pared medianera», formando el capítulo III «Construcciones» del Título I «De las relaciones de vecindad», refundidos posteriormente en el Código del Derecho Foral de Aragón.

No existía tratamiento previo de estas materias por la doctrina aragonesa –salvo sobre medianería en las relaciones de luces y vistas– por razones obvias de contemplación en el derecho aragonés, y la jurisprudencia territorial expresa en sus decisiones cierta confusión al tratar la naturaleza del derecho contemplado en el art. 569 CC. El Auto nº 11/2009, de 9 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (RJ 2010\4998) declara no admitir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de marzo de 2009 (PROV 2009, 235940), invocando el recurrente el art. 1.2 de la Compilación por indebida aplicación de los arts. 396 y 572.2 CC, relativos a la comunidad de bienes y a la presunción de servidumbre de medianería, por lo que en realidad el recurso no plantea la infracción del sistema de fuentes del Derecho aragonés por indebida aplicación de preceptos del Código civil sino su correcta o incorrecta aplicación, cuya revisión no corresponder al Tribunal Superior de Justicia de Aragón por no tratarse de infracción de normas del Derecho civil propio aragonés.

Estos artículos del Código civil determinaban la controversia judicial sobre la titularidad de un muro, en el que se iban a realizar obras, para las que la parte actora había pedido la «servidumbre de andamiaje», pero que originaban dudas sobre su legitimación activa como titular de un derecho sobre el muro. El otro motivo del recurso era la infracción de los arts. 144, 145 y 147 de la Compilación, relativos a relaciones de vecindad y servidumbres, en relación con los arts. 569 y 1902 CC. El Auto (FD 3º) determina la inadmisión del motivo por no explicar «el recurrente la razón por la que los preceptos relativos al régimen de luces y

papel», aunque existen otras regulaciones como las del Derecho civil catalán modernas y completas, aunque resulta ajena al Derecho aragonés. En razón a ello, propone «completar la regulación de este Título de las relaciones de vecindad con las normas del Derecho supletorio que disciplinan algunos particulares conflictos entre vecinos», citando en primer lugar el aprobado artículo 21-B sobre «paso por razón de obras», que es trasposición del art. 569 CC.

vistas podían resultar de aplicación a la servidumbre de andamiaje regulada en el artículo 569 del Código civil y sin norma específica alguna en el Derecho aragonés (…) Por lo demás, el régimen de luces y vistas de la Compilación no tiene encaje alguno ni aplicación posible en la servidumbre de andamiaje regulada en el art. 569 Cc»[90].

Al no entrar en el fondo del asunto, la Sala del TSJA no incide en la naturaleza del derecho invocado por el art. 569 CC, y lo denomina con la expresión clásica de «servidumbre de andamiaje». La SAPH de 11 de marzo de 2009, que es la sentencia recurrida, no utiliza esta expresión (FD 1º) ni califica su naturaleza («andamiaje sobre su propiedad»), y no entra tampoco en el fondo del ejercicio del derecho, por entender que el muro es un elemento común en régimen de propiedad horizontal, salvo para respaldar la negativa del propietario afectado a autorizar la invasión de su propiedad, en tanto no se respete al menos la mitad del muro, y no considerarla abusiva. El defectuoso planteamiento del recurso de casación, impide considerar si el recurrente invocaba el régimen aragonés de luces y vistas como regla general de las relaciones de vecindad

---

[90] La SAP Huesca nº 40/2009, de 11 de marzo (sección 1ª) (ponente D. Gonzalo Gutiérrez Celma), que se recurre en casación, explica en su FD 1º la controversia que originó el proceso: «la demanda principal tampoco puede prosperar pues la obra que se quiere rematar desde la propiedad del demandado supone una consolidación de la discutida cubierta actual y, además invade en más de la mitad el murete sobre el cual se ha levantado la pared de cierre que se quiere rematar colocando un andamio en la propiedad del demandado conforme al artículo 569 del Código Civil. Las partes tienen pendiente una controversia sobre ambas cuestiones que hasta el momento no ha quedado resuelta ni judicial ni extrajudicialmente. Dicha controversia no es un mero pretexto del demandado sino que es una discusión fundada en derecho que bien habría podido dar lugar a una paralización de la obra mediante el correspondiente interdicto que el demandado no ha tenido necesidad de interponer al poder impedir el remate de la obra con tan solo negar que se invada su finca para colocar el andamio en cuestión. En definitiva, la oposición del demandado al andamiaje sobre su propiedad es legítima en tanto no quede zanjada, judicial o extrajudicialmente, la controversia que las partes tienen pendiente pues lo que está realmente en cuestión no es el andamiaje propiamente dicho sino la obra a la que el mismo debe dar servicio. Aparte del diseño de la cubierta, como ha quedado dicho, está la ocupación de más de la mitad del murete de separación entre el espacio privativo del demandado y el garaje de uso exclusivo del recurrente el cual bien podría considerarse bajo la presunción de medianería del artículo 572.2 si no fuera porque, en realidad, se trata de una finca única en régimen de propiedad horizontal para la que sería más correcto hablar de elementos comunes conforme al artículo 396 del Código civil, existiendo al menos una duda razonable en la legitimidad de la obra cuando un propietario no puede alterar por sí mismo la estructura, configuración o estado del edificio pues así lo dispone el artículo 7 de la ley especial cuyo artículo 12 recuerda que cualquier alteración de las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. De este modo, la posición del demandado negándose a autorizar la invasión de su propiedad en tanto al menos no se respete la mitad de muro no es en absoluto abusiva, aparte de estar conectada también, a mayor abundamiento, con la discusión sobre el diseño de la cubierta, no pudiendo, por otra parte, repercutir el demandante contra el demandado los gastos derivados del montaje y desmontaje del andamio pues éstos sólo son debidos a la política de hechos consumados que el apelante intentó imponer incluso después de haber recibido la comunicación…, en la que incluso se anunciaba el ejercicio de acciones interdictales para parar las obras que el recurrente quiere rematar con la colocación del andamio litigioso».

en la Compilación, en ausencia de otros preceptos generales, para encuadrar el andamiaje entre las relaciones de vecindad, que no contaba con regla específica en el Derecho aragonés, pero que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo considera, en el art. 569 CC, como manifestación legal de relaciones de vecindad (SSTS 29 marzo 1977 [RJ 1977, 1357] y 3 abril 1984 [RJ 1984, 1924]). En las sentencias de las Audiencias consideran el art. 569 CC como servidumbre temporal las SSAPZ de 17 de febrero de 1998 (ECLI:ES:APZ:1998:455) y 8 de junio de 1998 (ECLI:ES:APZ:1998:1435), y como limitación de dominio las SSAPZ 21 marzo 2007 («derecho temporal de paso») (RJ 2007, 264176) y 22 septiembre 2008 («ocupación temporal y transitoria de la finca» (RJ 2008, 367342).

2. Otros derechos civiles autonómicos

No se contempla el paso y ocupación de terrenos temporal por razón de obras en la legislación de otros Derechos civiles autonómicos[91]. En el Derecho catalán, no existía precedente normativo del paso por razón de obras ni en el Derecho propio ni en el Derecho romano, que era de aplicación supletoria tradicionalmente en Cataluña, y el art. 283.7ª de la Compilación de 1960 prohibía adquirir por usucapión la servidumbre «de paso circunstancial entre fincas rústicas usado, solo en época de labores agrícolas», por lo que Pella y Forgas[92] y Casals[93], antes de la Compilación, y los comentaristas de la Compilación[94], consideran aplicable como derecho supletorio el Código civil a esta situación.

---

[91] Entre los precedentes forales, cabe considerar el Fuero General de Vizcaya, que en el título XXIV. *De la labores y edificios*, su ley III. *Como el que edificare puede pasar los materiales por heredad agena*, que dice: « Otrosi dixeron, que avian de fuero, y establecían por ley, que qualquier Vizcayno que huviere de edificar casa fuerte ò llana, si huviere menester de pasar por heredad ajena viga de lagar, ò otra madera, ò piedra, lo pueda hazer pagando al dueño de la heredad el daño à vista y examen de dos homes buenos: con que no haya camino razonable o conveniente para el tal acarrear sin entrar en ajena heredad». *Cfr. El Fuero, Privilegios, Franquezas, y Libertades de los caballeros hijos dalgo del Señorio de Vizcaya. Confirmados por el Rey don Felippe IIII nuestro Señor y por los Señores Reyes sus predecessores.* Traducción por primera vez al vasco: Pedro de Pujana y Aguirregabiria. Interpretación Foral: José de Estornés y Lasa. Edición facsimilar de la edición en Bilbao por Pedro de Huydobro en el año 1643. Excma. Diputación Foral del Señorío de Vizcaya, Bilbao, 1981, p. 271.

[92] Pella y Forgas, J., *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1969 (1ª ed., 1901), pp. 80-1. Añade como evidente que esta servidumbre de paso o entrada en un patio, casa o solar tiene el carácter de pública.

[93] Casals Colldecarrera, M., *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1941, pp. 113-4, como servidumbre transitoria y eventual.

[94] *Vid.* Gassiot Magret, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1962, en sus comentarios a los arts. 283 a 295, y 342 y 343 de la Compilación, pp. 321-333 y 389-392; y Para Martín, A., «Título III. De las servidumbres», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo), Tomo XXX (artículos 277 al final de la Compilación de Cataluña), EDERSA, Madrid, 1987, pp. 94 y ss., no mencionan otro precepto similar aplicable en Cataluña, directamente o por analogía.

Tampoco se reguló el supuesto en la Ley 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, pero Garrido Melero indica que la aplicación del art. 569 CC debería incluirse entre las relaciones de vecindad con significado real en Cataluña[95], y Puig i Ferriol incluye el art. 569 CC entre los límites al derecho de propiedad de interés privado en Cataluña bajo el título de supresión temporal de la facultad de exclusión[96]. En el Derecho civil catalán actual del Código civil catalán (CCCat.), Llácer interpreta que el art. 566-7.1 CCCat incluiría cualquier tipo de servidumbre forzosa de paso. Por lo que cabe constituir servidumbres temporales, cuando el paso es indispensable para el uso normal de una finca, incluyendo la necesidad de pasar materiales a un predio vecino para construir o reparar algún edificio, pero concluye que la servidumbre contemplada en el art. 569 CC no queda cubierta en el CCCat, «que se limita al paso –de materiales si es preciso– cuando la finca que los necesita no tiene un acceso suficiente para hacerlos llegar»[97], aunque esta figura estaría regulada en las situaciones de comunidad (Título V) a través del régimen de propiedad horizontal (Capítulo III), entre las limitaciones y servidumbres legales (art. 553-39)[98].

No difiere su regulación sustancial de la Ley de Propiedad Horizontal estatal[99], que contempla en su art. 9.1.c) el deber de los propietarios de consentir en

---

[95] Garrido Melero, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *op. cit.*, p. 1608.

[96] Puig i Ferriol, Ll. y Roca i Trias, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. I (4ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 303.

[97] Llácer Matacás, R. M., en *Tratado de servidumbres, II* (director A. L. Rebolledo) (3ª ed.), op cit., p. 349 y su nota 54.

[98] Artículo 553-39. *Limitaciones y servidumbres legales*

1. Los elementos privativos están sujetos, en beneficio de los demás y de la comunidad, a las limitaciones imprescindibles para efectuar las obras de conservación y mantenimiento de los elementos comunes y de los demás elementos privativos cuando no existe ninguna otra forma de efectuarlas o la otra forma es desproporcionadamente cara o gravosa.

2. La comunidad puede exigir la constitución de servidumbres permanentes sobre los elementos de uso privativo diferentes a la vivienda estricta si son indispensables para la ejecución de los acuerdos de mejora adoptados por la junta o para el acceso a elementos comunes que no tengan ningún otro acceso.

3. Los propietarios de elementos privativos pueden exigir la constitución de las servidumbres, permanentes o temporales, absolutamente imprescindibles para efectuar obras de conservación y suministro de su elemento privativo.

4. Los titulares de las servidumbres deben resarcir los daños que causen en los elementos privativos o comunes afectados y, en su caso, el menoscabo que les produzcan.

[99] Así lo señala Martí Martí, J., «Las servidumbres derivadas de la propiedad horizontal», *Diario La Ley*, nº 6545 (8 septiembre 2006) (La Ley 2229/2006, p. 7). Para del Pozo Carrascosa, P., Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 235, el supuesto del art. 553-39.1 CCCat, representa una limitación puntual derivada de la necesidad de realizar determinadas obras.

su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras[100]. Esta obligación ha sido considerada por el Tribunal Supremo no como una verdadera servidumbre, sino como una obligación *ob rem* o *propter rem* (STS 1ª 13 diciembre 2001)[101], aunque se acude también para justificar esta obligación a la servidumbre del art. 569 CC[102].

La SAP Barcelona de 12 septiembre 2008 aplica a una petición de derecho temporal de acceso a finca ajena, denegada por el propietario vecino, la regulación de las relaciones de vecindad en Cataluña, al considerarlo una restricción al derecho de propiedad en interés privado, encuadrable en el capitulo VI «Relaciones de vecindad», pero no en la sección primera «relaciones de contigüidad», que tipifica determinadas relaciones prediales, sino en la sección segunda «Estado de necesidad», con un solo artículo, el art. 546-12, que dice:

1. Los propietarios de los bienes deben tolerar la interferencia de otras personas si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave y si el daño que racionalmente puede producirse es desproporcionadamente elevado con relación al perjuicio que la interferencia puede causar a los propietarios.

2. Los propietarios a que se refiere el apartado 1 tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les ha causado.

La sentencia entiende que se produce la necesidad de la ocupación por haber sido requerida la obra por el Ayuntamiento, y que es un supuesto cercano a la servidumbre regulada en el art. 569 CC, cumpliéndose los requisitos del estado de necesidad regulado en el Código catalán, porque la alternativa es des-

---

[100] Artículo noveno.

1. Son obligaciones de cada propietario:

(…)

c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.

d) Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.

Se modificó la letra c), del apartado 1 por la disposición final 1.3 de la Ley 8/2013, de 26 de junio. (BOE nº 153, de 27 de junio)

[101] Pérez Vega, A., «"El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso", a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001», *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

[102] Flores Rodríguez, J., «El deber de soportar servidumbres de interés general y la ocupación de los elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal», *Actualidad Civil*, nº 7-8 (1 julio a 31 agosto 2014), (La Ley 4291/2014, p. 3).

proporcionadamente costosa (uso de una grúa desde la finca de la actora con un brazo largo que entre en la finca vecina) y no exenta de peligros; y, sin embargo, la colocación de la elevadora en el patio de la finca vecina ocasiona un perjuicio tolerable[103].

La diversidad de soluciones muestra una laguna de ley en el Derecho catalán, en un supuesto en el que no se alcanza a comprender la falta de un precepto expreso general en la legislación civil catalana que tiende a completar sus competencias en esta materia, pero que se ha resuelto a través de su propio Código, bien sea configurándola como una relación de vecindad o como servidumbre forzosa. La falta de un precepto expreso en el Derecho navarro ha tenido, sin embargo, una respuesta jurisprudencial y doctrinal unívoca.

En el Derecho navarro, la regla general de las relaciones de vecindad de la ley 367 FNN ha servido para encajar este supuesto no previsto legalmente por el Derecho navarro. La STSJ Navarra 22 enero 1993 (RJ 1993, 347) ha indicado, respecto al principio general de las relaciones de vecindad recogido expresamente en el párrafo primero de la ley 367 del Fuero Nuevo («Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad»), que dicha norma, inspirada en los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias (STS 12 diciembre 1980 [RJ 1980, 4747]), a que asimismo responden otras recientes formulaciones legales, es de aplicación a las relaciones de vecindad que no han sido objeto de una específica regulación convencional por los vecinos afectados, pero cede ante cualquier otro régimen establecido por ellos, en recto acatamiento al principio «paramiento fuero vienze» que, con la Ley que lo sanciona, resultaría infringido si las limitaciones del dominio que de este régimen voluntario se derivan vinieran a aplicarse únicamente en la medida

---

[103] RJ 2009\41923. Fundamenta en primer lugar la calificación de relación de vecindad en la regulación del derecho de propiedad en el Código catalán (FD 2º): «El capítulo I, Sección 1ª, en consonancia con la previsión constitucional del artículo 33 CE dispone en el artículo 541.2 que la propiedad cumple una función social de modo que todas aquellas facultades que otorga el derecho de propiedad a su titular deben ejercerse de acuerdo con esa función y dentro de los límites y con las restricciones establecidas en las leyes». Confirma la sentencia de instancia, cuyo fallo era:«debo declarar el derecho temporal de acceso de la actora a la finca (…) y en su virtud condeno a los demandados a dejar instalar a la actora una máquina elevadora a colocar en el patio contiguo a la nave del actor durante ocho horas laborales un máximo de cuatro días laborales consecutivos y dejar pasar y estar al personal facultativo y laboral para realizar las obras de finalización consistentes en la colocación de unas planchas metálicas que cubran la actual estructura de 3,5 hasta 8 metros que linda con el patio propiedad de los codemandados (…), con la obligación de indemnizar los daños que provoque tal immisión, sin que sea objeto de este pleito la fijación del importe de la misma». Para Llácer (*op. cit.*, p. 173), la función de la figura del estado de necesidad no es equiparable a las relaciones de vecindad, al caracterizarse en limitar la facultad de exclusión en consideración a una emergencia puntual sin realción necesaria con una finca vecina y por afectar, asimismo a no propietarios.

de su correspondencia con la normativa legal en cuestión y con los principios que la inspiran. Señala Hualde que los conflictos entre vecinos que no cuentan con una norma que establezca para ese caso concreto la limitación legal al dominio se reconducen a la norma general de inmisiones que aparece entonces como norma de cierre de las relaciones de vecindad: «por ello los límites puntuales al dominio del Código civil –si bien bajo la denominación de servidumbres– que no tienen norma paralela en el Fuero Nuevo y no son de aplicación en Navarra porque la norma de inmisiones recogida en la ley 367 a) tiene una fuerza atractiva que hace que deba recurrirse a ella e impide la aplicación supletoria del Código civil español», citando también el art. 569 CC, que no es de aplicación en Navarra, porque para el supuesto la STSJ Navarra 18 octubre de 2001 (RJ 2002/1077), ya aplicó la ley 367 FN[104].

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra reiteró dicha doctrina en su sentencia de 17 de mayo de 2006 (ponente, Fernández Urzainqui) que, para este mismo autor, es un claro exponente de la diferenciación entre las limitaciones del dominio por razón de vecindad y las servidumbres[105].

3. La facultad de exclusión del propietario y el «ius usus inocui»

La facultad de exclusión no se menciona en la definición legal de la propiedad del art. 348 CC al precisar que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las señaladas en las leyes».

La doctrina añade las facultades de exclusión y perpetuidad del dominio. Para Lacruz se entiende la exclusividad como la posibilidad de eliminar a cual-

---

[104] Hualde Manso, T., *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 132-3. En la STSJ Navarra 18 octubre 2001, el recurso de casación se había formulado invocando los arts. 569 CC y las leyes 394.1 y 17 FN, pero el Tribunal entiende aplicable la ley 367.ap. 1º FN (FD 4º): «siendo, pues, una concreción de la ley 17 , cuya aplicación, con ello, se impide, excepto en la idea general que anima, con igual fin, a ambos preceptos, y se evita, con ello, asimismo, la aplicación supletoria del art. 569 del Código Civil, pues por sí, agota la materia de que se trata».

[105] Fernández Urzainqui, F. J., en *Tratado de servidumbres, II* (director A. L. Rebolledo) (3ª ed.), *op cit.*, p. 1037 y su nota 21, sobre esta última sentencia. Indica la STSJ Navarra 17 mayo 2006 (RJ 2006/4500) (FD 3º): «y es que, la normalidad, generalidad, reciprocidad e imprescriptibilidad de su exigencia entre predios contiguos o vecinos son rasgos propios o definitorios de las relaciones de vecindad, que las distinguen de las servidumbres, caracterizadas frente a aquéllas por su excepcionalidad respecto al normal contenido y régimen de la propiedad inmobiliaria, por la relación de subordinación entre predios (dominante y sirviente) que generan y por la prescriptibilidad del derecho que confieren. La misma temporalidad o transitoriedad del paso o la ocupación parcial de que aquí se trata pugnan con la natural permanencia característica de las servidumbres. La ocupación controvertida, más que una servidumbre, constituye pues una limitación legal de la propiedad inmobiliaria en interés privado por razón de vecindad, determinante de la suspensión temporal de la facultad de exclusión de su titular».

quiera de la relación con la cosa, carácter común a todos los derechos reales, pero que en el dominio –al ser el derecho más amplio– no deja lugar a la influencia de otro sujeto cualquiera, y por tanto permite excluir a todos[106]. Y Díez-Picazo añade que la facultad de exclusión tiene dos aspectos, uno preventivo y otro represivo. El aspecto preventivo se manifiesta en la posibilidad de poner las cosas en condiciones tales que la eventual intromisión o perturbación quede impedida (de la que es expresión el derecho de cercar o cerrar las fincas, art. 388 CC); y el aspecto represivo lo constituye la posibilidad de reclamar que se ponga fin a una perturbación o lesión ya consumada, y se restituya la cosa a la situación anterior o a la que con arreglo al derecho debido tiene[107]. Pero advierte González García que la facultad de exclusión no es considerada en la actualidad carácter esencial del derecho de propiedad, «lo cual lleva a la evidencia que en determinadas circunstancias aquélla puede faltar, sin que ello suponga pérdida o menoscabo para el derecho»[108].

Castán distingue entre las limitaciones genéricas o institucionales, derivadas de la naturaleza misma del derecho de propiedad, las de naturaleza positiva (que afectan al ejercicio del dominio como el abuso del derecho y los actos de emulación) y las de naturaleza negativa. Entre estas últimas, integra en la concepción y ordenación moderna del derecho de propiedad las limitaciones a la facultad de excluir «concediendo derecho a los extraños, aun sin constituir verdadera servidumbre», en razón al principio clásico del *ius usus inocui*, y a otros principios como la legítima defensa o el estado de necesidad[109].

Como observa este autor, citando a Batlle, las diversas prácticas que se mencionan como manifestaciones consuetudinarias agrarias del *ius usus inocui* hay que considerarlas subordinadas a la tolerancia del propietario[110] que, de acuerdo

---

[106] Lacruz, *Elementos.., op. cit.,* III-1º, p. 235.

[107] Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 692.

[108] González García, J, *La facultad de exclusión del propietario* Universidad de Granada, 1986, p. 193.

[109] Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 1º (revisado y puesto al día por Gabriel García Cantero) (14ª ed.), Reus, Madrid, 1992, p. 235. Espín, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 65-66 y 70, también señala que la facultad de exclusión es común a todos los derechos reales, y que el contenido negativo del derecho de propiedad (limitaciones impuestas a este derecho), da la medida del contenido positivo. Considera como límites genéricos de la propiedad, las de legítima defensa y estado de necesidad según el Código penal, pero que el *ius usus inocui*, en las manifestaciones consuetudinarias citadas por López de Haro, se permite por tolerancia del propietario.

[110] Castán Tobeñas, J., *op. cit.,* p. 237. Para De Pablo, tales usos y aprovechamientos están amparados por la costumbre, que al ser dispositiva, puede el propietario impedirlos mediante actos inequívocos, expresos o tácitos (como la construcción de cerramientos), con el límite del art. 7.2 CC. *Cfr.* De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., Pérez Álvarez, M., *Curso de Derecho civil (III). Derechos reales*, Colex, 2004, pp. 174-5.

con los arts. 348, 349 y 354 CC, puede usar la facultad de cercar o acotar sus heredades o de prohibir expresamente tal utilización. O'Callaghan reconoce que el uso inocuo se había estudiado tan solo en referencia a producciones sin importancia de la tierra, pero que cabe plantearse otros supuestos más actuales como uso inocuo de plaza de garaje o de piscina no utilizadas por sus propietarios, pero concluye que el *ius usus inocui* en su clásica concepción jurídica no es admisible, «es decir, *no es un límite al derecho de propiedad*», y se da por mera tolerancia del dueño, aunque podría plantearse, si se diera el concepto, como abuso del derecho, pero no ya como tal uso inocuo[111].

Albaladejo afirma que el *ius usus inocui* no existe como tal derecho, no se puede construir una teoría general sobre las manifestaciones consuetudinarias, y no constituye, «en absoluto», un límite a la propiedad, por lo que el titular de la propiedad puede, haciendo cesar su tolerancia, prohibir tales aprovechamientos. Entiende que el *ius usus inocui* está recogido y reconocido en el Derecho navarro (ley 17 de su Compilación), pero los límites a la facultad de exclusión del propietario se deben integrar en los límites comunes al ejercicio de cualquier derecho (abuso del derecho, legítima defensa y estado de necesidad), y no solo al de propiedad[112].

En posición contraria, González García mantiene que el *ius usus inocui* sigue existiendo en nuestro Derecho basándose en que en la noción actual del derecho de propiedad existen importantes fundamentos para defender la existencia de tal derecho, sin necesidad de entrar en la consideración de si el ejercicio de la facultad de exclusión, en el caso concreto, es abusivo o no. Lo razona partiendo de que la propiedad se otorga para satisfacción de intereses dignos de tutela y el bien proporciona al propietario una utilidad que es reconocida como tal por el ordenamiento; y en las ocasiones en las que el titular no manifiesta un interés hacia la cosa el ordenamiento no protege su facultad de exclusión y, en consecuencia, no está facultado para ejercitarla, lo que no significa que el titular no sea propietario, sino que, en el caso concreto, no entra dicha facultad en el contenido del derecho, y no es necesario valorar si la conducta del propietario, al ejercitar la facultad de exclusión, es o no abusiva, sino si ha ejercitado una facultad que no le corresponde ya que entonces el ordenamiento jurídico no la tutela[113].

---

[111] O'Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, Edersa, Madrid, 1988, pp. 100-1. La STS de 24 de octubre de 2005 señala entre los caracteres del derecho de propiedad que es un derecho «exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo».

[112] Albaladejo, M., *Derecho civil*, III, vol. I, *op. cit.*, p. 260.

[113] González García, J., *La facultad de exclusión del propietario*, *op. cit.*, p. 203. Considera (p. 215) que, desde este punto de vista, el *ius usus inocui* no está supeditado a la tolerancia del propietario, porque esta abstención está motivada no por falta de legitimación para actuar, sino porque, si bien no expresamente, se consiente a otro a realizar cualquier tipo de actividad sobre el bien objeto de

Lacruz, mantiene una posición más equilibrada y partiendo también de la condición (o función) social de la propiedad según la Constitución, deduce para el Derecho del Código civil que «el dueño, como regla general, no puede impedir la utilización inocua por otro de sus bienes inmuebles», pero ha de tratarse de inmisiones que no vulneren la esfera personal del dueño, le sean totalmente indiferentes e incluso puedan favorecerle, y cuya prohibición aparecería como mera manifestación antisocial del sentido absoluto del dominio[114].

Y Díez-Picazo y Gullón consideran que aun fundado el uso inocuo en la tradición jurídica y aunque se haya afirmado que es un principio general del Derecho, depende de la tolerancia del propietario, que puede excluir a los demás de cualquier uso o aprovechamiento, por insignificante que sea, pero propugna medir la conducta del propietario para valorar si «se revela como antisocial y constitutiva de un abuso de su derecho para prohibirla en consecuencia (art. 7º del Título Preliminar)»[115]. Es un criterio seguido por la mayoría de la doctrina, y para Lacruz se llega a la misma conclusión que aplicando la regla general del uso inocuo[116].

En el Derecho aragonés, un principio general del Derecho aragonés en materia de derechos reales, y especialmente en relaciones de vecindad, venía recogido en la Observancia 1ª «De aqua pluviali arcenda»[117], al establecer que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal que no lo hiciera en daño del poseedor. El profesor Pacheco ha estudiado el origen y aplicación de esta Observancia, atribuyendo al forista Pérez de Patos, en su recopilación de Observancias de la primera mitad del siglo XIV, la autoría de la misma encuadrándola en referencia al Fuero único «De aqua pluviali arcenda», que interpreta en el sentido siguiente:

> Si formaba parte del régimen normal del derecho de propiedad la obligación de recoger las aguas de forma que no causen daño al vecino, también lo es el que cualquiera, siempre que no cause daño, pueda realizar en posesión ajena aquello que le beneficie. Lo que se consagra aquí, pues, es una regla en virtud de la cual cualquier propietario vendría obligado a tolerar ciertas inmisiones no dañosas, más exactamente… inmisiones *causa nulli nocendi* o, como se dice modernamente, una especie de *ius usus inocui*, un uso no dañino e inofensivo; las inmisiones dañosas, las que viniesen a disminuir o socavar ostensiblemente el contenido del derecho de propiedad son las

su propiedad, que supone un perjuicio económico para el que, pudiendo oponerse, está dispuesto a soportarlo.

[114] Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2000, p. 273.

[115] Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 169.

[116] Lacruz Berdejo, *op. et loc. cits.*

[117] Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda* «De ista materia tene, quod litera sonat, et es tibi optimum argumentum, quod quilibet potest facere voluntatem suam per possesionem alienam, dummodo fiat damno illius, cuius est illa possesio».

que vehicularían o encauzarían, en su caso, pero no necesariamente, a través de una servidumbre[118].

El argumento de Pérez de Patos que dio origen a la Observancia 1ª es utilizado posteriormente por Jaime de Hospital para desarrollar lo que se convertirá en la Observancia 6ª «De aqua pluviali arcenda» sobre luces y vistas y la Observancia 2ª del mismo título sobre reconstrucción del azud propio en terreno ajeno[119], y que siguieron los juristas aragoneses de los siglos posteriores[120].

En la jurisprudencia cita la Observancia 1ª «De aqua pluviali arcenda» la STS de 30 de octubre de 1983 (RJ 1983\5847) para señalar que es un principio de honda raigambre aragonesa que junto a la Observancia 6ª del mismo título,

> según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), la observancia citada no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la Observancia primera («cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor»), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del 'jus usus innocui', lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables

---

[118] Pacheco Caballero, F. L., «Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el derecho aragonés, 1247-1967 (Legislación, práctica, doctrina)», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torrijano (Coords.), *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio,* Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pp. 296-7.

[119] Pacheco Caballero, *op. cit.,* pp. 300-302.

[120] Los foristas aragoneses (Del Molino, Portolés, Franco de villalba) lo consideran como un principio general, pero lo aplican exclusivamente a las previsiones forales. Que Franco de villalba en sus comentarios al ordenamiernto foral aragonés se remitiese al Fuero único «De aqua pluviali arcenda», que comenta previamente a la Observancia (*Fororum atque Observantiarum Aragoniae Code…*, Zaragoza, 1743, 2ª ed., fols. 318 y 319), no supone la limitación a esta materia de la Observancia 1ª, como anotan Franco y López y Guillén y Carabantes, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, p. 123 y su nota (a), y no se deduce del texto de Franco de villalba, ni del resto de foristas, que citan la Observancia 1ª en relación con otras Observancias del mismo título. Así lo señaló ya Isabal, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), pp. 197-9, indicando que la Observancia no se refiere al caso del Fuero, es más amplia: «se refiere a toda utilización que de la propiedad ajena pueda hacerse sin daño del dueño, en términos de mayor amplitud; cualquiera, según ella, puede obrar según le plazca (*facere voluntatem suam*) con la salvedad de aquella limitación», corroborando a continuación tal afirmación con las obras de otros foristas (Lissa y Bardaxí).

Es interesante la anotación que realiza Del Plano: «Entre las servidumbres rústicas que el fuero establece se ofrece la primera la del paso; pero antes debemos prevenir, que muchos usos y ministerios, que en otras legislaciones se miran como derechos de servidumbre rigurosa, en la nuestra se han de considerar como efectos de la libertad que autoriza la ley», citando esta Observancia. *Vid. Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza*, Librería de la señora viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1842, p. 92.

para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente» (luz y paisaje).

El *ius usus inocui* es invocado también por la jurisprudencia territorial en diversos supuestos[121], y la STSJ Aragón (1ª) 6 julio de 2005 (FD 5º), cita como principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del «ius usus inocui», deducidos a partir de los artículos 143 y 144 Compilación[122].

El Informe del Seminario de la Comisión Compiladora relacionaba la Observancia citada con la doctrina del «ius usus inocui» y con la teoría del abuso

---

[121] Lo cita y aplica, entre otras, las SSATZ de 18 marzo 1967 (*Foro Aragonés, 1967, nº 61)*, comentada por José Lorente Sanz, (*ADA* XIII, p. 534), y de 2 de mayo de 1967 (día que entraba en vigor la Compilación de 8 de abril de 1967) (*Foro Aragonés, 1967, nº 84)* , que reitera y amplía los argumentos de la anterior: «4.º, porque … en esta Región Foral Aragonesa la diferenciación entre las restricciones legales de la propiedad y las servidumbres verdaderas –como derechos limitativos del dominio– tiene mayor trascendencia todavía, porque en aquéllas preside el principio de la función social de la propiedad urbana, en el sentido de no tener limitaciones si no perjudican intereses ajenos, y cesar tal libertad cuando colisionan intereses extraños, como está proclamado desde las antiguas Observancias del Reino –recopiladas por Martín Díaz en 1437– hasta la Compilación que hoy entra en vigor, principio que ha de presidir la interpretación del Derecho de este territorio, y no siendo lícito confundir la excepción con la regla, tampoco es recto calificar de servidumbre los antiguos huecos, y no modo de ser de la propiedad urbana». Tomamos la cita de la transcripción de la misma por J. M. Bandrés y Sánchez-Cruzat, «Derecho de bienes. Artículos 143 y 144», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t. XXXIV, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1988, p. 227 y nota 50.

La SAP de Teruel de 3 de diciembre de 1993 (AC 1993\2523) trata un caso de denuncia de inmisiones por una línea de tendido eléctrico, por los cables y accesorios que integran la misma, colocada sobre un camino anejo a la finca del actor, que alega perturbaciones en la posesión del camino en cuestión que utilizaba para el paso de vehículos y maquinaria de laboreo agrícola de sus fincas, alegando la imposibilidad de realizar las tareas normales en las mismas por la poca altura de los cables e hilos tendidos. La Audiencia desestima la petición por entender que la perturbación, la inmisión directa en definitiva, sólo se daría en una situación de uso anormal y extraordinario por ser viable el paso de vehículos.

También SSAPH 30 mayo 1994 (EDJ 1994/7638), 12 enero 1995 (EDJ 1995/11732) y 19 de enero 1996, con relación a la aplicación del art. 144 Compilación;, y SSAP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 16 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:APZ:1999:2095) y (Sección 2ª) 20 octubre de 2003 (RJ 2003/252117), en aplicación art. 143 Compilación.

[122] RJ 2005/6703. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón justifica la aplicación del derecho supletorio, en este caso el art. 591 CC, argumentando que «esta aplicación del derecho civil general no contraviene los principios informadores del derecho aragonés, puesto que: a) son principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del 'ius usus inocui', o del derecho de uso no dañino; b) en el caso presente, en el que los chopos fueron situados junto al lindero delimitador de las propiedades, no cabe hacer referencia a la solidaridad o colaboración entre vecinos sino, antes bien, a la voluntad de clara delimitación; c) no es posible invocar el derecho a un uso no dañino cuando consta comprobado que la ramas de los árboles de gran porte golpean las casas integrantes de la Comunidad actora, y molestan a quienes las habitan; d) la libertad civil actúa en derecho aragonés como pacto, y no como imposición al vecino».

del derecho, aunque no esté consagrado en una norma específica aragonesa[123], explicando que «tolerar a todos que hagan obras y actúen en la posesión ajena mientras no originen ningún daño… está de acuerdo con el espíritu amplio de libertad característico de nuestro Derecho»[124]. Castán la cita como una manifestación del principio de equidad y solidaridad humana, característico de nuestro ordenamiento, pero añade que este principio es más fácil de escribir en la ley que de realizar en la práctica; pero que así y todo, demuestra una laudable aspiración a dar al dominio un carácter limitado y social, muy en armonía con las tendencias modernas[125]. E Isabal lo formula como artículo en su obra, traduciendo la Observancia: «Artículo 47. Cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor», considerando que no puede fundarse en ella todo un sistema de limitaciones, pero encuentra su texto inspirado en el principio de equidad, de gran consideración en el Derecho aragonés, y observa la dificultad de aplicación de la Observancia a los casos que la práctica vaya ofreciendo, pero concluye que la Observancia «afecta un carácter general, muy notable como orientación legislativa que invita a aplicarla en todos aquellos casos de aprovechamiento público o particular a que, sea la que se quiera la dificultad de la prueba o de la existencia o de la falta de daño, puede alcanzar su texto»[126].

De aprovechamientos agrarios trata fundamentalmente el trabajo de López de Haro, citado reiteradamente por la doctrina sobre el *ius usus inocui*. Lo define como el «derecho a aprovechar de una cosa ajena, usándola por razón de utilidad, sin que el dueño sufra perjuicio», tratando de diversos aprovechamientos de derecho consuetudinario, encuadrados muchas veces bajo el concepto de «rebusca» y «espigueo», que beneficiaban a los vecinos más pobres de las comunidades rurales, y que sufrieron una derogación tácita en la época de la codificación, a través de la facultad de exclusión del propietario que le permitía cerrar

---

[123] Informes del Seminario…, *op, cit.*, p. 571. Lo explican del modo siguiente: «No vamos a comentar esta laudable y relevante doctrina. Consagrarla hoy de modo explícito en un artículo sería difícil y podría dar lugar a situaciones arduas y ser un semillero de pleitos. Leyes de aplicación general como la de cerramiento de fincas rústicas dificultarían la expresión en una norma. Por otra parte dado que el "jus usus innoqui" y la teoría del abuso del derecho, va penetrando en la jurisprudencia (quizá con demasiada lentitud) hemos creído acertado confiar al buen criterio de los tribunales la aplicación concreta de este principio de la citada observancia a través de esas dos vías de carácter general. Abona tal criterio el que ni en los dos proyectos de Apéndice ni en el Cuaderno vigente se formuló tal norma».

[124] Informes del Seminario…, *op, cit.,* p. 495.

[125] Castán, *op. et loc. cits.*, p. 172.

[126] Isabal, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), pp. 199 a 202. Realiza un estudio del tratamiento de la Observancia desde el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 hasta el Apéndice foral de 1925 por la doctrina civil aragonesa, que nos excusa de su reiteración.

sus heredades, prohibición dirigida en los Códigos especialmente al pastoreo gratuito, pero que afectó, sin ser una finalidad directa, a todos los aprovechamientos de los pobres. Entiende el autor que no están sancionados penalmente tales aprovechamientos (art. 607 del Código penal de 1870), *a sensu contrario*, si se realizan después de levantadas las cosechas y en campos abiertos, y que el Código civil solo regula los aprovechamientos de pastos, por lo que el resto se regirían por la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 6 del Código civil de su redacción original de 1889), sin constituir una limitación del derecho de propiedad, por realizarse sobre restos de frutos o producciones no utilizadas por su propietario, respondiendo también a los principios en que se apoya el uso inocuo la doctrina del Tribunal Supremo declarando que no se debe prohibir lo necesario o útil que no hace daño a otro[127].

Ya se ha comentado como, a pesar de la finalidad social que inspira la obra de López de Haro, la doctrina mayoritariamente ha considerado que tales prácticas se realizaban por tolerancia del dueño y no conformaban un derecho. Está, por otra parte, relacionado en este caso el uso inocuo con determinados aprovechamientos residuales agrarios, pero el principio general tiene un contenido más amplio desde su formulación en el Derecho romano como principio de equidad «quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur». Castán indica como la Observancia aragonesa se adelantó a la formulación de la doctrina del *ius usus inocui* formulada por el jurista castellano Covarrubias, bajo la expresión de que «cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aprovecha y no daña al fundo»[128].

No se reflejó el principio general de la Observancia 1ª «De aqua pluviali arcenda» en los textos legales del Derecho civil aragonés del siglo XX, a diferencia de la Compilación navarra[129], y se afrontó su regulación en los trabajos preparatorios[130] de lo que llegaría a ser la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho

---

[127] López de Haro, C., «El 'Jus usus inocui'», en *Revista de Derecho Privado*, tomo VII (enero-diciembre 1920), pp. 18 a 29.

[128] Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 1º, *op. cit.*, p. 236.

[129] Ley 17 del Fuero Nuevo de 1973: «Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas por prohibición expresa de la Ley».

[130] En la Ponencia se incluía como inciso final del art. 1 (art. 143-1.a) «Del uso adecuado de los fundos y las relaciones de vecindad», entre las disposiciones generales, como «y respeto a los derechos y al uso inocuo de otras personas». La Comisión Aragonesa de Derecho Civil valoró la posibilidad de una formulación general del principio tradicional aragonés, exponiendo algunos miembros de la Comisión el temor de que una norma general podría suponer una gran ampliación del ámbito de las relaciones de vecindad y debería formularse una regla general muy acotada, sin suponer perjuicios a los vecinos (acta 249, de la sesión de 7 de octubre de 2009). En la sesión siguiente de 21 de octubre de 2009 (acta 250) se presentaron varias enmiendas al artículo de la ponencia que trataban del uso inocuo, y se aprobó, finalmente, como enmienda transaccional la

civil patrimonial, dando como resultado el artículo tercero, bajo el título «del uso inocuo de la posesión ajena» en el Proyecto de Ley (BOCA, nº 203, 22 febrero 2010)[131]:

Artículo 3. Del uso inocuo de la posesión ajena

1. Cualquiera puede hacer un uso inocuo de la posesión ajena. El propietario o poseedor podrá oponerse al mismo siempre que la prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad.

2. El uso inocuo no limita los derechos del titular del inmueble, ni atribuye a quien lo utiliza derechos sobre el mismo, ni fundamenta la adquisición de servidumbres.

No superó la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, y por ello tampoco tiene traslación en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón». En la tramitación parlamentaria y en las alegaciones de instituciones y colegios profesionales no se negó la vigencia de tal principio general, o de las manifestaciones consuetudinarias del mismo, y la controversia versó sobre la conveniencia de su regulación legal y alcance en la limitación del derecho de propiedad[132].

---

redacción del art. 3.1 del Proyecto de Ley, y lo que sería el apartado segundo de dicho artículo como aclaración del primero.

[131] Es muy ilustrativa la explicación del Préambulo del Proyecto de Ley (III), sobre relaciones de vecindad:

> La Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda* y la costumbre sirvieron de fundamento a la Compilación para construir un sistema de relaciones de vecindad de notable altura técnica, que ha mostrado durante decenios su idoneidad para regir en la práctica las situaciones y conductas tan frecuentes en este ámbito y tan ocasionadas a pleitos. Reducir en lo posible éstos fijando algunos puntos controvertidos de acuerdo con la experiencia es objetivo primordial del Título primero de esta Ley, presidido por el principio de buena fe, que exige conductas recíprocamente leales entre vecinos.
>
> Las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición. Son meras facultades o mero ejercicio de la libertad que, por eso, ni consolidan derechos ni el paso del tiempo impide el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir la correcta observancia de las normas. El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo.

Sobre la tramitación parlamentaria, *vid*. Serrano García, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC,* LXV, 2012, pp. 1525-8.

[132] Las propuestas de supresión las realizaron el Colegio Notarial de Aragón y El Justicia de Aragón (se publicaron en *Revista Aragonesa de Derecho Civil*, XVI, 2010, pp. 289 a 295). El Colegio notarial argumentó que «el proyecto convierte en norma legal escrita un simple uso tolerado y limita al propietario su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un 'uso antisocial' del derecho de propiedad». Por ello entiende que la norma propuesta puede hacer surgir dudas sobre el alcance y límites del derecho de propiedad y hacer surgir litigios que no han surgido en este ámbito, por lo que propone que siga siendo una figura consuetudinaria (pp. 289-290). El Justicia de Aragón considera que la interpretación y aplicación del contenido de este instituto jurídico en el derecho

La Observancia 6ª «De aqua pluviali arcenda», sustituyó en el Preámbulo de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, y ahora en el Código foral (39), a la primera del mismo título y se erige, junto con la costumbre, como principio rector de las relaciones de vecindad, aunque el texto final no modifique su redacción, salvo en la supresión del inciso relacionado directamente con el fallido artículo citado: «El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo».

En consecuencia, quedan fijadas en el Código aragonés las reglas generales de las relaciones de vecindad (art. 537) y los límites del deber de tolerancia intervecinal como principio rector en el ejercicio de los derechos de los titulares de las fincas (art. 538), pero han quedado sin expresión legal el límite general negativo a la facultad de excluir del derecho de propiedad en su traducción del *ius usus inocui* en las relaciones de vecindad, aunque no se discuta la vigencia y aplicación del principio general tradicional del Derecho aragonés cuya fuente sigue siendo la Observancia 1ª «De aqua pluviali arcenda», de la que la sexta del mismo título no es sino una expresión concreta.

La falta de decisión del legislador aragonés de afrontar una regulación legal del «ius usus inocui», ya fuera la del proyecto de ley o planteando otra alternativa legal, la critica Sanagustín, al considerar que se ha perdido una oportunidad de tender un puente entre la tradición y una visión moderna y completa de las relaciones de vecindad, ya que el legislador debería haberse esforzado por delimitar en el ámbito civil los posibles supuestos de oposición del propietario al uso inocuo constituirían o no un ejercicio antisocial de la propiedad, al sancionarse penalmente como delito contra el orden socioeconómico, como tipo de usurpa-

---

aragonés se ha realizado en un plano doctrinal y jurisprudencial, y las resoluciones de Juzgados y Tribunales han dado respuesta a las situaciones controvertidas surgidas entre vecinos por causa de problemas relacionados con el uso del dominio y el ejercicio de los derechos reales, mediante las fórmulas de prohibición del abuso del derecho, del uso antisocial del mismo o la función social del derecho de propiedad, otorgando «a los afectados la protección judicial precisa en su defensa, tanto del que utilizó sin daño la propiedad ajena como de su titular cuando se vio afectado en sus derechos dominicales ilegítimamente». Sin embargo, entiende que el art. 3 del Proyecto establece el uso inocuo de la posesión ajena con un carácter claramente restrictivo para el propietario de la finca sobre la que se ejercita dicho uso, que podría dar lugar, dentro de las normales relaciones de vecindad en el que este uso inocuo se enmarca, a una situación de desequilibrio en el binomio propietario (poseedor)-usuario que redunda, en principio injustificadamente, a favor de este último. Propone para evitar tales situaciones «y con el fin de mantener la institución del 'ius usus inocui' de una manera acorde con su naturaleza de principio armonizador de las relaciones vecinales debería considerarse sus supresión del Proyecto –manteniéndose su ejercicio, protección y tratamiento tal y como hasta ahora tiene lugar, es decir, a través de la actuación de los Tribunales caso por caso– o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones. Máxime considerando la conflictividad que este tipo de usos genera al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares» (pp. 293-4).

ción en el art. 245.2 CP al que «ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada»; y le preocupan las consecuencias de la no regulación, al considerar que se ha abandonado al permiso expreso del propietario, «o lo que es lo mismo, a su inexistencia como *ius*», con el riesgo de que al haber rechazado el legislador aragonés su inclusión como norma legal en la modernización del derecho aragonés, los jueces puedan considerar que el Derecho aragonés no lo contempla como principio[133].

Operan, sin embargo, los límites generales en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC), y ya señalaba Delgado que la doctrina del abuso del Derecho era muy coherente con los principios del Derecho aragonés[134], y podemos entender con Evangelio Llorca que «la prohibición del abuso del derecho y el *ius usus inocui* son, efectivamente, límites aplicables al derecho de propiedad, pero lo son en cuanto límites generales de cualquier derecho, no en cuanto derivados de la naturaleza misma del dominio»[135].

Pero si concurren los requisitos para ello, la negativa del propietario a permitir el uso inocuo podría tener cabida en la figura general del abuso del derecho, porque las posibles manifestaciones del uso inocuo no constituyen auténticos derechos y no son formas de la función social de la propiedad ya que, como señala Huerta, según el artículo 33.1 de la Constitución, la concreción de las utilidades, limitaciones y restricciones en que aquella función cristaliza en cada caso ha de ser efectuada por la ley[136].

La relación del *ius usus inocui* puede referirse al ejercicio de los derechos como límite al ejercicio antisocial de los mismos, pero también tiene una relación estructural con el derecho de propiedad a través de su función social reconocida en la Constitución (art. 33.2), que implica un reconocimiento no ilimitado del dominio, cuyo contenido viene determinado no solo por las facultades sino también por los deberes y obligaciones establecidos «en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir», que modalizan su ejercicio a través de normas que establecen sus límites como parte integrante del derecho mismo y no como límite externo a su definición o ejercicio, ya que según la STC 37/1987, de 26 de marzo, «debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades

---

[133] Sanagustín Sánchez, J., «Las relaciones de vecindad en el Código del Derecho Foral de Aragón: luces y sombras», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVII, 2011, pp. 119-121.

[134] Delgado Echeverría, J., «Sentencia de 3 de febrero de 1989. Luces y vistas: Derecho aragonés. Abuso de derecho», *C.C.J.C.*, núm. 19 (enero-marzo 1989), p. 166.

[135] Evangelio Llorca, *op. cit.*, p. 1841.

[136] Huerta Trólez, A., en Delgado de Miguel, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales,* vol. 1º, p. 85.

de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito» que no coincide con la formulación abstracta y absoluta del artículo 348 CC[137].

Como indica Lacruz la función social refleja el aspecto social del derecho de propiedad frente al individual y «es una regla legal, pues emana de la Constitución, y una regla de principio, pues no contempla ningún específico supuesto de hecho y ha de ser conformada y explicada para cualquier aplicación práctica», directriz genérica que para solucionar los problemas concretos –valorando los intereses individuales y sociales– habrán de tener en cuenta el legislador, el juez o el dueño, aunque son las leyes, concretando la función social, «las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio o establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común»[138].

Utilidad individual y función social definen, como declara la STC 37/1987, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes, ya que la Constitución contempla la propiedad como una institución plural, con regímenes jurídicos distintos para cada tipo de propiedad que determinan su contenido y fines perseguidos, por lo que las facultades, deberes y límites de las titularidades dominicales vendrán determinados por el régimen jurídico de cada categoría de bienes como contenido esencial y normal de la propiedad, que remitirá a las disposiciones legales concretas para determinar en caso las aplicaciones de los límites generales del tipo de propiedad en el ámbito de autonomía del propietario en cuanto a sus facultades de uso o disfrute, o de disposición, sin que puedan ir «más allá de lo razonable» (STC 37/1987)[139].

En el Derecho aragonés actual, el deber de tolerancia de los vecinos se ha impuesto como criterio rector de las relaciones intervecinales, presididas por el principio de buena fe (preámbulo Código foral, 39), a través de los artículos 537.2 y 538 CDFA tanto en las conductas permitidas como en las situaciones toleradas entre vecinos que conforman el uso adecuado o razonable de los inmuebles, con una dimensión social ya que afecta a propietarios y no-dueños que tienen relación con el bien en cuestión, y a la colectividad.

---

[137] López y López, A. M., «La disciplina constitucional de la propiedad privada», en López, A., Montés, V. L., y Roca, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (coordinador: M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 170-178.

[138] Lacruz Berdejo, J. L.:, y otros, *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol I. Posesión y propiedad. Nueva edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Madrid, 2000, p. 251.

[139] Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil*, IV, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 51-4.

Este deber de tolerancia se basa, en la doctrina alemana, en una «comunidad de intereses entre vecinos»[140], derivado de entender la vecindad como integración en una comunidad social[141], que se produce entre vecinos colindantes o próximos por la creación de una comunidad de usos y aprovechamientos entre sus titulares e impone un deber de cooperación entre vecinos, originando relaciones obligatorias nacidas de la ley por el hecho de producirse una relación social especial, de la que se derivan particulares deberes recíprocos de tolerancia y conducta entre los titulares de fincas vecinas que conforman las relaciones de vecindad. Esta comunidad de intereses entre vecinos es una concreción del principio de buena fe (§ 242 BGB) en el ámbito de los propietarios de fincas vecinas. También González-Alegre basa en el principio de comunidad de vida básico en el orden social el papel preponderante en las relaciones de vecindad que el «ius usus inocui» puede desempeñar como posibilidad de que un tercero utilice la cosa de otro y se sirva de ella sin causarle daño[142].

4. «El paso por razón de obras» como límite o restricción legal del dominio

Se ha discutido si el derecho concedido por el art. 569 CC es un límite o una limitación al derecho de propiedad del titular del fundo vecino. La mayoría de los autores que lo incluyen entre los supuestos de relaciones de vecindad no realizan ninguna indicación especial, y lo incluyen entre los límites generales y recíprocos del derecho de propiedad por razón de contigüidad de las fincas que suponen las relaciones de vecindad, pero González Porras y Karrera anotan que se trata de una limitación legal del dominio, no de «un límite», por razones de interés privado o de buena vecindad.

González Porras justifica que es un limitación y no un límite por reducir, en casos concretos, por determinables y variables causas el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa[143], y Karrera expresa que es un limitación del derecho de propiedad que incide concretamente sobre la facultad de exclusión, por la que «el propietario, con motivo de la relación de vecindad, entre fincas y por razones de interés privado (la necesidad contemplada), queda des-

---

[140] Westermann, Harry, Westermann, Harm Peter, Gursky, Karl-Heinz, Eickmann, Dieter, *Derechos reales, II (7º Ed. de 1998), Fundación Cultural del Notariado,* Madrid, 2007. Traductores: A. Cañizares, J. M. Miquel, J. M. Rodríguez y B. Rodríguez-Rosado, pp. 828 a 862.

[141] Así lo denomina Garrido Melero, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *op. cit.*, p. 1557.

[142] González-Alegre Bernardo, M., «Breviario sobre las relaciones de vecindad», en *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 418

[143] González Porras, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1456.

pojado de dicha facultad temporalmente a favor del vecino interesado». Esta necesidad temporal de cualquier finca otorga la facultad de uso de la propiedad ajena sin necesidad de articularla a través de un derecho de servidumbre y su ejercicio, aunque sometido a los límites generales de todo derecho (art. 7 CC), puede provocar daños no antijurídicos en finca ajena que deben ser indemnizados, y por ello se requiere la autorización del titular de dicha finca, «al contrario que en el derecho de persecución de enjambre por esporádico (cfr. Art. 612 CC) o en el *ius inocui* por no provocar ningún menoscabo»[144].

Entre los comentaristas de este precepto, Busto, sin embargo, considera que se establece un derecho de paso transitorio calificable como mero límite del derecho de propiedad impuesto en interés privado, cuyo ejercicio está sometido a los límites intrínsecos del ejercicio de todo derecho (art. 7.2 CC) y también a los extrínsecos, «de manera que la causación de un daño desproporcionado al predio sirviente, privándolo de su valor económico, no puede ampararse en este precepto»[145].

La distinción entre límites y limitaciones del dominio es confusa por el uso distinto, y a veces ambivalente, que utiliza la doctrina. Evangelio Llorca intenta resumir un concepto común comprensivo de ambos señalando que los límites integran el contenido normal del derecho, «el régimen ordinario de restricciones que afectan de modo general a todas las titularidades dominicales que versan sobre una misma categoría de objetos», mientras que las limitaciones son reducciones del poder del propietario en casos singulares y afectan precisamente al llamado contenido normal; es decir, al fijado por los límites», por lo que los límites son internos, pero las limitaciones vienen a recortar desde fuera el contenido del derecho y por ello son externas[146].

Hernández Gil distingue entre límites, limitaciones y gravámenes. Los límites del derecho de propiedad son normales e internos y su función es delimitativa de su contenido normal, mientras que las limitaciones ocupan una posición intermedia cercana a los límites y distinta a los gravámenes, que reducen el contenido del derecho de propiedad sobre el que recaen. Las limitaciones determinan también internamente el contenido normal del derecho, con el consiguiente reflejo en el ejercicio del mismo, pero carecen del carácter de generalidad por lo que regulan determinadas situaciones «en las que interviene el ordenamiento jurídico para prevenir y resolver conflictos de intereses»[147]. En consecuencia, califica las relaciones de vecindad como limitaciones legales de la propiedad.

---

[144] Karrera Egialde, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.*, pp. 2242-3.

[145] Busto Lago, J. M., en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587), op. cit.*, p. 4426.

[146] Evangelio Llorca, *op. cit.*, p. 1838. En este sentido, STS (1ª) 2 octubre 2014. (ECLI:ES:TS:2014: 3866).

[147] Hernández Gil, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 95-6.

Díez-Picazo critica el uso doctrinal de los conceptos de límite y limitación porque debería partir de la fijación del contenido del derecho de propiedad en sentido positivo, mediante la enumeración de las facultades que encierra, y no como una actividad de signo negativo, que se realiza mediante la indicación de aquellos a que no alcanza. Es claro, continúa este autor, que si el contenido del dominio es fijado solo negativamente, la distinción entre límite y limitación se desdibuja completamente. La distinción solo sería posible si un contenido previo del derecho estuviera fijado positivamente y, en tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido positivo sería una limitación[148].

Otros autores establecen categorías distintas y utilizan términos dispares para las diversas situaciones, pero la distinción fundamental sigue siendo la de las relaciones de vecindad y servidumbres, especialmente las forzosas, por la confusión que origina la regulación del Código civil; por ello Evangelio Llorca destaca que cualquiera que sea la denominación que se otorgue a las relaciones de vecindad son restricciones que unánimemente se consideran internas del derecho de propiedad, y específicamente de la propiedad inmobiliaria, que obedecen a razones de interés privado[149]. El Libro V del Código civil catalán (Ley 5/2006, de 10 de mayo), denomina «restricciones» al derecho de propiedad en su art. 545-1 a las establecidas por las leyes, en interés público y privado, o a las establecidas por la autonomía de la voluntad en interés privado, y considera restricciones de interés privado las derivadas de las relaciones de vecindad y de las situaciones de comunidad, que afectan a la disponibilidad y ejercicio del derecho, y «constituyen límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de los vecinos» rigiéndose por las disposiciones del Código (art. 545-3)[150].

Por tanto, sería suficiente con indicar que el derecho de «paso por razón de obras» es una restricción interna y normal del derecho de propiedad en interés privado del Derecho aragonés que se configura como una relación de vecindad, claramente diferenciada del gravamen que supone la calificación de servidumbre. Si queremos avanzar en una mayor concreción, podemos utilizar los conceptos de Hernández Gil y considerar que límite interno, normal y general del

---

[148] Díez-Picazo, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico,* (mayo-junio) 1971, pp. 21-2.

[149] Evangelio Llorca, *op. cit.*, pp. 1840-1.

[150] El Preámbulo de la Ley, sin embargo, tras asegurar que el capítulo V regula las restricciones del ejercicio del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, explica que «cuando las establecen las leyes, constituyen los límites del derecho de propiedad si son en interés de la comunidad y constituyen sus limitaciones si son en interés de particulares indeterminados, normalmente los vecinos». Critican este uso dispar de terminología y siguen utilizando, como más acorde con la doctrina mayoritaria, el término «límites» para referirse a las relaciones de vecindad, Del Pozo Carrascosa, P., Vaquer Aloy, A., y Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 117-8.

derecho de propiedad es «el ius usus inocui» respecto a la facultad de exclusión del propietario, basado legalmente en la prohibición del ejercicio antisocial de los derechos (art. 7.2 CC) que tendría su expresión jurídica aragonesa en materia de propiedad inmueble en el principio general tradicional de la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*. El art. 542 CDFA sería la plasmación del límite general en una «limitación» legal por razón de uso inocuo cumpliendo la función social de satisfacer la necesidad de construir o reparar la edificación propia desde la finca vecina, establecida para ese supuesto a fin de prevenir y resolver conflictos intervecinales.

Es necesaria una disposición legal expresa porque por ministerio de la ley se suspende temporalmente la facultad de exclusión que corresponde a todo propietario, y en su ejercicio a los titulares de derechos de uso y aprovechamiento, y por ello cede el derecho de exclusión frente al deber de tolerancia del titular de la finca ocupada temporalmente, que consiente el paso y la ocupación para permitir la injerencia directa en su finca por reconocer la situación de necesidad prevista en la ley impidiéndole ejercitar las acciones de defensa de su derecho, y por entender que no le va a producir un menoscabo de utilidades y aprovechamientos que no está obligado a soportar[151].

El derecho al paso y ocupación se constituyen por ley, y tanto el Código estatal como el aragonés establecen su extensión fundada en realizar un uso necesario, razonable e inocuo de la finca vecina. La dificultad de interpretar su naturaleza reside en que, como señala Corbal, el precepto recoge dos hipótesis: el uso de un predio ajeno al objeto de pasar materiales para una obra; y la ocupación temporal del terreno para colocar andamios u otros objetos para dicha obra[152]. El derecho de paso y colocación de andamios, configuran las dos modalidades que pueden coexistir o darse de forma independiente.

---

[151] Para González-Alegre, *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.,* p. 60, se debe pedir permiso en cumplimiento «de un deber social de respeto» por tratarse de una limitación general y legal del dominio. Parece más adecuado compararlo con otra manifestación de relaciones de vecindad, como la contemplada en el art. 612 CC, sobre el derecho de persecución de abejas en fundo ajeno, que exige el consentimiento del dueño para penetrar en él, si está cerrado e indemnizando al poseedor por los daños causados. La similitud de ambos preceptos es evidente en su razón y consecuencias jurídicas, y podemos considerar que el ámbito preferentemente urbano en que se desarrolla el supuesto del art. 569 CC, y art. 542 CDFA, obliga a solicitar tal permiso, por considerarse presuntamente cerradas tales heredades o desarrollar en ellas las actividades de su vida familiar.

[152] Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822. También Borrell y Soler, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p, 97. Sin embargo, Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 919, entendía que comprendía tres casos: «1.º, el *derecho de paso* por la finca ajena con los materiales; 2.º, el colocar en ella –desde ella o sobre ella– los andamios, y 3.º, el de colocar igualmente *otros objetos*, siempre bajo el supuesto de la indemnización».

El Derecho español ha ido más allá que el artículo 843 del Código civil italiano, que permite solo el paso por razón de obras y que tiene un reconocimiento legal, doctrinal y jurisprudencial unánime como relación de vecindad, al permitir colocar andamios u otros objetos para la obra. En el Derecho italiano se configura como una obligación *propter rem* para el titular de la finca que sufre el paso, que incluye necesariamente realizar actividades en la finca vecina pero cuando esta ocupación temporal con andamiaje crea controversias entre los vecinos, la jurisprudencia italiana ha interpretado extensivamente el artículo 843 del Código[153]. En el Derecho francés permitir el paso entre vecinos por reparaciones se considera que forma parte de las relaciones de vecindad, pero las controversias se centran en la institución consuetudinaria y de construcción jurisprudencial, al no estar contemplada en el *Code*, del «échelage» o servidumbre de «tour d'échelle», que permite al vecino que debe realizar trabajos o reparaciones entrar en la finca vecina y colocar andamios o elementos de obra temporalmente. El «échelage» designa el espacio de terreno que el propietario es obligado en ciertas circunstancias a dejar a su vecino para permitirle efectuar trabajos menores, imposibles de realizar desde su finca. Enmarcado en las relaciones de vecindad, puede acordarse entre vecinos las condiciones de la ocupación y su duración, y si el titular que va a sufrir la ocupación se opone puede solicitarse la autorización judicial, como servidumbre temporal, pudiendo sancionarse la oposición injustificada a la misma como un acto constitutivo de un abuso de derecho[154].

La indispensabilidad del paso por finca vecina requiere también contemplar la posibilidad del depósito de materiales y colocación de elementos de obra como derechos accesorios al paso, que han tenido que incluirse jurisprudencialmente en los Derechos italiano y francés, por razón de necesidad, articulándose en el Derecho francés como un abuso del derecho la oposición injustificada a su realización. A veces, el Derecho tiene que definir qué necesidades de un predio son básicas para el mismo y tienen que ser facilitadas por los vecinos, quieran o no, cuando no se han establecido por convenio (art. 537.1 CDFA). El Derecho español contempla el paso y la ocupación de la finca vecina como necesarios por razón de obras y delimita de este modo un límite o frontera del contenido normal de la propiedad en el ámbito inmobiliario, tendencialmente urbano, en las relaciones de vecindad, por el mutuo influjo entre fincas vecinas que puede extender temporalmente las facultades de la propiedad a la finca vecina para

---

[153] Cassazione Civile: 4 marzo de 1968, nº 693 (*Foro Italiano*, 1968, I, 902); 29 noviembre de 1974, nº 3909 (*Foro Italiano*, 1975, I, 2584); y 9 de febrero de 1982, nº 774 (*Foro Italiano Rep*, 1982, nº 17).

[154] *Cour de cassation. Chambre Civile 3,* de 15 de febrero de 2012, interpretando que se ha infringido el art. 544 CC sobre propiedad y prerrogativas del propietario. Respecto a los requisitos para autorizar judicialmente la ocupación de la finca vecina: *Cour de cassation. Chambre civile 2,* de 8 de enero de 1992 y *Chambre civile 3,* de 15 de abril de 1982.

realizar obras en su edificio y comprime, restringe o limita, también parcial y temporalmente las facultades de utilización de su fundo al titular de la finca vecina, suspendiendo su facultad de exclusión expresada en la falta de legitimación jurídica para ejercitar acciones de defensa posesoria mientras dura tal situación. Señala Díez Picazo que el límite existe en el punto en que deja de haber derecho. El límite representa una causa de inatendibilidad de la pretensión, y el demandante no es atendido porque ha traspasado los límites de su derecho. Rigurosamente, concluye, un límite del derecho es una situación que justifica la desestimación de la pretensión, por no estar fundada en un interés protegido por el ordenamiento jurídico[155].

Y como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril 1984 (RJ\1984\1924), los derechos dominicales hay que interpretarlos de acuerdo con la realidad social y no pueden sufrir merma pero tampoco disfrutar de especiales proteccionismos, por cumplir una finalidad social, especialmente cuando no se producen perjuicios:

> Que si bien es cierto que el art. 350 del C. Civ. está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el art. 569 del C. Civ. las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor, se ha reducido a la permanencia en su interior unos cables o anclajes inservibles, utilizados para montar el muro-pantalla, sistema técnico empleado, que al no haber dejado otra secuela que la de la permanencia de los tales cables o anclajes que no han originado perjuicios para el patrimonio del accionante en su edificio y pertenencias…

Es una inmisión directa y una perturbación posesoria la que sufre temporalmente el titular de la finca vecina por razón de obras, pero la ley contempla la propiedad en este caso no como un poder ilimitado y considera la elasticidad de

---

[155] Díez-Picazo, L., « Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *op. cit.*, p. 22. El art. 544-5 CC Cat., sobre acción negatoria, la excluye en los siguientes casos:

«a) Si las perturbaciones o inmisiones a las que se pretende poner fin o las futuras que se pretenden evitar no perjudican ningún interés legítimo de los propietarios en su propiedad.

b) Si los propietarios deben soportar la perturbación por disposición del presente código o por negocio jurídico».

la misma, que permite contraerse circunstancialmente y expandirse hasta los límites iniciales cuando cesan las limitaciones. Esta propiedad comprimida recuerda la constitución de una servidumbre forzosa, pero la servidumbre es una limitación externa a la propiedad fundiaria para conseguir una utilidad estable de la finca dominante (art. 553.1 CDFA), que no se justifica –como alega parte de la doctrina– para necesidades ocasionales o temporales. Hernández Arranz pone de manifiesto la irracionalidad que puede suponer constituir una servidumbre de paso cada vez que se produzca una situación de necesidad de paso por lo que propone, defendiendo el carácter de gravamen del art. 569 CC, que las situaciones esporádicas de paso se resuelvan por analogía con el art. 612 CC amparadas en una situación de estado de necesidad, aunque el precepto indica –al referirse a la construcción y reparación de un edificio– una necesidad que implica una perturbación posesoria de cierta importancia[156].

Parte de la doctrina parece olvidar que las relaciones de vecindad ocasionan relaciones jurídicas recíprocas entre los vecinos, por lo que el derecho de paso y ocupación de la finca vecina por razón de obras corresponde y se puede ejercitar por los titulares de ambas fincas vecinas cada vez que exista esa necesidad, y si la situación de los edificios actuales o futuros lo exige. Es una relación de vecindad de contenido y eficacia real[157], que viene determinada por la contigüidad o vecindad de las fincas, en posición de igualdad y con derechos y deberes recíprocos. Aunque en una determinada etapa– señala Hernández Gil– quede una finca afectada al servicio de la que realice la obra, es perfectamente posible que se dé la situación inversa, y hasta pueden producirse simultáneamente unos servicios mutuos. Y mientras no surja la situación de necesidad de obras, la relación de vecindad se mantiene latente[158]. Como expresa Scaevola, temporal es el ejercicio del derecho, porque con relación al propio derecho «cabe considerarlo permanente en el sentido de que podrá exigirse siempre que se ofrezca la necesidad de la reparación o construcción»[159].

Explica Díaz Fuentes que las relaciones de vecindad configuran el derecho de propiedad y no gravan o merman nada: solo definen. Las relaciones de vecindad pertenecen al régimen de la propiedad fundiaria, como limitaciones si se ven de un lado, y como implemento del derecho de propiedad para el otro, pero coyuntural y potencialmente recíprocos, sin bien puede hacerse valer por cada

---

156 Hernández Arranz, M., «Sección 3.ª. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1044.

157 Hernández Gil, A., "«Las relaciones de vecindad en el Código civil», en *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de* sucesiones, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp. 126-7, y Fernández Urzainqui, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, p. 126.

158 Hernández Gil, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 150-1.

159 Scaevola, Quintus Mucius, *Código civil,* comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. Ortega Lorca, t. X (5ª ed.), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 586.

uno sin depender del propio cumplimiento, al tratarse de deberes idénticos respectivos, aunque no ligados en un vínculo de reciprocidad[160].

La necesidad configura el derecho, y por ello algunos autores como Castán incluyen entre los límites genéricos o institucionales del derecho de propiedad los de carácter negativo como el estado de necesidad o el *ius usus inocui*. Los primeros comentaristas del Código civil, como Manresa, establecían un paralelismo al considerar que el art. 569 CC es «en cierto sentido a la obra de carácter privado lo que las ocupaciones temporales vienen a ser respecto de la construcción de las obras públicas»[161], y sobre ello se trata más adelante. El uso inocuo es la presunción de la que parte el precepto, podríamos decir que reforzada en el Derecho aragonés, de tal modo que el resarcimiento de daños solo opera por una utilización anormal del fundo vecino que ocasiona perjuicios valorables objetivamente que deben ser indemnizados, por superar el límite del uso inocuo. En otro caso, están amparadas por el *ius usus inocui* todas las actuaciones sobre la finca que no supongan una merma del interés del propietario, por denotar el *ius usus inocui* legitimidad de actuación sobre finca ajena, siempre que no sea perjudicial, como comenta Egea para el derecho catalán al estudiar la regulación de la acción negatoria- actual art. 544-5 de su Código-, que excluye el ejercicio de la acción en caso de uso inocuo. La consecuencia en el Derecho catalán es que no cabe valorar si la conducta del propietario que pretende ejercitar la facultad de exclusión es o no abusiva, porque la misma ley le priva de legitimación, atendiendo al criterio del interés, que de acuerdo con la ley no debe ser tutelado[162].

La indemnización no es consecuencia del establecimiento del derecho, como en las servidumbres, ni de su ejercicio, sino por el incumplimiento de las relaciones de vecindad o por daños derivados del ejercicio de la relación, prevista para esta contingencia[163], al superar los límites normales o inocuos del uso, y por el carácter de reciprocidad, ya que siendo el sacrificio de ambas fincas recíproco, el de uno se compensa con el del otro[164]. Se trata según la doctrina alemana[165] de una pretensión de resarcimiento (§ 906 BGB), de una compensación por daños

---

[160] Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 507 y 680. González-Alegre Bernardo, M., *Las relaciones de vecindad*, *op. cit* , p. 72.

[161] Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV (7ª ed. revisada por J. M. Pou de Avilés), Reus, Madrid, 1972, p. 915. Y Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. III, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, p. 619.

[162] Egea Fernández, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 43-4.

[163] Díaz Fuentes, A., *op. cit.*, p. 681.

[164] Evangelio Llorca, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *op. cit*, p. 1843.

[165] Westermann, Harry, Westermann, Harm Peter, Gursky, Karl-Heinz, Eickmann, Dieter, *Derechos reales, II (7º Ed. de 1998), op. cit.*, pp. 846-7.

y no de una indemnización, por ser resultado de una inmisión o perturbación posesoria conforme a derecho, que reduce el resarcimiento del perjudicado, de modo que no abarcará una reparación integral, valorados de forma real, es decir, de forma objetiva y no subjetiva, ya que no se tienen en cuenta circunstancias personales o particulares del titular, considerándose el estándar del «usuario medio» conforme a la costumbre o usos del lugar, y siendo aplicable los criterios de «uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe» (art. 538 CDFA).

Ya vimos como en el Derecho alemán, el paso forzoso se considera un límite al derecho de propiedad en razón de un estado de necesidad (§ 904 BGB), criterio para no considerar como servidumbres forzosas las contempladas en los artículos 564 y siguientes del Código civil que sólo ha seguido Espín en la doctrina española, pero que tiene su reflejo en el art. 546-12 del Código civil catalán sobre el estado de necesidad en las relaciones de vecindad y que se ha aplicado en alguna resolución judicial para permitir el paso y ocupación por razón de obras (SAP Barcelona de 12 de septiembre de 2008). Como indica González García[166], los límites son instrumentos técnicos que, nacidos a la luz de la función social, tratan de corregir el absolutismo de los derechos, y, en concreto, el poder discrecional otorgado tradicionalmente al propietario. Para paliar esta discrecionalidad, surgen innumerables limitaciones que junto con las obligaciones y deberes, tratan de equilibrar el interés del propietario con otro interés, ya sea privado o público, que es también digno de tutela; y concluye Evangelio Llorca, que los límites sustituyen a la servidumbre como instrumento técnico de los conflictos interpropietarios[167].

Se han calificado doctrinalmente estos límites como deberes u obligaciones para el propietario, pero como indica Díez-Picazo la distinción entre límites y deberes es en el fondo dos perspectivas de un mismo fenómeno, de suerte que todo depende del punto en que se haya colocado la iniciativa y quién sea la persona que la haya tomado, ya que para el propietario significa un límite y el tercero que intenta imponer un comportamiento lo considera como un deber[168]. En definitiva, la situación de propiedad produce una serie de deberes que funcionan al mismo tiempo como límites del derecho[169].

---

[166] González García, *op. cit.,* p. 127.

[167] Evangelio Llorca, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *op. cit*, p. 1830.

[168] Díez-Picazo, L., « Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *op. cit.*, p. 22.

[169] González García, *op. cit.,* p. 124.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

1. La vecindad de las fincas

Derivado del carácter interpredial de las relaciones de vecindad, las fincas afectadas por el derecho de paso no han de ser necesariamente contiguas o colindantes[170] sino vecinas, y así lo exige la inclusión del art. 542 CDFA en el título primero «de las relaciones de vecindad» del Código aragonés, aunque siga figurando en el precepto la referencia a la «finca ajena», que tiene una primera interpretación gramatical de pertenencia a distinto titular[171]. Parece lógica la contigüidad para la colocación de andamios aunque no para las necesidades de «otros objetos para la obra»[172], como el paso de materiales o instalación de grúas. Lasarte considera dudosa la aplicación a todos los predios, si se exige que la necesidad del paso para la finca beneficiada requiera tener naturaleza urbana por mencionar el precepto expresamente «edificio»[173], y Busto lago duda también de si la naturaleza del fundo beneficiado puede ser rústica por la misma razón[174]. González Porras considera que si el fundo ajeno es urbano, puede ser tanto ya edificados como para comenzar a construir, e incluso una parte del edificio, como un muro privativo o medianero[175]. La mayoría de la doctrina considera que el precepto no distingue y ambas fincas pueden ser de naturaleza urbana o rústica[176], y para Quiñonero la cuestión no merece mayor consideración, ya que del precepto se deduce que pueden ser tanto predios rústicos como urbanos, e incluso «puede tratarse de edificio situado en un predio rústico, como de que el predio ajeno sea urbano y no se trate de ningún edificio»[177].

---

[170] Borrell y Soler, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 97. Y Busto lago, J. M., *Comentarios al Código civil, 3ª ed., Aranzadi, 2009,* p. 703.

[171] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, 3ª ed., Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 666, refiere que no es necesario ser dueño exclusivo de la pared o edificio y la reparación puede ser de un elemento total o parcialmente medianero, con cita de sentencias de las Audiencias Provinciales.

[172] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 669.

[173] Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil*, IV, 7ª ed., p. 368.

[174] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil, 3ª ed.*, Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426.

[175] González Porras, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1457.

[176] Así lo afirmaba ya De Buen, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII, p.724; Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4ª ed.), *op. cit.*, p. 376, al no distinguir el artículo; Scaevola, Quintus Mucius, *Código civil, op. cit.*, p. 586, y Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918.

[177] Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1652.

La limitación al concepto de «edificio» excluye para Karrera su extensión a otros elementos como terrenos, suelo u otro tipo de construcciones, pero integraría «toda estructura volumétrica o construcción fija hecha con materiales resistentes para usos muy diversos (habitación humana; actividad industrial, comercial o agraria; paredes y muros; pozos; canales; etcétera)»[178]. Lucas Fernández admite la aplicación analógica, que tiene menos restricciones en relaciones de vecindad que en servidumbres, para construir o reparar una pared, muro o pozo[179], y también para realizar una demolición necesaria para la finalidad edificatoria[180]. Casals defendía que la aplicación del art. 569 CC era extensiva a favor del dueño de un predio superior que tenga que arreglar la pared, margen o ribazo que le separa del inferior[181].

Ya que el art. 542 CDFA, y el art. 569 CC, se refiere a «construir o reparar algún edificio» cabe aplicar como elemento interpretativo la expresión «edificar o construir» del art. 550.1 CDFA en sede de relaciones de vecindad de luces y vistas, que ya figuraba en el art. 144.3 Compilación, y que la SAT de Zaragoza de 30 de junio de 1987 interpretaba en el sentido de que los términos «edificar o construir» no son necesariamente sinónimos, ya que edificar se refiere a realizar obras de elevación u objetivización que sirvan para habitación o usos análogos, resultando el concepto de construcción más amplio, pudiendo utilizarse en ella cualquier tipo de materiales (SAT de Zaragoza de 3 de julio de 1907; SAP Zaragoza de 27 de diciembre de 1994), pero la STS de 3 de febrero de 1989 indica que la finalidad ha de ser realizar alguna construcción o edificación, que no cumple levantar un simple tabicón. La facultad de cerrar huecos para luces y vistas, en este caso, del titular del fundo vecino por razón de construcción o edificación del art. 550.1 CDFA no permitía una edificación abusiva, sino se apreciaba beneficio u otra utilidad de la finca vecina (STS 3 de febrero de 1989 [RJ 1989,665]). La construcción incluye levantar paredes que puedan realizarse como parte de una edificación o de una unidad constructiva compleja, reformar, terminar o rematar construcciones o edificios ya comenzados, o reparar el deterioro o destrucción de la obra después de finalizada. El Código aragonés añade a la regulación de la Compilación que el propietario del fundo vecino puede

---

[178] Karrera Egialde, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.*, pp. 2241-2.

[179] También lo admiten, por analogía, Díez-Picazo, l. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6ª ed., p. 457, y Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137.

[180] Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit*, p. 226. Busto lago, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. La SAP Zamora de 4 de octubre de 1996 aplica el precepto a la reparación de una acequia perteneciente a una Comunidad de Regantes.

[181] Casals Colldecarrera, M., *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral de Cataluña*, *op. cit.*, p. 113.

edificar o construir «como estime conveniente», que la SAP Zaragoza, Sec. 5ª, de 19 de noviembre de 2004 ya interpretaba como relacionada con el principio del «ius usus inocui» del titular de la finca vecina que construir un muro de ladrillo en el lateral de las terrazas que lindan con la pared de la casa vecina, no constituía un abuso de derecho, ya que los muros construidos no representaban un artificio ornamental extraño y exorbitante[182].

No cabe alegar el art. 569 CC, o el art. 542 CDFA, para realizar una obra en predio ajeno, como señala la SAP Madrid (Sección 21) de 16 de julio de 2013 en un caso de construcción de una zanja de salidas de agua en el subsuelo del terreno que invadía el contiguo, para evitar las humedades producidas por unas plantas de la heredad vecina.

2. «Construir o reparar algún edificio»

Ya se ha mencionado que la doctrina, en consonancia con la función social de la propiedad, está de acuerdo en interpretar de forma amplia las obras realizables desde el fundo vecino, que incluirían las de construcción, reparación, refacción, transformación y mejora, incluyendo las reparaciones o modificaciones que sean de mero ornato y embellecimiento[183], y también en sentido contrario las de demolición de cualquier construcción[184]. González-Alegre comenta que si el concepto de «obra y reparación» ha de entenderse en un sentido amplio, al igual que el concepto «edificio» –comprensivo de otros complemen-

---

[182] También reconoce que no conforma un abuso de derecho una reconstrucción con efectos estéticos, como señala la SAP Teruel de 31 de diciembre de 1998, dentro de un plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

[183] Ya se comentó que la introducción del verbo «construir» se produjo como enmienda al artículo 571 al proyecto de Código civil de 1882, ampliando el contenido del derecho a «reparar». Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 917, aplica la doctrina italiana en sus comentarios al art. 592 del Código civil italiano de 1865, semejante al español, y sigue a Pacifici Manzoni, estimando que «se refiere tanto a las construcciones propiamente dichas de cimiento para arriba, como a las elevaciones de edificios ya construidos, y que compete igualmente para la demolición de obras, toda vez que ésta puede ser la condición indispensable de la construcción o del reparo, así como cuando se trate de abrir luces o vistas».Torres Lana, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis Albácar López), 3ª ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963. Indica que no existe un sacrificio injusto de los intereses del propietario del predio sirviente en virtud de la indemnización que el del dominante deberá abonar. La jurisprudencia francesa no admite sin embargo obras que no sean de reparación de construcciones ya existentes, no incluyendo la edificación de obras nuevas (*Cour de cassatió. Chambre civil 1,* de 31 de enero de 2002).

[184] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil,* 3ª ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. Karrera Egialde, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.,* p. 2242.

tarios del mismo–, tienen que tener una justa causa incompatible con el deseo de molestar o perjudicar al vecino[185]. Quiñonero también interpreta que cabe cualquier obra de ampliación, mejora o simple embellecimiento, y la demolición del edificio para su reconstrucción[186], pero niega la posibilidad de la demolición de parte de un edificio ajeno cuando ello sea necesario para la obra, aunque es permisivo con las demoliciones de poca importancia, si son fáciles de reconstruir (muro, puertas, etc.), por no incluirse esta posibilidad de destrucción del predio vecino en el Código; y aunque reconoce que una parcial destrucción pudiera ser imprescindible precisamente para pasar o para colocar andamios u otros objetos para la obra[187]. Lucas Fernández solo contempla la posibilidad de abrir una puerta para pasar materiales en muro que sea exclusivo[188], por lo que no lo considera posible en otros como el medianero, aunque el art. 544 CDFA permitiría hacerlo por su concepción comunitaria, sino perturba gravemente el uso común.

Y debe extenderse en cuanto a los medios a utilizar a otros elementos constructivos, distintos a los andamios pero incluibles en «otros objetos para la obra» que respondan a las actuales exigencias técnicas de las obras, «con tal de que no sean medios desproporcionados con lo que técnicamente exijan las mismas»[189].

Se ha discutido por la doctrina si el derecho concedido incluiría la ocupación total de la finca vecina o la imposibilidad de utilización del fundo mientras se está realizando la obra. Lucas Fernández, al tratarlo como una imposición de servidumbre, le parecía que no podía ocasionar un grave daño al fundo sirviente desproporcionado a la obra que se pretende, porque se produciría una colisión de derechos en la que necesariamente habría de darse prevalencia al dueño del predio sirviente [190]. Roca Juan lo relaciona con la posible utilización de maqui-

---

185 González-Alegre Bernardo, M., *Manual de servidumbres*, *op. cit.*, p. 208.

186 Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1651. Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4ª ed), *op. cit.*, p. 376, «porque muchas veces para construir puede ser necesaria ésta».

187 Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1651-2. También Karrera, *op. cit.*, p. 2243. Y Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 671. También lo reconoce la jurisprudencia francesa, que permitió derribar unos muretes que impedían el ejercicio del paso y ocupación de la finca (*Cour de cassation.Chambre civile, 3,* de 22 de enero de 2003).

188 Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit*, p. 227.

189 González Porras, *op. cit.*, p. 1456. Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 669.

190 Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 227. Vázquez Iruzubieta, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 551, no está de acuerdo con que la norma no ponga límites, al poder originar graves perjuicios para el fundo sirviente si lo ocupa en grande extensión, y considerarlo un error del legislador. La solución «práctica» que aporta este autor «es discutir la necesidad en un pleito que durará tanto que la obra puede quedar en la práctica irrealizable», por la necesidad habitual de variados peritajes. Curioso comentario, que podríamos relacionarlo más con los límites al ejercicio de los derechos (art. 7 CC).

naria de gran volumen, cuya instalación y funcionamiento ocasionaría, en algún caso, la ocupación casi total de la finca o su deterioro, o la imposibilidad de su utilización, pero no considera que haya que valorarse según el criterio del daño proporcional a la importancia de la obra, ya que la proporcionalidad se encuentra ya en el presupuesto básico de la exigibilidad y reducido también a lo «indispensable»; el problema, señala, «está en que la importancia de la obra a realizar haga "indispensable" el casi total sacrificio del predio cuyo dueño debe concederlo»[191].

Rebolledo considera que si la naturaleza es de un derecho meramente transitorio y no de una verdadera servidumbre, no parece existir obstáculo legal para admitir que sea posible la utilización total del predio afectado, resolviéndose el problema en el ámbito de la cuantía indemnizatoria, siempre que sea posible la reposición posterior del predio a su estado originario, ya que, en otro caso, nos encontraríamos en el ámbito expropiatorio[192]. En este caso de daños permanentes que afecten al propio objeto del derecho de propiedad, Karrera –en el mismo sentido que lo expresado por Roca Juan– aboga por revisar la propia posibilidad de realizar la obra, ya que el derecho del propietario a reformar su bien no puede ser a costa de destruir otra propiedad ajena, y la colisión de derechos no puede resolverse arruinando a un propietario a favor del otro, por tratarse de un límite al ejercicio del derecho de propiedad del que pretende realizar una obra derivado de la propia naturaleza del objeto sobre el que recae[193].

Al tratar de un paso temporal parcial, la duración del ejercicio del derecho se limita al tiempo necesario para la construcción o reparación del edificio[194], y no puede ser dilatado por el arbitrio del interesado[195], ni ampliarse a otras actuaciones que no se refieran a la construcción o reparación, aunque en ellas debe incluirse la necesidad de paso previo para estudio y preparación de la obra sobre el terreno, así como las posteriores de comprobación técnica de la obra realizada.

---

[191] Roca Juan, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169. De acuerdo Quiñonero Cervantes, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1655.

[192] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 670. También Karrera, *op. cit.*, p. 2243.

[193] Karrera, *op. cit.*, p. 2242. La jurisprudencia francesa señala que el vecino no debe soportar «une sujétion intolerable et excessive» (*Cour de cassation.Chambre civile, 2,* de 8 de enero de 1992).

[194] Scaevola, Quintus Mucius, *Código civil, op. cit.*, p. 586.

[195] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1652. La SAP Burgos de 10 de febrero 2010 (JUR72010/134615) rebaja a un mes la duración de las obras, por considerarlo tiempo suficiente, frente a la concesión de dos meses que había otorgado el juzgador de instancia. La SAP A Coruña de 25 de mayo de 2000 (AC/2000/4794) no determina un tiempo preciso por la posibilidad de dilaciones temporales justificadas imprevisibles, con la posibilidad de denunciar en ejecución de sentencia por prolongación indebida.

3. Indispensabilidad del paso

La necesidad del paso viene definida en la servidumbre de paso, debiéndose probar una verdadera necesidad, no respondiendo al capricho o simple conveniencia particular del que solicita su constitución (SSTS 29 de marzo de 1977 y 13 de junio de 1989). El art. 569 CC utiliza el término «indispensable», que reitera el art. 542 CDFA, y parece referirse al extremo último de necesidad, pero que para Quiñonero no hay que interpretar de forma rigorista por ir contra la finalidad de la norma[196]. Para Corbal significa «aquello que es necesario hasta el punto de que no se puede obtener de otro modo, sin grave dificultad o coste»[197].

La necesidad se configura como presupuesto fundamental para la realización de obras, sin que quepa dispensa o excusa alguna[198]. Indispensable ha de ser el paso u ocupación para la realización de los trabajos proyectados, no la obra, construcción o reparación misma[199], y no se refiere a la condición de enclavada

---

[196] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1648-9. Borrell y Soler, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 97, interpreta que indispensable no significa «que sea metafísica o físicamente imposible edificar o reparar el edificio sin usar de la servidumbre; sino que, a lo más, se refiere a lo difícil que resultaría hacerlo sin ella, por dificultades casi insuperables, las cuales, jurídicamente, pueden ponerse al nivel de la imposibilidad».

[197] Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822.

[198] En la SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 21 de marzo de 2007 (JUR 2007\264176) no se justifica la necesidad de paso a la finca vecina para realizar la obra ni la imposibilidad de hacerla desde el propio fundo: « El art. 569 CC menciona expresamente que el paso ha de ser para colocar andamios, otros objetos o pasar materiales y que, además, que el paso sea " indispensable". La parte apelante indica de forma genérica que la obra se ha de ejecutar por la casa de la parte demandada. Esta casa está ya construida y entre una y otra casa existe una separación de unos 20 cm. Pero no se concretó en la demanda qué actuaciones debía conllevar ese paso, si bien en la declaración del perito, en relación al informe aportado con la demanda, se hizo referencia a la conveniencia de hacer un nuevo muro y declaró a la última pregunta de la parte demandada que la solución que proponía se podía hacer desde la casa del actor, por lo que hay más de una alternativa. En cualquier caso, la solución adoptada no es la inicialmente propuesta, sino la que se refleja en el último informe, y, respecto a ella, no se ha probado que el paso solicitado sea indispensable. El art. 569 CC también añade que, como contraprestación al paso, se ha de pagar la indemnización correspondiente al perjuicio que se irrogue. Como consecuencia de lo expuesto tampoco se ha mencionado ni se ha justificado cuál es la indemnización que puede proceder. No concurren los presupuestos del art. 569 CC para establecer la obligación de paso solicitada».

[199] Roca Juan, J., «Artículo 569», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo VII, vol. 2º, Madrid, Edersa 1978, p. 168. Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137. Y Clemente Meoro, «paso con carácter transitorio», en López, A., Montés, V. L., y Roca, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed. (coordinador: M. Clemente Meoro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 372. La SAP León 20 septiembre 2012 (AC 2012/1898) niega la valoración del recurrente sobre la necesidad del tipo de obra a realizar, por corresponder al propietario en uso de sus facultades dominicales.

de la finca[200]; la indispensabilidad también se relaciona con que no responda al capricho o a la simple conveniencia particular del que desea realizar la obra (STS 29 marzo 1977, 13 junio 1989 y 11 de octubre 1990)[201], pero la valoración de la obra en sí misma pertenece al ámbito discrecional del propietario sobre su cosa, aunque –como señala Karrera– debe responder la obra a criterios de realización y utilidad lícita y racional[202], porque añade Rebolledo que tendrá como límite frente a terceros afectados la buena fe y el uso no abusivo del derecho[203].

Se plantea la discusión de si caben alternativas para la construcción o reparación del edificio aunque sean más costosas o dificultosas para no permitir la imposición del paso transitorio, valorando no solo las necesidades técnicas del paso sino también las económicas derivadas de un coste excesivo de la obra para no invadir la finca vecina[204]. Quiñonero expone las distintas posiciones sobre la

---

[200] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil,* 3ª ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426.

[201] Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4ª ed.), *op. cit*, p. 376, señala que la obra ha de ser necesaria, no con necesidad absoluta, aunque sí con necesidad relativa, «y no ha de ser de placer o recreo, porque si la intención del legislador es favorecer los intereses agrícolas o industriales, jamás puede tener el propósito de limitar derechos ajenos para procurar placer o deleite».

[202] Karrera, *op. cit.,* p. 2242. Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918, cree aplicable una interpretación conforme con las exigencias de la demostración de la necesidad relativa, en atención al mejor beneficio del fundo y utilización de sus usos y aprovechamientos, pero también considera imposible señalar *a priori* los límites y términos de la necesidad relativa, al ser una cuestión de hecho que se resolverá siempre en vista a las circunstancias concretas del caso concreto..

[203] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 667. Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit*, p. 226. Y De Buen, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española,* t. XXVIII, p.724, defendiendo que, aunque el precepto no distingue, doctrinalmente corresponde poner estos límites, especialmente si tiene por objeto molestar al vecino. Y Hernández Arranz, M., «Sección 3.ª. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1045, entiende que han de salvarse el contenido natural del derecho de propiedad, «es decir, que la decisión de realizar la obra que determina la necesidad de perturbar al titular del otro fundo no implique extralimitación respecto a los límites naturales del derecho de propiedad». También se rechaza por no ser necesarios el depósito de materiales para realizar la obra a la que se accede por otra finca, SAP Catellón de 11 de enero de 2011: «Así descritos los elementos de la servidumbre "de andamiaje", resulta claro y patente que el supuesto de hecho que ahora examinamos difiere notablemente de aquélla, no pudiendo en modo alguno ser calificada como tal, pues ni se trata de permitir el paso de materiales o colocación de andamios u otros objetos –estamos ante el supuesto de ocupación de un solar mediante el depósito de maquinaria, materiales y escombros–, ni resulta "indispensable" para construir o reparar algún edificio al tener acceso directo a la edificación y poder depositar la maquinaria, materiales y escombros en otros lugares».

[204] Algunas sentencias de las Audiencias Provinciales valoran la existencia de otras alternativas técnicas practicables (SAP Pontevedra 3 abril 2008 [JUR 2008/288094]); o que la propuesta de paso por fundo vecino sea más gravosa que la alternativa por fundo propio a través de grúas o andamiajes colgantes (SAP Asturias 22 julio 2009 [AC 2009/1513]); o bien se valora un mayor riesgo laboral y coste económico, pero entra en consideración la pérdida de utilización del local, dedicado a alquiler de plazas de garaje (SAP Cantabria 1 de abril 2008 [JUR 2008/216687]). En otras ocasiones se

necesidad absoluta y relativa de acceder al fundo vecino por razón de obras, y entiende que más que una imposibilidad física de realizar la obra sin acceder al fundo vecino se trata de una necesidad relativa, «cuando no sea técnicamente posible construir o reparar sin el paso u ocupación del predio ajeno»[205]. Roca Juan amplía la necesidad a razones económicas, cuando no exigir el paso por la otra finca no hace imposible la obra pero resulta económicamente irrealizable[206], y Rebolledo considera aplicables los criterios de la «interclusión económica» de la servidumbre forzosa de paso (art. 564 CC)[207]. González Porras tampoco es partidario de considerar la necesidad como absoluta, por lo que debe ceder cuando se exijan posibles medidas correctoras propuestas por el dueño del predio sirviente antieconómicas en relación con lo que se discute, extraordinariamente molestas o de ejecución compleja hasta el punto de exceder lo accesorio de lo principal, por lo que la necesidad del paso se equipara doctrinalmente a una alternativa de coste excesivo o de dificultad desmesurada[208].

---

considera indispensable el paso por finca ajena por motivos técnicos o económicos (SAP A Coruña, 2 octubre 2012 [JUR 2012/368335] y SAP Cuenca 31 enero 2005 [JUR 2005/92427], y SAP Cuenca 17 noviembre 1998 [AC 1998/2327]. No considera la aplicación del art. 569 CC, a efectos del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del art. 1902 CC, la SAP Pontevedra de 16 de enero de 2012 (JUR 2012/41723), por un paso ocasional y consentido de los trabajadores de la obra en reparación y sin depósito de materiales.

La SAP Ávila de 20 septiembre de 2012 (JUR/2012/367833) establece los siguientes requisitos para considerar indispensable el paso:

«1º) Que sea necesario el paso como presupuesto fundamental o por lo menos deben ceder las medidas antieconómicas que pueda proponer el dueño del predio sirviente, o sea extraordinariamente molestas o de ejecución compleja.

2º) Que el predio dominante tenga necesidad de realizar esas obras, no siendo admisible que sean debidas a capricho o meramente ornamentales.

3º) Que las obras sean temporales, es decir, dedicadas únicamente a cubrir la necesidad del predio vecino.

4º) Y que el paso de personas, materiales y colocación de andamios se extienda a las actuales exigencias técnicas, sin que puedan utilizarse medios desproporcionados para satisfacer las necesidades del predio dominante».

[205] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1649.

[206] Roca Juan, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169. González-Alegre, *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 62, se refiere a la imposibilidad racional de que de otra forma se ocasionarían grandes trastornos materiales o económicos, «pudiendo llegar éstos a hacerla tan gravosa que fuera irrealizable, aunque claro, tampoco por simplemente útil, cómoda, o más conveniente si en ello no existe aquella desproporción».

[207] Rebolledo Varela, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 668. En la SAP Segovia 31 julio 1999 (AC 1999/8180), se denuncia una infracción urbanística del edificio colindante objeto de obras, pero la Audiencia considera que no ha sido declarada por la autoridad y jurisdicción competentes para ello.

[208] González Porras, *op. cit.*, p. 1456. Karrera, *op. cit.*, p. 2242. Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, *op. cit.*, p. 4427. Así lo considera la SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 22 de

La posibilidad de utilizar una vía pública para la construcción o reparación excluye la aplicación de los arts. 569 CC y 542 CDFA. La obtención de la correspondiente licencia administrativa no puede alegarse como causa de mayor incomodidad para apreciar la necesidad del paso por la finca vecina, ya que el art. 569 CC no concede un privilegio para la realización de obras, sino que exige la necesidad de dichas obras y que no puedan realizarse de otro modo[209]. Es quien solicita el derecho de paso temporal quien ha de probar la necesidad de las obras y la ocupación de espacio y/o colocación de andamios y deberá considerarse, en su caso, por el tribunal de instancia a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, deslindando la competencia de jurisdicciones en caso de irregularidades urbanísticas[210].

4. Condiciones del paso para realización de obras

Dos cuestiones se plantean respecto al ejercicio del derecho de paso por el fundo vecino: el lugar por donde pueda realizar el paso y ocupación del terreno; y la necesidad de autorización del titular de la finca vecina.

Respecto a la primera, la doctrina[211] aplica supletoriamente los arts. 565 y 566 CC para determinar tanto el predio que ha de soportar el paso y la realización

---

septiembre de 2008 (JUR 2008\367342): «Por lo que atañe a la necesidad que tiene el actor de ocupar temporal y transitoriamente la referida finca del demandado para poder reparar adecuadamente las referidas paredes de cierre de su casa, colocando en aquella los andamios precisos y pasando por la misma los materiales de obra a utilizar, así como el personal de la empresa de construcción que ha de ejecutar dichos trabajos, la prueba practicada y señaladamente la testifical del Sr. Juan Luis, titular de dicha empresa, permite apreciar cumplidamente la necesariedad de dicha ocupación temporal de la finca del actor al tener que colocar andamios en la misma como medio más idóneo o adecuado para poder llevar a cabo tales trabajos sin tener que recurrir a otros sistemas, como grúas o andamiaje suspendido desde la cubierta de la casa del actor, que o resultarían desaconsejables por falta de seguridad dada la estructura portante de dicha casa, con muros de adobe, o por resultar de coste desproporcionado por excesivo». También SAP Barcelona de 12 septiembre de 2008, y SAP Madrid (sección 14) 21 febrero 2012 (FD 6º): «Es decir, la concurrencia del carácter indispensable o necesidad de paso, colocar andamios, etc., para la obra, que aparece como presupuesto fundamental, no se entiende por la doctrina jurisprudencial de modo absoluto, sino "ponderándose todas las circunstancias concurrentes, como costes, molestias, complejidad, exigencias técnicas, y cualquier otra que incida en la justificación del paso de materiales o colocación de andamio. Es el conjunto, de todas ellas, el que ofrezca una solución equitativa, en la que tiene su fundamento una buena relación de vecindad, que ampara esta limitación legal del dominio"».

[209] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1650.

[210] Rebolledo, *op. cit.,* pp. 669 y 672. Las resoluciones judiciales civiles controlan la legalidad civil pero no exigen la obtención de licencias administrativas o que las obras se ajusten a la normativa urbanística, que corresponde denunciar ante la correspondiente vía jurisdiccional. Cita en este sentido las SSAP A Coruña 10 diciembre 1998, 31 mayo 2000 y 28 marzo 2008, y considera discutible la absoluta separación entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa en el ejercicio de los derechos dominicales de la propiedad urbana dada su configuración legal.

[211] Por todos, Rebolledo, *op. cit.,* p. 673.

de obras como del ejercicio del contenido del derecho en cuanto a las condiciones del paso y de la ocupación de terreno, que son expresión del uso ejercicio *civiliter* de las servidumbres, favoreciendo que el paso se realice de la forma menos perjudicial para el predio sirviente y, si es posible, por donde sea menor la distancia a la salida a vía pública, así como que la anchura de la servidumbre sea la que baste a las necesidades de la finca dominante[212]. Busto señala que el contenido del derecho habrá de determinarse casuísticamente de conformidad con las exigencias técnicas actuales, y acomodándose a las previsiones de los arts. 565 y 566 del CC[213].

El Derecho aragonés contiene una regla general sobre el ejercicio *civiliter* de las servidumbres en el art. 557 CDFA, indicando que «La servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente». El preámbulo del Código foral (40) explica que el principio del ejercicio *civiliter* de las servidumbres «trata de optimizar el balance de beneficios y perjuicios conjuntos de ambas propiedades», estableciendo un prototipo de conducta en el ejercicio del derecho de servidumbre, que supone una justa moderación de los intereses opuestos en el aprovechamiento de ambas fincas, permitiendo obtener la utilidad en que consiste la servidumbre para la finca dominante, pero sin anular el destino de la sirviente, como una aplicación del principio de la buena fe en el ejercicio de toda servidumbre. También el Código aragonés contempla el ejercicio *civiliter* en las servidumbres forzosas, de forma general en el art. 565, y con manifestaciones concretas en las de paso (art. 577.2) y de acceso a red general (art. 581.3), pero la aplicación del principio en esta clase de servidumbres ha de entenderse de forma más restrictiva, primando el uso de la servidumbre que menor perjuicio cause en la finca sirviente y permitiendo la utilidad normal de la servidumbre aunque no sea de la forma más provechosa.

El art. 577.2 CDFA no sigue fielmente el contenido del art. 565 CC, y para la determinación del punto de paso se tiene en cuenta el menor perjuicio o inco-

---

[212] Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918, explica que en general dependerá siempre de la naturaleza de la construcción o reparación que el propietario del fundo dominante hiciere, e interpretando el criterio de necesidad que rige el art. 566 CC, la aplica al art. 569 del modo siguiente: «si yo deseo reparar un muro de un edificio de mi propiedad, y a ese fin *necesito* un paso en la finca del vecino para que puedan poner *a mano* los materiales de reparación *necesarios*, no podré imponer el paso de carros. Y viceversa, si necesito el paso para carros, no podrá negárseme éste: claro es, en la medida de lo posible y en cuanto lo permita la condición natural del predio sirviente».

[213] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit*, p. 576, ante la posibilidad de utilizar una finca entre varias posibles, indica que el art. 565 puede ofrecer una perfecta analogía para realizar la selección.

modidad a las fincas sirvientes buscando la compatibilidad con el más beneficioso de la finca dominante, considerando a tal efecto que la anchura y características de la servidumbre de paso serán «las adecuadas para la utilización normal de la finca dominante» (art. 577.3), y no el criterio más restrictivo de las que basten a las necesidades del predio dominante del art. 566 CC.

El cambio de sede en el Código foral aragonés del derecho al paso transitorio por razón de obras de edificación, de las servidumbres forzosas a relaciones de vecindad cambia el criterio de interpretación lógica y sistemática del precepto (art. 3 CC). Por ello, parece que el criterio rector será la aplicación del principio del *ius usus inocui* y el uso razonable del art. 538 CDFA, convergiendo con el ejercicio *civiliter* en causar el menor perjuicio o incomodidad posible a la finca vecina «según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe»[214]. El lugar de ejercicio del derecho y, en su caso, su duración pueden ser determinados por acuerdo de los titulares de ambas fincas[215], en coherencia con el art. 537.1 CDFA que reconoce la posibilidad de estos pactos entre vecinos para regular sus relaciones de vecindad.

Las exigencias del *ius usus inocui*, tolerancia vecinal y menor perjuicio a la finca vecina también obligan al titular del derecho a realizarlo en un tiempo adecuado, sin dilaciones arbitrarias, y realizar la ocupación del predio ajeno cuando la construcción u obra sean «efectivos y actuales», en expresión de Quiñonero[216] , es decir, cuando los trabajos ya estén preparados y se pueda iniciar inmediatamente la reparación de la obra en el fundo ajeno.

La doctrina discute el carácter del consentimiento que está obligado a prestar el titular de la finca vecina. A Hernández Arranz[217] le parece una cuestión de trascendencia para la determinación y calificación de la naturaleza del art. 569 CC la interpretación de si el paso o colocación de andamios o materiales en la

---

[214] Así lo expresan la SSTSJ Navarra de 18 octubre 2001 (RJ/2002/1077) y 17 de mayo de 2006 (RJ/2006/4500) aplicando la ley 367-a) de su Compilación. Dice esta última (FD 4º): «Pues bien, enjuiciados estos hechos a la luz de lo dispuesto en la Ley 367-a) del Fuero Nuevo es claro que las limitaciones, perturbaciones e incomodidades derivadas para los demandados de la ocupación parcial y temporal de su finca con el andamiaje de obra de la casa construida en la contigua se deriva de un uso normal y razonable del derecho de su propietaria, habida cuenta de las necesidades de cada finca, del uso del lugar y la equidad. Y es que en las circunstancias del caso, la instalación de andamios para la terminación de la fachada es una solución técnica normal, común o usual en la práctica constructiva que, ante la mayor peligrosidad, complejidad u onerosidad de otras posibles soluciones, justifica razonablemente, por razones de necesidad, la ocupación temporal de una franja de terreno de la finca contigua, haciendo de obligada tolerancia vecinal limitaciones, molestias e incomodidades como las que en el supuesto de autos va a generar a sus propietarios».

[215] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1652.

[216] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1653

[217] Hernández Arranz, *op. cit.,* pp. 1042-43.

finca ajena podrá hacerse sin necesidad de autorización, o por el contrario deberá solicitar el paso, bien al titular de la finca, bien a la autoridad judicial. Este autor interpreta que si el paso puede ser esporádico no necesitaría de la autorización del titular de la finca a atravesar, pero la colocación de andamios supone una ocupación temporal considerable por lo que parece razonable que cuente con la autorización del titular del predio afectado o de la judicial en su caso y, por ello, concluye que es incompatible el permiso previo con la consideración del precepto como límite del dominio. Para González-Alegre al no existir una relación real de gravamen entre los dos predios como regulación del derecho de propiedad, lo único que tiene que hacer el titular del derecho es pedir permiso en cumplimiento de un deber social de respeto e indemnizar por los perjuicios causados en cumplimiento del deber de pagar los daños que a los demás se les origine al actuar en beneficio propio[218]. Karrera (2243), también desde la óptica de relaciones de vecindad, justifica la autorización del titular del predio vecino en la posibilidad de que las obras causen daños en la propiedad ajena que deben ser indemnizados, y compara dicha situación con el derecho de persecución de enjambre (art. 612 CC) o con el mero *ius inocui* que no provocan menoscabos[219].

El art. 612 CC expresa que «necesitará el consentimiento» del dueño para entrar en el fundo ajeno cerrado y no en los abiertos, por lo que relacionado con la obligación del titular del fundo ajeno de consentir la entrada en su finca, cuando se cumplan los requisitos legales, expresa una obligación de tolerancia legal a la perturbación posesoria que impide el ejercicio de la facultad de exclusión dominical o de las acciones protectoras de su titularidad real o personal, al considerar el precepto que el ámbito presuntamente urbano de la realización de las obras afecta a fincas que también presuntamente tienen la consideración de cerradas, y son espacios en los que se puede provocar una mayor afección a la vida familiar o personal (art. 550.2 CDFA) o a los usos normales de la finca, por lo que requiere un previo consentimiento, que es la expresión del conocimiento de las obras a realizar, de la ocupación necesaria de la finca y de la duración y afecciones posesorias que suponen en correspondencia con la obligación legal de tolerancia, sobre las que se puede pronunciar. No existe una autorización como tal del fundo afectado, sino una obligación de tolerar la utilización de su finca a petición de los interesados, a la que una oposición injustificada constituye un acto de autoridad propia prohibida[220].

---

[218] González-Alegre Bernardo, M., *Las relaciones de vecindad, op. cit.,* p. 60.

[219] Karrera, *op. cit.,* p. 2242.

[220] *Vid.* Wolf, M., *Derecho de cosas*, vol. I. *Posesión, derecho inmobiliario, propiedad*, en *Tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff,* t. III., *op. cit.,* pp. 331-2, sobre las limitaciones legales de paso en el Derecho alemán.

La solicitud o petición previa de paso y ocupación de terreno por obras ha de ser realizada por el titular legitimado para ejercitar el derecho, y la necesidad del paso y de la ocupación de la finca ha de ser reconocida por el propietario que va a tolerarla y, una vez reconocida, prestar su consentimiento[221]; en caso contrario, una vez recibida la solicitud[222], el titular del derecho deberá acudir a los Tribunales para su reconocimiento e imposición al propietario vecino. Lucas Fernández señala que previamente a su reconocimiento por el titular pasivo o por el juzgado correspondiente, el que pretende el paso y realización de obras debe abstenerse de ejercitarlo, por no existir en ese momento[223], pero el propietario vecino solo puede negarse basándose en la ilicitud de lo solicitado[224], ya que la solicitud se refiere no a la constitución del derecho, determinado por el derecho de uso derivado de la relación de vecindad, sino a la manera en que deberá realizarse su ejercicio[225], y por ello, si afecta a la intimidad de los titulares pasivos, la limitación y condiciones de realización de las obras han de ser más estrictas[226].

En cuanto a la extinción del derecho, a diferencia de la servidumbre forzosa de paso, está de acuerdo la doctrina que la desaparición de la necesidad por conclusión de la construcción o reparación implican automáticamente su extinción[227], aunque al tratarse de una relación de vecindad no se refiere jurídicamen-

---

[221] Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit*, p. 226. La SAP Cuenca de 17 de noviembre de 1998 (AC/1998/2327) censura la reiterada e injustificada oposición del dueño de la finca vecina a la realización de las obras.

[222] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil,* 3ª ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427.

[223] Lucas Fernández, F., *op. cit*, p. 226. Esta obligación de consentir supone una conducta de tolerancia manifestada en el acto jurídico que quita la connotación de ilicitud a la actividad de un tercero privando al titular de una utilidad de su finca que, en cuanto tal está tutelada, pero cuya actividad no puede excluir porque no está legitimado para ello, puesto que en esa situación no está tutelada su facultad de exclusión.

[224] González Porras, *op. cit.*, p. 1456

[225] Karrera, *op. cit.,* p. 2243.

[226] *Vid.* Martí Martí, J., «Las servidumbres derivadas de la propiedad horizontal», *Diario La Ley*, nº 6545 (8 septiembre 2006) (La Ley 2229/2006, p. 3), con cita de la SAP Toledo de 15 de marzo de 2002, sobre paso de albañiles por la vivienda habitual del demandado, permite el paso pero con derecho del demandado a excluir del paso por su domicilio al operario con quien estaba enemistado.

[227] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1652. Rebolledo, *op. cit.,* p. 671. Planas y Casals, J. M., *Derecho civil español común y foral, op. cit.*, p. 633, y Puig Peña, F., *Compendio de Derecho civil español*, II (3ª ed.), *op. cit.*, p. 497: «una vez desaparecida la necesidad que motiva el nacimiento de esta servidumbre, cesa *ipso facto* la misma», al regularse por los mismos principios y reglas que la verdadera servidumbre de paso. En este sentido, De Buen, D., *op. cit.*, p. 724, señala que puede extinguirse si el dueño del predio dominante adquiere una finca por la que poder pasar los materiales, por analogía con el art. 568 CC. En aplicación también de los artículos sobre servidumbres forzosas, la STS 13 junio 1989 (RJ/1989/4628), indica que el derecho «cesa» cuando desaparece la necesidad (art. 568 CC).

te a la extinción de un derecho, que es permanente, sino de su ejercicio temporal, recuperando el titular de la finca vecina la plenitud de su titularidad y la completa facultad de exclusión, quedando el derecho de paso y ocupación en estado latente hasta la siguiente situación de necesidad por alguno de los titulares de fincas vecinas.

5. Legitimación activa y pasiva para su constitución

La doctrina es unánime en reconocer una amplia legitimación activa para solicitar el derecho de paso y ocupación de terrenos al propietario del predio beneficiado, extensible a otros titulares de derechos reales que también pueden realizar tales obras con facultades de uso y disfrute de la finca (usufructuario, usuario, enfiteuta y superficiario)[228], y también a los titulares de derechos de carácter personal, como el arrendatario que haya asumido la obligación de realizar obras de conservación [229], y que podrán ejercitar la tutela sumaria de la posesión mediante los interdictos correspondientes[230]. Como concluye Rebolledo, «la legitimación activa ha de reconocérsele a quien ostente la posesión del inmueble por cualquier título y tenga necesidad de pasar u ocupar transitoriamente el inmueble vecino para la ejecución de las obras»[231].

La legitimación pasiva le corresponde en principio al propietario del fundo vecino afectado[232], pero el art. 542 CDFA cambia la referencia al «dueño» del predio del art. 569 CC por la del «titular de esta finca», en la única modificación significativa del precepto respecto al Código civil. Se entiende por tanto que en el Derecho aragonés se amplía la legitimación pasiva a cualquier poseedor de la finca vecina afectado por el paso y las obras a realizar en la finca, de acuerdo con el concepto amplio de «titulares» que establecen los arts. 538 y 537.1 CDFA, y

---

[228] De Buen, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española,* t. XXVIII, p. 724. También Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.,* p. 822, que incluye al nudo propietario. Amplían la legitimación a otros titulares de derechos reales, SAP Ciudad Real de 5 de noviembre de 2012 (AC/2013/30), y SAP A Coruña de 10 mayo 2001 (JUR/2001/224768). Requieren titularidad dominical la SAP Granada de 7 de octubre de 2013 (JUR/2014/33655), y especialmente la SAP Madrid (sección 25) de 30 de octubre de 2007, que realiza una interpretación estricta del art. 569 CC, y no considera legitimado a un propietario particular sino a la comunidad de propietarios.

[229] SAP León 21 de enero de 2000. Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137, consideran que al no propietario o titular de un derecho real se le concederá, «a lo más», como servidumbre personal.

[230] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1655. SAP Pontevedra (sección 3ª) de 8 de febrero de 1999 (AC/1999/3439).

[231] Rebolledo, *op. cit.,* p. 672. González-Alegre Bernardo, M., *Manual de servidumbres*, *op. cit.*, p. 212, citando a Messineo, que reconoce que el acceso se debe al vecino que tenga necesidad de él.

[232] Rebolledo, *op. cit.,* p. 673.

que es coherente con el encuadre del derecho entre las relaciones de vecindad, en las que los problemas se desenvuelven en el plano del ejercicio de los derechos, en la actuación de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad más que en el título, y por ello el título puede ser de dominio o de cualquier otro derecho real o personal, con tal de que represente una relación estable del titular con la finca, y todos los titulares de derechos de uso y disfrute ven limitados sus derechos por razones de vecindad[233].

En relación con la indemnización, Busto considera acreedor no solo al propietario, sino a cualquier titular de un derecho real o de crédito perjudicado e incluso al mero poseedor de la finca[234], por indemnizarse el daño o los perjuicios efectivamente causados, y Quiñonero se refiere al titular de la facultad de ocupación del fundo ajeno para establecer la responsabilidad indemnizatoria[235].

6. Indemnización

El art. 542 CDFA, al igual que el art. 569 CC, establece finalmente que el titular de la finca ocupada ha de recibir «la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue». Es claramente un rasgo diferenciador de la servidumbre forzosa de paso, ya que solo existe la obligación de indemnizar cuando se causa perjuicio y no por el ejercicio del derecho, como ocurre con la servidumbre forzosa por la imposición del gravamen[236]. Como señala Díaz Fuentes las relaciones de vecindad no suponen un derecho a ser indemnizado, por configurar el derecho de propiedad y no gravan o merman nada: solo definen. Pueden ocasionar indemnización el incumplimiento de las relaciones de vecindad o por daños derivados del ejercicio de la relación, prevista con esta contingencia, como en el caso del art. 569, pero nunca por establecerla, como en la

---

[233] Señala Lacruz que «el problema de las relaciones de vecindad se plantea, más que entre una comunidad de propietarios, entre una de vecinos: tales relaciones producen también sus conflictos entre arrendatarios, lo mismo que entre propietarios. Las obligaciones y limitaciones legales en relación con las fincas vecinas frecuentemente recaen sobre cualquiera que, por cualquier título, tenga y utilice el inmueble, y también es el usuario quien sufre primero los eventuales perjuicios causados por la utilización de los fundos colindantes, estando, por tanto, legitimado para pedir el cese de los actos u omisiones dañosos.» *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol I. Posesión y propiedad. Nueva edición revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano, Madrid, 2000, pp. 267-68. En este sentido, la STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997\2743). Evangelio, Llorca, *op. cit.,* p.. 1853. Fernández Urzainqui, *op. cit.,* pp. 130-31.

[234] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587), op. cit.*, pp. 4427-8.

[235] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1653.

[236] O'Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, EDERSA, Madrid, 1988, p. 264, señala que es un límite a la propiedad con indemnización de los perjuicios que sufra la finca por la que deban pasarse materiales, «si los hay».

servidumbre legal por su constitución[237], ya que no se produce una pérdida del valor objetivo del terreno[238].

Además el pago de la indemnización no es presupuesto del paso u ocupación por lo que no ha de ser previo al ejercicio del derecho, como ocurre en el art. 564 CC[239], y el perjuicio irrogado se determinará al concluir la ocupación de la finca vecina, en su caso mediante valoración pericial, y el titular del derecho de crédito será el propietario o el titular de un derecho que conlleve la posesión de la finca[240]. No se exige afianzamiento, como señala en otras ocasiones la ley[241], pero Roca Juan estima que es indispensable la oferta de la indemnización en el momento de consentir el paso u ocupación[242] (SAP Coruña 25 mayo 2000), pero no parece necesaria la expresión de tal oferta ya que es una consecuencia determinada legalmente. La concreción de la cuantía se ha de remitir, en su caso, al trámite de ejecución de sentencia. Cabe pactar previamente una indemnización[243] y otros posibles extremos como una compensación por la ocupación de

---

[237] Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit*, pp. 680-1.

[238] Hernández Arranz, M., «Sección 3.ª. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1044.

[239] SAP A Coruña (sección 4ª) de 25 de mayo de 2000 (AC/2000/4794). SAP Madrid (sección 21) 16 de julio de 2013 (FD 4º): «La cuestión que se plantea es la de si nos encontramos ante una indemnización que constituye un requisito previo a la ocupación temporal de la finca que consistiría en un canon de ocupación o precio de alquiler, o si, por el contrario sería una consecuencia o efecto de la ocupación, deviniendo tan solo exigible por la causación de perjuicios que excedan de las normales incomodidades y molestias propias de la ocupación temporal de la finca.

La contestación a esta cuestión proviene de la naturaleza jurídica del derecho reconocido en el artículo 569 del Código Civil. Y así, de sostenerse que se trata de una verdadera y genuina servidumbre legal de paso quedaría sometida al requisito previo de la «justa indemnización» por la constitución forzosa o legalmente necesaria de la servidumbre (tal y como se prevé en el art. 564 del C.c.) consistente en un canon de ocupación o precio de alquiler. Por el contrario, de mantenerse que se trata de una limitación legal del dominio de los predios por razón de la buena vecindad no concurriría el requisito previo del pago de un canon de ocupación o precio de alquiler y ello porque, a diferencia de las servidumbres, las limitaciones legales por razón de vecindad se caracterizan por la «reciprocidad» de la que se deriva que las normales incomodidades por la ocupación temporal de la finca son de obligada tolerancia sin cobrar nada por ello, por exigencia de la propia convivencia vecinal, sin perjuicio de una eventual y posterior indemnización a que pueda dar lugar la ocupación temporal, si, por su intensidad, extensión superficial o duración, las incomodidades, molestias o perturbaciones que generará rebasaran las ordinarias o usualmente tolerables en una normal convivencia vecinal o si se hubieran causado daños imputables a las labores o instalaciones efectuadas en el curso de la ocupación».

En contra De Buen, D., *op. cit.*, p.724, que exige indemnización previa y si no puede ser fijada previamente a la realización de las obras, debe prestarse fianza bastante para responder del pago posterior.

[240] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, pp. 4428.

[241] Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.* , p. 822. Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit*, p. 576.

[242] Roca Juan, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169.

[243] Vázquez Iruzubieta, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 551. Señala que puede establecerse previamente por todo concepto, y ser pagada antes, durante o después de concluida la obra.

terreno, al ser expresión de una relación de vecindad (art. 537.1 CDFA), pero no ha lugar al reintegro de la indemnización satisfecha previamente o liberarse de obligación de su pago si no se ha cumplido, a diferencia de lo que señala el art. 568 CC[244].

Es una indemnización con componente resarcitorio que permite compensar el perjuicio causado, por lo que la ocupación ha podido ser inocua y no existir daños a compensar[245]. Y en el caso que se hayan producido, se valoran los perjuicios y molestias efectiva y objetivamente causados de forma rigurosa, sin poder valorarse las afecciones subjetivas del afectado, y con independencia de la diligencia observada por el titular del derecho de paso ya que se derivan del hecho de la ocupación[246]; Ya hemos hecho referencia previa a que en la valoración se toma en cuenta el estándar del «vecino o usuario medio», sin tener en cuenta las circunstancias personales o particulares subjetivas, y como criterios son aplicables también los contemplados en el art. 538 CDFA, y no abarcará un reparación integral, sino una compensación por los daños y perjuicios no antijurídicos ocasionados.

Los daños y perjuicios son todos los ocasionados con ocasión de la ocupación –incluyendo, en su caso, los morales–[247], e incluyen los posibles deterioros que puede sufrir la finca ocupada, y los derivados de las molestias ocasionadas por ruidos o como consecuencia del incremento de las necesidades de limpieza o de las medidas de seguridad o vigilancia y conservación de la finca ocupada[248]. No se tiene en cuenta, sin embargo, la utilidad mayor o menor que al titular del derecho le hayan podido producir las obras[249]. Tampoco se considera la indemnización al titular del derecho, por no contemplarlo el precepto, por los retrasos

---

[244] Rebolledo, *op. cit.,* p. 675.

[245] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1653. Corbal Fernández, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.*, p. 822.

[246] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1654.

[247] Rebolledo, *op. cit.,* p. 675, citando la SAP Toledo de 15 de noviembre de 2005 (JUR 2006\969), que considera los perjuicios morales sufridos en la intimidad del demandado. En principio, no pueden considerarse por no poder calificarse la actuación como ilícita o antijurídica, y solo serían indemnizables en caso de abuso de derecho, por sobrepasar la normalidad en el ejercicio del derecho. *Vid.* Vega, A., «"El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso", a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001», *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

[248] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1654. Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, pp. 4427. Torres Lana, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis Albácar López), 3ª ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963, entiende que ante la similitud de la situación, el legislador ha optado por el mismo criterio establecido en el párrafo tercero del art. 564 CC, paso sin constitución de vía permanente para labores agrarias.

[249] Manresa y Navarro, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 919.

o gastos originados por una oposición injustificada del titular de la finca ajena al paso y ocupación de la finca anterior a la resolución judicial[250].

Se ha discutido si en el cálculo de la indemnización debe incluirse la ocupación del terreno. A favor se muestra Busto[251], y en contra Karrera, al considerar que hay que valorar si la mera ocupación o utilización del espacio puede constituir el contenido del derecho de uso inocuo que no es indemnizable, aunque lo sean algún tipo de afección o menoscabo producidos[252].

Quiñonero plantea también la situación que origina dejar o abandonar materiales de la construcción en el terreno ajeno, cuya respuesta podría ser exigir su retirada mediante el ejercicio de la acción negatoria o exigir una indemnización por la ocupación antijurídica del terreno y los perjuicios que puede ocasionar tanto en el uso normal de la finca o su retirada por el dueño afectado. No considera Quiñonero que estos materiales se encuentren en depósito en la finca ajena, y duda si puede retirarlos el propietario por su propia autoridad o solo por la judicial, inclinándose por la posibilidad de que pueda hacerlo el propietario afectado por considerarlos abandonados[253], criterio que sería coherente por analogía con el abandono del enjambre de abejas de artículo 612 CC.

La doctrina está de acuerdo con Lacruz y Luna en que si se trata de la construcción o reparación de una pared o muro medianero, de la indemnización que ha de abonarse se deducirá la parte debida por el comunero titular pasivo del derecho de paso por obras, de acuerdo con el art. 575 CC, siempre que sean necesarios y no meramente útiles o de mejora[254].

---

[250] Rebolledo, *op. cit.,* p. 673, citando la SAP A Coruña de 14 junio de 2007 (JUR 2007\311079). También SAP Álava (Sección 1ª), de 31 julio de 2012, y SAP Barcelona de 12 septiembre 2008. No así la jurisprudencia francesa, cuando se califica de abuso del derecho la oposición injustificada del dueño del terreno (*Cour de cassation. Chambre Civile 3,* de 15 de febrero de 2012).

[251] Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, p. 4428, en nota.

[252] Karrera, *op. cit.,* p. 2244. Quiñonero, *op. cit.*, p. 1653, entiende que la indemnización no es un pago por el hecho de la ocupación, por lo que dicha ocupación es, en principio, de «buena vecindad», si se realiza en los términos legales.

[253] Quiñonero Cervantes, *op. cit.*, p. 1655-6. La jurisprudencia italiana ha considerado que la retirada de materiales u objetos de construcción le corresponde al depositante, como consecuencia de su introducción que exige dejar el fundo ocupado en su anterior estado sin disminución de los derechos del propietario vecino. *Cassazione Civile*: 9 de febrero de 1982, nº 774 (*Foro Italiano Rep*, 1982, nº 17).

[254] Lacruz Berdejo, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137. Busto Lago, J. M., *Comentarios al Código civil,* 3ª ed., Aranzadi, 2009, p. 702. Rebolledo, *op. cit.,* pp. 666 y 673. SAP Zamora 28 junio de 2000.

RUPTURA CONVIVENCIAL Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN LA REGULACIÓN ARAGONESA*

*BREAKUP AND CHILDREN CUSTODY IN ARAGONESE LAW**

Aurora López Azcona
Acreditada a Profesora Titular de Universidad
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento jurídico de la guarda y custodia de los hijos menores en las situaciones de crisis de pareja en Derecho aragonés, dado su tratamiento novedoso del tema y, en particular, su clara opción por la custodia compartida como modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores y al objeto de promover la igualdad de los progenitores.

Palabras clave: Modelos de custodia. Custodia compartida. Custodia individual. Criterios de atribución. Derecho civil aragonés.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés, financiado por el Gobierno de Aragón y cuyo investigador principal es el Dtor. J. Delgado Echeverría. Tiene su origen en la ponencia presentada por su autora a las XIII Jornadas de IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en el Centro asociado de la UNED de Calatayud los días 27 y 28 marzo 2014.

ABSTRACT

This study aims to examine the legal treatment of the custody of minor children in crisis situations of couple in Aragonese law, in response to its novel treatment of the subject, and particularly its clear option for joint custody as parental responsibilities model that best meets becomes the best interests of minor children and in order also to promote equality of parents.

Key words: Models of parental responsibilities. Joint custody. Sole custody. Criteria for the award of custody. Aragonese civil law.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. PRINCIPIOS Y DERECHOS A OBSERVAR EN LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA. 1. Principios. 2. Derechos. III. INCIDENCIA EN LA AUTORIDAD FAMILIAR DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES. IV. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO. V. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES. 1. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida. 2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés. 3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida. 4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia adoptado judicialmente. 5. La modificación de las medidas judiciales. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.

I. PLANTEAMIENTO

El 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (la denominada «Ley de custodia compartida»). Según puede leerse en su Preámbulo, con esta Ley se pretendió favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, mediante la novedosa instauración de la custodia compartida como medida preferente, en defecto de pacto de relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia de los progenitores. Así las cosas, el núcleo esencial de la Ley radica en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores –sin

duda, la cuestión más delicada y trascendente, como afirma el propio Preámbulo de la Ley–, pero junto a ello el legislador procedió a regular los demás efectos, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de aquélla, abordando temas tan conflictivos como la fijación de pensiones a favor de los hijos o entre los exconvivientes o la atribución del uso de la vivienda familiar[1].

Con posterioridad, la Ley 2/2010 ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro 1º CDFA.

Dicha Sección 3ª se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica «Disposiciones generales», delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente. La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas a adoptar judicialmente con carácter provisional.

En todo caso, la aplicación de estos preceptos del CDFA exige la concurrencia de dos presupuestos:

De una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, esta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada.

Y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, expresión que incluye no sólo a los hijos menores, sino a los mayores de edad ya carezcan de recursos económicos propios (art. 69 CDFA), ya sufran alguna discapacidad, hayan sido declarados o no incapacitados judicialmente. Adicionalmente, y como señala expresamente la jurisprudencia (STSJ de Aragón 13 julio 2011), los hijos habrán de tener la vecindad civil aragonesa, habida cuenta de que las relaciones paterno-filiales (régimen de custodia y cuestiones conexas: gastos de asistencia y atri-

---

[1] Un estudio completo del régimen jurídico aragonés de los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores puede verse en AA. VV. *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. Bayod López, M. C. y Serrano García, J. A.), Zaragoza (2014): Institución «Fernando el Católico». En concreto, corresponde a mi autoría el capítulo dedicado a «la atribución del uso de la vivienda familiar y a los gastos de asistencia a los hijos menores», pp. 87-118.

bución del uso de la vivienda familiar) se rigen por la ley personal del hijo, de acuerdo con el art. 9.4 Cc.

Al examen del art. 77 CDFA (que atribuye en orden a los efectos de la ruptura convivencial preferencia al pacto de relaciones familiares) y del art. 80 CDFA (que fija los criterios a seguir por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares) se dedica este trabajo, con especial incidencia en el tratamiento jurisprudencial de que han sido objeto, tanto por parte del Tribunal Superior de Justicia de Aragón como por las Audiencias provinciales (o «jurisprudencia menor»).

No obstante, con carácter previo interesa exponer los principios y derechos a respetar en la ruptura de la convivencia de los progenitores. Y, asimismo, hacer una breve referencia a la incidencia que tiene la misma en la autoridad familiar.

II. PRINCIPIOS Y DERECHOS A OBSERVAR EN LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

1. Principios

Lógicamente, el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2 CDFA, toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio e interés. A este respecto la STSA de Aragón 30 octubre 2013 señala que la prevalencia del interés del menor opera en nuestro Ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.

Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien –entiéndase– habrá de ser debidamente adaptado a la nueva situación, cuestión ésta que se abordará más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Son, asimismo, principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto –que constituye uno de los principios generales del Derecho civil aragonés–, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5).

2. Derechos

Junto a los principios indicados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la regulación de esta materia, tal y como se indica en el propio

Preámbulo del CDFA: por un lado, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a.); y por otro, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b.), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFA atribuye a la custodia compartida (art. 80.2)[2].

En todo caso, ambos derechos están supeditados al principio del interés superior del menor, tal y como se pone de relieve, entre otras, en la STSJ de Aragón 16 enero 2014.

Por lo demás, según clarifica la jurisprudencia (SSTSJ de Aragón 24 julio 2012, 22 noviembre 2012 y 17 febrero 2014) tales derechos no se ven infringidos por la adopción de un régimen de custodia individual, en vez del legalmente preferente de la custodia compartida, pues ello impediría la elección de la custodia individual en los supuestos en que la ley lo permite en atención al interés del menor. Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas que no esté suficiente motivado.

A los derechos indicados, hay que añadir el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, que se rige por lo dispuesto en el art. 6 CDFA, al que se remite el art. 76.4.

III. INCIDENCIA EN LA AUTORIDAD FAMILIAR DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES

Según prevé el art. 76.1 CDFA, la ruptura de la convivencia de los progenitores no afecta a los derechos ni obligaciones de la autoridad familiar. De este modo, ambos progenitores seguirán siendo titulares de la autoridad familiar e, igualmente, se mantendrá el ejercicio dual de la misma.

Ahora bien, la nueva situación creada por la ruptura de la convivencia exigirá reorganizar el modo de ejercicio del conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la autoridad familiar. De este modo, como señalan los órganos judiciales (y en particular, las sentencias provenientes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza), el ámbito ordinario de la autoridad familiar corresponderá al progenitor que en cada momento conviva con los hijos, mientras lo que

---

[2] Como advierte Martínez de Aguirre, C., «La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia», en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, p. 142.

exceda de ese ámbito ordinario la autoridad familiar se seguirá ejerciendo por ambos padres[3].

Por lo demás, y como resulta obvio, el progenitor con quien conviva el hijo en cada momento ejercerá la autoridad familiar con mayor intensidad; y si un progenitor convive con el hijo más tiempo que otro, tendrá por este hecho una mayor capacidad de decisión sobre aquél.

IV. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO

En las situaciones de ruptura de la convivencia –ya sea matrimonial o no–, el art. 77 CDFA atribuye prioridad a los acuerdos de los padres (el llamado *pacto de relaciones familiares*), en coherencia con el principio *standum est chartae* o de libertad de pacto que constituye uno de los principios generales del Derecho aragonés (art. 3 CDFA).

A la importancia del pacto de relaciones familiares se refiere, entre otras, la STSJ de Aragón 13 julio 2011, donde puede leerse lo siguiente: «el legislador aragonés… pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el *pacto de relaciones familiares*, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura». En términos semejantes se expresa la STSJ de Aragón 30 septiembre 2011.

De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, ya sea por sí solos o a través de la mediación familiar (a que da entrada el art. 78 CDFA) sobre los efectos tanto personales como patrimoniales de la ruptura de su convivencia. A este respecto el art. 77.1 CDFA fija un contenido mínimo indispensable –prácticamente coincidente con el previsto en el art. 97 Cc para el convenio regulador–, en el que se incluye el *régimen de convivencia o de visitas con los hijos.*

---

[3] Sentencias reseñadas por Serrano García, J. A., «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés.* Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, p. 191. Vid. en términos similares Martínez de Aguirre, C., «La regulación…», cit., p. 144.

De la expresión legal transcrita resulta que los progenitores tienen libertad a la hora de pactar el régimen de custodia (individual o compartida) y de visitas de sus hijos, sin que estén vinculados por la preferencia legal que concede a la custodia compartida el art. 80 CDFA cuando es al Juez al que corresponde fijar el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares[4]. Junto a ello, los progenitores habrán de acordar, igualmente, el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados.

Ahora bien, la eficacia de dicho pacto requiere aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 y 5 CDFA). Y como ha señalado la doctrina, el mero hecho de no pactar una custodia compartida ni es contrario a norma imperativa (el art. 80 no lo es) ni puede considerarse por sí sólo contrario al interés de los hijos[5].

Por lo demás, dicho pacto es susceptible de modificación e, incluso de extinción siempre que medie aprobación judicial (art. 77.4 CDFA) y que concurra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente (art. 77.3 CDFA): a) el acuerdo de los progenitores; b) las causas, en su caso, previstas en el propio pacto de relaciones familiares; c) a solicitud de uno de los padres por alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias[6]; d) a solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados; e) la privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores; y f) el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto.

V. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES

En defecto de pacto de relaciones familiares –bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no ser aprobado por el Juez[7]– y fracasada, en su caso, la mediación familiar, corresponde al Juez determinar los efectos deri-

---

[4] Como pone de relieve Martínez de Aguirre, C., *idem*, p. 146.

[5] Cfr. Martínez de Aguirre, C., *id. ibid.*

[6] Se trata de la causa más esgrimida en la práctica, en cuanto son muy numerosas las demandas de modificación de convenios reguladores que, formulados con anterioridad a la Ley de custodia compartida, atribuían la custodia individual a uno de los progenitores.

[7] Recuérdese que, en atención a lo dispuesto en el art. 770 LEC, el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso ya en trámite el recurso de apelación.

vados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en los arts. 79 a 83 CDFA. De dichos preceptos es el art. 80 el que se ocupa de fijar los criterios a seguir por la autoridad judicial a la hora de decidir el régimen de custodia de los hijos menores.

Dichas medidas pueden ser adoptadas por el Juez tanto de oficio como a instancia de parte, en concreto, de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 79.2 CDFA).

Una vez adoptadas, sólo podrán ser modificadas cuando sean incumplidas de modo grave o reiterado, o cuando concurran causas o circunstancias relevantes (art. 79.4 y 5 CDFA).

1. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida

El art. 80 CDFA en su aptdo. 1º dispone que cada uno de los padres por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez la atribución de la guarda y custodia –individual o compartida– de los hijos menores. Se contemplan así *a priori* dos posibles regímenes de custodia a adoptar por el Juez, al igual que en el art. 92 Cc: la custodia compartida y la custodia individual.

La custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice la igualdad entre los progenitores (art. 80.1.2 CDFA).

Según matiza el propio Preámbulo del CDFA, ello no implica necesariamente una alternancia por periodos iguales de convivencia, «pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida». A partir de ahí, en principio se considera por la jurisprudencia que una custodia sólo puede calificarse de compartida cuando el tiempo de convivencia sea del 40% al 45%. En cambio, si los tiempos de convivencia son inferiores, estaremos ante una custodia, en su caso, con visitas amplias[8]. Puede citarse, a título de ejemplo, la SAP de Zaragoza 580/2011, de 15 noviembre que, en un supuesto de modificación de medidas, amplía el tiempo de convivencia del padre con los hijos, en concreto, a dos tardes a la semana con pernocta y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y califica tal régimen de custodia compartida. Y, asimismo, la SAP de Zaragoza 384/2012, de 3 julio que, asimismo, en un caso de modificación de medidas, desestima la solicitud de custodia compartida del padre y le atribuye el siguiente régimen de visitas: un día entre semana con pernocta y

[8] Según señala Serrano García, J. A., «La custodia compartida…», cit., p. 148, con abundante cita de jurisprudencia al respecto.

fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo.

En cualquier caso, de la lectura de la jurisprudencia resulta que en la práctica los periodos de convivencia se organizan de formas muy variadas: por días de la semana, por semanas alternas, por quincenas, por meses, bimestres, trimestres o semestres alternos o por años o cursos escolares alternos[9]. Ante tal diversidad de fórmulas resulta inevitable preguntarnos acerca de la modalidad de custodia compartida que resulta más conveniente para los menores. Sinceramente no tengo una clara respuesta al respecto, pero lo que, sin duda, resulta obvio es que la menor duración y mayor rotación es contraria a la estabilidad de los menores y que, por el contrario, la mayor duración y menor rotación afecta a la continuidad e intensidad de los vínculos paterno-filiales. De hecho, así lo reconoce la STSJ de Aragón 15 noviembre 2013, que rechaza de modo muy razonable un reparto del tiempo cada dos días, optando por un reparto por semanas alternas[10].

Por lo demás, y pese al silencio del legislador sobre este punto, la custodia compartida no parece incompatible con la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente cuando se trate de periodos de larga duración. De hecho, tal es el criterio de la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón 15 diciembre 2011 que atribuye la custodia compartida a ambos progenitores por periodos correspondientes a la mitad del curso escolar y reconoce a cada progenitor un derecho de visitas por fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones.

Por su parte, la custodia individual exige, según el art. 80.1.3 CDFA, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

El régimen de visitas concreto a favor del progenitor no custodio dependerá del acuerdo de los padres al respecto y, en su defecto, por el Juez. A este respecto suele fijarse por los órganos judiciales un régimen mínimo y obligatorio, si bien precisan que ha de ejercerse con flexibilidad en atención a las limitaciones derivadas de la escolaridad y actividades de los hijos, así como a la opinión de éstos cuando por su edad tengan madurez suficiente (SAP de Zaragoza 219/2012, de 25 abril).

---

[9] Vid. la jurisprudencia reseñada por Serrano García, J. A., *idem*, pp. 223-234.

[10] Se decanta por periodos de custodia lo más amplios posibles Villagrasa Alcaide, C., «La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades», en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales). Madrid (2012): Dykinson, p. 94, con apoyo en una Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 octubre 1995.

2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés

Acto seguido, el mismo art. 80 CDFA en su aptdo. 2º se refiere a la custodia compartida como el régimen de custodia que deberá adoptar el Juez de forma preferente en interés de los hijos menores. En otras palabras: en defecto de pacto de relaciones familiares, el Juez deberá optar, en principio o como regla, por la custodia compartida, incluso aunque no haya sido solicitada por ninguno de los progenitores. Estamos, por tanto, ante una clara opción legislativa a favor de la custodia compartida, tal y como destaca el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en jurisprudencia reiterada (SSTSJ de Aragón 3 mayo 2011, 15 diciembre 2011, 9 abril 2012**,** 18 abril 2012, 17 julio 2013 y 10 enero 2014, entre otras).

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen vigente en el Cc, cuyo art. 92 contempla la custodia compartida como una institución excepcional, tal y como se pone de relieve en la STSJ de Aragón 9 febrero 2012:

> «el Cc parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida…exige el acuerdo de ambos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor. En cambio, en el art. 80.2 CDFA se ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente».

En otras palabras, el Cc sigue el modelo de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional; ello sin perjuicio de la existencia de una cada vez más consolidada jurisprudencia que defiende la interpretación extensiva de esta excepcionalidad desde la STS de 8 octubre 2009 y la STC 185/2012, de 17 octubre[11]. En cambio, el CDFA sigue el modelo de custodia inverso, esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional.

---

[11] La STS de 8 octubre 2009 anuló la sentencia dictada en apelación que denegó la custodia compartida solicitada por el padre y atribuyó la custodia individual a la madre, por «no basar la argumentación en ningún criterio fiable» para justificar el interés de los menores. A esta sentencia le han seguido, entre otras, la STS de 22 julio 2011 según la cual «la excepcionalidad a que se refiere el artículo 92.8 del CC viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda y custodia compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla»; y la STS de 29 abril 2013 que afirmó que «la redacción del artículo 92.8 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que con ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Por su parte, la STC 185/2012, de 17 octubre declaró inconstitucional, por considerarla contraria a los arts. 24.1 y 117.3 CE, la exigencia contenida en el vigente art. 92.8 Cc para decretar la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores, de que el informe del Ministerio Fiscal fuese «favorable».

Por una tercera modalidad de custodia, la de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, optan la Ley foral navarra 3/2011, así como el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio, aprobado el 19 julio 2013 por el Gobierno estatal con el objeto de acometer la reforma, entre otros preceptos, del vigente art. 92 C. En concreto, el art. 3.2 de la Ley foral 3/2011, de 17 marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres prevé que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el Juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos, previa audiencia del Ministerio fiscal y los dictámenes y audiencias que estime oportuno recabar[12]. En términos similares se pronuncia el art. 92 bis que incorpora novedosamente al Cc el todavía Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio. Así, dicho precepto en su aptdo. 1º faculta al Juez a acordar en interés de los hijos que su guarda y custodia sea individual o compartida, para referirse específicamente en su aptdo. 2º a la custodia compartida, cuya fijación en todo caso se deja a elección del Juez si lo estima conveniente para la protección del interés superior del menor, aun cuando –y aquí se desvincula del tenor del vigente art. 92 Cc– no medie acuerdo de los progenitores[13].

Por su parte, el Cc de Cataluña no establece literal y expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque así parece resultar de la lectura de su art. 233-10, en interpretación conjunta con el art. 233-8[14]. Así, en atención a lo

---

Un examen de esta jurisprudencia puede consultarse en C. Guilarte Martín-Calero, «Criterios de atribución de la custodia compartida», en *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18; y C. Pérez Conesa, «Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales», *Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), vol. 1, núm. 8, pp. 25.32, e «Inconstitucionalidad del inciso favorable del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012)», *Aranzadi Civil-Mercantil* (2013), vol. 1, núm. 9, pp. 61-67.

[12] Para profundizar en la Ley foral 3/2011 y sus precedentes vid. E. Sabater Bayle, «Ruptura convivencial y custodia de los hijos en la regulación navarra», ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores,* Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=KtM4rr_cxnQ&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).

[13] Vid. un análisis crítico de dicho Anteproyecto en C. Lasarte Álvarez, «la reforma del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores,* Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=_oWuwj9WfzU&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).

[14] Como, de hecho, así se interpreta por buena parte de la doctrina: Alascio Carrasco, L., «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)», en *InDret* (2011), núm. 2, pp. 1-25; Ferrer Riba, J., «El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código civil de Cataluña», en *Indret* (2010), núm. 3, p. 2; Picontó Novales, T., «Ruptura familiar y

dispuesto en el art. 233-10.1, esta modalidad de custodia habrá de acordarse por el Juez si los padres lo solicitan de mutuo acuerdo en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2 prevé que, en defecto de acuerdo o si éste no resulta aprobado judicialmente, el Juez debe determinar la forma de ejercer la custodia, «ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8. Sin embargo, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del menor». Esto es, parece que la regla ha de ser la custodia compartida y la excepción, la custodia individual. Esta interpretación resulta avalada por la dicción del art. 233-8, al que se remite el propio art. 233-10, según el cual tras la ruptura de la convivencia «las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y, en la medida de la posible, deben ejercerse conjuntamente».

Con mayor claridad se expresa la Ley 5/2011, de 1 abril, de la Generalitat valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, optando expresamente por el modelo de custodia configurado por el legislador aragonés –esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional–, según resulta de la lectura de su Preámbulo y de su art. 5.2, que viene a coincidir con el art. 80.2 y 5 CDFA[15].

Junto al art. 80.2 CDFA, esta preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida se manifiesta, igualmente, en los arts. 79.5 y 80.5, así como en la DT 6ª del mismo cuerpo legal.

En concreto, el art. 79.5 CDFA permite la revisión judicial del régimen de custodia, «a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida», cuando inicialmente el Juez acuerde la custodia individual en atención a la edad de los hijos.

El art. 80.5 CDFA dispone que «la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores a la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor». Esta previsión –que reproduce la Ley valenciana 5/2001 en su art. 5.2 *in fine*–, en principio, debe valorarse positivamente, ya que impide que la negativa de uno de los progenitores permita excluir la custodia compartida y, por ende, dejar sin

---

coparentalidad: Un análisis comparado», en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales), cit., p. 71; y Villagrasa Alcaide, C., «La custodia compartida…», cit., pp. 86 y 88.

[15] Para profundizar en la ley valenciana vid. Soriano Martínez, E., «La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas progenitores no conviven, nuevas tendencias en el derecho de familia», *Revista de Derecho civil valenciano* (2011), núm. 9; y De Verdá Beamonte, J. R., «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)», *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18

efecto la preferencia legal por este régimen de custodia. No obstante, considero que en la práctica difícilmente una custodia compartida será operativa y, por ende, beneficiosa para los hijos cuando se adopte por el Juez contra la voluntad de uno o de ambos progenitores, como, de hecho, así lo ha reconocido el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 septiembre 2013 y, en fechas más recientes, por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 438/2014, de 24 de septiembre[16].

Por último, la DT 6ª CDFA determina que las revisiones judiciales de los convenios reguladores y de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de custodia compartida deberán aplicar la normativa y, por consiguiente, la preferencia legal por la custodia compartida.

En cualquier caso, esta opción del legislador aragonés no es arbitraria, sino que, según puede leerse en el propio Preámbulo del CDFA, obedece a un doble fundamento: de una parte, la convicción de que la custodia compartida constituye el modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores; y, de otra parte, promover la igualdad de los progenitores. Con todo, la lectura de la jurisprudencia revela que el Tribunal Superior, a la hora de justificar la preferencia legal por la custodia compartida, suele prescindir de la perspectiva de los padres para incidir en la idea de que con este sistema se atiende mejor al interés del menor. Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón 15 diciembre 2011 donde puede leerse la siguiente declaración: «La ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se comprueba más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor por concurrir en el caso concreto razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida»[17]. Por mi parte, comparto plenamente el criterio jurisprudenc-

---

[16] El informe del Consejo General del Poder Judicial puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_sobre_el_ejercicio_de_corresponsabilidad_parental_en_el_caso_de_nulidad__separacion_y_divorcio.

En la doctrina participan, asimismo, de esta opinión Picontó Novales, T., «Ruptura familiar…, cit., p. 76; y Villagrasa Alcaide, C., «La custodia compartida…», cit., pp. 83, 96 y 98.

[17] Puede citarse, asimismo, la STSJ de Aragón 30 septiembre 2011, según la cual «la custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor». E igualmente la STSJ de Aragón 18 julio 2013 que se refiere a la custodia compartida como la «forma de ejercicio de la responsabilidad

cial de atribuir prioridad al interés de los hijos menores en las situaciones de ruptura y, en concreto, a la hora de fijar el régimen de custodia, pero no puede dejar de parecerme arriesgada y, por ende, cuestionable la presunción de que parte el legislador aragonés de que el régimen de custodia compartida sea el más beneficioso para los menores, en especial, cuando sea objeto de imposición forzosa a los progenitores[18].

3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida

Como destaca la propia jurisprudencia (entre otras, SSTSJ de Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011, 15 diciembre 2011, 1 febrero 2012, 5 julio 2012, 10 enero 2014 y 16 enero 2014) el sistema preferente de la custodia compartida no es rígido, desde el momento en que el CDFA prevé dos excepciones al mismo: de una parte, que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (art. 80.2); y de otra, que uno de los progenitores sea excluido de la custodia –individual o compartida– por incurrir en violencia doméstica o de género (art. 80.6).

3.1. *Que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos*

La primera excepción a la preferencia legal por la custodia compartida se contempla en el art. 80.2 CDFA y se refiere a la posibilidad de que el Juez considere la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (como, de hecho, así sucede en las SSTSJ de Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011 y 4 marzo 2014).

Dicha posibilidad de que sólo uno de los progenitores sea titular de la custodia de los hijos menores cuando ello resulte más conveniente para su interés superior en ningún caso vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, siempre que ello obedezca a razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada uno de los progenitores (STSJ de Aragón de 4 marzo 2014). Y es que, a juicio del Tribunal Superior, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, «lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa», lo que no es el caso del CDFA.

---

en la educación, guarda y custodia de los hijos… considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor».

[18] Opinión que, por lo demás, se encuentra bastante extendida en España, según hace constar Picontó Novales, T., «Ruptura familiar…», cit., p. 73.

A) *Parámetros a seguir*

A tal fin, el mismo precepto establece una serie de parámetros a seguir por el Juez a la hora de acordar la custodia compartida o individual y, en el caso de optar por la custodia individual, para atribuirla a favor de uno u otro progenitor (como matiza la STSJ de Aragón 13 enero 2014).

a) El plan de relaciones familiares

El primer dato a tener en cuenta es el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores, acompañando bien a la demanda o a la reconvención, según precisa la DA 2ª CDFA en su aptdo. 3º.

Este plan constituye un trámite necesario, como propuesta del modo de organizar las relaciones familiares tras la ruptura, aunque su contenido no sea vinculante para el Juez, tal y como precisa la STSJ de Aragón 13 julio 2011.

b) Circunstancias de los hijos y/o progenitores

Junto al plan de relaciones familiares, el Juez deberá tomar en consideración las siguientes circunstancias previstas en el art. 80.2 CDFA, unas referidas a los hijos y otras a los progenitores, cuyo examen a la luz de la jurisprudencia se aborda a continuación.

1. *La edad de los hijos*

En particular, de acuerdo con la jurisprudencia, la corta edad de los hijos hace preferible la custodia individual, normalmente a favor de la madre (SSTSJ de Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 2011 y 4 marzo 2014).

Esta corta edad suele identificarse con la primera infancia que, en principio, finaliza a los tres años (SSTSJ de Aragón 28 septiembre 2012 y 4 marzo 2014 y SAP de Zaragoza 634/2011, de 2 diciembre).

En cualquier caso, la corta edad por sí sola, sin otros factores adicionales, no resulta determinante para rechazar el criterio legal preferente, esto, es la custodia compartida (SSTSJ de Aragón 25 septiembre y 28 septiembre 2012).

Ahora bien, la adopción de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo sólo excluye la preferencia legal por la custodia compartida de forma temporal (SAP de Zaragoza núm. 557/2011, de 2 noviembre y SAP de Zaragoza 391/2012, de 10 julio). Así, la propia sentencia que haya acordado la custodia individual en atención a la corta edad del hijo podrá fijar un plazo de revisión de la misma, a fin de plantear la conveniencia de la custodia compartida (art. 79.5 CDFA). También cabe que la sentencia que acuerde la custodia individual señale directamente el inicio del régimen de la custodia compartida en el momento en el que el menor cumpla una determinada edad, como de hecho así sucede en la SAP de Zaragoza núm. 7/2012, de 17 enero.

2. *El arraigo social y familiar de los hijos*

La jurisprudencia valora el mayor arraigo de los hijos a la familia de uno de los progenitores como circunstancia a tener en cuenta a la hora de optar por la custodia compartida o individual. En concreto, en las SSTSJ de Aragón 9 abril 2012, 19 octubre 2012 y 10 enero 2014 se plantea la relación de los hijos menores con la nueva familia creada por el padre con su actual pareja y, en su caso, con los hijos de ésta. En las SSTSJ de Aragón 9 abril 2012 y 10 enero 2014, dado el carácter cordial de las relaciones, se opta por la custodia compartida; mientras que en la STSJ de Aragón 19 octubre 2012 se opta por la custodia individual a favor de la madre por la falta de aceptación de la hija de la nueva relación de su padre.

Asimismo, la jurisprudencia contempla el arraigo social del hijo a una determinada localidad como factor favorable a la custodia individual de uno de los progenitores cuando el otro reside en una localidad distinta (SAP de Zaragoza 60/2012, de 7 febrero).

Por contra, la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual, según sostiene la STSJ de Aragón 18 julio 2013. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. Y es que a juicio del Tribunal Superior, los cambios en la vida habitual de los menores resultan inevitables como consecuencia de la aplicación de la ley, si bien deben llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios.

3. *La opinión cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años*

Para la jurisprudencia la opinión de los hijos constituye un factor relevante para conocer su preferencia real, pero no decisivo, por lo que requiere una valoración conjunta con los demás factores a que se refiere el art. 80.2 CDFA (SSTSJ de Aragón 1 febrero, 5 julio, de 24 julio y 19 octubre 2012 y 18 julio 2013).

Ahora bien, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, los Tribunales deben dar mayor relevancia a la opinión de los menores cuanto mayor sea su grado de madurez y, en particular, cuando se trate de mayores de catorce años, en atención al especial régimen de capacidad que les dispensa el CDFA en sus arts. 23 a 29 CDFA (SSTSJ de Aragón 16 octubre 2012, 12 marzo 2013, 18 julio 2013, 9 octubre 2013, 16 enero 2014 y 17 febrero 2014).

En la práctica judicial, el suficiente juicio suele identificarse con la edad de doce años. De este modo, los Tribunales suelen considerar que los menores de esta edad suelen tener escasa madurez, de tal modo que, aunque pueden aportar datos que pueden ser relevantes, su proceso intelectivo en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo no les permitirá valorar hasta qué punto puede serles perju-

dicial uno u otro régimen de custodia (STSJ de Aragón 18 julio 2013). En cambio, los menores a partir de los doce años pueden expresar sentimientos y, por ende, identificar el régimen de custodia con el que se sienten mejor (STSJ de Aragón 9 octubre 2013).

En cualquier caso, el derecho de audiencia del menor no tiene carácter personalísimo. Así, de acuerdo con el art. 9 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el derecho de audiencia puede ejercitarse bien personalmente por el propio menor, bien a través de su representante legal o de otras personas que por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir su opinión (tal y como recuerda la STSJ de Aragón 19 octubre 2012).

En orden a sus posibles vías de conocimiento, la opinión del menor puede conocerse a través de informe psicológico o social o por medio de exploración judicial. Tanto el uno como la otra podrán recabarse por el Juez bien de oficio o a instancia de parte (art. 80.3 CDFA). En particular, la exploración judicial mediante audiencia directa por el Juez puede no resultar aconsejable si no resulta imprescindible, más aún cuando su opinión ya haya sido transmitida a través de terceros profesionales especialistas, cuyos métodos permiten conocer sus opiniones expresadas de forma espontánea sin sentirse condicionado por sus progenitores ni verse inmersos en un conflicto de lealtades (STSJ de Aragón 18 julio 2013).

4. *La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos*

La jurisprudencia sienta la presunción de capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la guarda y custodia de sus hijos. Se trata de una presunción *iuris tantum,* por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en este sentido (SSTSJ de Aragón 15 diciembre 2011 y 17 julio 2013).

En cambio, la falta de aptitud y voluntad de uno de los progenitores para el ejercicio de la custodia no puede presumirse, sino debe acreditarse debidamente, lo que podrá determinar la custodia individual a favor del otro (SSTSJ de Aragón 30 septiembre 2011 y 18 abril 2012).

A partir de ahí, la jurisprudencia aprecia la ineptitud de uno de los progenitores del hecho de que permanezca sin trabajar y adopte una posición pasiva en lo referente al cuidado y atención del hijo (STSJ de Aragón 30 septiembre 2011); de su falta de independencia respecto al núcleo familiar al residir en casa de sus padres (STSJ de Aragón 25 julio 2013); y de sus importantes y constantes cambios de estado de ánimo (STSJ de Aragón 8 octubre 2013).

En cambio, se considera que la ausencia de una distribución igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos durante la convivencia no permite presumir ineptitud para el futuro (SSTSJ de Aragón 15 diciembre 2011 y 6 junio 2012).

De igual modo, el hecho de delegar el cuidado del menor en la familia extensa, en principio, no implica ineptitud para el ejercicio de la custodia por los

progenitores, siempre que no suponga la asunción por los abuelos de las obligaciones parentales, sino que se trate de una mera colaboración puntual y voluntaria (SSTSJ de Aragón 28 septiembre 2012 y 18 diciembre 2013)[19].

5. *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres*

Según estima la jurisprudencia, la custodia compartida exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral, aunque no requiere que ambos tengan las mismas posibilidades de conciliación (STSJ de Aragón 10 enero 2014 y SSAP de Zaragoza 613/2011, de 29 noviembre y 171/2012, de 30 de marzo).

Por consiguiente, la imposibilidad de conciliación de uno de los progenitores unido a otros factores determina que la custodia individual del otro resulte más conveniente para el interés del hijo menor (SAP de Zaragoza 634/2011, de 2 diciembre y SAP de Zaragoza 68/2012, de 14 febrero).

6. En general, *cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia*

A modo de cláusula de cierre, el art. 80.2.f. CDFA permite al juzgador atender a cualquier otra circunstancia diferente a las tasadas legalmente, siempre que resulte «especialmente relevante para el régimen de convivencia».

Con base en este precepto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancia especialmente relevante la *distancia entre los domicilios de los progenitores, siempre que estén ubicados en localidades distintas y distantes* (SSTSJ de Aragón 9 abril 2012 y 9 octubre 2013). En concreto, la STSJ de Aragón 9 octubre 2013 señala que la deslocalización de los niños por los cambios de domicilio, en principio, no atenta contra el interés del menor ni es criterio que permita eludir la aplicación de la custodia compartida, salvo que implique trasladarse a otra localidad distinta y distante de aquella donde radica el domicilio del otro progenitor[20].

La misma consideración le ha merecido *la convivencia del menor con sus mediohermanos* (SSTSJ de Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Por su parte, la circunstancia atinente a la *conflictividad entre los progenitores* sólo puede justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida cuando el nivel de conflictividad sea de tal entidad que obstaculice de

---

[19] La STSJ de Aragón 28 septiembre 2012 opta por la custodia compartida, dado que la ayuda de los abuelos es puntual. En cambio, la STSJ de Aragón 18 diciembre 2013 atribuye la custodia individual a la madre, ya que la excesiva dedicación laboral del padre le impide cumplir con sus obligaciones, delegando constantemente en sus padres –los abuelos paternos– el cuidado de su hijo.

[20] Criterio que, igualmente, sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 92 Cc en sus sentencias de 8 octubre 2009 y de 11 marzo 2010, según destaca Picontó Novales, T., «Ruptura familiar…», cit., pp. 65-66.

modo insalvable el normal desarrollo de las relaciones familiares y, por ende, perjudique el interés del menor. Ello es así, dado que, según afirma –a mi juicio, con buen criterio– el Tribunal Superior de Aragón en jurisprudencia reiterada, resulta necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura (SSTSJ de Aragón 28 septiembre 2012, 30 octubre 2013 y 4 marzo 2014). Se desvincula, sin embargo, de este criterio mayoritario la STSJ de Aragón 30 septiembre 2013 para negar que la conflictividad de los progenitores sea argumento frente a la adopción de la custodia compartida, pues la intervención judicial está llamada a resolver el conflicto existente en las relaciones personales y el art. 80.5 CDFA previene que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que no coincide con el mejor interés del menor.

Por último, la *mayor vinculación del hijo menor con un progenitor* no puede calificarse de circunstancia relevante para fijar una custodia individual, en detrimento del régimen legal preferente, a juicio de la STSJ de Aragón 30 septiembre 2013.

c) No separar a los hermanos

Un tercer y último dato a tener en cuenta por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia es la previsión del art. 80.4 CDFA que establece la imposibilidad de adopción por el Juez de un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente.

En interpretación de la jurisprudencia menor, esta regla está circunscrita, en principio, a los hermanos menores de edad (SAP de Zaragoza 347/2011, de 21 junio). Por su parte, los hermanos mayores podrán sumarse voluntariamente al régimen de custodia establecido para los menores y, de no ser así, habrá que adoptar las medidas adecuadas a fin de garantizar la relación entre los hermanos, con base en el art. 79.2.a. CDFA (SAP de Zaragoza 257/2012, de 9 mayo).

Como segunda matización introducida por la jurisprudencia, la regla está concebida para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, quedando excluidos, en principio, los hermanos de vínculo sencillo (ya sea por parte de madre o de padre). Ello sin perjuicio de que la convivencia del menor con sus medio-hermanos pueda ser una de las circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de adoptar el régimen de custodia más conveniente para aquél (SSTSJ de Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Ahora bien, como precisa el propio art. 80.4 CDFA, se trata de una regla que admite excepciones, en concreto, cualquier circunstancia que justifique específicamente la separación entre hermanos, como puede ser la opinión de los

mayores de catorce años (SAP de Zaragoza 127/2011, de 8 marzo); o la situación especialmente delicada de dos hermanas, ambas aquejadas de importantes minusvalías que hacen aconsejable distribuir la custodia entre los progenitores (STSJ de Aragón 30 octubre 2013).

B) *La necesidad de una valoración ponderada de la prueba*

Como afirma la STSJ de Aragón 15 diciembre 2011, «la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite [la conveniencia para el menor] frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto otorga tal preferencia en interés de los hijos menores». Se pronuncian en los mismos términos las SSTSJ de Aragón 1 febrero 2012, 17 julio 2013, 18 julio 2013 y 10 enero 2014.

De entre la prueba practicada, tienen una importancia decisiva los informes periciales, «puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se emite dictamen por expertos», según aclara el mismo Tribunal Superior en su Sentencia de 5 julio 2012.

De los informes periciales se ocupa específicamente el art. 80.3 CDFA para establecer la facultad del Juez de recabarlos bien de oficio o a instancia de parte antes de adoptar su decisión sobre el régimen de custodia más idóneo. De haberlos recabado, el Juez habrá de valorarlos ponderadamente (STSJ de Aragón 8 febrero 2012), aunque no está obligado a seguir su criterio, pudiendo apartarse de ellos cuando esté justificado y se razone adecuadamente (SSTSJ de Aragón 9 febrero 2012, 24 julio 2012, 30 octubre 2013 y 10 enero 2014).

En cualquier caso, la valoración de la prueba corresponde al Tribunal *a quo* y no es revisable en casación, salvo que se acredite que ha sido arbitraria, ilógica o absurda (entre otras, SSTSJ de Aragón 25 febrero 2013, 10 enero 2014, 13 enero 2014 y 4 marzo 2014).

C) *La exclusión de uno de los progenitores de la custodia (individual o compartida) por violencia doméstica o de género*

Como segunda excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, el art. 80.6 CDFA dispone que la atribución de la custodia, individual o compartida, a uno de los progenitores no procede –entiéndase, de modo temporal y preventivo– cuando el progenitor haya incurrido en violencia intrafamiliar y se encuentre en una de estas dos situaciones[21]:

[21] Este precepto se inspira en el art. 92.7 Cc, si bien ha sido notablemente mejorado en su redacción. Así, exige resolución motivada para el primer supuesto, sin que quepa la mera denuncia;

1ª «Que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar (en concreto, por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos), en el que la autoridad judicial penal resuelva motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados» (STSJ de Aragón 2 julio 2013).

Según aclara la SAP de Zaragoza 242/2011, de 3 mayo, los tipos delictuales contemplados en el Código penal a los que se refiere el art. 80.6 CDFA son específicamente: a) los delitos de homicidio, asesinato e inducción al suicidio; b) los delitos de lesiones; c) los delitos contra la libertad (detención ilegal, amenazas y coacciones); d) el delito de torturas y otros delitos contra la integridad moral; y e) los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores).

No cabe, por tanto, una interpretación extensiva que dé cabida a otros tipos delictuales al objeto de excluir de la custodia a uno de los progenitores, dado que está en juego el superior interés de los hijos menores, de especial protección, según pone de relieve la STSJ de Aragón 8 octubre 2013 (que excluye, en concreto, el delito de revelación de secretos).

2ª «Que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, el Juez civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género» (STSJ de Aragón 2 julio 2013).

De acuerdo con el art. 173.2 Código Penal, la *violencia doméstica* puede definirse como toda la violencia ejercida sobre: a) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; b) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; c) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; d) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; y e) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Por su parte, la *violencia de género* constituye una noción mucho más restrictiva, ya que, según precisa el art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se da únicamente cuando hay una relación sentimental entre agresor y víctima, siendo aquél del sexo masculino y ésta del sexo femenino. La relación indicada debe ser conyugal o de afecti-

---

e introduce la violencia de género en el segundo supuesto. Contienen previsiones similares el art. 233-11 CcCat, el art. 3.8 Ley foral navarra 3/2011 y el art. 5.6 Ley valenciana 5/2011.

vidad similar, aun cuando no hubiera habido convivencia. La relación no debe ser actual, sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión. Nunca se aplicará en relaciones homosexuales. Al margen de estas restricciones, incluye «todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (art. 1.2 de la misma Ley).

Así las cosas, si sólo uno de los progenitores se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas –lo que será lo más habitual–, no procederá la custodia compartida, de tal manera que el Juez atribuirá la custodia individual al otro. En cambio, si ambos progenitores se encuentran afectados por una de estas circunstancias, el Juez no podrá atribuir la custodia, ni individual ni compartida, a ninguno de ellos y deberá optar en interés del menor por la medida de protección que estime oportuna[22].

En cualquier caso, como ha venido a clarificar la importante STSJ de Aragón 2 julio 2013, «la regulación del art. 80.6 CDFA es meramente preventiva, a falta de sentencia firme que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos».

Por consiguiente, según afirma el Tribunal Superior, esta norma no dispone 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.

Una vez que la jurisdicción penal se pronuncie sobre la existencia (o no) de delito –matiza la sentencia reseñada–, ya no será de aplicación el art. 80.6 CDFA, sino, en caso de sentencia penal firme absolutoria, la DA 4ª CDFA, según la cual, la medida de la custodia adoptada con anterioridad podrá ser revisada; y en caso de sentencia penal firme condenatoria, el art. 153.1 y 2 Código Penal, según el cual, si el Juez penal lo estima adecuado al interés del menor, puede imponer adicionalmente al progenitor condenado una pena de inhabilitación total o parcial para el ejercicio de la autoridad familiar o custodia.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Superior declara la inaplicabilidad del art. 80.6 CDFA al caso de autos, ya que, si bien el padre formuló denuncia penal contra la madre por delito de violencia intrafamiliar con anterioridad al pleito civil entablado entre ambos por la custodia de su hijo menor, en ningún momento formuló una pretensión en ese sentido. «Por tanto, imposibilitó dar cumplimiento a la prevención del artículo 80.6 de que, mientras el proceso penal no acabara, no cabría atribuir la guarda y custodia a la madre denunciada». Y una vez terminado el proceso penal con sentencia firme condenatoria, el Juez penal no estimó procedente en interés de la menor imponer a la acusada la

[22] Como afirma certeramente C. Martínez de Aguirre, «La regulación…», cit., p. 154.

pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hijo. Por consiguiente, el Tribunal Superior confirma la sentencia dictada en primera instancia favorable a atribuir la custodia individual a la madre.

Posteriormente, se ha hecho eco de esta doctrina la STSJ de Aragón 19 marzo 2014 para denegar, igualmente, la aplicación del art. 80.6 CDFA y, por consiguiente, la atribución de la custodia individual de una menor al padre solicitada en demanda de modificación de medidas, aun habiendo sido condenada la madre por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar. En este caso, el Tribunal Superior decide mantener el régimen de custodia compartida pactado por los propios progenitores en virtud de pacto de relaciones familiares posterior a los hechos delictivos, ya que, cuando se dictó la sentencia recurrida en casación desestimatoria de la pretensión del padre ya no se encontraba pendiente el proceso penal seguido contra la madre, sino que había terminado con sentencia firme condenatoria, sin que el juez considerase procedente, en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia

Cualquiera que sea el régimen de custodia adoptado judicialmente, el art. 79.2 CDFA impone al Juez el deber de adoptar las medidas necesarias a fin de:

1º *Garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con ambos progenitores*

A este respecto interesa citar la SAP de Zaragoza 464/2012, de 18 septiembre que establece la obligación de ambos progenitores de someterse a una terapia psicológica junto a sus hijos para reconducir su relación personal.

2º *Garantizar la relación con hermanos, abuelos, parientes y allegados*

En cuanto a la relación con los hermanos puede citarse la STSJ de Aragón 30 septiembre 2013, según la cual la buena relación existente entre la menor sobre cuya custodia se litiga y su hermana mayor, aunque considerada como muy beneficiosa para el desarrollo psico-afectivo de la menor, no resulta jurídicamente afectada por la custodia compartida, dado que la hermana mayor puede mantener su relación personal con la menor en la forma que estime conveniente.

En orden a la relación con los abuelos han sido varias las ocasiones en que se ha tenido que pronunciar el Tribunal Superior de Justicia. Así, puede mencionarse la STSJ de Aragón 28 septiembre 2012 que entiende que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con los abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de persona interesada, entre los que

se encuentran los propios progenitores; la STSJ de Aragón 24 de julio 2013 que aprueba un régimen de visitas del abuelo materno con su nieta, por entender que la comunicación entre ambos puede ayudar a la inserción de ésta en su entorno familiar, así como contribuir a su mejor desarrollo emocional y a su formación integral plena; y la STSJ de Aragón 18 diciembre 2013 que, respecto a las visitas reconocidas al progenitor no custodio, determina que las empleará con su hijo, pero de ello no se deduce la privación de la relación del menor con su familia paterna que se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo, sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permita su ampliación.

3º *Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceros*

A este respecto la STSJ de Aragón 13 enero 2014 prohíbe la salida al extranjero de la madre custodia con la hija sin el consentimiento del padre no custodio o, en su defecto, autorización judicial.

4º *Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del régimen de custodia*

Sobre este extremo la STSJ de Aragón 18 julio 2013 sienta la importante doctrina según la cual la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. A juicio del Tribunal Superior, «los cambios en la vida habitual de los menores resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios».

5. La modificación de las medidas judiciales

Según dispone el art. 79.5 CDFA, las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes.

De este modo y en interpretación de la jurisprudencia menor (entre otras, SAP de Zaragoza 140/2012, de 20 marzo, SAP de Zaragoza núm. 173/2012, de 30 marzo y SAP de Zaragoza 202/2012, de 11 abril), la modificación de las medidas judiciales –y entre ellas, la concerniente al régimen de guarda y custodia de los hijos menores– sólo se justifica cuando haya habido una alteración de circunstancias que cumpla los siguientes requisitos: a) trascendente y no de escasa o relativa importancia; b) permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural; c) no imputable a la voluntad de quien solicita la medida ni preconstituida; y d) no prevista por los progenitores o el juzgador en el momento en que la medida fue establecida.

En particular, añade el mismo art. 79.5 *in fine*, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad de los hijos menores, ésta podrá revisarse, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. Ahora bien, de acuerdo con la STSJ de Aragón 3 octubre 2013, ello exige una alteración sustancial de circunstancias, sin que baste la mera solicitud por uno de los progenitores del cambio de régimen de custodia, como, en cambio, se permitió durante el periodo transitorio de un año desde la entrada en vigor de la Ley de custodia compartida (esto es, hasta 8 septiembre 2011), en atención a lo dispuesto en su DT 1ª, aptdo. 2º.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, (coord. Bayod López, M.C. y Serrano García J.A.), Zaragoza (2014): Institución «Fernando el Católico».

Alascio Carrasco, L., «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)», en *InDret* (2011), núm. 2, pp. 1-25.

Castilla Barea, M., «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*», *Aranzadi Civil* (2010), núm. 7, pp. 105-150.

Forcada Miranda, F. J., «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores», en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 177-215.

Guilarte Martín-Calero, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida», en *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18.

Ivars Ruiz, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil*. Valencia (2007): Tirant lo Blanch, y «De por qué el artículo 92.8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al *favor filii*», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2010), núm. 796, pp. 11-13.

López Azcona, A., «Relaciones entre ascendientes y descendientes» y «Las parejas estables no casadas», en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés* (dtor. J. Delgado Echeverría). Zaragoza (2013): Ibercaja-El Justicia de Aragón, pp. 178-187 y 497-506, respectivamente.

Martínez de Aguirre y Aldaz, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 133-176.

Molins García-Atance, Emilio y Ferrer Andrés, Manuel, «Dos años de custodia compartida», en A*ctas de los Vigésimos Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 295-322.

Pérez Conesa, Carmen, «¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales», *Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), vol. 1, núm. 8, pp. 25.32; e «Inconstitucionalidad del inciso favorable del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012)», *Aranzadi Civil-Mercantil* (2013), vol. 1, núm. 9, pp. 61-67.

Rogel Vide, C., «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados: del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio», *RGLJ* (2005), núm. 1, pp. 73-96.

Picontó Novales, T., «Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado», en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales). Madrid (2012): Dykinson, pp. 45-76.

Serrano García, J. A, «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés.* Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 181-294; y «La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida», *RDCA* (2012), núm. 18, pp. 9-54.

Soriano Martínez, E., «La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas progenitores no conviven, nuevas tendencias en el derecho de familia», *Revista de Derecho civil valenciano* (2011), núm. 9.

De Verdá Beamonte, J. R., «Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)», *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18.

Villagrasa Alcaide, C., «La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades», en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales). Madrid (2012): Dykinson, pp. 77-100.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Superior de Justicia de Aragón

1.	STSJ de Aragón 20 junio 2005	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1544/2005
2.	STSJ de Aragón 13 julio 2011	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1244/2011
3.	STSJ de Aragón 15 diciembre 2011	CENDOJ ROJ: STSJ AR 2082/2011
4.	STSJ de Aragón 1 febrero 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 108/2012
5.	STSJ de Aragón 9 febrero 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 107/2012
6.	STSJ de Aragón 9 abril 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 448/2012
7.	STSJ de Aragón 18 abril 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 463/2012
8.	STSJ de Aragón 6 junio 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 858/2012
9.	STSJ de Aragón 5 julio 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1047/2012

10. STSJ de Aragón 24 julio 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1050/2012
11. STSJ de Aragón 25 septiembre 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1124/2012
12. STSJ de Aragón 28 septiembre 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1121/2012
13. STSJ de Aragón 16 octubre 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1128/2012
14. STSJ de Aragón 22 noviembre 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1136/2012
15. STSJ de Aragón 27 noviembre 2012	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1131/2012
16. STSJ de Aragón 12 marzo 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 9/2013
17. STSJ de Aragón 2 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 962/2013
18. STSJ de Aragón 16 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1004/2013
19. STSJ de Aragón 17 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1006/2013
20. STSJ de Aragón 18 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1026/2013
21. STSJ de Aragón 24 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1008/2013
22. STSJ de Aragón 25 julio 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1007/2013
23. STSJ de Aragón 8 octubre 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1625/2013
24. STSJ de Aragón 9 octubre 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1628/2013
25. STSJ de Aragón 30 octubre 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1627/2013
26. STSJ de Aragón 15 noviembre 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1632/2013
27. STSJ de Aragón 18 diciembre 2013	CENDOJ ROJ: STSJ AR 1630/2013
28. STSJ de Aragón 10 enero 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 17/2014
29. STSJ de Aragón 13 enero 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 19/2014
30. STSJ de Aragón 16 enero 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 18/2014
31. STSJ de Aragón 17 febrero 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 158/2014
32. STSJ de Aragón 4 marzo 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 209/2014
33. STSJ de Aragón 19 marzo 2014	CENDOJ ROJ: STSJ AR 285/2014

2. Audiencia Provincial de Zaragoza

1. SAP de Zaragoza 127/2011, de 8 marzo	CENDOJ ROJ: SAP Z 1513/2011
2. SAP de Zaragoza 242/2011, de 3 mayo	CENDOJ ROJ: SAP Z 1596/2011
3. SAP de Zaragoza. 347/2011, de 21 junio	CENDOJ ROJ: SAP Z 1513/2011
4. SAP de Zaragoza 557/2011, de 2 noviembre	CENDOJ ROJ: SAP Z 1704/2011
5. SAP de Zaragoza 580/2011, de 15 noviembre	CENDOJ ROJ: SAP Z 2803/2011
6. SAP de Zaragoza 613/2011, de 29 noviembre	CENDOJ ROJ: SAP Z 2920/2011
7. SAP de Zaragoza 634/2011, de 2 diciembre	CENDOJ ROJ: SAP Z 3018/2011
8. SAP de Zaragoza 7/2012, de 17 enero	CENDOJ ROJ: SAP Z 98/2012

9. SAP de Zaragoza 60/2012, de 7 febrero	CENDOJ ROJ: SAP Z 217/2012
10. SAP de Zaragoza 68/2012, de 14 febrero	CENDOJ ROJ: SAP Z 293/2012
11. SAP de Zaragoza 140/2012, de 20 marzo	CENDOJ ROJ: SAP Z 710/2012
11. SAP de Zaragoza 171/2012, de 30 marzo	CENDOJ ROJ: SAP Z 808/2012
12. SAP de Zaragoza 202/2012, de 11 abril	CENDOJ ROJ: SAP Z 942/2012
13. SAP de Zaragoza 257/2012, de 9 mayo	CENDOJ ROJ: SAP Z 1250/2012
14. SAP de Zaragoza 384/2012 de 3 julio	CENDOJ ROJ: SAP Z 1576/2012
15. SAP de Zaragoza 391/2012, de 10 julio	CENDOJ ROJ: SAP Z 1804/2012
16. SAP de Zaragoza 464/2012, de 18 septiembre	CENDOJ ROJ: SAP Z 2127/2012

EL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN, LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD[1]

CIVIL LAW OF ARAGON ACCORDING TO CONVEYANCING CERTAINTY AND LAND REGISTRATION[1]

Diego Vigil de Quiñones Otero
Registrador de la Propiedad de Zaragoza
Vicedecano de los Registradores de Aragón

RESUMEN[2]

Algunas instituciones del Derecho civil aragonés pueden plantear ciertos problemas para la seguridad del tráfico. Las limitaciones al poder de disposición de los bienes inscritos derivadas de las mismas (consorcio foral, derecho expectante) pueden afectar a terceros, incluso respecto de bienes situados fuera de Aragón. Frente al problema que ello puede constituir, el Registro de la Propiedad puede jugar un papel reductor de asimetrías informativas, para lo cual serían necesarios ciertos cambios legislativos y sería conveniente un tratamiento registral más expreso de las instituciones aragonesas.

Palabras clave: limitaciones al dominio, cargas, terceros, publicidad registral.

---

[1] Trabajo realizado dentro de las actividades del Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo).

[2] Nota del autor: agradezco la colaboración prestada para la edición del presente por María Teresa Touriñan Morandeira y Santiago López Segarra.

ABSTRACT

Some Aragonese civil law institutions can present certain problems for traffic safety. Limitations on the right to dispose of inscribed properties derived therefrom (foral consortium, expectant right) can affect third parties, including goods situated outside of Aragon. Facing the problem that this can be, the Property Registry may play a role in reducing information asymmetries, for which certain legislative changes would be required and it would be convenient a more explicit registral treatment of Aragonese institutions.

Key words: domain limitations, charges, third party, land registration.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS DE CIERTAS INSTITUCIONES ARAGONESAS Y SU TRATAMIENTO REGISTRAL EN ORDEN A LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 1. El derecho expectante de viudedad. 2. El consorcio foral aragonés. 3. El pacto al más viviente. 4. El régimen de consorcio conyugal: los bienes privativos «por reconocimiento». 5. El derecho de abolorio. III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA DEL RÉGIMEN LEGAL DE TRATAMIENTO REGISTRAL DE LAS INSTITUCIONES ARAGONESAS.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil de Aragón contiene una serie de instituciones[3] de honda raigambre histórica y con una determinada justificación social, como resulta, en general, conocido por todos los juristas formados en la materia. Dichas instituciones, no obstante su justificación espacial y temporal en las características propias de Aragón, no rigen únicamente dentro del territorio aragonés, sino que debido a la residencia exterior de aragoneses, a la existencia de relaciones jurídicas entre aragoneses y personas y bienes de fuera de Aragón, las normas del Derecho aragonés pueden, en determinadas ocasiones, regir fuera del territorio donde son conocidas y comprendidas. El desconocimiento de las mismas fuera

[3] Usamos aquí la expresión instituciones en el sentido más propio del término en el ámbito jurídico como «el conjunto de disposiciones del Derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada» (Ennecerus, L. *Tratado*, t. I, vol. I, citado por Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, volumen 2º, p. 10. Editorial Reus, Madrid 1971).

de dicho territorio puede originar situaciones de inseguridad en la medida en que puede suceder que no siempre se tengan en cuenta las normas aragonesas por no saber que procede aplicarlas. Intentando evitar «sorpresas» para el contratante no aragonés, el Código Civil (CC) dispone (Art. 16.2-2) que:

> «*el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente*».

Dicho precepto dispone una regla de protección para el tercero de buena fe y a título oneroso que no haya podido conocer la sujeción al Derecho aragonés de los contratantes con los cuales se relacionaba. El precepto bien podría ser calificado como una norma más del llamado Derecho de la seguridad del tráfico, es decir, las normas que pretenden una contratación segura por parte de terceros desconocidos en un entorno de contratación impersonal[4]. Son éstas las normas que pretendieron fomentar el crédito territorial mediante la generación de una serie de reglas de protección de los terceros de buena fe que permitiesen una contratación mayor y más segura[5]. El principal exponente de dichas reglas es el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH), que se refiere a la protección del «*tercero de buena fe que adquiera a título oneroso*» de un titular registral. Sin embargo no es el único: otros preceptos como el art. 464 CC o el art. 85 del Código de Comercio siguen el mismo camino de proteger al tercero que confía en la apariencia. El Artículo 16.2 CC emplea la misma técnica para proteger al tercero que confía en la apariencia creada por la falta de noticia de la sujeción a la ley aragonesa del régimen económico matrimonial de los co-contratantes: si el régimen económico no consta, el bien transmitido sin dicha constancia queda libre de la sujeción al derecho de viudedad aragonés.

Aunque el Código Civil no contempla en sus normas llamadas de conflicto entre los Derecho civiles de las diferentes «*nacionalidades*» (Art. 2 de la Constitución) nada más que al derecho de viudedad, hay otras instituciones que presentan problemas similares de cara a los terceros para las cuales no hay prevista protección alguna de

---

[4] O como dice Arruñada «para ampliar el abanico de transacciones y agotar los beneficios que proporciona la ventaja comparativa, las partes han de ser capaces de comerciar sin conocer sus características personales. Ello requiere que el cumplimiento del contrato sea independiente de tales características, un logro que sólo puede alcanzarse si se atribuye a los adquirentes un derecho directo sobre los activos adquiridos». Cfr. Arruñada, B. «Las instituciones del intercambio impersonal». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Número 736, Marzo-Abril de 2013, p. 652. El mismo autor trata el problema de la contratación impersonal desde una óptica más amplia y referida a la economía institucional en diversos trabajos publicados por las Universidades de Chicago, Harvard y Oxford, y cuyos elementos fundamentales aparecen recopilados en castellano en *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos.* Civitas, Cizur menor, 2013.

[5] Vid. Mendez González, F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Madrid, Thomson-Civitas. 2008, especialmente las pp. 110 a 117 y 211 a 217.

los mismos. Si estos terceros pudieron contratar seguros o bien asesorados, con un conocimiento suficiente del Derecho aragonés y su aplicabilidad, no habrá problema alguno. Sin embargo, lo propio de la contratación global es precisamente la contratación con personas de cualquier parte del mundo, lo cual puede conllevar en ocasiones el desconocimiento *a priori* del Derecho aragonés.

Para valorar la magnitud del tema que planteamos hay que tener presente ante todo que el Derecho aragonés no afecta sólo a bienes ubicados dentro de Aragón, sino a todo bien adquirido por herencia sujeta al Derecho aragonés. Ello implica que el Derecho aragonés afecta a muchos supuestos de bienes adquiridos por aragoneses fuera de Aragón, o bien a los que éstos hayan recibido de sus causantes en zonas de origen de muchos habitantes del área metropolitana de Zaragoza (Castilla la Vieja o Navarra son los principales supuestos) cuando se trate de aragoneses que por el paso de diez años adquirieron la vecindad civil aragonesa (Art. 14.5.2º CC). En la medida en que de todos los bienes (fuera o dentro del territorio aragonés) son potenciales adquirentes todos los ciudadanos del mundo[6], la claridad acerca del régimen de los mismos es un elemento bastante importante a la hora de la contratación. ¿Podría colaborar de algún modo el Registro de la Propiedad a dicha clarificación?

En las páginas siguientes se abordará fundamentalmente el problema de cómo pueden afectar a terceros las normas aragonesas relativas a los bienes (situados dentro o fuera de Aragón), la situación que la falta de información[7] sobre dichas normas puede ocasionar (que en la práctica puede acabar por ser una suerte de asimetría informativa), y el papel que juega o podría jugar el Registro de la Propiedad advirtiendo de la existencia de una normativa especial que afectase a determinados bienes, para lo cual se sugieren prácticas legales no siempre observadas y cambios legislativos.

II. ANÁLISIS DE CIERTAS INSTITUCIONES ARAGONESAS Y SU TRATAMIENTO REGISTRAL EN ORDEN A LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

La seguridad del tráfico a la que pretenden servir instrumentos como el Registro de la Propiedad[8], puede verse afectada por el régimen legal de de-

---

[6] Es evidente que la internacionalización es mayor en las zonas del litoral donde hay derechos de propiedad sujetos al Derecho civil de Aragón.

[7] El problema de la importancia de la información registral para la formación del contrato lo he tratado más ampliamente en mi trabajo «La información registral en la formación del contrato», en *Negociación y perfección de los contratos*. Aranzadi. Cizur menor, 2014, pp. 479 a 513.

[8] Méndez González, F. P., «La función económica de los sistemas registrales» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVIII, número 671, mayo-junio 2002, pp. 875-900.

terminadas instituciones del Derecho civil de Aragón o por el tratamiento registral que se dé a las mismas. El objeto de este apartado será analizar (desde la indicada óptica de la seguridad del tráfico, y pensando por tanto no solo en los contratantes conocidos o conocedores del Derecho aragonés, sino también en los desconocidos y desconocedores del mismo) alguno de los problemas que presentan éstas instituciones y plantear alguna solución en relación a las mismas.

1. El derecho expectante de viudedad

Entre las instituciones civiles aragonesas, destaca por su importancia el derecho de viudedad. El Art. 271 CDFA dispone que

> «*La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca. Durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante*».

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas civiles, el derecho de viudedad aragonés no es un mero usufructo cuya causa eficiente sea el fallecimiento de uno de los cónyuges, sino que nos encontramos ante un derecho que, como indica Bayod, tiene como «causa eficiente», «no la muerte del otro, sino la celebración del matrimonio»[9].

Dicho derecho recibe el siguiente tratamiento registral:

1º Si consta que el adquirente de un derecho que se inscriba está casado y «*sometido al régimen económico matrimonial*» (Art. 16.2 CC) aragonés, se hará constar la circunstancia de su matrimonio, su régimen económico matrimonial y la identidad del otro cónyuge (Art. 51.9 RH). Dichos datos no son necesarios en todos los casos sino solo cuando el adquirente esté casado y «*el acto o contrato que se inscriba afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal*» (Art. 51.9.a) RH). Esto no siempre ocurre: pensemos en el caso de adquisiciones a título gratuito enteramente privativas de uno de los cónyuges. Puede, por tanto, ocurrir que un bien pertenezca a un casado pero no se haga constar en el Registro ni su régimen matrimonial ni la identidad del otro cónyuge (aunque la práctica habitual de Notarios y Registradores suele propiciar que se refleje dicha circunstancia). Al respecto indica Curiel que «dada la trascendencia del derecho expectante… su naturaleza real y el peligro de inoponibilidad derivado del Artículo 16.2 CC, parece evidente que, tratándose de cónyuges cuyo matrimonio se rija por la Ley aragonesa, conviene que las circunstancias… –régimen matrimonial e identidad del otro cónyuge– consten en cualquier

[9] Bayod López, C., «La viudedad». En AA.VV (Delgado Echverría, J. Dir; Parra Lucán, M. A. Coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012, p. 458.

clase de documentación que haya de acceder al Registro y en el asiento que en éste se practique»[10].

En todo caso, a los efectos de terceros, aun siguiendo esta práctica, mientras el derecho pertenezca al cónyuge del titular del derecho de viudedad, el Registro no expresa que exista tal derecho, sino solo el matrimonio y el sometimiento al régimen económico aragonés.

2º Si dicho cónyuge –titular registral del dominio sobre el bien– dispone del bien sin consentirlo su consorte titular del derecho de viudedad, pasa a expresarse el derecho de viudedad como carga que grava la finca «advirtiendo al adquirente de cualquier tipo de derechos que, fallecido el cónyuge transmitente o hipotecante, puede hacerse efectivo sobre el bien en ese momento, el usufructo del cónyuge supérstite, que subsistirá hasta tanto no se extinga por las causas legalmente previstas» (Curiel[11]).

Es decir, transmitido a un tercero el dominio (no así aquellos derechos reales compatibles con el expectante, como la hipoteca[12]), el tercero[13] y los sucesivos adquirentes sí podrán saber por el Registro de la existencia del derecho de viudedad.

Este tratamiento registral conlleva que el Registro no informa sino del dato determinante de la aplicación de la carga, pero no de la carga misma (como he señalado en otro lugar al analizar el problema desde la óptica de la formación del contrato[14]), lo cual hace que el Registro reduzca considerablemente su utilidad. En efecto, si un potencial adquirente de derechos sobre un bien sobre el que recaiga el expectante se propone contratar, acudirá normalmente a consultar la información registral res-

---

[10] Curiel Lorente, F., «El régimen económico matrimonial de la Comunidad de Aragón» en *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones*, Civitas, Cizur menor 2008. Tomo I, p. 170.

[11] Cfr. Curiel Lorente, F., «El régimen económico…». *Ob. Cit*, p. 168.

[12] Al hipotecar, como el bien sigue siendo del cónyuge, no se añade nada y sigue sin constar como carga el derecho de viudedad. Por este motivo, en la práctica habitual bancaria se exige a los cónyuges que el titular del derecho de viudedad renuncie al mismo (conforme al Art. 274 CDFA) sobre el bien hipotecado al hipotecarlo. En caso de subsistir dicho derecho, si hubiere de ejecutarse la hipoteca, el adjudicatario en la subasta tendría que adquirir el bien con la subsistencia del expectante, lo cual hace que el bien carezca de interés para postores e incluso para el propio acreedor hipotecario. Ello implica que un bien sin renuncia al expectante no tiene el mismo valor que un bien libre a efectos de hipoteca.

[13] Siguiendo el caso de la nota anterior, hemos de valorar que el tercero no es solo el potencial adquirente en transmisión voluntaria, sino también el adquirente en una venta forzosa. Si se renuncia al expectante como hacen las entidades de crédito en Aragón, no habrá problema. Pero, ¿qué pasaría si se hipoteca por un casado sujeto al Derecho de Aragón un bien ubicado fuera sin decir nada del expectante y sin que los servicios jurídicos del acreedor se percaten del expectante? En esos casos se ha hipotecado en la práctica la nuda propiedad del bien. Ello aconsejaría una información registral más precisa sobre el expectante antes de contratar.

[14] Vigil de Quiñones Otero, D., «La información registral en la formación del contrato», en *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur menor, 2014, p. 508.

pecto de dicho bien. El Registro «solo» le informará del estado civil y del régimen matrimonial del titular, pero no del derecho expectante, dato que deberá ser capaz de conocer por sí mismo. Ello genera una situación innecesariamente peligrosa: es probable (sobre todo si se trata de bienes ubicados fuera de Aragón) que el contratante ni se imagine el expectante. Al proceder a la inscripción del documento, la falta de consentimiento por parte del cónyuge no titular no es defecto (Art. 20 LH). El Registrador normalmente le advertirá[15] (lo cual no permitirá ya vuelta atrás en el otorgamiento de la Escritura, pago de impuestos[16] etc., ni tampoco constituirá carga oculta a efectos del Art. 1483 CC), y si no decide retirar el documento o volverse atrás[17], se despachará con una carga que no se conoció de forma expresa al momento de informarse para formar la voluntad contractual.

Esta situación podría corregirse si se hiciese constar como carga el derecho de viudedad al amparo del Art. 51. 6 RH al inscribir bienes a nombre de titulares casados sometidos a las reglas de régimen económico aragonés. En la información registral que se expidiese de las fincas, el derecho expectante constaría como tal, lo cual facilitaría mucho las cosas a la hora de permitir el juego del mismo.

De no hacerse así, se producirá la situación descrita. Una situación del todo anómala en la cual se opone al adquirente una carga de la cual no se le han dado más datos que los presupuestos de aplicación (pues el Art. 16.2-2 CC sólo protege cuando no se pudo conocer el régimen económico del transmitente, pero no por no haber podido conocer el expectante a que dicho régimen da lugar), pero dentro de un sistema en el que

1º La opacidad de cargas es causa de rescisión del contrato (Art. 1483 CC).

2º Rige la inoponibilidad de lo no inscrito (Art. 606 CC, 32 LH) y

3º La posibilidad de conocer las cargas que pesan sobre el derecho que se pretende adquirir (Art. 221 LH).

Si a ello unimos que el Art. 16.2-2 CC sólo protege a los terceros adquirentes de dominio, pero no de derechos limitados[18] (como la hipoteca) y que precisamente se estableció el Registro para evitar las cargas clandestinas[19], lo más conve-

---

[15] Práctica recomendable aunque no obligatoria, como señala Curiel (Cfr. *Ob. Cit,* p. 168).

[16] Siempre previo a la calificación, Art. 254 LH.

[17] Dispone el Art. 433 RH que «*durante la vigencia del asiento de presentación, el presentante o los interesados podrán desistir, total o parcialmente, de su solicitud de inscripción*».

[18] Como con acierto destaca Delgado Echeverría al comentar el Art. 16.2 en AA.VV. (Albaladejo García, M., Díaz Alabart, S., Coords) *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* Tomo I, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1282 y ss.

[19] La trascendencia económica del sistema registral la expresa magistralmente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861 al decir: «*Nuestras Leyes Hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia*

niente sería que el derecho de viudedad se reflejase en el Registro como tal derecho desde el momento de constar el matrimonio del titular registral con sujeción del Derecho aragonés[20]. Sería lo más conforme a la naturaleza del derecho, que es actual y no futuro, a diferencia de lo que ocurre en otros Derechos civiles. El tratamiento registral que hoy recibe el derecho expectante no es propio de un derecho subjetivo, sino de una mera expectativa de derecho.

Por otra parte, debemos señalar el problema opuesto: ¿qué pasaría si en el Registro consta que un titular está casado y sujeto al régimen matrimonial aragonés? Si el adquirente es cauto, podría pensar que existe derecho de viudedad cuando tal vez el mismo se ha extinguido por renuncia, circunstancia de la que no habla el Registro. Ello haría aconsejable reflejar la renuncia[21].

Finalmente, debemos señalar que, junto al tratamiento registral indicado, sería conveniente que la regla de protección del tercero prevista en el Art. 16.2-2 CC no supeditase la protección del tercero a que no se haya hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente en la Escritura, sino que se debería proteger al tercero en todos los casos en los que el derecho no constase en el Registro. Ello igualaría el derecho de viudedad aragonés al resto de derechos subjetivos reales, que se someten a la regla de inoponibilidad de lo no inscrito (Art. 606 CC, 32 LH) y permitiría una protección del tercero que no se separaría de la establecida con carácter general.

2. El consorcio foral aragonés[22]

El Art. 373 del Código de Derecho Foral (CDFA), determina que

---

en la propiedad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación la reforma es urgente e indispensable para la creación de Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados»

[20] En caso de adquirir soltero y casarse después de la inscripción, cabría reflejar dicha circunstancia por nota al margen sin necesidad de nueva transmisión.

[21] Y si la renuncia debe reflejarse (en caso de despacharse el documento con arrastre del derecho expectante, la renuncia importa mucho, pues es la determinante de que no se produzca tal arrastre), es porque hasta la renuncia hay un reflejo (no expreso) del derecho expectante, lo cual justifica lo dicho sobre su tratamiento cuando no hay renuncia.

[22] Debo agradecer, especialmente en este tema del consorcio, las aportaciones de mis compañeros en el Seminario del Centro de Estudios Registrales de Aragón, especialmente las disputas que al respecto del tratamiento registral del consorcio he mantenido con Pilar Palazón Valentín y Miguel Temprado Aguado; y las ideas de José Luis Batalla Carilla, Borja Oliveri Guilarte, y mi predecesor Eduardo Fernández Estevan. Dichas conversaciones me han permitido una cierta claridad sobre la figura del consorcio, a partir de la cual he valorado los problemas y discurrido las soluciones que propongo.

«*salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado* consorcio *o fideicomiso foral. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará también a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación*».

La consecuencia del establecimiento de dicho consorcio, es que, según el art. 374 CDFA:

«*Vigente el consorcio foral, solo son válidos los actos de disposición, inter vivos o mortis causa, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño que la adquiera en el procedimiento de apremio. Si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido conforme al artículo 278*».

Considerados estos preceptos desde la óptica de la seguridad del tráfico y del papel que respecto de la misma cumple el Registro, el problema será el siguiente: adquirido por un titular registral un bien en comunidad[23] con sus hermanos, estando sujeta la herencia al Derecho de Aragón, cada cotitular no podrá vender su cuota sino con las limitaciones propias del consorcio foral (Art. 374 CDFA). Ahora bien, la sujeción del bien al consorcio no es una circunstancia fácilmente cognoscible por terceros. Si éstos se dirigen al Registro lo único que constará (de acuerdo con el modo en que deben redactarse las inscripciones según la vigente Ley Hipotecaria) será la titularidad común, no la «carga» (en el sentido de limitación legal) que constituye el consorcio, que al ser legal no consta (de acuerdo al Art. 9 LH y 51.7 de su Reglamento): como indica Roca Sastre la inscripción se practica a favor de los condóminos «sin tener que consignar que queda constituido el consorcio foral»[24]. Dicha carga sólo podrá conocerse indagando la ley

---

[23] El Art. 142 de la Compilación hablaba de comunidad *pro indiviso*, a la vista de lo cual sostiene Romero Herrero que «el llamamiento a la herencia por institución de heredero, de legatario de parte alícuota y en todos los supuestos de sucesión intestada, que son supuestos en que surge la comunidad hereditaria, no hay lugar al nacimiento del consorcio foral» (Romero Herrero, H. «Reflexiones sobre el nacimiento del consorcio foral aragonés por adquisición hereditaria» en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, III-1, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1997, pp. 135-141, p. 140) en tanto se trata de comunidades germánicas y no pro-indiviso, ya que «debemos entender el pro indiviso en el sentido que lo entiende la generalidad de la doctrina «titularidad de cuotas-partes sobre bienes concretos» (ob. Cit. p. 139). La redacción actual del Art. 373, al permitir la previsión en contrario y hacer referencia a indivisión sin especificar el tipo de la misma, extiende de algún modo el ámbito de aplicación del consorcio, aunque sea ofreciendo las facilidades de separación de los Arts. 375 y 376 CDFA.

[24] Roca Sastre, R. Mª, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 146.

que rigió la sucesión que sirvió de título a la adquisición de los condóminos[25], y conociendo el Derecho civil de Aragón. Con posterioridad a la celebración de un negocio prescindiendo de la limitación del consorcio[26], se conocerá el mismo porque el Registrador, aplicando estos artículos, denegará la inscripción de la venta en beneficio de los consortes. En efecto, como indica Curiel Lorente «no pueden inscribirse los actos de disposición que no lo sean realizados a favor de los descendientes o miembros del consorcio»[27]. Lograr un conocimiento claro de la necesidad de estos consentimientos no está fácilmente al alcance de un contratante cualquiera que desee adquirir una cuota y puede plantear no pocos problemas (sobre todo en tanto el consorcio es una institución que no se ve, pues lo único que se ve es la co-titularidad «sin cargas»). En efecto, formada la voluntad contractual respecto de la cuota que constituya el objeto del contrato, celebrado el contrato en su caso, pagados los impuestos devengados por el instrumento público otorgado, la imposibilidad posterior de inscribir la transmisión constituirá un daño que bien podría haberse evitado si en la información registral de la finca o derecho sujeto al consorcio se hiciese constar, además de la titularidad, la sujeción al consorcio. Ello sería lo más acorde a la naturaleza del consorcio, tanto si lo consideramos comunidad[28] como si lo consideramos fideicomiso[29]: pues si es comunidad no se trata de una simple comunidad[30] sin mayores consecuencias (sino un régimen especial afectante al poder de disposición de los comuneros), y si es fideicomiso, es evidente que hay una carga que determina el destino de los bienes (a favor de los consortes) aunque sea bajo condición (de morir sin descendencia).

---

[25] En condiciones normales el conocimiento de dicho dato solo se puede lograr obteniendo certificación literal del asiento de la inscripción del derecho del condómino, pues no es uno de los datos que deba hacerse constar al expedir una nota simple (Art. 222.5, que si bien es cierto que exige que se haga constar la «extensión, naturaleza y limitaciones» de los derechos inscritos, no lo es menos que una interpretación conjunta del mismo junto al Art. 9 LH y 51.7 RH no exige hacer constar las limitaciones legales no negociales).

[26] *Ex ante*, sólo podríamos saber esto mediante la obtención del dictamen o la información verbal del Registrador de que tratan los Arts. 253.3 y 258 LH.

[27] Curiel Lorente, F., «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Aragón» en *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones*, Civitas, Cizur menor 2008. Tomo II, p. 949.

[28] Sánchez-Friera González, M. C., *El consorcio foral (tras la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 88.

[29] Que es como lo concebía Miguel del Molino (*Repertorium Fororum et observantiarum Regni Aragonum*, v. frater, f. 162, Caesaragustae anno 1585, citado por Sánchez-Friera González, M. C., *El consorcio foral… Ob. Cit.*, p. 76). Roca basa el efecto del acrecimiento a los consortes en que nos encontramos ante una «especie de sustitución fideicomisaria», ante una «especie de fideicomiso *sine liberis decesserit*» (*Ob. Cit.*, p. 145).

[30] A decir de Sánchez- Friera, se trata de una comunidad germánica «si bien no coincide en todo con este estereotipo», pues aunque se debe disponer en mano común, cada consorte sí que puede ejercitar la acción de división (Sánchez-Friera González, M. C., *El consorcio foral… Ob. Cit.*, p. 89).

Sin embargo, en la medida en que el consorcio es una limitación legal, y en la medida en que las únicas cargas que se hacen constar al describir el derecho son las negociales[31] (Art. 9 LH y 51. 7 RH)[32], por cuanto respecto de las legales las mismas surten efecto sin inscripción porque la «*ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*» (Art. 6 CC), la limitación que constituye el consorcio no constará expresamente en la inscripción de la finca. Dichas cargas constituyen un problema desde la óptica de la seguridad del tráfico, como he señalado en otro lugar[33]. Cualquier contratante que quiera quedar cumplidamente informado sobre el derecho inscrito que constituye el objeto del contrato que va a celebrar con carácter previo a dicha celebración, puede conocer las cargas registradas que afectan a su derecho y no quedará perjudicado por las que, siendo registrables (es decir las negociales), no estén registradas (artículo 34 LH). Sin embargo, sí quedará perjudicado por las no registrables (es decir, las legales) de las que debió tener conocimiento por el principio del artículo 6 del Código Civil. O lo que es lo mismo, que el Derecho de la seguridad del tráfico, cuya regla de fe pública registral pretende solucionar las asimetrías informativas, se verá menoscabada por un factor muy importante: no basta con consultar

---

[31] De ahí la afirmación de Roca Sastre de que no se consigna que el consorcio quede constituido (*Ob. Cit*, p. 146).

[32] Con carácter general, el Art. 9.2º LH exige que se haga constar en la inscripción la «*naturaleza, extensión, y condiciones suspensivas y resolutorias*» del derecho que se inscriba. Precisando más este punto, el apartado 7º del Art. 51 RH «*Las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley, ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente. Las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas no se harán constar en la inscripción. Si no existieran cargas se expresará así*».

Del texto de dichos preceptos se desprende que se harán constar las cargas que consten inscritas o anotadas. Tal es el caso, por ejemplo, de los embargos y demás circunstancias objeto de anotación preventiva (Art. 42 LH), de las hipotecas, de las condiciones resolutorias, de las cláusulas de reversión (cfr. 641 CC para las procedentes de donaciones), de los pactos de retroventa (Art. 1507 y 1510 CC), de las sustituciones fideicomisarias (Art. 82 RH), del derecho de retorno arrendaticio (Art. 15 RH, DA 11º RDL 2/2008 y DA 8ª Ley de Arrendamientos Urbanos). Sin embargo, cuando se trata de cargas que resultan de la Ley (como los retractos legales, las prohibiciones de disponer impuestas por la Ley, las limitaciones derivadas del carácter de Vivienda de Protección Oficial, el derecho de reversión que para los ascendientes establece el Art. 812 CC o el recobro de liberalidades del Art. 524 CDFA, o determinados derechos reconocidos por Derechos civiles de algunos territorios), las mismas no se hacen constar en el Registro (en ocasiones no se pueden hacer constar, pues todavía no se han producido los acontecimientos que las determinan, al depender de hechos posteriores a la inscripción –por ejemplo, el caso mencionado del art. 812 CC–), pero sí perjudican a tercero. El resultado de estas dos reglas (no se reflejan, pero perjudican), implica que el contratante que pida información sobre el derecho inscrito sobre el que pretende contratar, no podrá conformarse con fiarse de la apariencia creada por el Registro. Ello solo será así respecto de las cargas inscribibles no derivadas de una Ley. Sin embargo, las cargas que surten efecto por Ley sin hacerse constar en el Registro, le perjudicarán por ministerio de la misma en tanto «*la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*» (Art. 6 CC).

[33] Cfr. «La información registral en la formación del contrato», Ob. Cit., pp. 500 a 505.

el Registro, sino que también hay que consultar los Boletines Oficiales (incluidos los autonómicos). Y siendo ésta una tarea ardua y que requiere de una pericia importante (no obstante su necesidad para el buen fin de la comunidad[34]) por cuanto no cualquier particular es capaz de determinar si estamos en el ámbito de aplicación de una Ley, se genera de hecho una asimetría informativa, pues los más poderosos y mejor asesorados legalmente contratarán con más seguridad. Ello es totalmente inevitable dada la importancia y necesidad del principio contenido en el Art. 6 CC. Sin embargo, el que no podamos renunciar a que la ignorancia de las leyes no excuse de su cumplimiento, no implica que no quepa suavizar[35] el rigor de dicha norma[36] reflejando en el Registro, a pesar de no ser necesario por su efecto legal, determinadas cargas legales. Éste es el camino seguido por algunas normas de nuestro ordenamiento en las que la problemática es similar (por ejemplo, cuando existe afección real pendiente de un impago o responsabilidad todavía no determinada por impuestos), pero en las que siempre y en todo caso se hace constar en el Registro la carga[37]. Tal es el caso del artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el ámbito fiscal; o el artículo 19 del RD 1093/1997, de 4 de julio, en el ámbito del urbanismo. Optar por un reflejo registral similar en el caso de la formación del consorcio, facilitaría las cosas. Y más cuando nos encontremos ante bienes adquiridos por título de herencia sujeta al Derecho de Aragón, pero que estén fuera de Aragón (a los cuales afecta el consorcio, según RDGRN 13 de Mayo de 2002), con la consiguiente pérdi-

---

[34] Como indica De Castro «nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada en el Derecho», pues la inexcusabilidad del Artículo 6 CC «se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho». *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1987, p. 529.

[35] A decir de Cabanillas Sánchez, es precisa una «llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no sólo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios» (En Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo I, Vol. 1º, p. 674. EDERSA, Madrid 1992).

[36] Que como es bien sabido fue duramente criticada por todo un sector doctrinal que tiene en Joaquín Costa su máximo representante español. Costa, J., *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre–0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6 (Descargado el 19 de mayo de 2014).

[37] En estos casos de lo que se trata es también de guardar la posición de prioridad para el cobro de un crédito sobre una finca concreta. En los casos de las cargas que tratamos en este trabajo el problema no es el mismo: no se requiere un reflejo registral expreso para la concreción del derecho sobre un bien determinado (dicha concreción es legal). Sin embargo, aunque la inscripción no sea necesaria para los efectos del derecho legal no inscrito, sí que es importante para los terceros afectados, que es a quienes el Registro pretenden servir.

da de conciencia popular (dentro de Aragón la «ignorancia» que no excusa, es mucho menor[38]) al respecto de la existencia del fideicomiso foral.

Pese al problema expuesto, debemos señalar que el mismo viene considerablemente atenuado por la reciente regulación de la figura del consorcio, que admite la separación del consorte al decir el art. 375 CDFA que

> «*dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública. La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio*»

y que «*el consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes*» (Art. 376 CDFA). Bastaría pues un acuerdo de todos los condóminos vendedores o bien el compromiso del condómino transmitente de expresar su voluntad de separación: la inscripción del acto traslativo no es inscribible «salvo que simultáneamente el disponente manifieste su voluntad de separarse del consorcio»[39]. Pero ignorando alguna de las partes el límite legal del consorcio (lo cual puede ignorar hasta el propio transmitente[40]), será una circunstancia que no podrían tener en cuenta a la hora de formar su voluntad contractual si no conocen la ley, y no sería descartable que se verificase una enajenación[41] de una cuota por un consorte sin el consentimiento de los demás, lo cual daría lugar a la denegación de la inscripción de la misma por falta del consentimiento de los demás consortes. Una solución a este problema podría venir, como decimos, tratando el consorcio como carga (o límite legal) que afecta al inmueble en el Registro. Ello permitirá a cualquier ignorado potencial contratante obtener una información completa (pensemos en un comprador ruso de un piso de la Costa Dorada propiedad de varios titulares pro-indiviso que la hayan adquirido por herencia de un progenitor de vecindad civil aragonesa). Y además sería lo razonable si tenemos en cuenta que se lleva a cabo como operación registral

---

[38] Y con todo, parece que históricamente se contempló la protección del tercero en caso de transmisión con ignorancia por parte de consorte y de adquirente del mismo. El Art. 463 de la sistematización del Derecho aragonés que llevaron a cabo Franco y Guillén, decía que «en el caso de que un consorte venda los bienes indivisos creyendo que le pertenecen a él solo, la venta subsistirá aun en la parte que corresponda a los demás; pero estos podrán reclamar el precio de ella del consorte vendedor o su heredero y subsidiariamente del comprador» (Franco y López, L. y Guillén y Carabantes, F., *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, Julio 1841, p. 227. Reedición facsímil, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2000).

[39] Curiel Lorente, F., *Ob. Cit.*, p. 949.

[40] Supuesto contemplado por la regla que sistematizan como Art. 463 Franco y Guillén (*Ob. Cit.*, p. 227).

[41] No necesariamente debe tratarse de una transmisión a tercera persona física, cabría plantearse el problema en caso de transmisión a una persona jurídica de la que sea miembro o en la que tenga derechos el propio consorte, como por ejemplo una sociedad mercantil que el mismo constituya y a la cual aporte bienes.

específica[42] la «separación del consorcio» (conforme al Art. 375 CDFA): en tanto no conste dicha separación, pero si la adquisición en cotitularidad determinante de la limitación, no sería descabellado hacer constar como carga en la inscripción de la finca y en la información registral que de la misma se dé, al consorcio formado por los cotitulares.

3. El pacto al más viviente

Otra institución que también plantea problemas a este respecto es el conocido como pacto al más viviente: pacto sucesorio por el cual los dos cónyuges se instituyen mutua y recíprocamente («ambos otorgantes son a su vez instituyentes e instituidos»[43]) de forma que todos los bienes pasen a quien de ellos sobreviva al otro, de forma que, en virtud del art. 395 CDFA:

> «*el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar. Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes del pacto sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo estipulación en contrario. Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente*».

El precepto es de gran complejidad si consideramos la perspectiva de su reflejo registral, que es el que permite un conocimiento del destino de los bienes por los terceros. En efecto, el otorgamiento del pacto *per se* no origina la inscripción de los bienes a nombre de los instituidos[44], ni reflejo registral de ningún tipo (a diferencia de lo que sucede en Cataluña, que sí contempla una nota marginal en el Art. 431-8.2 de su Código Civil[45]). Fallecido el primero de ellos, es

---

[42] Susceptible de minutación por el Registrador, de acuerdo al Art. 589 RH, según resolvió el Colegio de Registradores en Resolución recaída en recurso contra la minuta del Registrador de fecha 17 de Abril de 2012.

[43] Bayod López, C., «La sucesión paccionada», en AA.VV. (Delgado Echeverría, J. Dir.; Parra Lucán, M. A. Coord.) *Manual de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012, p. 562.

[44] A decir de Curiel «los pactos de institución recíproca… no son objeto de inscripción pues carecen de contenido patrimonial actual» (*Ob. Cit,* p. 951).

[45] Artículo 431-8 Publicidad de los pactos sucesorios «*1. Los pactos sucesorios deben hacerse constar en el Registro de Actos de Última Voluntad en la forma, en el plazo y con el alcance establecidos por la normativa que lo regula. A tal fin, el notario que autoriza la escritura que los contiene debe hacer la comunicación procedente. 2. Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular. 3. Si los heredamientos o atribuciones particulares incluyen o tienen por*

el «más viviente» quien pasa a ser titular registral de dichos bienes. En la inscripción que se haga a su favor se hará constar el título por el que adquiere: pacto sucesorio. Sin embargo, no se harán constar las previsiones del Art. 395 CDFA, que al ser legal se da por conocido.

Considerado el precepto desde la óptica de la seguridad del tráfico, podríamos encontrarnos con el siguiente problema: inscritos todos los bienes a nombre del supérstite en el Registro, el heredero legal (*ab intestato*) del mismo se propone adjudicarse un bien y contratar sobre él con un tercero. El tercero acude al Registro y observa que dicho bien está, efectivamente, a nombre del causante de su potencial transmitente, lo que *a priori* le hace pensar que el mismo tiene derecho a la herencia por cuanto no consta llamada alguna por parte del Registro a derechos de terceras personas. En efecto, por los documentos de su oferente comprueba que el mismo es heredero del titular registral. La inscripción nos dirá, en condiciones normales, que el causante titular adquirió por herencia de alguien (en este caso, el otro instituyente). Si pedimos certificación del asiento de inscripción podremos saber que fue en virtud de institución recíproca. En ningún sitio nos dirán, sin embargo, que dicho causante adquirió con las limitaciones que a día de hoy impone el Art. 395 CDFA[46]. Llegado el momento de inscribir el contrato otorgado, el Registrador deberá denegar la inscripción pues el heredero legal del supérstite sin descendencia no será tal respecto de los bienes que el titular registral hubiese recibido del instituyente primeramente fallecido: hará falta el concurso de los herederos legales[47] del mismo a la Escritura de herencia. Normalmente el Notario docto en Derecho aragonés exigirá dicha intervención. Pero no es un aspecto fácil de conocer, pese a su importancia.

A diferencia del supuesto anterior, aquí no es tan sencillo hacer constar la carga en la información que se expresa de la finca. Al depender el surgimiento de la carga o limitación a la transmisibilidad[48] de acontecimientos futuros (cuales son el fallecimiento sin disponer y sin descendencia del titular instituido[49]) a lo más que puede aspirar el sistema es a informar que la ley que rigió la sucesión

---

objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asentamientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios. 4. Si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo.»

[46] Y que se aplican a todas las sucesiones regidas por el Derecho civil de Aragón, aun cuando los bienes de dichas herencias se hallen fuera del territorio de Aragón.

[47] Herederos legales del instituyente muerto antes, que tal vez no estarán determinados porque sólo se haya instado la declaración de los herederos del «más viviente».

[48] Ni siquiera podríamos decir al poder de disposición, pues la disposición voluntaria mortis causa deja sin efecto el pacto tal y como se prevé en el Art. 395 CDFA.

[49] Datos extrarregistrales que son de muy difícil reflejo antes del fallecimiento.

fue la aragonesa. Dicha circunstancia podría reflejarse en la inscripción diciendo que la adquiere «por título de sucesión paccionada, con arreglo al Derecho Civil de Aragón» o bien que adquiere «sujeto a las normas del Art. 395 CDFA». Ello tal vez podría levantar excesiva alarma en los potenciales contratantes sobre las fincas, pero lo cierto es que no estamos ante una titularidad «sin cargas», sino ante una titularidad que podría verse sujeta a cargas que aparecerían por sí solas con el fallecimiento en ciertas condiciones (sin disponer y sin descendencia) que solo se conocen a virtud de datos extrarregistrales. Tal vez esa eventualidad no es bastante para encender la «luz roja» que implica una carga registral, pero la complejidad del supuesto muestra la necesidad de contratar bien asesorado y de articular algún tipo de reflejo registral.

4. El régimen de consorcio conyugal: los bienes privativos «por reconocimiento»

Junto a las instituciones anteriores, debemos referirnos al régimen económico matrimonial de consorcio conyugal. En el mismo existen bienes consorciales, y bienes privativos de cada uno de los cónyuges. Aun cuando se facilita más que en el Derecho de Castilla (común español[50]) la prueba de la privatividad, se admite como medio residual de prueba el reconocimiento del otro cónyuge[51]. Sin

---

[50] Aun cuando la costumbre hoy arraigada entre la mejor doctrina civilista es denominar Derecho civil estatal al antaño llamado común y Derecho civil autonómico al que, con causa en el foral, procede de los legisladores autonómicos, me separo voluntariamente de dichas denominaciones. Por un lado, no puede obviarse que es tan estatal el Derecho civil procedente de las Cortes españolas como el Autonómico, de modo que estatal no me parece el mejor adjetivo como contrapuesto de autonómico, siendo más acertado a mi modo de ver central por cuando estatales son ambos, pero uno procede del órgano central del Estado y el otro del órgano autonómico en un territorio de Derecho foral; y en tanto el central tiene un valor supletorio general (Art. 149. 3 CE), y es común a todos los Derecho civiles de España en ciertas materias (Art. 149.1.8 CE), tal vez el adjetivo común sea todavía hoy el más elocuente (pues además suaviza espacialmente, ya que central admito que puede tener connotaciones centralistas que no comparto y que todavía generan rechazo). Por otra parte, el Derecho civil del Estado central, antes llamado común, sólo rige totalmente en una parte del territorio que coincide con el Reino de Castilla antes de la unificación de las Españas. Aunque en su versión hoy vigente es evidente que procede de un órgano nacional del Estado común a las Españas, lo cierto es que siempre ha hundido sus raíces en el Derecho de Castilla. Por ello, la denominación de castellano me parece la más adecuada, pues es la más respetuosa con los otros Derecho civiles (igual de españoles que el castellano, aunque sean forales y no comunes), y la más fiel a la plurinacionalidad en que se apoya la pluralidad de Derechos civiles del actual Estado (Art. 2 de la Constitución).

Aunque este planteamiento y estas denominaciones se apartan de las generalmente aceptadas, ruego se me admitan por las consideraciones anteriores, aunque no las usen otros; y ruego baste lo dicho como exposición de mis motivos, seguramente equivocados, y que estaré encantado de cambiar si alguien me intenta convencer de lo contrario.

[51] En certeras palabras de Delgado y Serrano «como la presunción de privaticidad se ha formulado en términos bastante estrictos, serán muchos los casos en los que, al no poder operar o simplemente por preferir no acudir a ella, seguirá siendo precisa la intervención del otro para acreditar

embargo, a diferencia de lo que sucede con la confesión contemplada en el Derecho castellano (Art. 1324 CC), el reconocimiento que puede hacer el cónyuge no titular en el Derecho de Aragón perjudica a herederos forzosos (quienes no podrán prescindir de dicha confesión, sino que deberán impugnarla).

En efecto, en el Derecho de Castilla (común) el titular de los derechos lo es sin límite de ningún tipo a su poder de disposición (Art. 95 RH), pero estando claros los efectos de la confesión (Art. 1324 CC que no perjudica a herederos forzosos ni acreedores): fallecido el confesante, no podrá disponer de los bienes sin el consentimiento de los herederos forzosos (Art. 95.4 RH). Por ello, Garcia García recomienda hacer constar dicha limitación en la inscripción que se extienda a favor del cónyuge beneficiado por la confesión «para poder calificar después en caso de quedar viudo el consentimiento de los herederos forzosos para los actos de disposición»[52].

La constancia del origen de la privatividad en la confesión, tiene también gran importancia en el caso de que se impugne la misma. En efecto, si algún acreedor impugnase el reconocimiento del cónyuge, es dudoso que el adquirente del cónyuge que pasó a ser titular registral (es decir, el tercero subadquirente del mismo) pueda alegar la condición de tercero del Art. 34 LH: la causa de resolución de su derecho (la confesión impugnable, Art. 1324 CC) sí que constaría, de seguirse la práctica que recomienda García García en el propio Registro. Es más, si seguimos la teoría según la cual el tercero protegido por los Arts. 1295 y 1298 CC frente al ejercicio de la acción pauliana no es el tercero respecto del crédito defraudado- adquirente, sino el subadquirente; y si consideramos con cierta doctrina que el Art. 1324 CC debe aplicarse teniendo por no hecha la confesión, el que se consideraba sub-adquirente puede pasar a ser adquirente y no estará protegido por el Art. 34 LH[53].

A diferencia de este régimen, en el Derecho de Aragón no será aplicable el régimen del Art. 95 del RH en lo relativo a la necesidad de recabar el consentimiento de los herederos para disponer del bien fallecido el confesante, pues aunque la confesión perjudica a los herederos forzosos, éstos deberán impugnarla sin que sea de aplicación el Art. 95 del RH en el límite dispositivo que determina el mismo. Un límite, el del Reglamento Hipotecario, que procura superar

---

la subrogación real y la condición privativa del bien» (Delgado Echeverría, J. y Serrano García, J. A., «Los bienes de los cónyuges» en *Manual de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón 2012, p. 365.

[52] García García, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Cizur menor 2011, p. 262, nota 210.

[53] He analizado más ampliamente el problema de las acciones de reintegración en relación con la privatividad en «Concurso de persona física casada y Registro de la Propiedad» en *Anuario de Derecho Concursal*, 22, Enero, 2011, pp. 177-206.

el Artículo 214 del Código de Derecho Foral de Aragón respecto del régimen de consorcio conyugal, a cuyo tenor

> «*Se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad. La titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho*».

Sin embargo, como puede observarse, sí que se ve afectada la titularidad por el ejercicio de acciones que pueden corresponder a los acreedores y a legitimarios: o lo que es lo mismo, para el caso de impugnación del reconocimiento, los terceros se encuentran en las mismas condiciones. ¿Qué pasaría entonces si dichos bienes se inscribiesen a nombre del beneficiario del reconocimiento, sin hacer constar que son privativos «por reconocimiento»[54]? El tercero confiaría en que el titular puede transmitirle sin límite alguno. Sin embargo, en tanto el Art. 214 CDFA señala que la titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada *«sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho»,* el dato de que dichos bienes son privativos por reconocimiento y no por otro título nos importa, pues convierte la adquisición en impugnable por causas que constan en el propio Registro. Ello haría recomendable reflejar en el acta de inscripción que la adquisición es privativa «por reconocimiento de su consorte conforme al Art. 214 del Código de Derecho Foral de Aragón»[55]. Y no tanto por que importe a efectos de calificación de actos dispositivos posteriores a la muerte del confesante (que es lo que hace relevante el dato en el Derecho castellano, dada la aplicación del Art. 95.3 RH), sino porque importa a terceros, que han de saber que la adquisición no es pacífica sino sujeta a las impugnaciones de acreedores y herederos forzosos conforme al Art. 214.3 CDFA. Y porque, en todo caso, la causa de la impugnación de la titularidad del adquirente y de potenciales subadquirentes sí que consta tácitamente en el Registro, lo cual les priva de la condición de terceros protegidos por el Artículo 34 LH.

5. El derecho de abolorio

El Art. 588 CDFA regula el derecho de abolorio como

> «*derecho de adquisición preferente, ejercitable como tanteo y, subsidiariamente, como retracto, que la ley concede a determinados parientes de quien pretenda enajenar o enajene*

---

[54] Como es práctica habitual.

[55] En línea con lo defendido respecto de la confesión del Art. 1324 CC por García García (*Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Cizur menor 2011, p. 262, nota 210).

bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes».

Dicho derecho se reconoce sobre determinados bienes[56] (Art. 589, que solo contempla el caso de los bienes ubicados en Aragón[57]), a favor de determinadas personas y ejercitable en dos fases: el de tanteo y el de retracto. Para el primero, se contemplan una serie de notificaciones de la intención de enajenar. Verificada la enajenación, o cuando la notificación relativa a la misma fue incompleta o incorrecta (Art. 594.4 CDFA), se posibilita el ejercicio del derecho en fase de retracto, fijándose como plazo el de 30 días si la notificación fue correcta o el de 90 días si ésta faltó o fue incompleta o incorrecta. Para el caso de faltar la notificación, el Art. 594. b) CDFA adopta la discutible técnica de establecer el *dies a quo* de la caducidad del plazo de ejercicio del derecho de abolorio en el día en que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación y sus condiciones «*bien a través de los medios de información*[58] *previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio*». La regla no fija el *dies a quo* en la inscripción (como hace el Art. 1524 CC para el retracto de comuneros y colindantes, y como hacía el Art. 150 de la Compilación), sino sólo en el conocimiento de la transmisión y sus condiciones esenciales. Al respecto indica López Azcona que

---

[56] El precepto habla de bienes de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos. El Diccionario de la lengua española considera edificio a toda «Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos» (http://lema.rae.es/drae/?val=edificio). Ello permitiría incluir edificios con todo tipo de usos, habitacionales o industriales. Pero es evidente que excluye a los solares y parcelas urbanas sin edificio. A decir de López Azcona «no todos los bienes inmuebles están sujetos… con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho» (López Azcona, A., «El derecho de abolorio». en *Manual de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012, p. 721). «Entonces si no distinguimos donde la ley no distingue, edificio o parte de él será todo aquello que incorporado de forma fija permanente e inseparable al suelo tenga cualquier destino. Debemos considerar incluida cualquier tipo de edificación o parte de ella, es decir, un piso, un local de negocio, un trastero, un garaje, un pajar, una chalet, una nave agrícola, ganadera o industrial, y cualquier tipo de edificio en general» (Mazana Puyol, J., «El elemento objetivo del derecho de abolorio: sobre qué bienes recae. Análisis del artículo 53 de la Ley de Derecho Civil patrimonial de Aragón», *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 123-130, p. 127).

[57] En consecuencia, «se producirán situaciones de no aforados con bienes sitos en Aragón sobre los que podrá nacer el derecho de abolorio» (Mazana Puyol, J., El elemento objetivo… *Ob. Cit.,* 2011, p. 127).

[58] La información sobre el contenido de los libros del Registro de la Propiedad inmueble «*tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación*» (Art. 222 LH). Sin embargo, en el caso de pretender conocer si existe una transmisión sujeta a abolorio, la nota simple no vale. En efecto, la misma sólo informa de la situación de titularidad y cargas de la finca actualmente, en el momento de la expedición. No informa de los asientos cancelados ni de las titularidades anteriores. Siendo el derecho de abolorio un derecho que se ejercita sobre bienes pertenecientes a una familia durante dos generaciones (Art. 589 CDFA) interesan las transmisiones anteriores, lo cual nos obligaría a pedir certificación (Art. 232, 233 LH).

> «esta opción en principio parece adecuada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza necesariamente el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio, pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento»[59].

Es evidente que la mera inscripción no garantiza el conocimiento. También es evidente que el conocimiento es de difícil prueba en los casos de transmisiones no inscritas. Pero cuando las transmisiones se inscriben, de la expedición de información (especialmente si es por medio de certificación) a favor del titular del abolorio queda constancia en el asiento de presentación que en su caso se haya extendido (Art. 416 RH[60]) y es un dato cierto que debería ser bastante para tener por *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho. En el resto de supuestos, es evidente que se genera una situación insegura por la dificultad probatoria.

Además, en mi opinión, el precepto presenta otros defectos:

Lo primero que cabría pensar es ¿de qué informará el Registro, si el derecho de abolorio no se trata expresamente como carga[61]? De una simple transmisión operada, de que la misma no se hizo a favor de los titulares del derecho de abolorio y en su caso de que el bien ha permanecido dos generaciones seguidas en manos de la familia del enajenante (Art. 589 CDFA). Ahora bien, el derecho de abolorio como tal no se dará pues es un derecho legal y no se reflejará en la inscripción (tal y como hemos señalado al tratar del consorcio).

Por otra parte, es evidente que al hacer depender el ejercicio del derecho del conocimiento posterior (no se sabe cuándo) del retrayente, se convierte la adquisición en retraíble durante dos años (Art. 594.5 CDFA). Ello invita a dos reflexiones: primero, habría que plantearse la necesidad de hacer constar esta circunstancia como carga en términos parecidos a como se hace constar la limitación de efectos de la fe pública registral conforme al Art. 28 y 207 LH, pues es un dato que interesa a terceros, ya que nos encontramos ante una causa de resolución que es legal y constituye una excepción a la fe pública registral (Art. 37.3º LH), pero que además resulta de los asientos del Registro (pues se saben los

---

[59] López Azcona, A., «El derecho de abolorio». *Ob cit*, 2012, p. 725.

[60] El Art. 416 RH no exige para todos los casos de expedición de certificaciones del Registro a favor de los particulares la extensión de asiento de presentación. Sin embargo, la práctica habitual es la extensión de dicho asiento, lo cual es lo más seguro, como he defendido en otro lugar al comentar los Artt. 223 a 237 de la Ley Hipotecaria AA.VV. (Domínguez Luelmo, A., Dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Lex Nova. Valladolid 2013, pp. 1150 y 1175.

[61] En efecto, sujeto un bien al derecho de abolorio, el único dato que dará el Registro será la titularidad en la misma familia durante dos generaciones seguidas anteriores a la del titular actual. Sin embargo no dirá expresamente que se trata de un bien sujeto al derecho, pues éste es una carga legal y no negocial.

pormenores determinantes del derecho de abolorio consultando las inscripciones), pero no se expresa la limitación propiamente como tal, lo cual puede generar inseguridad.

Y segundo, ¿por qué no establecer que la correcta realización de la notificación sea un requisito para la inscripción de la transmisión afectada por el abolorio en el Registro en términos similares a los previstos por el Art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el retracto arrendaticio[62]? Ello haría que se ganase en seguridad. Al fin y al cabo, la calificación registral procura que las inscripciones sean inimpugnables por haberse contado con todos los consentimientos relevantes[63] a la hora de transmitirse un determinado derecho real[64]. Y permitir la adquisición de un bien retraíble por abolorio sin la purga previa que se podría lograr con la exigencia de la notificación constituye la innecesaria inscripción de un acto impugnable y conlleva que en las adquisiciones sujetas a abolorio no rija la protección derivada de la regla de fe pública registral (Art. 34 LH) durante los dos años durante los que es posible el ejercicio del derecho (Art. 594.5 CDFA)[65].

Frente a este problema, una posible solución legal, sería:

1º Reflejar como carga el derecho de abolorio en la inscripción (aunque la ley no obligue a ello) al momento de acceder al Registro una adquisición por un familiar vinculado en más de dos grados de parentesco en línea recta con los titulares anteriores.

---

[62] El Art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que «*Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público*».

[63] Guilarte y Raga señalan que la calificación registral procura la protección de los afectados por la inscripción, incluidos los terceros no solicitantes de la inscripción solicitada (cfr. Guilarte Gutiérrez, V., Raga Sastre, N., *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica,* Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 93 y ss). Desde el análisis económico, destaca Arruñada que la aplicación de la regla de propiedad (protección real del adquirente ex Art. 34 LH): cfr. Arruñada, B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los Registros públicos,* Civitas, Cizur menor, 2013. Especialmente pp. 73 y ss.

[64] Transmitido el derecho y habiendo dado oportunidad de pronunciarse a los titulares de derechos que puedan perjudicar la adquisición, los derechos no se extinguen y aún tienen efecto legal contra tercero (cfr. Art. 37.3 LH) en tanto como señala el Tribunal Supremo hay un juego autónomo, respecto del Registro, de dichos derechos pues su efecto es legal y no supeditado a la inscripción (STS, Sala 1ª, de 27 de Septiembre de 1992, referida al retracto arrendaticio). Pero siendo ello cierto, al hacerse notificaciones, se coloca al titular del derecho en una situación en la que su derecho no será un obstáculo: pues la recepción de la notificación es *dies a quo* de la caducidad de su derecho.

[65] Frente al requisito de la notificación se podría objetar que, a diferencia de lo que ocurre en el retracto arrendaticio, aquí no estamos ante un titular del derecho al que haya que notificar, sino ante un gran número de titulares (Art. 590 CDFA). López Azcona considera la notificación como «sumamente complicada», y afirma que «constituiría una evidente traba para el tráfico jurídico». Cfr. López Azcona, A., *El derecho de abolorio.* Colegio de Registradores, Madrid, 2007, p. 843.

2º Constatado el derecho de abolorio[66], exigir como requisito previo para las transmisiones posteriores la notificación a los titulares del derecho de abolorio.

Otra posible solución, sería supeditar la eficacia frente a terceros del derecho de abolorio a su constancia registral (es decir, someterlo al Art. 32 LH, privándole expresamente por ley del privilegio del Art. 37.3 LH), de modo que si por el titular o titulares no se optase por pedir el reflejo registral del derecho, éste no tenga efectos contra terceros. Este es el régimen a que ha quedado reducida la legítima en Cataluña y Galicia, si bien es cierto que privando al derecho de su carácter real (cfr. 451-15 del Código Civil de Cataluña y el artículo 249.3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia)[67]; y es el régimen al que somete la Ley Hipotecaria, por ejemplo, a las reservas hereditarias: si el titular de la reserva no garantiza su derecho mediante la constitución de la hipoteca legal a la que tiene derecho (Art. 168. 2º, y 184 a 189 LH), no cabrá exigir su consentimiento ni tampoco podrá alegar su derecho frente al tercero protegido, pues pudo[68] hacerlo constar y no quiso.

En tanto la ley no exige ni tal tratamiento ni tal notificación[69], creo que se debería (en aras de la seguridad, y en términos similares a lo que ya se hace en los casos de los Arts. 28 y 207 LH), hacer constar como carga de cara a los terceros (el adquirente por la transmisión retrotraíble, pero también los posteriores[70]) el derecho de abolorio, pues en otro caso adquirían el bien como libre cuando la causa de resolución del derecho de su transmitente es legal y constan en el Registro los presupuestos legales de aplicación de la misma (aunque sin mencionarla como tal).

---

66 Creo que, a diferencia con lo que ocurre con el retracto arrendaticio, la constancia debe ser expresa, pues no todas las fincas son potencialmente arrendables, pero el derecho de abolorio sólo cabe en determinados casos. Si se va a exigir la notificación, las partes deben saber *ex ante* que se les va a exigir la notificación. A diferencia de lo que ocurre en los arrendamientos (la finca puede estar arrendada o no, y no se sabe por tanto si procede el derecho de retracto a que da lugar al arrendamiento), en el caso del derecho de abolorio, se sabe que el mismo ha nacido y sería más seguro hacerlo constar expresamente.

67 Sobre este tema he tratado más ampliamente en el trabajo «La modernización foral del derecho de sucesiones: la nueva configuración de la legítima y el papel del Registro de la Propiedad» en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España,* número 170, 2010, núm. 188, marzo, 2012.

68 En los casos en que no pudo, como es el del ausente a cuyo favor se reservan los bienes hasta la declaración de fallecimiento (Art. 191 CC), la constancia del derecho se lleva a cabo por el Registrador (Art. 89. 2 RH), excepción que confirma la regla.

69 Y tal vez no se deba exigir la notificación, pues en efecto podría ser un engorro para el tráfico jurídico. Pero lo que no puede es llamarse a engaño a los terceros adquirentes posteriores, y la constancia como carga no se debería evitar.

70 Pues frente a «uno o varios subadquirentes también será ejercitable el derecho de retracto» (López Azcona, A., *El derecho de abolorio… Ob. Cit.*, p. 842).

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA DEL RÉGIMEN LEGAL DE TRATAMIENTO REGISTRAL DE LAS INSTITUCIONES ARAGONESAS

Como se puede observar repasando el tratamiento registral y los efectos que generan frente a terceros las instituciones analizadas, las mismas constituyen casos en los que el Derecho aragonés se aplica en condiciones problemáticas para la seguridad del tráfico en tanto las cargas y limitaciones al poder de disposición de los bienes inscritos pueden afectar a terceros que, aun pudiendo conocer las mismas con un dominio normal del Derecho aragonés, no tengan en cuenta sus previsiones. Ello ocurrirá especialmente cuando se trate de bienes situados fuera de Aragón, pero a los que afecte el derecho expectante o el consorcio, pues la ubicación de los bienes fuera del territorio hará que no siempre se tengan presentes las leyes aragonesas. Frente al problema que ello puede constituir, lo mejor sería dar a las limitaciones y cargas propias del Derecho civil aragonés un reflejo registral expreso. El problema es que la ley no obliga a hacer tal cosa (vistos los Arts. 6 CC y 9 LH), conformándose con el reflejo de los hechos determinantes de la aplicación de la ley: el principal problema, por tanto, lo tiene el sistema registral, el legislador central, y no el autonómico. Sin embargo, el legislador autonómico puede «jugar» su propio papel en el problema. A este respecto, el precedente creado por las leyes fiscales (que obligan a reflejar la afección de los bienes al cumplimiento de las obligaciones a que los mismos puedan estar sujetos por las deudas generadas por impuestos), por las normas relativas a las viviendas de protección oficial (cfr. artículos 5, 6 y 7 RD 2066/2008 de 12 de diciembre), o por la legislación sobre el Suelo (cfr. Art. 51 del Texto Refundido de Ley del Suelo[71]) podrían llevarnos a postular que el Código de Derecho Foral de Aragón

---

[71] El Art. 51.2 dispone que «en *todo caso, en la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2. La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de esta anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.*» Es decir: aunque la legalidad urbanística surte efectos frente a terceros ex lege, sin necesidad del Registro, se articula una publicidad registral. La misma es mera publicidad noticia, pero se establece en beneficio de la seguridad de los adquirentes, hasta el punto de que si faltase la misma, se hace a la Administración responsable de los daños que se hayan podido causar a los terceros adquirentes por la falta de la publicidad.

La Exposición de Motivos del Real Decreto 8/2011 del que procede la redacción de dicho párrafo en la Ley del Suelo, dice que «*se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a*

determinase que las limitaciones al dominio derivadas de las instituciones civiles aragonesas se hagan constar expresamente como carga en la inscripción del derecho que quede sujeto a dicha limitación. Ello haría encajar mejor los derechos subjetivos reales derivados de las instituciones civiles aragonesas en nuestro sistema de derechos reales, daría un tratamiento más acorde a la naturaleza de dichos derechos[72], y sobre todo facilitaría el desenvolvimiento del Derecho civil aragonés en el contexto impersonal en que está llamado a regir.

Por otra parte, la regulación de los bienes privativos por reconocimiento en el consorcio conyugal contenida en el Art. 214 CDFA, si bien es cierto que supera al Derecho castellano en la precisión técnica de su regulación (con una más precisa clarificación sobre el valor y efectos del reconocimiento), no lo es menos que podría decirse que tiene una laguna en el hecho de no precisarse cómo se hará constar la titularidad registral de dichos bienes y si los efectos de la impugnación del reconocimiento se deben hacer constar o no. Una clarificación en esta materia sería muy conveniente, en la medida en que el Art. 95 RH está pensado para los bienes privativos y para la aplicación del Art. 1324 CC. A falta de la misma, hay que postular que se haga constar la diferencia entre bienes privativos por prueba y privativos por reconocimiento, en términos similares a lo previsto en el Derecho civil común (central) para los bienes privativos por confesión. Una constancia que no siempre se lleva a cabo ni siempre se exige (dada la falta de una norma como el Art. 95 RH para el consorcio conyugal), pero que ahorraría muchos problemas a terceros sub-adquirentes del derecho privativo por reconocimiento, quienes pueden ver que el derecho de su transmitente decae y se impugna su adquisición sin que puedan alegar la condición de terceros hipotecarios pues la causa de la impugnación consta en el Registro (aunque no se exprese como tal).

---

causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción. Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe».

Por tanto, con la intención de proteger a los terceros inversores en inmuebles, se impone la publicidad noticia y se reconoce el derecho a una indemnización para los perjudicados por la falta de la misma. Las medidas de restablecimiento de la legalidad surten efecto por ley, no por el Registro. Pero se reconoce la importancia del mismo a la hora de proporcionar una información más completa.

Con la misma ratio, cabría defender la necesidad de que las cargas que afectan a las fincas por ley se reflejasen en el Registro para ofrecer una información más completa sobre los derechos inscritos que son objeto de potenciales contratos.

[72] Como hemos señalado más arriba, el tratamiento registral del expectante más bien parece el de una expectativa del derecho que de un derecho, lo cual choca con el hecho de que el derecho de viudedad tenga como causa eficiente el matrimonio.

Finalmente, el derecho de abolorio es una institución cuyo tratamiento en orden a su publicidad frente a terceros es (comparada con otros derechos de preferente adquisición como los arrendaticios) profundamente desafortunada: se permite la inscripción de la transmisión retraíble, constando en el Registro las circunstancias determinantes del derecho de abolorio, dejando la misma sujeta al ejercicio de dicho derecho, en lugar de llevar a cabo la purga previa con las notificaciones oportunas. El adecuado reflejo registral y la notificación en los términos previstos por las leyes de arrendamientos, facilitarían considerablemente la operatividad de esta institución sin causar sorpresas y perjuicios a los terceros.

En todos los casos indicados, el reflejo registral adecuado (del que carecemos en la actualidad) permitiría una aplicación más clara del Derecho de Aragón, dentro y fuera del territorio, de forma más acorde a las exigencias de la seguridad del tráfico y aminorando de algún modo[73] las drásticas consecuencias (criticadas por cierta doctrina) del implacable Art. 6 CC.

[73] Y mientras el legislador central no lo remedie como en mi modesta opinión debería con una reforma de los Arts. 9 LH y 51 RH.

NOTAS
Y
CUESTIONES PRÁCTICAS*

NOTES
Y
*PRACTICAL ISSUES**

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

LA LEGISLACIÓN SOBRE PAREJAS DE HECHO TRAS LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 81/2013, DE 11 DE ABRIL Y 93/2013, DE 23 DE ABRIL

THE LEGISLATION ON NON-MARRIED COUPLES FOLLOWING THE RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT 81/2013, 11 APRIL, AND 93/2013, 23 APRIL

Alfredo Sánchez-Rubio García
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

1. ANTECEDENTES

Aunque estas uniones han existido siempre, es en los últimos años cuando se ha asentado el reconocimiento como normal de la convivencia sin vínculo matrimonial, fórmula ampliamente aceptada por la sociedad que los legisladores han creído necesario regular, y lo han hecho partiendo de la idea central del matrimonio como referente de toda convivencia en pareja, al que pretenden asimilar o aproximar la convivencia no matrimonial; incluso la calificación *more uxorio* que se adjudica a este tipo de convivencia es reveladora de la *contemplatio matrimonii* que preside el tratamiento legal de las parejas de hecho.

En esta materia hay que tener presente la tradición confesional de la sociedad y del poder político en España, donde Felipe II concedió al capítulo *Tametsi* de la Sesión XXIV del Concilio de Trento el carácter de Ley del Estado, por Real Cédula de 12 de julio de 1564, imponiendo el matrimonio religioso como único válido, lo que permite explicar que las uniones no bendecidas con el sacramento no solo fueran proscritas por la Iglesia Católica, sino repudiadas por la sociedad y hasta sancionadas penalmente en algún periodo histórico. Cuando, tras la Revolución de 1868, se promulga la Ley Provisional de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870, que estableció el matrimonio civil como el *«único reconocido que habrá de cele-*

brarse por todos los españoles que deseen contraer el vínculo», los católicos más fervientes seguidores de la disciplina eclesial se negaron a repetir la ceremonia religiosa ante la autoridad civil, pese a que en un primer momento los hijos habidos en el seno de matrimonio celebrado únicamente en forma canónica eran considerados ilegítimos. Es explicable que esa sociedad haya rechazado en todo momento la convivencia sin vínculo matrimonial, para la que reservaba además denominaciones cargadas de reprobación *(lío, apaño, amancebamiento, barraganería, concubinato … etc.)* y nada más lejos de la intención de los legisladores que regular en derecho estas situaciones.

Proclamado en el art. 3º de la Constitución de la Segunda República de 9 de diciembre de 1931 que el Estado no tenía religión oficial, y en su art. 43 que el matrimonio podría disolverse por divorcio, solo once días más tarde, el Episcopado español hizo pública una declaración colectiva proclamando que *«el matrimonio es padre y no hijo de la sociedad civil»,* reclamando *«el máximo respeto a la condición de sacramento del matrimonio cristiano»* y afirmando que *«toda pretensión del legislador a regir el mismo vínculo conyugal de los bautizados implica arrogarse el derecho de decidir si una cosa es sacramento, ello contraría la ordenación de Dios y constituye una inicua invasión en la soberanía espiritual de la Iglesia, que en virtud de la Ley Divina y por la naturaleza misma del matrimonio cristiano a ella corresponde exclusivamente»;* finalmente, lanzaba el anatema sobre *«quienes prescindiendo del matrimonio canónico, y sólo cumplidas las formalidades legales osaren vivir como cónyuges, faltarán gravísimamente a su conciencia de católicos, quedando excluidos de los actos legítimos eclesiásticos y privados de sepultura sagrada, si antes de morir, no dieran señales de penitencia»*[1], lo que no impidió la promulgación de la Ley de matrimonio civil y divorcio de 28 de junio de 1932, cuyo art. 1º disponía que *«A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil…».*

Visto el estado de la cuestión en aquellas fechas, es evidente que durante los cuarenta años siguientes a la guerra civil a nadie se le ocurriera regular en España la convivencia de hecho, y a buen seguro que, unos por convicción y otros por no disgustar a una buena parte de la sociedad que, aunque más progresista en algunos aspectos, seguía considerando que lo decente es casarse, ninguno de los gobiernos que se han sucedido tras la restauración democrática ha iniciado el trámite de un proyecto de ley estatal sobre parejas de hecho.

---

[1] Del Archivo Vidal y Barraquer, Francesc, arzobispo de Tarragona. *Época 30 octubre 1931 al 12 abril 1932.* Edición M. Batllori y V. M. Arbeloa. Monserrat 1975.

2. LAS PAREJAS DE HECHO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

El legislador estatal, o más bien los Gobiernos, que monopolizan de hecho la iniciativa legislativa, han olvidado –sin duda intencionadamente– regular las parejas de hecho, adoptando *de facto* una postura poco congruente con la función que institucionalmente les corresponde, actitud que se ha llegado a calificar de deslealtad constitucional, pues, como dice García Rubio, simplemente «se ha negado hasta ahora a darle un tratamiento legislativo sistemático e integral»[2].

El vacío legal ha propiciado que las Comunidades autónomas asuman la tarea de legislar sobre parejas de hecho, a partir de la doble premisa –discutible y discutida– de que las uniones de hecho necesitan ser reguladas por el derecho positivo y de que no son otra forma de matrimonio, dando lugar con ello a una variedad de normas legales elaboradas y aprobadas por los órganos legislativos autonómicos que, en algunos casos, carecen de competencia para ello. Salvo Castilla-León, Castilla La Mancha, La Rioja y Murcia, las restantes autonomías han promulgado leyes reguladoras de la convivencia de hecho, unas como ley independiente, otras incluyéndolas en sus códigos, como Aragón y Cataluña; otras, en fin, como una Disposición adicional de su Ley de Derecho civil, en el caso de Galicia. Las comunidades que no han promulgado ley de parejas han creado Registros de parejas de hecho, incluidas la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; registros creados también por centenares de municipios españoles[3], y en todas las normas que regulan tales registros –cualquiera que sea su rango y el órgano que las promulga– algún artículo enumera las condiciones requeridas para que una pareja pueda registrarse, entre las que es frecuente que la convivencia se haya iniciado un cierto tiempo atrás y que los convivientes no estén incursos en alguno de los *impedimentos* que todas ellas relacionan, por lo que en caso de estarlo no podrán inscribirse como pareja de hecho. En no pocos casos exigen que no esté sujeta a término o condición[4], lo que supone a todas luces una regulación –mínima, si se quiere, pero real, en cuanto exige sus requisitos constitutivos– de las parejas de hecho.

---

[2] García Rubio, María Paz, «Las uniones de hecho en España. Una visión juridica». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (AFDUAM) 10, 2006, p. 116.

[3] A título de ejemplo: San Sebastián de los Reyes, Segovia, Murcia, Castañares de Rioja, Vitoria, Jerez de la Frontera, Gijón, Ávila, Vigo, Oviedo, San Sebastián, Girona, Móstoles, Portugalete, Béjar, etc.

[4] A título de ejemplo, el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León, exige: a) ser mayores de edad o menores emancipados; b) no tener relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado; c) no estar ligados por vínculo matrimonial; d) no formar unión de hecho con otra persona y e) no estar incapacitados judicialmente.

Cuando las Comunidades autónomas legislan sobre los requisitos para constituir la pareja, sus efectos *inter partes*, las causas de extinción y los derechos y deberes de los convivientes mientras lo son y cuando dejan de de serlo, no faltan opiniones, como la de Bercovitz, que entienden que las leyes reguladoras de parejas estables no casadas «pretenden introducir una nueva clase de matrimonio, contraria a la única permitida por el art. 32 CE»[5]; y en el mismo sentido, el Voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo a la STC 47/1993, de 8 de febrero, se pregunta si es posible al mismo tiempo ser *cónyuge* y no serlo, porque si se pensase que la equiparación de las uniones de hecho *more uxorio* con las matrimoniales ha de serlo a todos los efectos, «en los beneficios pero también en los inconvenientes que se derivan de dicha situación jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente (art. 32 C.E.), ¿no estaremos, acaso, inventando otro matrimonio?» Por su parte, el Voto particular de los magistrados Aragón Reyes y Rodríguez Arribas a la STC 93/2013, de 23 de abril, argumenta que «Es notorio que la Constitución, en el momento de su aprobación en 1978, partía entonces de que el *matrimonio* era el único modo de dotar de efectos jurídicos a las uniones estables entre parejas; pero esa literalidad del art. 149.1.8 CE no impide entender que el término *matrimonio* que emplea el precepto constitucional ha de abarcar cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve, claro está, el *nomen iuris* de matrimonio (pero cumpla la misma función social de la institución matrimonial). Tal entendimiento del art. 149.1.8 CE se impone a la luz de la finalidad del precepto constitucional, que al atribuir en exclusiva al Estado la competencia sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, lo que persigue es que la regulación jurídica de las parejas estables (con la denominación de *matrimonio* u otra), sea igual para todos los españoles, lo que únicamente se consigue si el Estado es el competente para regular la institución de las parejas estables».

No obstante, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, por todas la 93/2013, de 23 de abril, entiende que matrimonio y pareja de hecho son «situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales» y que la Ley de parejas de hecho impugnada en el recurso que resuelve esta sentencia disciplina «un fenómeno social (la pareja estable), con el fin expresamente reconocido de eliminar las discriminaciones en función del grupo familiar del que se forme parte, con independencia de que tenga su origen en el matrimonio o en una unión afectiva análoga, pues, aparte de que se trata de una pretensión que se funda en el art. 39 y no en el art. 32 CE, tal pretensión se consigue articulando un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables, a las que,

---

[5] Bercovitz Rodríguez-Cano, R. «De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio». *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 1. Abril 2013, p. 44.

cumpliendo determinados requisitos, se otorga un concreto estatuto jurídico, compuesto de derechos y deberes, en ocasiones estatuidos *ex lege*». En suma, el TC entiende que las parejas de hecho no son otra forma de matrimonio y reconoce a las Comunidades Autónomas competencia para regularlas.

Sin embargo, a efectos competenciales es esencial distinguir, como hace Parra Lucán, que en la regulación de las parejas no casadas existen dos ámbitos diferenciados:

a) el de los efectos que se pueden reconocer a esta forma de convivencia frente al Estado y las Administraciones públicas, como son las prestaciones sociales, permisos de residencia, adquisición de la nacionalidad, beneficios fiscales, etc., y

b) los que se producen dentro del estricto marco del Derecho privado, unos frente a terceros con los que se relacionan los convivientes y otros entre ellos mismos, contándose entre los primeros los posibles derechos de un conviviente en la sucesión legal del otro o el derecho a seguir ocupando la vivienda común tras su muerte; y el derecho de alimentos, el derecho a la titularidad exclusiva o compartida de los bienes adquiridos durante la unión, o el de obtener del otro una indemnización o compensación por desequilibrio al término de la convivencia, entre los segundos[6].

Sin duda, cualquier comunidad autónoma puede promulgar normas que regulen la relación de la pareja de hecho en el ámbito del precedente apartado a), cuyo carácter es generalmente administrativo y, en todo caso, la sede adecuada para otorgar a la pareja el trato asimilado al matrimonio –que es lo usual en estos supuestos– deberá ser la ley o reglamento regulador de las prestaciones públicas, los derechos sociales o fiscales de que se trate; pero en el ámbito del apartado b) se trata de materias que forman parte integrante del Derecho civil y en consecuencia la competencia para legislar sobre ella está reservada al Estado por el art. 149.1.8ª CE, salvo la que conservan –y solo ellas– las comunidades donde existan derechos civiles forales o especiales que, a tenor del mismo precepto, son competentes para su conservación, modificación y desarrollo, por lo que las restantes carecen de competencia para promulgar leyes en materia de derecho civil.

La proliferación de leyes autonómicas y normas de inferior rango que, de forma directa o indirecta, pretenden regular las parejas de hecho y/o los registros donde se inscriben, hace necesarias normas para resolver los conflictos de leyes que puedan suscitarse entre las diferentes autonomías, lo que nunca ocu-

---

[6] Parra Lucán, Mª A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado*. Consejo General del Notariado, 2012. Tomo I, p. 290.

rriría si se rigieran por una ley estatal única. A este respecto, dice el art. 149.1.8 CE que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, regla interpretada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que no solo se aplica a los conflictos internacionales sino también a los internos, y así, la STC 156/1993, de 6 de mayo, entiende que esta materia es totalmente ajena a las competencias autonómicas, por lo que las disposiciones de las Comunidades Autónomas podrán, a lo sumo, reiterar lo establecido en la norma estatal en caso de que así lo exigiera la sistemática de la legislación. Por su parte, la STC 226/1993, de 8 de julio, señala que la Constitución reserva exclusivamente al Estado la competencia para promulgar las normas para resolver los conflictos de leyes y corresponde a las Cortes Generales establecer las normas de conflicto de leyes interregional «y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas», lo que en el caso que nos ocupa supone que la competencia exclusiva del Estado se extiende también a la regulación de la vecindad civil, punto de conexión determinante del sometimiento a los ordenamientos civiles internos en España. El derecho interregional es, según el art. 149.1.8ª CE y su interpretación por el Tribunal Constitucional, un sistema estatal y uniforme que no puede modificar la legislación de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, sentado cuanto antecede, no existe en nuestro ordenamiento estatal (Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, por remisión del art. 16.1) una norma específica aplicable a los conflictos de leyes sobre parejas de hecho y a pesar de que la STC 93/2013, de 23 de abril, tiene declarado que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas, y el legislador foral no puede invadir una materia que la Constitución reserva al Estado porque sería contrario al orden constitucional de distribución de competencias y al carácter indisponible de las mismas, las Comunidades Autónomas –salvo Aragón y Galicia– han incluido en sus leyes de parejas normas para resolver los conflictos interregionales que, salvo en algún caso contado, tampoco ha recurrido nadie por inconstitucionales, dando lugar a una proliferación de normas de conflicto de tal suerte que, como resalta Iriarte Ángel, una misma situación convivencial puede quedar sometida a distinta Ley autonómica sobre uniones de hecho dependiendo desde cuál de ellas se aborde la cuestión[7], añadiendo el mismo autor que «no es fácil determinar cuáles han sido las motivaciones que han orientado a los Parlamentos autonómicos en una dirección u otra», pudiendo encontrar hasta seis técnicas distintas para determinar el ámbito de aplicación de cada una de las disposiciones autonómicas[8].

---

[7] Iriarte Ángel, José Luis. «Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual» *Boletín JADO*. Bilbao. Año VII. Nº 18. Diciembre 2009, p. 83.

[8] «Tales técnicas son las siguientes: A) Vecindad civil propia de al menos uno de los convivientes. B) Que al menos uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la

3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PAREJAS DE HECHO

Dos sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Constitucional en 2013 han incidido de forma muy relevante en la legislación sobre parejas estables no casadas; se trata de la 81/2013, de 11 de abril y de la 93/2013, de 23 de abril. La primera resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por Auto de 7 de noviembre de 2003 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que antes de resolver el recurso del partido Familia y Vida contra el Decreto 134/2002, de 18 de julio, que aprobó el Registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, dictado al amparo de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 3, 4, 5, 8 y 9 de la citada Ley por posible vulneración de los arts. 149.1.8 y 149.1.18 CE.

La sentencia declaró inconstitucionales y nulos los arts. 4 y 5 de la Ley recurrida, sobre la base de que la regulación jurídico privada de las parejas de hecho «se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil», por lo que la Comunidad de Madrid –en el caso enjuiciado, y por la misma razón todas las que no tengan Derecho civil foral o especial propio– al regular legalmente esta materia «se sitúa extramuros de sus facultades legislativas, vulnerando las competencias del Estado».

En suma, la Comunidad Autónoma de Madrid carece de competencia para legislar sobre parejas de hecho, pero la sentencia no resuelve la situación en que quedan las restantes leyes de parejas de hecho promulgadas por los parlamentos de Comunidades Autónomas que no tienen Derecho foral y carecen, en consecuencia, de competencia para legislar en materia de derecho civil; leyes que, salvo la de la Comunidad Valenciana, no han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad aunque es patente que se han dictado vulnerando las competencias del Estado, igual que la Ley de la Asamblea de Madrid anulada por el TC[9].

Comunidad Autónoma y además se inscriba la unión en el Registro habilitado al efecto. C) Inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho, al que se podrá acceder cuando al menos uno de los integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma. D) Vecindad civil propia de al menos uno de los dos convivientes e inscripción en el Registro de Parejas Estables de la Comunidad. E) Que ambos miembros de la unión de hecho estén empadronados en un concejo de la autonomía. F) Que al menos uno de los convivientes tenga residencia habitual en uno de los municipios de la Comunidad Autónoma y que ninguno de los miembros de la pareja esté inscrito en un Registro de Parejas de hecho ajeno a dicha Comunidad». Iriarte Ángel, José Luis. «Conflictos de Leyes internos....» cit. p. 82.

[9] La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad de Andalucía;

En segundo lugar, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, recayó en Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000 planteado en relación con la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Su fallo decide:

«1.º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en su virtud:

Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso "hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que" y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso "y el transcurso del año de convivencia"; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso "respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles", y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, con el alcance determinado en el fundamento jurídico 14.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás».

La Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables objeto del recurso, publicada en el B.O. de Navarra de 7 de julio de 2000 y en el BOE de 6 de septiembre de 2000, consta de un Preámbulo y trece artículos de los que únicamente quedaron intactos los arts. 1, 8, 10 y 13, cuatro anulados totalmente y el resto parcialmente. Se trata, en suma de una severa rectificación de la Ley por su inconstitucionalidad en los puntos citados –en ningún caso por falta de competencia legislativa, porque Navarra es territorio foral– entendiendo Bercovitz que «en esta Sentencia el Tribunal afronta plenamente el problema que plantea la constitucionalidad de las leyes autonómicas sobre parejas o uniones estables o de hecho. Cierto que la misma se refiere únicamente a la Ley navarra sobre la materia, pero la doctrina que sienta al respecto es aplicable en sus aspectos fundamentales a las demás leyes reguladoras de la misma»[10].

---

la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias y la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, fueron promulgadas y no recurridas pero, en la medida que algunos de sus preceptos regulan relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la unión de hecho, invaden competencia estatal por regular materia propia del Derecho civil. La Ley de las Cortes Valencianas 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, fue recurrida por el Presidente del Gobierno dando origen al Recurso de inconstitucionalidad 9888-2007, actualmente en trámite.

[10] Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables,* CCJC 94, enero-abril 2014, p. 217.

De especial relevancia, el Fundamento Jurídico octavo de la sentencia resume el estado de la cuestión sobre toda la legislación autonómica en materia de parejas de hecho, al entender que «La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en *unión de derecho* una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones» y, en referencia a tales límites, señala que «el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio».

Sobre esta base, escaso podrá ser el contenido no paccionado del régimen de las parejas de hecho, y con tal apoyo argumental la sentencia declara inconstitucional y nulo el art. 2.2 párrafo primero de la Ley recurrida, concretamente el inciso *hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que* y el párrafo segundo, por entender que no respetan el derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE, de suerte que «únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del art. 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable». En la regulación de la convivencia de las parejas, dispone la sentencia comentada que «el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE, de manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja», salvo cuando se trata de la tutela de derechos fundamentales de sus componentes, o de uno de ellos, en cuyo caso habrá que ponderar los intereses en juego «de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable».

La expuesta es la doctrina constitucional en la materia y sin lugar a dudas la legislación ordinaria debe interpretarse de acuerdo con ella, aunque no falten razonables críticas como la de Martín Casals, pues en su opinión el juicio de inconstitucionalidad resulta infundado en algunos casos, y fruto del manejo de una *concepción impropia de norma imperativa,* ya que, «en resumidas cuentas, con independencia de si la pareja se ha constituido mediante una declaración de

voluntad formalizada o por simple convivencia, se declara la inconstitucionalidad no sólo de las normas imperativas, sino también de las que en buena técnica jurídica son consideradas dispositivas, y que aquí se consideran también imperativas por el hecho de resultar aplicables en defecto de pacto en contra de las partes, ya que las únicas normas que no conculcarían la autonomía de la voluntad fundada en el art. 10.1 CE serían aquellas cuya aplicación dependa de que lo soliciten previamente las partes»[11].

4. LAS LEYES NO RECURRIDAS, PERO CONTRARIAS A LA DOCTRINA DE LAS STC 81/2013, DE 11 DE ABRIL Y 93/2013, DE 23 DE ABRIL. DERECHO ARAGONÉS DE PAREJAS ESTABLES NO CASADAS.

Hemos visto que la normativa de naturaleza civil de las leyes reguladoras del régimen jurídico de las parejas de hecho promulgadas por las comunidades autónomas que carecen de competencia para legislar en materia civil siguen formalmente vigentes, excepto la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, cuyos arts. 4 y 5 fueron declarados inconstitucionales y anulados por STC 81/2013, de 11 de abril, porque las leyes de parejas de hecho de Andalucía, Extremadura, Cantabria, Asturias y Canarias fueron promulgadas regularmente y no recurridas en plazo por parte legítima ante el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, todas las leyes autonómicas en la materia incluyen entre sus primeros artículos uno que enumera los requisitos para que una pareja sea considerada como tal objeto de regulación por sus normas, y con alguna diferencia puntual todas disponen que tienen este carácter, además de las constituidas de forma expresa, aquellas que tengan descendencia común, o acrediten la convivencia durante un cierto periodo de tiempo. No solo la sentencia que nos ocupa, sino opiniones que se muestran críticas con ella, como la de Martín Casals, estiman aceptable que, «dentro del marco de regulación que establece el legislador navarro, el Alto Tribunal considerara que el art. 5.4 conculca el art. 10.1 CE por no respetar la autonomía de la voluntad en los supuestos de parejas constituidas por la mera convivencia, ya que en estos casos no existe una voluntad declarada de asumir los efectos que prevé la ley y, además, se trata de efectos que no pueden excluirse porque tienen carácter imperativo»[12]; y otro tanto puede decirse del régimen jurídico de la pareja de hecho durante la convivencia y al tiempo de su extinción, en el que las diferentes leyes autonómicas contienen

---

[11] Martín Casals, Miquel, «El derecho a la "convivencia anómica en pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23.4.2013». InDret 3/2013, Barcelona, julio 2013, p. 34.

[12] Martín Casals, Miquel, «El derecho a la "convivencia anómica en pareja"...» cit. p. 32.

preceptos similares –a veces idénticos– a los declarados inconstitucionales por la STC 193/2013 y, en consecuencia, anulados, siendo su máximo exponente, la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, redactada por el artículo único de la Ley del Parlamento de Galicia 10/2007, 28 junio, del tenor literal siguiente: «A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que *se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges*» (lo resaltado es añadido).

En el caso concreto de Aragón, se trata de una comunidad con derecho foral propio y, por ello, competente para legislar sobre parejas de hecho, por lo que no le alcanza en ningún caso la sentencia que anuló por inconstitucional la Ley de parejas de la Asamblea de Madrid, que solo podrá entenderse extensible a las comunidades carentes de derecho foral, pero contrastando la regulación del CDFA con los preceptos de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se puede advertir la similitud –a veces identidad–entre muchos de ellos y los de la Ley foral navarra que han sido declarados inconstitucionales y anulados por la STC Pleno 93/2013, de 23 de abril.

La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, introdujo la primera regulación aragonesa, que fue refundida en el vigente Código del Derecho Foral de Aragón en virtud del decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, quedando su normativa ubicada en el Título VI del Libro Segundo, arts. 303 a 315, bajo la rúbrica «De las parejas estables no casadas», en la que se hizo uso de la facultad legalmente prevista de regularizar, aclarar y armonizar el texto de la Ley refundida.

En términos muy similares a todas las leyes de parejas, la normativa aragonesa formula en el art. 303 CDFA el concepto de pareja estable no casada, en la que debe concurrir *afectividad análoga a la conyugal*; exige los requisitos de capacidad para constituir la pareja, formulados al modo tradicional del matrimonio, como *impedimentos*, entre ellos la mayoría de edad, y crea el registro de parejas, un clásico en las leyes autonómicas. El art. 305 establece los supuestos en que debe entenderse que existe la pareja estable no casada y el art. 309 enumera las causas de extinción; establece un régimen de convivencia paccionado y las normas de aplicación supletoria, en su defecto; regula los efectos patrimoniales de la extinción en vida de ambos convivientes y en caso de muerte de uno de ellos. El art. 313 del Código foral establece la obligación de alimentos entre los miembros de la pareja. El art. 308 prevé la conversión del convenio de convivencia pactado en escritura publica en capítulos matrimoniales, si los convivientes contraen después matrimonio; les reconoce la posibilidad de adoptar y proclama la inexistencia de parentesco entre un conviviente y los parientes del otro. Cierra el Título el art. 315 disponiendo la aplicación a las parejas de «los derechos y obligaciones

establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario».

Aunque no es posible hacer aquí un examen detenido, es un hecho cierto que la sentencia 93/2013 del TC ha declarado inconstitucional y nulo el inciso del art. 2.2. de la Ley foral navarra cuando dispone que «Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente como mínimo un período ininterrumpido de un año...» y que el art. 305.1. CDFA dispone que «Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo...» lo que implica en este caso, igual que en aquel –con la diferencia accidental del plazo– la atribución *ex lege* de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de un hecho, dando lugar a una calificación jurídica a la que se asocia la aplicación de la regulación legal al margen de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de someterse a las previsiones de la Ley, lo que no respeta el derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE, según la STC citada.

El art. 307 RDCA, regula en sus cuatro apartados la materia que menciona su rúbrica, *Régimen de convivencia y normas de aplicación supletoria,* destinando su primer párrafo a disponer que la convivencia de la pareja podrá regularse mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos con el límite de no perjudicar los derechos o dignidad de los otorgantes ni infringir las normas imperativas aplicables en Aragón, ni poder pactarse la pareja con carácter temporal o someterse a condición (núm. 2). El número 3 del artículo que nos ocupa dispone la forma en que, en defecto de pacto, deben contribuir los miembros de la pareja al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes, definiendo qué gastos tienen la consideración de comunes, para concluir disponiendo el último apartado de este artículo la responsabilidad solidaria de ambos miembros de la pareja ante tercero por las obligaciones contraídas para la atención de los gastos comunes que menciona el apartado anterior, si se adecuan a los usos sociales.

El art. 307.2 CFDA que impide pactar la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterla a condición es idéntico al art. 5.2 de la Ley navarra de constante cita, anulado por inconstitucional por la STC 93/2013 argumentando que aunque una relación presidida por la *affectio* difícilmente podría quedar sometida a semejantes cláusulas sin desvirtuar la naturaleza, «tampoco puede negarse que la concreta prohibición coarta la libertad de pactos de los miembros de la pareja, que en la medida en que no atenten a principios constitucionales no podrán excluirse en una relación de estas características. De suerte que debe reconocerse que dicho apartado vulnera la libertad consagrada en el art. 10.1 CE». Las normas sobre contribución al levantamiento de cargas comunes en defecto de pacto del art. 307.3 CDFA son iguales a las del art. 5.2 de la Ley foral navarra anulado por la tan citada STC 93/2013, motivando la decisión así: «A primera vista podría pen-

sarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del art. 10.1 CE».

Precluidos los plazos establecidos en el art. 33 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, para interponer recurso de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas que regulan las parejas de hecho[13] están formalmente vigentes aunque algunos de sus preceptos sean manifiestamente inconstitucionales según la doctrina de la STC 193/2013 y, a menos que sean derogados, mantendrán tal vigencia formal mientras no se falle la cuestión de inconstitucionalidad que llegue a plantear un Tribunal de justicia al conocer de un procedimiento para cuya resolución sea decisiva la constitucionalidad de estas normas, pues sólo cuando tal eventual sentencia se dicte, y se publique en el Boletín Oficial del Estado, la declaración formal de inconstitucionalidad tendrá «el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los poderes públicos y producirá efectos generales», según dispone el art. 38.1 de la citada L.O. 2/1979, del T.C.

Y cabe preguntarse legítimamente si hay que aplicar estas normas como derecho vigente. Ciertamente puede sostenerse que se trata de normas legales regularmente promulgadas y no recurridas, que deben ser observadas, pero también es posible mantener la tesis contraria, habida cuenta que dentro del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, rubricado «Del Poder Judicial y *del ejercicio de la potestad jurisdiccional*» su art. 5.1 dispone que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», texto que no solo permite, sino que obliga –literalmente: *interpretarán y aplicarán*– a acomodar las resoluciones judiciales a la interpretación sobre constitucionalidad de las normas que en materia de parejas no casadas resulta de las sentencias de TC en Pleno tan citadas, la 81/2013, de 11 de abril y la 93/2013, de 23 de abril, pues siendo así posible por vía interpretativa, no vienen obligados a plantear cuestión de inconstitucionalidad, según dispone el art. 5.3 LOPJ, aunque en caso de plantearla podría alcanzarse una solución definitiva para este problema. Pese a no tratarse de la sentencia aprobada por la mayoría del Pleno de TC, interesa señalar que los magistrados Encarnación Roca Trías y Juan Antonio Xiol Ríos argumentan en su

[13] En el caso aragonés, no solo de la Ley relativa a parejas estables no casadas, sino también del Código del Derecho Foral de Aragón, que la refundió con las restantes leyes civiles aragonesas.

Voto particular a la STC 40/2014, de 11 de marzo, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 932-2012 que debería haber aplicado la doctrina de la STC 81/2013 por no tener Asturias Derecho civil propio, aunque sí Ley de parejas de hecho.

Debe tenerse en cuenta también que según el art. 38.1 LOTC «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", vinculación que alcanza sin duda a uno de los tres poderes del Estado, el *Poder Judicial*, esto es, a los jueces en el ejercicio de su función. Y tampoco faltan voces que consideran la Sentencia del TC auténtica fuente del Derecho ya que, aunque la actividad de TC siempre implique la resolución de un litigio entre partes, también tienen por objeto –porque el fundamento del recurso necesariamente es constitucional– la defensa objetiva de la Constitución[14], de suerte que las sentencias constitucionales no se agotan en su significación de acto procesal *inter partes*, sino que, además, cobran el carácter de actos creadores de Derecho, y, en último término, el carácter de decisiones políticas en cuanto «actos de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado»[15], teniendo «plenos efectos frente a todos» las sentencias del TC que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, cuando declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 164.1 CE.

Dificulta solucionar el problema mediante declaración de inconstitucionalidad el hecho de que la actividad del Tribunal Constitucional esté organizada conforme al principio de justicia rogada, con una legitimación notablemente restringida tanto en los recursos como en las cuestiones de inconstitucionalidad[16], siendo de aplicación supletoria al procedimiento, según el art. 80 LOTC, lo dispuesto en la LEC, entre otras materias en las de caducidad, renuncia y desistimiento, y por ello, ni es posible que el Tribunal Constitucional actúe de oficio, ni factible elegir la forma de suscitar una cuestión de inconstitucionalidad con la necesaria precisión para que pueda resultar eficaz. Hasta tal punto resulta complicada esta vía que en el año 2014 han recaído hasta cuatro sentencias del

---

[14] Pibernat Domenech, Xavier, «La sentencia constitucional como fuente del Derecho» en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, pp. 61.

[15] Garrorena Morales, Ángel, «La sentencia constitucional» en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, p. 7.

[16] La legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, según el art. 32. Uno LOTC corresponde únicamente al Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, y para interponer la cuestión de inconstitucionalidad, según el art. 35. Uno de la misma Ley, la tiene cualquier Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, cuando considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución.

TC[17] en cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por diferentes jueces y tribunales frente a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que equipara la pareja de hecho al matrimonio en derechos y obligaciones, lo que a todas luces pugna con la esencia misma de las parejas de hecho, habiendo decidido todas ellas la inadmisibilidad del recurso por no haberse satisfecho suficientemente los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos por el art. 35 LOTC, dado que –dice el Tribunal– el art. 163 de la Constitución Española ha condicionado la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad al hecho de que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria en un proceso jurisdiccional concreto, pues en caso contrario se trataría de enjuiciar la norma en abstracto, desligada del caso al que debería aplicarse.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La situación actual revela una despreocupación total del legislador estatal por regular las parejas estables no casadas y un criterio mudable para recurrir por inconstitucionalidad las leyes de las Comunidades autónomas que han asumido la tarea de legislar en la materia ante el vacío legal, habiendo legislado las que tienen competencia en materia civil y también muchas que no la tienen. Entre estas, la regulación civil (arts. 4 y 5) de Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, fue declarada inconstitucional y nula por la STC 81/2013, de 11 de abril, en recurso promovido por parlamentarios del Partido Popular; la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, está recurrida por el Presidente del Gobierno en Recurso de inconstitucionalidad 9888-2007, pero han sido promulgadas y no recurridas la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, todas ellas comunidades sin derecho foral propio.

La STC 93/2013, de 23 de abril anuló por inconstitucionales diversos preceptos de la Ley foral navarra sobre parejas de hecho, muchos de ellos idénticos a los contenidos en leyes de parejas de hecho de Comunidades autónomas con

[17] Son las sentencias del TC en Pleno 14/2014, de 30 de enero; 75/2014, de 8 de mayo; 125/2014 y 127/2014, ambas de 21 de julio.

competencia para legislar en la materia, que no han sido recurridas de inconstitucionalidad dentro del plazo para entablar el recurso.

El art. 149.1.8ª CE reserva a la exclusiva competencia del Estado la facultad para promulgar «normas para resolver los conflictos de leyes», *que incluye los* conflictos de leyes interregionales (*vid.* STC 226/1993, de 8 de julio, entre otras), pero no existe norma estatal específica para resolver estos conflictos, por lo que, pese a que la falta de ejercicio de su competencia exclusiva por el Estado no suponga autorización para que las Comunidades la ejerzan, diversas leyes de parejas –no recurridas ante el TC– contienen normas de esta naturaleza. Y, finalmente, aunque la ordenación de los registros públicos es competencia exclusiva del Estado según el propio art. 149.1.8ª CE, no solo las Comunidades autónomas, sino incluso numerosos Ayuntamientos han dictado normas estableciendo y regulando los Registros de Parejas, incluidos los requisitos exigidos para admitir la inscripción.

Lejos de mi intención escribir una *guía de perplejos* para conducirse en este piélago de normas dispares, aunque sería útil reflexionar sobre algunas cuestiones esenciales en la materia, que podrían ser útiles antes de acometer cualquier reforma, que cada día se hará más necesaria en esta materia.

1ª Ante todo, hay que plantearse si la convivencia en unión libre y estable reclama una regulación legal, e incluso si su propia naturaleza la tolera, especialmente cuando se observa que las leyes de parejas de hecho parece que –a imagen del matrimonio– pretenden diseñar un estado civil de *emparejado/a*, distinto al de casado/a, soltero/a, viudo/a, para derivar de él con carácter general la legitimación necesaria para intervenir en relaciones en principio reservadas a quienes han contraído matrimonio –llegando la legislación gallega a igualar ambos en derechos y obligaciones– y del propio modo que, aunque carente de personalidad jurídica distinta a la de los cónyuges, se considera el *matrimonio* como una entidad perfectamente caracterizada, al menos como término de referencia, va tomando cuerpo en la legislación y en la práctica del derecho la idea de tratar de igual modo a ese nuevo ente que es la *pareja estable*.

2ª Hay que tener presente que regular la pareja no casada da lugar siempre a la aparición de dos categorías de parejas estables pues, junto a las constituidas regularmente cumpliendo los requisitos exigidos para ser consideradas tales, coexistirán otras parejas que por cualquier motivo no los reúnan (*vgr.* que su acuerdo constitutivo no esté recogido en escritura pública; que no se inscriba en el Registro habilitado al efecto, o que alguno de los convivientes esté afectado por *impedimento* legal por minoría de edad, parentesco en grado no permitido o vínculo anterior no disuelto, etc.), y estas uniones, no obstante quedar fuera de la regularidad son sin duda alguna auténticas parejas de hecho estables en el terreno puramente fáctico, y tanto sus miembros como quienes con ellos se relacionan pueden acudir a los Tribunales demandando solución a los problemas

derivados de su existencia, pues si se estima necesario preverla respecto a las que cumplan los requisitos establecidos para constituirse «de derecho» como parejas de hecho estables, no es menos necesario socialmente dar solución a los problemas de estas otras parejas, que son de hecho *strictu sensu*[18].

3ª Quienes desean convivir sin someterse a norma alguna distinta a su propia voluntad, no puede afirmarse que rechazan la institución del matrimonio y aceptan sujetarse, bajo una denominación distinta, a otro régimen de derechos y obligaciones. La misma denominación *more uxorio* demuestra lo difícil que es desligarse de la asimilación al matrimonio en la que acaba incurriendo toda regulación de parejas. Sería útil probablemente superar la visión matrimonialista de la materia y, no obstante ser el matrimonio la forma tradicional más extendida y respetada, partir del género *convivencia en pareja*, del que el matrimonio y la pareja estable no casada fueran las dos especies posibles, teniendo en cuenta que la segunda rechaza por principio la imposición de cualquier norma al margen de la voluntad de los interesados, impidiendo imponerles obligación alguna sin su anuencia, de modo que la norma debe limitarse a ofrecerles los beneficios o ventajas que la sociedad, a través de sus legisladores, entiendan procedentes, los que podrán aceptar si lo desean, asumiendo entonces la carga de acreditar que reúnen los requisitos exigidos por la norma que los concede.

4ª En caso de existir hijos comunes no es preciso legislación especial al respecto, pues las relaciones de filiación están reguladas *verticalmente* entre progenitores y procreados, con independencia de la existencia o inexistencia de vínculo entre aquellos.

5ª No hay necesidad objetiva de una regulación de la convivencia de las parejas de hecho subsidiaria de la pactada por los convivientes, ya que se han constituido intencionadamente al margen de toda regulación ajena a su voluntad, por lo que en todas las cuestiones relativas a fijación de domicilio, atención de las necesidades comunes, titularidad de los bienes adquiridos y demás asuntos propios de la convivencia en pareja, serán siempre libres de actuar según hayan previsto sus miembros, o conforme vayan repentizando, habida cuenta que conviven de este modo por su elección y que pueden poner fin a la convivencia en

---

[18] Esta dualidad de situaciones la recoge el derecho francés, donde el Code distingue entre el *pacto civil de solidaridad* y el *concubinato*, dedicando once artículos a regular el primero, que define en el art. 515-1 «un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común», limitándose a describir el concubinato en el art. 515-8 como «una unión de hecho, caracterizada por una vida en común con caracteres de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja», sin incluir norma alguna que lo regule. La sentencia de la Sección Primera de la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011 (Korosidou *vs.* Grecia), refleja la existencia de dos clases de parejas de hecho diferentes entre sí y distintas a su vez del matrimonio, estableciendo que «no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil; y, por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenarios civiles».

cualquier momento, sin formalidad ni preaviso y sin generar derecho a pensión alguna por alimentos o desequilibrio, características del régimen matrimonial que han repudiado.

6ª Puede ser de justicia restablecer el eventual desequilibrio patrimonial que se advierta al término de la convivencia, por causa de ella, para lo cual no es necesaria una regulación especial, pues bastan las acciones propias del enriquecimiento sin causa, especialmente la denominada «*condictio* por inversión o por expensas» a que alude la STS de 6 de mayo de 2011 que entre los diversos tipos de *condictiones* distingue la doctrina actual en relación con el enriquecimiento sin causa en los casos en que «se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma».

7ª Los beneficios que se juzgue conveniente atribuir al sobreviviente cuando fallece uno de los miembros de la pareja, son derechos sucesorios que cada ordenamiento puede reconocer como *aventajas* o *mejorías* –quizá, incluso, como legítima– al margen de las atribuciones que el causante pueda hacer en su favor en la sucesión voluntaria, y prever incluso un llamamiento a la sucesión legal en el lugar que sea procedente. Todo lo cual no implica regulación de la pareja de hecho sino modificación puntual de la normativa sucesoria a los efectos citados, y también de la normativa fiscal si se desea no tratar al supérstite como a un extraño en el Impuesto de Sucesiones. De igual modo, deben ser las normativas de arrendamientos, laboral, de clases pasivas, seguridad social, etc., las que habrán de incluir entre los supuestos de hecho determinantes de los derechos, facultades o prestaciones de que se trate el de convivir en régimen de pareja de hecho o pareja estable, indicando los requisitos precisos para entender que concurre tal situación, pues lógicamente no se podrá considerar suficiente la simple manifestación de los interesados, habida cuenta que se trata siempre de obtener un beneficio o trato favorable, y nunca de obligaciones impuestas a los convivientes sin su previa aceptación, proscritas en todo caso por la STC 93/2013, de 23 de abril.

EL DERECHO DE ABOLORIO, LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

THE RIGHT OF "ABOLORIO", THE CONVEYANCING CERTANTY AND LAND REGISTRATION"

Diego Vigil de Quiñones Otero
Registrador de la Propiedad de Zaragoza
Vicedecano de los Registradores de Aragón

La presente nota práctica pretende exponer mediante un caso inventado (las entidades que aparecen no existen y si algún nombre coincide es mera casualidad) los problemas que plantea el derecho de abolorio y su tratamiento registral desde la óptica de la seguridad del tráfico, a fin de procurar que la práctica y, en su caso, la legislación vayan realizando poco a poco una clarificación del régimen de publicidad de la figura que permita una mejor aplicación y desarrollo de la misma de acuerdo a los fines en que se sustenta. Es probable que se escapen matices o detalles, por lo cual se piden disculpas anticipadamente: un caso práctico inventado es un monstruito con vida propia que suele presentar más problemas de los que su hacedor había previsto al inventarlo (hasta lograr que la ficción supere a la realidad). En todo caso, reténgase el problema de fondo que se pretende plantear, antes que detalles no tenidos en cuenta.

CASO PRÁCTICO QUE SE PLANTEA

La mercantil inglesa «New Building» (NB) compró en Diciembre de 2013 al Banco del Ebro una casa de tres pisos de altura (conocida como «Casa Costa», que se asienta sobre un terreno en el que está autorizada la elevación de siete plantas, ubicado en una de las

zonas más cotizadas de la capital) que recibió por dación en pago de doña Águeda (A), titular registral, que los tenía herencia de su padre, quien a su vez los recibió de su padre (abuelo de A).

Antes de celebrar el contrato, que estuvo asesorado por la prestigiosa firma de Abogados «Ulpiano & Modestino», se comprobó la situación registral de la finca: la primera inscripción de la misma era de fecha 1945, momento en que adquiere el abuelo de A. La segunda inscripción era de 1975, en que adquiere el padre de A. Fallecido el mismo en 2011, se inscribe (inscripción tercera) a nombre de A, la cual dio la finca en pago al Banco del Ebro en Octubre 2013 para la extinción de un préstamo que en ese momento no podía satisfacer de otro modo. «Ulpiano & Modestino» pidió una nota simple en la que constaba la titularidad del Banco del Ebro por título de dación en pago desde 2013.

No constando cargas según la nota simple solicitada al efecto, el Banco del Ebro aceptó la finca en pago y la mercantil inglesa la compró dos meses después en la misma confianza.

Inscrita la dación y la venta del Banco a la mercantil en Enero de 2014, se les notifica en Enero de 2015 fehacientemente la voluntad de ejercer el derecho de abolorio sobre la misma por parte de Braulio (B), primo carnal de A por parte de su padre, nieto igualmente del abuelo que había sido titular registral (con la consignación del precio que pagó NB a su favor). B (residente en Dubai por motivos de trabajo) tuvo conocimiento de las transmisiones producidas al expedirse certificación de las mismas en Noviembre de 2014 por el Registro de la Propiedad donde se inscribieron.

Alarmados por el requerimiento, los administradores de «New Building» reclaman responsabilidades a «Ulpiano & Modestino» quienes ante el problema que se les plantea acuden al despacho aragonés «Del Molino Abogados, SLP» para obtener un dictamen al respecto.

DICTAMEN

1º Delimitación del problema

El problema fundamental que plantea el supuesto enunciado es la aparición de un tercero interesado (B) en las adquisiciones de que ha sido últimamente objeto la «Casa Costa», quien alega tener el derecho de abolorio sobre la misma.

La casa fue adquirida por una sociedad británica a un Banco español que la había recibido por dación en pago del titular registral de la misma. El titular registral A la adquirió por herencia de su padre, quien la recibió por herencia del suyo (abuelo del primero).

El Sr. B, quien trata de retrotraer las adquisiciones llevadas a cabo por el ventajoso precio en el que las mismas se han producido, pretende ejercer un derecho contemplado en la legislación civil aragonesa (el de abolorio o de la saca,

Arts. 588 a 598 CDFA). El derecho recae sobre bienes inmuebles rústicos y edificios o parte de los mismos (Art. 589.1 CDFA) a favor de los descendientes, ascendientes donantes o colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes (Art. 590. 1 CDFA) del vendedor o dador de los mismos (Art. 591 CDFA).

En el caso concreto, siendo el Sr. B primo carnal de la Sra., conforme al Art. 918 CC, tiene con la misma un vínculo de parentesco colateral, siendo ambos descendientes de un abuelo común que fue titular de la finca en 1945 (como se puede ver en el enunciado). La finca es un edificio entero (Art. 589.1 CDFA) y fue transmitida por dación en pago del adquirente tras dos generaciones (Sr. A) a un Banco el cual la vende a una sociedad extranjera (NB). Los elementos personales (familiar con parentesco, pertenencia del bien a la familia dos generaciones, Art. 588 CDFA), reales (edificio, Art. 589 CDFA) y formales (dación en pago del familiar, Art. 591 CDFA; falta de notificaciones y ejercicio del derecho en 90 días desde el conocimiento por la certificación registral, 594.b); consignación del precio, Art. 595 CDFA) del derecho, concurren por tanto para su ejercicio.

El problema fundamental, será determinar si NB puede o no obtener la protección del derecho que ha adquirido, considerando que el derecho de abolorio no constaba en la información registral que previamente a la operación obtuvieron sus abogados, considerando que los derechos reales no inscritos no perjudican a tercero (Art. 32 LH), y que se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe (Art. 34 LH) del objeto del derecho de abolorio (el dominio de la Casa) cuya eficacia se pretende.

2º Naturaleza del derecho de abolorio, de los derechos con los que en su caso colisiona y procedencia de la reclamación

Para una adecuada resolución del problema, hay que procurar una clarificación de los derechos en conflicto y su naturaleza jurídica, así como de las reglas que el ordenamiento ofrece para resolver este tipo de conflictos.

Por un lado, tenemos el derecho de abolorio, que es un derecho subjetivo real. A diferencia de otros derechos reales, cuyo nacimiento se produce onerosa o gratuitamente en negocios jurídicos por voluntad de sus sujetos, el derecho de abolorio es un derecho real cuyo origen es legal concurriendo una serie de presupuestos determinantes de su nacimiento (bien inmueble ubicado en Aragón perteneciente a una misma familia durante más de dos generaciones). Dentro de los derechos reales pertenece a la especie conocida como de adquisición preferente.

Por otro lado, tenemos el derecho nacido del contrato de compraventa por parte de NB. Dicho derecho es un derecho personal a la entrega y evicción de la

cosa comprada (Art. 1474 CC). Si la entrega se lleva a cabo por parte de quien es propietario, la tradición por consecuencia del contrato de compraventa genera la adquisición del derecho de dominio cuya traslación se pretendía (Art. 609 CC), alcanzando por tanto NB un derecho real de propiedad (Art. 348 CC). Sin embargo, si el contrato de compraventa que servía de causa a la adquisición operada se resolviese, NB se quedaría sin derecho real, pero seguiría teniendo un derecho de crédito contra el vendedor (Arts. 1101, 1474 CC) para reclamar la correspondiente indemnización. Este derecho personal no colisiona con el derecho de abolorio. El problemático es el derecho de propiedad que se pretende mantener en base a la compraventa, pero que decaería en caso de que se resolviese la compraventa. A estos efectos debemos tener en cuenta que la resolución del contrato de compraventa tiene lugar por las mismas causas que el resto de obligaciones, pero además por el retracto convencional y por el legal (Art. 1506 CC).

Además del derecho de NB, hemos de considerar el derecho del Banco del Ebro, que es un derecho de propiedad sobre la casa adquirido por dación en pago, sujeto a las mismas causas de resolución (Art. 591 CDFA).

Los derechos en conflicto son por tanto el abolorio y el derecho de dominio de NB y del Banco. Colisionando derechos reales, normalmente la regla que determina la preferencia de uno sobre otro es la de prioridad: *prior tempore potior iure*. Esta preferencia por prioridad suele hacerse efectiva por el orden en que los respectivos derechos han ingresado en el Registro (Arts. 17 y 24 LH), protegiendo al que primero adquiere sin rastro del derecho contradictorio (Art. 34 LH) frente a las acciones resolutorias (Art. 37-1 LH), en el caso de tratarse de derechos reales de origen negocial. Siendo derechos reales de origen legal, habrá que estar a la posición de prioridad que la ley otorgue al derecho de origen legal.

En el caso, el derecho de dominio es de origen negocial y accedió al Registro antes que el derecho de abolorio. El abolorio en cambio es de origen legal. Para estos casos de colisión de un derecho real legal de preferente adquisición con un tercero de buena fe que adquiere a título oneroso un derecho de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir (Art. 34 LH), el Art. 37 LH exceptúa de la irresolubilidad de que goza el tercero hipotecario frente a las acciones «*de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen*» (Art. 37. 3º LH). Por tanto, dándose las condiciones del derecho de abolorio, el mismo se impone frente al derecho de dominio. La adjudicación del derecho en base a la regla de propiedad (*property rule*), por usar términos del análisis económico del Derecho, será en beneficio del retrayente de abolorio; la mercantil inglesa NB no tendrá un derecho de propiedad asegurado, sino que deberá conformarse con el derecho de reclamar daños a quien corresponda (gozando por tanto de protección únicamente por una regla de responsabilidad).

3º El problema del «ocultamiento» frente a terceros del derecho que ahora se ejercita

Como se puede observar en la resolución del caso a que nos llevan las anteriores conclusiones, NB adquirió un derecho por título de venta de un titular que adquirió por dación en pago. Al momento de formar su voluntad contractual, ambos consultaron el Registro de la Propiedad mediante la obtención de una nota simple. De acuerdo con el Art. 222 LH la nota «*deberá reproducir, literal si así lo solicita el interesado, o en extracto en otro caso, el contenido de los asientos vigentes relativo a la finca objeto de manifestación, donde conste, al menos, la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo se harán constar, en todo caso, las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos*». El derecho de abolorio, al ser un derecho real de origen legal, no está inscrito pues sólo se hacen constar en la inscripción las limitaciones de origen negocial: el Art. 51. 6 RH determina que «*para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél*». En la medida en que el derecho de abolorio no se determina por título sino por ley, no es precisa la constancia registral. Ello implica que el derecho no está manifiesto según el Registro, sino que es la ley la que determina su publicidad. A las partes no les bastará con consultar el Registro, sino que será preciso consultar los boletines oficiales e indagar además sobre la trayectoria familiar de los bienes objeto de las transmisiones.

4º El efecto contra tercero sin necesidad de publicidad registral

Consecuencia de lo anterior, el derecho de abolorio (como otros legales) surte efecto por ley (Art. 37.3 LH), sin que la ignorancia de la misma permita sustraerse (Art. 6 LH), pero sin que tampoco quepa alegar la falta de apariencia del derecho de abolorio a efectos de rescisión del contrato (Art. 1483 CC) de finalidad traslativa que se resuelve como consecuencia del ejercicio del derecho de abolorio.

5º La información registral sobre el objeto del derecho

Como se puede observar en el enunciado propuesto, NB y Banco del Ebro, comprobaron la situación de la finca por medio de nota simple informativa. El Art. 222 LH dispone que «*la manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación*». La nota simple carece de efectos probatorios siendo meramente informativa (Art. 222. 5 LH), en tanto que la certificación hace prueba (Art. 225 LH). Además, ambos medios de publicidad se diferencian por la extensión de su

contenido, pues la nota tendrá el sucinto contenido a que se hace referencia en el Art. 222.5 LH citado en el apartado 3º, en tanto que la certificación puede referirse a todo el historial de la finca (Arts. 223, 224, 229 LH) si el interesado lo solicita, y conlleva una calificación de salida en la que el Registrador además de comprobar el interés legítimo del solicitante (Art. 222 LH) purga la finca de las cargas caducadas (Art. 353.4 RH) dando una información actual pero también actualizada del derecho inscrito.

En el caso, si NB o Banco del Ebro hubiesen pedido información por certificación, hubiesen obtenido la información histórica de la finca (no sólo la actual), y hubiesen podido conocer los datos determinantes del derecho de abolorio que por ley les perjudica: la permanencia del bien en una misma familia durante dos generaciones (Art. 589 CDFA).

Por último, hay que entender que la fecha de la certificación será la que se tome como *dies a quo* del ejercicio del derecho de abolorio por el titular del mismo, pues es el momento en que éste pudo tener conocimiento de las condiciones de la enajenación, así como de la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho (Art. 594.b) CDFA). El asiento de presentación que en su caso se haya extendido, reflejando la solicitud de la certificación, nos dará las fechas de la información emitida.

6º El problema de las cargas legales

La situación que se produciría en un caso como el expuesto, muestra el problema que plantean desde el punto de vista de la información precontractual simétrica (a la que se supone que debe servir la tecnología institucional que es el Registro de la Propiedad) las que podríamos llamar cargas no publicadas. En efecto, las propias leyes contemplan determinados casos de derechos de terceros que gravan el objeto del contrato (en el caso, el abolorio). Sin embargo, en algunos de esos casos se trata de derechos de los que no cabe tener conocimiento con la simple consulta de la situación registral de la finca, pues no se reflejan en el Registro como cargas (Art. 51. 6 RH). Son los supuestos de cargas que gravan determinados bienes por ministerio de la ley.

Del texto de los citados Arts. 51.6 RH y 222 LH se desprende que en la inscripción se harán constar las cargas negociales, y sólo de las inscritas o anotadas se dará información en la nota simple. Tal es el caso, por ejemplo, de los embargos y demás circunstancias objeto de anotación preventiva (Art. 42 LH), de las hipotecas, de las condiciones resolutorias (Art. 11 LH) o suspensivas (Art. 23 LH), de las cláusulas de reversión (cfr. 641 CC para las procedentes de donaciones), de los pactos de retroventa (Arts. 1507 y 1510 CC), de las sustituciones fideicomisarias (Art. 82 RH), del derecho de retorno arrendaticio (Art. 15 RH, DA 11º RDL 2/2008 y DA 8ª Ley de Arrendamientos Urbanos). Sin embargo,

cuando se trata de cargas que resultan de la Ley (como los retractos legales, las prohibiciones de disponer impuestas por la Ley, las limitaciones derivadas del carácter de Vivienda de Protección Oficial, el derecho de reversión que para los ascendientes establece el Art. 812 CC, o determinados derechos reconocidos por Derechos civiles de algunos territorios), las mismas no se hacen constar en el Registro (en ocasiones no se pueden hacer constar, pues todavía no se han producido los acontecimientos que las determinan, al depender de hechos posteriores a la inscripción –por ejemplo, el fallecimiento sin disponer del instituyente en el pacto al más viviente –Art. 395 CDFA– o del consorte en el fideicomiso o consorcio foral –Art. 372 CDFA–), pero sí perjudican a tercero. El resultado de estas dos reglas (no se reflejan, pero perjudican), implica que el contratante que pida información sobre el derecho inscrito sobre el que pretende contratar, no podrá conformarse con fiarse de la apariencia creada por el Registro. Ello sólo será así respecto de las cargas inscribibles no derivadas de una Ley. Sin embargo, las cargas que surten efecto por Ley sin hacerse constar en el Registro, le perjudicarán por ministerio de la misma en tanto «*la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*» (Art. 6 CC).

Consideradas estas cargas desde la óptica de la formación del contrato y del papel que en la misma haya de cumplir el Registro de derechos, plantean un problema muy importante. En efecto, cualquier contratante que quiera quedar cumplidamente informado sobre el derecho inscrito que constituye el objeto del contrato que va a celebrar con carácter previo a dicha celebración, puede conocer las cargas registradas que afectan a su derecho y no quedará perjudicado por las que, siendo registrables, no estén registradas (Art. 34 LH). Sin embargo, sí quedará perjudicado por las no registrables de las que debió tener conocimiento por el principio del Artículo 6 del Código Civil. O lo que es lo mismo, que el Derecho de la seguridad del tráfico, cuya regla de fe pública registral pretende solucionar las asimetrías informativas, se verá menoscabada por un factor muy importante: no basta con consultar el Registro, sino que también hay que consultar los Boletines Oficiales. Y siendo ésta una tarea ardua y que requiere de una pericia importante por cuanto no cualquier particular es capaz de determinar si estamos en el ámbito de aplicación de una Ley, se genera una cuasi-asimetría informativa (asimetría propiamente no llega a ser, pues ambas partes pueden acceder por igual a la información de la ley) pues los más poderosos y mejor asesorados legalmente contratarán con más seguridad.

7º Conclusión a efectos prácticos

Como se puede observar, pese a la falta de expresión en el Registro del derecho de abolorio, el mismo se impondrá a terceros (Art. 37. 3 LH). El papel del Registro, y de la previa consulta del mismo, es con todo importante. En efecto, el Registro nos puede informar del *iter* que ha seguido el dominio de una finca,

determinante del derecho de abolorio. El Registro, además, puede dejar rastro de la petición de información que fija el plazo de ejercicio del derecho (lo cual puede ser importante en caso de oposición al ejercicio del mismo, Arts. 594.b) CDFA, 416 RH). Sin embargo, el Registro no ofrece propiamente el derecho de abolorio entre las cargas que gravan la finca (Art. 222. 5 LH) por cuanto el efecto del mismo es legal (Art. 6 CC), no sujeto a reflejo registral (Arts. 9.2 LH, 51.6 RH). El Registro tampoco pone obstáculo de ningún tipo a la inscripción de las transmisiones «amenazadas» por el abolorio, ni puede purgar a las mismas de dicha amenaza antes de llevar a cabo la inscripción. De otro modo: se permite la inscripción de la transmisión retrotraíble, constando en el Registro las circunstancias determinantes del derecho de abolorio, dejando la misma sujeta al ejercicio de dicho derecho, en lugar de llevar a cabo la purga previa con las notificaciones oportunas.

8º Consideraciones críticas sobre el régimen vigente

En un sistema que pretende ofrecer seguridad al mercado global, el retracto en un caso como el propuesto sería noticia en la prensa inglesa: los periódicos ingleses acusarían de que la ley española no permite contratar con seguridad, NB se queda sin un valioso inmueble que adquirió fiándose de las instituciones españolas (el Registro de la Propiedad), etc.

Frente al problema que supone el actual régimen del abolorio, creo que cabría adoptar algunas soluciones.

Lo más seguro, sería que la Ley Civil aragonesa, en alguna de las modificaciones que se produzcan en el futuro, ordene:

1º Reflejar como carga el derecho de abolorio en la inscripción del bien sujeto, al momento de acceder al Registro una adquisición por un familiar vinculado en más de dos grados de parentesco en línea recta con los titulares anteriores.

2º Constatado el derecho de abolorio, exigir como requisito previo para las transmisiones posteriores la notificación a los titulares del derecho de abolorio para que su caso lo ejerciten (forzando con ello la caducidad de su opción en un plazo más breve desde la inscripción –Art. 594 CDFA–, y en términos similares a como se exige por la ley de arrendamiento –Art. 25.5 LH–).

En tanto la ley no se reformase, un buen mecanismo sería hacer constar que la finca queda sujeta al derecho de abolorio cuando se den las condiciones para su ejercicio durante dos años (Art. 594.5 CDFA) en términos similares a como se hace constar como carga que limita el derecho del titular registral la suspensión por dos años de la fe pública registral prevista en los Art. 28 y 207 LH.

En el caso concreto, de haberse reflejado así el derecho de abolorio, NB habría visto que Banco del Ebro tenía una finca afectada por una limitación que suspendía la protección del Art. 34 LH en base al Art. 37.3 LH. A buen seguro, la operación no se habría realizado hasta pasados los dos años.

Ahora bien, esta práctica (reflejar el abolorio como carga en términos análogos a la limitación del 207 LH) no habría reflejado el derecho de abolorio a la hora de valorar la adquisición de la finca por Banco del Ebro respecto de Águeda. Ello requeriría un cambio legislativo a la vista de los Art. 9.2 LH y 51.6 RH. Un cambio que bien puede llevar a cabo el legislador autonómico pues se trata de la regulación del reflejo registral de instituciones forales y no del régimen general de los Registros jurídicos (Art. 149.1.8 CE).

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMMENTS SENTENCES

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

LA TIPICIDAD DE LOS APROVECHAMIENTOS VECINALES EN EL DERECHO ARAGONÉS PRIVADO Y PÚBLICO: LOS «TRADICIONALES» ADEMPRIOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA (SECCIÓN 4.ª) DE 14 DE OCTUBRE DE 2011

THE AUTHENTICITY OF NEIGHBOURLY ADVANTAGES IN ARAGONESE PRIVATE AND PUBLIC LAW: THE «TRADITIONAL» COMMON PASTURE LAND. COMMENT ON THE RULING OF THE PROVINCIAL COURT OF ZARAGOZA (SECT. 4), 14 OCTOBER 2011

José Luis Argudo Périz
Profesor Titular de Derecho civil
*Universidad de Zaragoza**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA. II. LA PROPIEDAD DEL MONTE *VALES DE MARÍA* Y LAS MANCOMUNIDADES DE PASTOS. 1. La titularidad dominical del Monte y su encuadre en las comunidades de bienes. 2. Los bienes comunales típicos y las mancomunidades de pastos. III. LA SERVIDUMBRE DE PASTOS Y OTROS ADEMPRIOS DE MARÍA DE HUERVA EN EL MONTE VALES DE MARÍA: SU ENCAJE EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. 1. Las servidumbres de pastos y los ademprios forales. 2. Los derechos reales de aprovechamiento parcial en el Código foral aragonés. IV. RECAPITULACIÓN.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S29 de la DGA, denominado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (IDDA), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

I. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA

La sentencia examinada la dicta la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) con fecha de 14 de octubre de 2011 (ponente D. Juan Ignacio Medrano Sánchez)[1] y es consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la sentencia de 30 de junio de 2010 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 19 de Zaragoza, que estimó la demanda del Ayuntamiento de María de Huerva y declaró la existencia de una comunidad de bienes entre los Ayuntamientos de Zaragoza y de María de Huerva sobre el monte comunal *Vales de María*, situado en el término municipal de María de Huerva, reconociendo la titularidad dominical del Ayuntamiento de María de Huerva sobre dicho Monte, en los términos de una concordia del año 1558, cuyas partes fueron el titular del señorío jurisdiccional de la Casa de Fuentes y los concejos de Zaragoza y María de Huerva. La sentencia de la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y estima en parte la demanda del Ayuntamiento de María de Huerva declarando que sobre dicho Monte, propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, existe un gravamen de un derecho real de aprovechamiento agrícola, de pastos, leñas y demás ademprios, a favor de los vecinos de María de Huerva en mancomunidad con los de Zaragoza, y que tal derecho es de carácter comunal.

Es muy extensa la sentencia y un tanto atípica como sentencia del orden civil, ya que una buena parte de sus fundamentos se dedican a aclarar la titularidad dominical del Monte litigioso frente a la argumentación jurídico-administrativa del demandante de tratarse de un bien comunal típico, que traslada la sentencia de instancia a la titularidad dominical configurando el derecho como una comunidad de bienes, y que la Audiencia debe aclarar que la mancomunidad de ambos Ayuntamientos recae sobre los aprovechamientos y no sobre la propiedad, que pertenece exclusivamente al Ayuntamiento de Zaragoza tal como figura en el Registro de Propiedad.

El «derecho real de carácter comunal» es un derecho real de aprovechamiento parcial, una servidumbre personal según el artículo 531 del Código civil –artículo que ya no es aplicable en Aragón–, de varios aprovechamientos, ademprios en Derecho civil aragonés, que constituye también un bien comunal típico según la legislación local y la doctrina administrativista, que incluye no solo la propiedad sino también los derechos reales limitados sobre terrenos de aprovechamiento vecinal.

El propio juzgador reconoce la notoria dificultad jurídica respecto al concepto y naturaleza jurídica de los derechos controvertidos, que terminan siendo

---

[1] Se publica en la *Revista de Derecho Civil Aragonés núm. XIX* (2013), y lleva por núm. el 74 (pp. 405 a 421).

algunos de los aprovechamientos reconocidos en la concordia de 1558, cumpliendo la función de título escrito de los mismos, aunque no cabe determinar otros usos y ademprios por falta de concreción en la demanda.

Al hilo del comentario de la sentencia surgen varias cuestiones dogmáticas, de gran interés para el Derecho civil aragonés, y no solo generales como la relación entre la normativa civil y administrativa sobre derechos reales, sino concretados en la diferenciación entre las comunidades, servidumbres y derechos reales de aprovechamiento parcial cuando recaen sobre terrenos comunales de aprovechamiento común vecinal. Es de lamentar que solo implícitamente se contemplen instituciones del Capítulo V «Derechos de pastos y ademprios» del Título II del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril de 2011, por ser una excelente oportunidad de valoración judicial de estos derechos, especialmente de los ademprios regulados en el art. 584 del Código foral, que suponen un desarrollo más amplio de las figuras recogidas en el artículo 146 de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967.

II. LA PROPIEDAD DEL MONTE *VALES DE MARÍA* Y LAS MANCOMUNIDADES DE PASTOS

1. La titularidad dominical del Monte y su encuadre en las comunidades de bienes

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 19 de Zaragoza de 30 junio de 2010 estimó la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de María de Huerva (Zaragoza) contra el Ayuntamiento de Zaragoza declarando la existencia de una comunidad de bienes entre el Ayuntamiento de Zaragoza y el Ayuntamiento de María de Huerva sobre el monte comunal «Vales de María», ubicado en el término municipal de María de Huerva, y reconociendo el derecho de dominio del Ayuntamiento de María de Huerva sobre ese monte, en los términos de una concordia de 1558, ordenando rectificar el asiento correspondiente del Registro de Propiedad en el que figuraba inscrito dicho monte como de propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza.

La naturaleza jurídica del monte se determina en su titularidad por la legislación de régimen local de 1955 y 1985, al considerar el monte como un bien comunal típico formado por los exceptuados de la aplicación de la Ley de desamortización civil de 1855 y ser de aprovechamiento común, y ello con independencia de si los bienes exceptuados de la desamortización eran mancomunidades.

El Ayuntamiento de María de Huerva, en la oposición al recurso de apelación, negará que se pidiera el reconocimiento del derecho de dominio pleno sobre

dicho Monte sino la existencia de una mancomunidad entre los Ayuntamientos de Zaragoza y María de Huerva, en relación a su aprovechamiento y, por lo tanto, el reconocimiento de los derechos reconocidos en la concordia de 1558.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se criticará la falta de claridad de la demanda, apoyada en un amplio estudio histórico-jurídico sobre el derecho de propiedad del monte partiendo de la capitulación y concordia de 1558 entre la familia del Conde de Fuentes y los concejos de Zaragoza y María, el primero de realengo y el segundo de señorío bajo jurisdicción de la familia señorial. En dicha concordia el titular señorial se reserva el dominio directo sobre el Monte, se repartía la jurisdicción con el concejo de Zaragoza, y se distribuían los aprovechamientos agrícolas, ganaderos y forestales entre los vecinos de Zaragoza y María de Huerva. A partir de la supresión de los señoríos en el siglo XIX, la Casa de los Condes de Fuentes mantuvo la titularidad del dominio directo del Monte que se extinguió con la legislación de reforma agraria de la Segunda República, por Resolución del Instituto de Reforma Agraria de 19 de septiembre de 1934 e inscrita en el Registro de la Propiedad en 1956, consolidándose el dominio directo con el útil.

El Ayuntamiento de María de Huerva venía a considerar que la fusión de ambos dominios, directo y útil, sobre el Monte Vales de María acreditaban la existencia de una comunidad de bienes proindiviso o propiedad compartida de ambos Ayuntamientos, titulares del dominio pleno sobre el Monte. El Ayuntamiento de Zaragoza, que alegaba el dominio y condición patrimonial del Monte a favor de Zaragoza «desde tiempo inmemorial» por atribución real, inscribió en el Registro de la Propiedad la posesión del monte en 1929 y su plena propiedad en 1972.

La documentación histórica aportada al proceso judicial reitera la existencia de una «mancomunidad», interpretada de forma distinta por las partes, ya que para el Ayuntamiento de Zaragoza la mancomunidad es de «derechos de pasto y ganaderos» y para el de María de Huerva se plantea en algún momento como de pleno dominio en comunidad o de aprovechamiento en comunidad del monte comunal.

La sentencia de la Audiencia (FD 7º) entiende que la pretensión del Ayuntamiento de María de Huerva al iniciar el proceso mediante una acción declarativa de dominio alcanzaba tanto al dominio directo como al útil, y la sujeción o posible limitación del dominio en la sentencia de instancia «en los términos de la concordia de 1558» sobre el régimen de los aprovechamientos en ella contenidos es, «traducido a nuestra realidad jurídica, una emanación de las facultades del derecho de propiedad según el entendimiento que del mismo resultó del Código civil, un aprovechamiento en definitiva convencional en virtud de la facultad de autorregulación de los condóminos (art. 392, pto. 2º C. civil), aunque esos aprovechamientos pudieran ser, y solo ellos, tributarios de la condición de comunales». Genera además inseguridad en la posible aplicación de la sentencia de instancia la falta de concreción actual de tales usos y aprove-

chamientos, difícilmente inscribibles sin una mayor precisión que una referencia documental a la concordia –escasamente reproducida en la demanda–, y que no refleja en su literalidad una comunidad de usos y aprovechamientos dado que de los usos agrícolas solo son titulares los vecinos de María, excluyendo a los de la ciudad de Zaragoza –que pueden «usar cualesquiere usos y amprios como en el propio término exceptuado escaliar, arar y culturar…», según la concordia referida–, por lo que podría configurarse no como comunidad de bienes sino como servidumbre o comunidad *pro diviso*.

Como se ha relatado, el Ayuntamiento de María, en apelación, no defenderá la pretensión de titularidad dominical compartida con el Ayuntamiento de Zaragoza, agotándose la misma en los aprovechamientos, defendiendo el condominio sobre determinados aprovechamientos.

A tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984 (RJ 1984, 775), existe «comunidad» o «mancomunidad» de pastos cuando «la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca... a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarla comunitariamente... ya que hay un dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible».

Dentro de la comunidad de bienes, la comunidad de pastos no es sino una modalidad caracterizada por que los bienes son de propiedad común, para que de este modo todos los comuneros se beneficien y aprovechen de los pastos existentes en estos bienes. Las notas que definen esta comunidad dominical de pastos serían las siguientes: a) titular: todos los partícipes en la comunidad; b) objeto: aprovechamiento de pastos en los bienes de propiedad común; y c) elemento común: los bienes de dominio plural indiviso y el régimen de aprovechamiento de los pastos.

No hay tal situación en las relaciones jurídicas entre los Ayuntamientos de Zaragoza y María de Huerva sobre el Monte «Vales de María», y la sentencia entiende que hay que precisar la relación vertical, es decir, quién es el propietario del monte –que no es una cuestión irrelevante o prescindible– en el que se pretenden los derechos sobre sus aprovechamientos, y no solo la horizontal de concurrencia de derechos a esos aprovechamientos primarios.

El aprovechamiento se realiza de forma comunitaria, pero con ello no puede calificarse la relación jurídica que presenta caracteres diversos, como explica Díaz Fuentes: «La *comunidad* explica solo el aprovechamiento de todos los que concurren a percibir los pastos: los que aparecen como titulares de un derecho *in re aliena,* que solemos caracterizar de servidumbre y sería de la clase de las personales, los que también ejercitan el disfrute sobre cosa propia y todos sobre los bienes comunales»[2].

---

[2] Díaz Fuentes, Antonio, *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad,* Barcelona, Bosch, 2004, p. 978.

2. Los bienes comunales típicos y las mancomunidades de pastos

Esta confusión puede partir del concepto de bien comunal, y sus diferentes interpretaciones desde los ámbitos jurídico-civil y administrativo. Alejandro Nieto en su extensa monografía sobre los bienes comunales comprende referidos a éstos no solo los bienes que responden a un concepto estricto de dominio, sino también los bienes en sentido amplio, «es decir, también los derechos o más concretamente, cuanto pueda tener una significación económica para su titular», destacando entre los derechos comunales por su importancia económica las llamadas servidumbres de pastos, aguas y leñas impuestas en beneficio de una comunidad de vecinos[3]. El profesor Colom, autor del extenso informe histórico-jurídico aportado al proceso, destaca en su obra sobre los bienes comunales en la legislación local el diferente planteamiento al afrontar esta cuestión entre autores civilistas y administrativistas. En su opinión los primeros, influenciado en su pensamiento por la regulación del Código civil, distinguen entre aprovechamientos y bienes comunales, regulándose los primeros en los artículos 600 a 604 de dicho cuerpo legal y se configuran como servidumbres favor de las comunidades vecinales; los bienes de disfrute vecinal, en cambio, constituyen propiedades regidas por la legislación de régimen local. En la doctrina administrativista han sido tradicionalmente mayoría los autores que trataban los problemas relacionados con la propiedad, sin plantearse la posibilidad de que una servidumbre sea un bien comunal, criterio que también ha sido mayoritario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en la salas de lo civil como en la contencioso-administrativa.

Sin embargo, señala este autor, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (art. 79) permite la inclusión de los derechos reales limitados entre los supuestos de bienes comunales, por lo que no se atribuyen directamente a los vecinos, sino que configuran la categoría de los «bienes comunales típicos», es decir, aquellos cuya propiedad pertenece al Municipio y su aprovechamiento a los vecinos[4].

Por eso indica la Audiencia Provincial (FD 11º) que la sentencia de instancia es resultado de acoger un planteamiento doctrinal que parte de la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855, que permitía en su art. 2.9 la exclusión de la venta, entre otros, a «los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa declaración de serlo…», exceptuándose por dicho aprovechamiento vecinal el Monte en cuestión, «configurando un bien comunal típico frente a los carentes de ese reconocimiento, los atípicos, que englobarían una variedad de supuestos heterogéneos», y se extrapola el concepto de mancomún del aprove-

---

[3] Nieto, Alejandro, *Bienes comunales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado,1964, pp. 349 y 353.

[4] Colom Piazuelo, E., *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Madrid, Tecnos-Gobierno de Aragón, 1994, p. 56 y ss.

chamiento de pastos con la existencia de una comunidad de bienes de los dos Ayuntamientos. Y concluye en su valoración la sentencia en apelación que la imprecisión en la formulación de la demanda había ocasionado que en la primera resolución judicial pretendiendo, como posteriormente alegará la parte demandante en apelación, alguno o algunos aprovechamientos, habría obtenido el reconocimiento de la plena propiedad sobre el Monte en régimen de comunidad, sin negar la Audiencia que los derechos reales limitados de los vecinos de María de Huerva sobre el Monte puedan ser comunales, pero no necesariamente han de recaer sobre la plena propiedad.

El término «mancomunidad» es de habitual uso para describir derechos de pastos y otros aprovechamientos en los siglos XIX y gran parte del XX. Ello es debido a la consideración de la posesión como criterio determinante en las relaciones jurídicas entre pueblos sobre los aprovechamientos, en las que la titularidad dominical quedaba en un segundo plano. A ello se añade que las fórmulas comunitarias consuetudinarias y forales de aprovechamiento vecinal tuvieron difícil encaje en el Código civil, defensor de la concepción liberal, absoluta y unitaria de la propiedad, que en sus artículos 600 a 604, de gran parquedad y confusión en su redacción, dejan ver claramente la intención del legislador de liquidación de las instituciones reguladas, afín al proceso desamortizador, como refleja lo esencial de su regulación. El problema, como señala Álvarez Caperochipi[5], se presentaba al encajar en los moldes del Código la especialidad y variedad de aprovechamientos comunitarios de pastos, labor en la que tendrá un papel destacado el Tribunal Supremo, aunque necesitó –como la doctrina civilista–, casi medio siglo para fijar una posición firme sobre la materia.

El art. 601 CC excluye la aplicación de la legislación civil a la comunidad de pastos en terrenos públicos, pero ello no impide que las cuestiones sobre su titularidad y pertenencia se diluciden por la jurisdicción civil (STS 1ª 18 de julio de 2006); y que, en algunos casos, las normas públicas establezcan regulaciones organizativas públicas y económicas pero los aprovechamientos se rijan por sus normas consuetudinarias o tradicionales. Son numerosos los casos planteados ante el Tribunal Supremo que corresponden a «terrenos públicos», es decir a la esfera de aplicación del art. 601 CC. Sobre este artículo se han realizado interpretaciones muy diversas, que parecen tener muy poco en cuenta los antecedentes normativos del siglo XIX, es decir las RR.OO. de 17 de mayo de 1838 y de 8 de enero de 1841, que señalaron el camino posterior. La segunda, como interpretativa de la primera, aclara que la disposición de 1838 tenía por objeto «el que se respeten los derechos de los pueblos a los pastos comunes en terrenos

---

[5] Álvarez Caperochipi, J. A., «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas», en *R.D.P.*, tomo LXIV (1980), p. 464.

públicos». Cuadrado Iglesias comenta que este artículo del Código se refiere de forma primordial, aunque implícitamente, a una comunidad muy concreta, al sistema previsto para el aprovechamiento de unos terrenos determinados denominados comunales[6], que ratifica Nieto al considerar que dentro de los terrenos públicos se incluyen los bienes comunales y se comprenden en la remisión a la legislación administrativa a la que se refiere el art. 601 CC[7].

En el Derecho aragonés los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 dedicaban algún artículo a la «mancomunidad de pastos». El Proyecto de 1899, en su art. 47, bajo el título «De la mancomunidad de pastos», establece que «el derecho que tengan los vecinos de un pueblo a usufructuar con sus ganados las hierbas de los terrenos comunales de otro u otros términos municipales, y recíprocamente, se regirá por las escrituras, concordias, concesiones y costumbres entre los pueblos o sus representantes», y en el Proyecto de Apéndice foral de 1904, el capítulo III, del título tercero «De las servidumbres», lleva por título «De la «alera foral» y de otras mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios»», y en su art. 240, determina que «las mancomunidades de pastos distintas de la *alera foral* y las que versen sobre aprovechamiento de árboles y arbustos y sus frutos, leñas y carbones, ó sobre extracción de piedra, cal, yeso, arcilla y otros materiales de aplicación á la construcción, constituídas a favor de los vecinos de dos ó más pueblos en los montes públicos de todos ó de cualquiera de los mismos ó de un particular, se regirán por los títulos de concesión, ó por las concordias, decisiones arbitrales y escrituras que les den origen, y á falta de unos y otras por lo que la posesión inmemorial haya establecido para el caso»[8]. Y ya como texto legal, el art. 16 del Apéndice aragonés de 1925 –exclusivamente referido a la alera foral– preceptúa que «la alera foral, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en vigente costumbre, se efectuará con sujeción a lo estatuido por el uno o por la otra, y en lo demás regirán las disposiciones del Código Civil referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos».

Deteniéndonos en el Apéndice en relación a la regulación legal de los derechos de pastos aragoneses, ya defendió Fairén sobre la alera foral que no entraba en los supuestos de la comunidad de pastos, ya que «comunidad significaría la pérdida de la noción de los límites entre el término del pueblo propio y del ajeno a efectos del disfrute de sus pastos, puesto que en realidad ambos pasan a formar uno sólo a tal efecto» que no ocurre en las que podrían originar dudas

---

[6] Cuadrado Iglesias, M., «Artículo 601», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1521, y *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Ministerio de Agricultura. Servicio de Publicaciones Agrarias, 1980, p. 417.

[7] Nieto, Alejandro, *Bienes comunales, op. cit.,* p. 383.

[8] *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, tomos I y II (con estudio preliminar de J. Delgado Echeverría), Institución «Fernando el Católico». Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006. Las citas corresponden al tomo II, pp. 541 y 841.

como son las aleras recíprocas, ya que las no recíprocas o unilaterales no pueden ser comunidades[9]; y la remisión que hace el art. 16 del Apéndice a las normas reguladoras del Código referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos, y entre ellos los comunales regulados en la legislación de régimen local, no supone ninguna alteración del régimen de la alera foral, ni restricción de los terrenos sobre los que se practicaba[10]. Y sobre los supuestos que contemplaban los Proyectos de Apéndice entre las mancomunidades de pastos, incluyen a la propia alera foral y a otras situaciones de comunidades y servidumbres recíprocas entre montes de pueblos vecinos, o unilaterales sobre los montes públicos de un solo pueblo, o los pertenecientes a un particular, aunque la mención más general es a los «terrenos comunales» y «montes públicos», por la influencia ya de la legislación desamortizadora del siglo XIX. Vidal Tolosana sigue considerando en 1924 que la alera foral es «una comunidad de aprovechamientos de pastos y con este criterio deben resolverse los problemas que surjan en su desarrollo»[11], e Isábal refiere como es extendida la doctrina de considerarla como comunidad, aunque cita ya otros autores que la califican como servidumbre[12]. La STS de 19 de febrero de 1954 todavía insistirá en que la reciprocidad de gravámenes desvirtúa la apreciación de gravámenes en predio ajeno y pone de relieve el hecho de la apreciación de terrenos por sus dueños para un determinado común aprovechamiento, relación que denomina «comunidad relativa de derechos», inspirándose en ella la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 12 de noviembre de 1958, para negar la redención de una alera foral recíproca, amparándose en que no se trataba en este caso de una servidumbre sino de una comunidad de pastos.

La antigüedad del aprovechamiento y la comunidad en el uso y disfrute de los aprovechamientos generaron una confusión en su calificación, que se refleja también en la jurisprudencia al enfrentarse a situaciones que Bercovitz y parte de la doctrina califica como comunidades de tipo germánico, en las que «no cabe distinguir entre propietario(s) y titular(es) de alguna utilidad, uso o disfrute con respecto a una misma finca. De ahí que sea totalmente correcto decir –tal y como hace el Tribunal Supremo– que esos casos no pueden ser de servidumbre sino de comunidad de pastos. Se trata, en efecto, de una comunidad de tipo germánico que concede a todos los titulares un derecho a participar en el apro-

---

[9] Fairén Guillén, Víctor, *La Alera Foral*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1951, pp. 207 y 209.

[10] Fairén Guillén, V., *La Alera Foral*, *op. cit.*, p. 138.

[11] Vidal Tolosana, L., *El Apéndice Aragonés al Código civil general*, Imprenta de la viuda de M. Aguarón, Huesca, 1924, p. 25.

[12] Isábal, Marceliano: *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. de 1985), pp. 211-12.

vechamiento del bien»[13]. El equívoco significado de la «mancomunidad de pastos» no es aplicable a la situación contemplada en la sentencia, en la que se da un aprovechamiento vecinal por los ciudadanos zaragozanos sobre un monte de su propiedad y una servidumbre de pastos y otros ademprios por los vecinos de María de Huerva, que no puede ser calificada sino como servidumbre de pastos y otros aprovechamientos, bien que ejercitada en común, por lo que podemos calificarla como una servidumbre en común de pastos, que se trata más adelante.

No son derechos homogéneos o cualitativamente idénticos los de los vecinos de Zaragoza y María de Huerva, por lo que no pueden formar una comunidad de bienes aunque coincidan en el aprovechamiento común, ya que unos realizan el disfrute en terreno propio y otros en ajeno. La STS de 16 de febrero de 1987, expresará que existe comunidad según «la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate... como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o en dominio plural indiviso». Señala al respecto Beltrán de Heredia que «puede ocurrir que el propietario del fundo concurra con otros que están unidos en comunidad para el disfrute; continuará siendo propietario y comunero en cuanto al aprovechamiento, pero no habrá servidumbre (con sujeto plural) sobre su finca, por impedirlo la regla de *nemini res sua servit*. Pero siempre y en todo caso se tratará de cosas separadas, la propiedad y la comunidad del disfrute, que no pueden estar en común, pues es condición indispensable de la comunidad, la de que se ejerza sobre derechos de igual naturaleza»[14]. Para García genera confusión y es dogmáticamente incorrecto referirse a comunidad en esta situación «pues así no quedan deslindadas las figuras de la comunidad de propietarios, la comunidad de otros titulares y la servidumbre de pastos, que se rigen por preceptos distintos. Y técnicamente creo que es forzado imaginar una comunidad entre el titular de una simple facultad de disfrute (facultad dependiente e integrada en el Derecho real de propiedad) y el titular de un Derecho real de disfrute distinto e independiente de la propiedad, pues ello supone en realidad titularidades cualitativamente diferentes»[15]. Decía ya la STS de 29 de enero de 1910 que los aprovechamientos comunales entre pueblos no significan necesariamente condominio, sino que se trata de una servidumbre cuando uno de los municipios tenga reconocida la propiedad.

---

[13] Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Sentencia de 24 de febrero de 1984», en *C.C.J.C.*, 4 (enero/marzo 1984), núm. 116, pp. 1372-73.

[14] Beltrán de Heredia Castaño, José, «Prólogo» a Cuadrado Iglesias, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas, op. cit.*, pp. 12-13.

[15] García García, José Manuel, *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo (Derechos reales e hipotecario)*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, 1982, «Sentencia de 28 de enero de 1970», pp. 285 a 290. La cita es de la p. 288 y su nota 4. Se publicó previamente en *RCDI*, núm. 480 (1970), pp. 1267 a 1270.

La doctrina administrativista mayoritaria entiende que sobre los bienes comunales existe una disociación entre titularidad dominical y titularidad de aprovechamientos y disfrute, correspondiendo aquella al municipio y esta a los vecinos. La relación entre el titular dominical y los titulares de los aprovechamientos no cabe explicarla según Cuadrado ni como comunidad ni como servidumbre, por lo que considera que se da «una concurrencia –no una comunidad– de titularidades; una yuxtaposición de derechos independientes entre sí, si bien en estrecha interrelación por incidir sobre el mismo objeto», que las SSTS de 28 de octubre de 1975 y 8 de noviembre de 1977 consideran como facultades correspondientes a los vecinos que «limitan y complementan los derechos dominicales del municipio, encontrándonos pues, ante una titularidad compartida que viene atribuida de modo diverso entre partícipes cualitativamente diferentes»; y las relaciones existentes entre los titulares de los aprovechamientos de los bienes comunales generan entre ellos una «comunidad de goce» dentro del marco de la «comunidad germánica» o en «mano común» y no en el de la «comunidad romana» o «por cuotas»[16]. Frente a este planteamiento de Derecho privado, Nieto se apoya en el art. 47 de la Ley de Régimen Local de 1955 que incluye entre los derechos de los vecinos el de «participar de los aprovechamientos comunales», por lo que lo califica como un derecho público de naturaleza corporativa, esto es, un derecho real administrativo de goce, configurado como un derecho público subjetivo por la naturaleza de las normas que lo regulan[17], criterio que confirma la STS (4.ª) de 11 de mayo de 1968[18]. La Ley de Bases de Régimen Local de 1985 cambia la redacción de este derecho vecinal en su art 18 «c) el derecho a acceder a los aprovechamientos comunales conforme a las normas aplicables», y sus consecuencias al calificar esta norma legal a los bienes comunales como dominio público. Para Colom, con anterioridad a la Ley de Bases de 1985 los bienes comunales eran patrimoniales, lo que suponía que se consideraban como derechos privados de conformidad con las distintas catego-

---

[16] Cuadrado Iglesias, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Ministerio de Agricultura. Servicio de Publicaciones Agrarias, 1980, pp. 418-22.

[17] Nieto, Alejandro, *Bienes comunales, op, cit.,* pp. 286-89.

[18] La STS de 24 de enero de 1989 se refiere a los bienes comunales como «aquellos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a la comunidad de vecinos; en tal condición son los entes locales los que regulan su disfrute por ser titulares del derecho patrimonial y pertenecerles los derechos administrativos derivados del mismo en su condición de representantes legales de la Comunidad; los vecinos disfrutan los bienes en nombre del Ayuntamiento como propietario, y los poseen al modo en que lo hace un arrendatario o precarista en nombre del titular; y como no pueden ser poseídas a título de dominio, los actos que pueden ejercitar sobre ellos son de simple disfrute y el Ayuntamiento solamente vendrá obligado a cumplir con las condiciones de la norma reguladora del disfrute, sin necesidad para recuperarlos de ejercer acciones de reivindicación, no pudiendo el que las disfruta acceder a su propiedad ni a través de una posesión, que no tiene título de dueño, ni del ejercicio del derecho arrendaticio de accesión a la propiedad incompatible con la naturaleza de los bienes comunales que son inalienables, imprescriptibles o inembargables conforme disponen el artículo 188 de la Ley de Régimen Local y 94 del Reglamento de Bienes».

rías civiles, pero tras la norma no cabe desconocer que son derechos reales administrativos que la Administración no puede desconocer y tratándose del aprovechamiento colectivo de los bienes comunales puede articularse como un uso común general, regulado por la normativa de régimen local y las ordenanzas municipales[19].

En este sentido, el Ayuntamiento de Zaragoza alega como tercer motivo del recurso (FD 11.º) que el monte es patrimonial y no se puede aplicar una legislación posterior al momento de su titulación registral, pero la Audiencia entiende que no merece un especial reproche que en la sentencia de instancia se haya utilizado la legislación actual, por no variar la situación jurídica existente en el momento de acceder al Registro, que es el de la inscripción de la propiedad en 1972, con relación al derecho del Ayuntamiento de Zaragoza. No se entiende esta alegación, salvo por la posibilidad de utilizar la facultad de desafectación tácita del bien comunal como bien patrimonial según la Ley de Régimen Local de 1955, advirtiendo que aunque el art. 183 de dicha ley los categorice como patrimoniales y no de dominio público, el art. 188 prevenía que los comunales eran inalienables, imprescriptibles e inembargables, y la desafectación sería inviable por cuanto esa posibilidad desapareció en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, y porque en la segunda mitad del siglo XX nunca se ha llegado a producir un uso excluyente del aprovechamiento de los de vecinos de María.

La STS de 11 de noviembre de 1986 ya declaró que los bienes comunales siempre fueron imprescriptibles, imprescriptibilidad ya afirmada por el Tribunal Supremo a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX apoyándose en la Ley 7, Título XXIX, Partida 3.ª –que consagraba la imprescriptibilidad de las cosas pertenecientes al común de los vecinos– por lo que el art. 132.1 de la Constitución de 1978 y las normas que regulan actualmente tales bienes no hacen otra cosa que reconocer unos caracteres consustanciales a ellos ya con anterioridad. La imprescriptibilidad supone que los bienes de dominio público y comunales no pierden su condición cualquiera que sea el tiempo de desuso por parte de la Administración o de posesión por parte de terceros, Ello impide también la pérdida de facultades jurídicas por las Administraciones titulares de los bienes, por lo que tampoco pueden ser adquiridos por prescripción a favor de personas físicas o jurídicas derechos de servidumbre ni cualesquiera otros aprovechamientos o utilidades. La STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 22 de junio de 2011 declara que los bienes comunales son inalienables e imprescriptibles mientras mantengan la afectación al goce o disfrute vecinal que les confiere su propia y singular naturaleza, determinando su incomerciabilidad y sobre los cuales no cabe establecer espontáneamente servidumbre alguna por razón de su inalienabilidad, de modo que –tratándose de bienes públicos– se puede afirmar que

[19] Colom Piazuelo, E., *op. cit.*, pp. 325-30.

tanto el dominio como los derechos reales limitativos de éste (el de servidumbre entre ellos) pueden adquirirse por usucapión sobre tales bienes cuando sean patrimoniales, bien desde el inicio, bien desde que se consumó la desafectación.

Aunque se ha suprimido la desafectación tácita de los bienes de dominio público al ser derogado el art. 341 CC por la Ley del Patrimonio del Estado, cabe no una desafectación pero sí una mutación de su régimen jurídico por vía tácita, prevista en el art. 78 del Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, en el caso de «no haber sido objeto de disfrute durante más de diez años, podrán ser desprovistos de su carácter comunal mediante acuerdo de la entidad local respectiva», entendiéndose según el anterior Reglamento de Bienes de (art. 6.1) que a partir de ese cambio destino a bien patrimonial o de propios podía ser inscrito en el Registro de la Propiedad, que Díaz Fraile desmiente por admitirse ya con carácter general la inscripción de los bienes de dominio público. Viene avalado en la legislación actual por el Texto Refundido de 1986 que en su artículo 85 establece que «las entidades locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles o derechos reales», obligación que reitera el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986 sin distinguir entre bienes patrimoniales y demaniales. Por si quedase alguna duda, el art. 5 del Reglamento Hipotecario, en su redacción tras el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, señala que «los bienes de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial»[20].

Sigue diciendo la sentencia comentada que tampoco afecta a la naturaleza comunal de los aprovechamientos el hecho de que el municipio de María de Huerva no se constituyera como tal en el siglo XIX, «pues los Ayuntamientos no han terminado sino de personificar los intereses y derechos subjetivos que correspondían a la colectividad de los vecinos, debiendo darse por superado el debate sobre la titularidad de los bienes comunales, cuestión que históricamente fue tributaria, aun en el Derecho Positivo, de una notable confusión y cuya mayor claridad se alcanzó, precisamente, en la Ley de Régimen Local de 1955». Las vicisitudes del proceso desamortizador condujeron a situaciones paradójicas como que se concediese la excepción de venta del Monte *Las Vales de María* al Ayuntamiento de Zaragoza y no fuera exceptuada la parte de María de Huerva, al probar Zaragoza que era de aprovechamiento común –especialmente ganadero–, y ser de propios, posiblemente por arrendarse las labores agrícolas y obten-

[20] Díaz Fraile, J. M., «La relación de los bienes comunales y de dominio público con el Registro de la Propiedad», en AA. VV., *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 31 de mayo-3 de junio de 2000 (coordinado por: Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano), Madrid, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, pp. 616-26.

ción de otros productos, la parte de María de Huerva[21]. La Orden de 5 de mayo de 1873, citada por la sentencia, resuelve el expediente de excepción de venta y acuerda que respecto al Monte *Vales de María*, existiendo «mancomunidad de pastos y siembras», se dividan estos montes entre los pueblos comuneros.

Finalmente cabe indicar que la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, reconoce como derecho a los vecinos en su art. 22 «c) Utilizar los servicios públicos municipales de forma acorde con su naturaleza y acceder a los aprovechamientos comunales conforme a su regulación propia»; el art. 170 establece que «son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público, así como los comunales», y el art. 183 disciplina el régimen de aprovechamiento de los bienes comunales; regulación que se reitera en el Reglamento de Bienes (Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón), pero que en su art. 3.4 especifica que «tienen la consideración de comunales aquellos bienes cuya titularidad pertenece a la Entidad local y cuya utilización, aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos».

Por su parte, la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón[22], en su art. 11 clasifica los montes en públicos y privados, y considera de dominio público (ap.3.b) «los montes comunales, pertenecientes a las entidades locales, cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos», que se regirán –art. 22.1– en lo no contemplado por la Ley de Montes «por lo dispuesto en la normativa de régimen local y demás legislación que les sea aplicable».

La competencia para dilucidar la existencia de derechos reales, tanto de propiedad o de servidumbres, de los entes públicos como de su contenido corresponde a la jurisdicción ordinaria civil por disponerlo así el art. 22.1º LOPJ, y ello «aun cuando se trate sobre su carácter comunal, esencial por lo demás para la determinación de su régimen jurídico, quedando reservada a la jurisdicción contenciosa las reglas de distribución de su aprovechamiento entre los vecinos» (FD 9º). Lo reitera la STS de 24 de febrero de 1984: «la doctrina jurisprudencial ha delimitado ya claramente el marco de la competencia de las autoridades administrativas en lo que a esta materia se refiere, estableciendo a tales efectos que la esfera de actividad de aquéllas viene exclusivamente referida a la posesión de hecho y de disfrute de los partícipes y no afecta, ni a las cuestiones que puedan implicar alteración de la posesión ni tampoco a la declaración de derechos,

---

[21] Lo explica sintéticamente Colom Piazuelo, E., «El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón», en AA. VV., *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Madrid, 2002 (referida en nota anterior), pp. 416 y 426.

[22] Modificada por Ley 3/2014, de 29 de mayo (BOA 11 junio 2014).

que es precisamente lo que aquí se discute (auto de 20 de abril de 1915 y sentencias de 9 de enero de 1920 y 12 de julio de 1982)».

III. LA SERVIDUMBRE DE PASTOS Y OTROS ADEMPRIOS DE MARÍA DE HUERVA EN EL MONTE *VALES DE MARÍA*: SU ENCAJE EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. Las servidumbres de pastos y los ademprios forales

Podemos centrarnos ya en los derechos o aprovechamientos que los vecinos de María de Huerva usan y disfrutan en el Monte *Vales de María*, propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, tras rechazar la sentencia que se trate de una mancomunidad sobre el dominio y que, en todo caso, existirá una comunidad de uso en los aprovechamientos, que compartían con más claridad los vecinos de Zaragoza y María de Huerva bajo el régimen señorial detentador del dominio directo sobre el Monte. Así se refleja en la inscripción registral de la finca a favor del titular señorial en 1897 que incluye como gravamen de la misma el derecho de mancomunidad de las municipalidades de María de Huerva, Zaragoza y La Muela.

La concordia de 1558, título escrito que se aporta como originario del derecho finalmente debatido, realizaba una «distribución de los aprovechamientos primarios del monte, los agrícolas, ganaderos y forestales entre los vecinos de María y los de Zaragoza» (FD 1º), que la parte apelante considera «una servidumbre inmemorial de aprovechamiento ganadero, sin que en modo alguno sea un aprovechamiento comunal, sino solo, en esa condición de derecho real sobre cosa ajena a favor de vecinos concretos», pero que la Audiencia considera más compleja por la larga historia jurídica de las instituciones debatidas sobre las que existe un problema de calificación jurídica según la legislación vigente: «La confusión se alimenta porque nos encontramos ante instituciones jurídicas, concurrencia de aprovechamientos, que históricamente han sido muy confusas, encontrando su origen, como es el caso, en escenarios jurídicos y políticos muy diferentes a nuestro actual orden jurídico y de los que resultan instituciones siempre insuficientemente precisadas, esto es si estamos ante servidumbres prediales, usufructos perpetuos, servidumbres personales, ahora derechos reales de aprovechamientos parcial o ya simplemente condominio sobre el monte de los que resulta un aprovechamiento disímil en virtud de la facultad de autorregulación de los comuneros. Aunque esos aprovechamientos sean o puedan ser comunales» (FD 7º).

Para desenredar semejante ovillo jurídico, la sentencia dedica un gran esfuerzo en deslindar las relaciones jurídicas verticales, las de dominio, sobre el Monte

con la conclusión de la indubitada propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que el objeto de la pretensión son determinados aprovechamientos realizados por los vecinos de María en el controvertido Monte. En ayuda de la clarificación se mencionarán especialmente dos sentencias: la del Supremo (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7134), que sigue la estela de las 2 de febrero de 1954, 24 de febrero de 1984 y 16 de febrero de 1987, distinguiendo a partir de la pertenencia de uno o varios de los titulares de los aprovechamientos, o de todos los que disfrutan el aprovechamiento común, de la titularidad dominical del predio, configurando bien una servidumbre sobre finca ajena o una «mancomunidad» si hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible; la segunda sentencia es de la Audiencia Territorial de Zaragoza y de fecha 23 de mayo de 1983, que declaró la existencia de una servidumbre de pastos en el monte *Vales de María* del término municipal de María de Huerva, a favor de los vecinos de esta localidad en mancomún con el Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza. En los considerandos de la sentencia, se desestiman los argumentos del Ayuntamiento de Zaragoza, recurrente, sobre incompetencia de jurisdicción por tratarse de una mancomunidad administrativa para el aprovechamiento de la servidumbre, aplicando las normas civiles para la resolución del caso, ratificándose en el uso y vigencia de la servidumbre:

> CONSIDERANDO: Que cuantas alegaciones se efectuaron por el apelante en la vista del recurso carecen de virtualidad para poder ser acogidas, en primer término porque son una nueva reproducción de las expuestas en primera instancia y, en segundo lugar, porque fueron correctamente rebatidas en la sentencia objeto de impugnación, tanto la excepción de incompetencia de jurisdicción como la de falta de legitimación activa carecen de fundamento; la primera porque no se ha demostrado, mediante las correspondientes pruebas, la existencia de una mancomunidad administrativa entre los Ayuntamientos litigantes para el aprovechamiento de la servidumbre discutida; luego, en consecuencia, tratándose de una acción civil no es de aplicación, como pretende el apelante, la legislación administrativa de régimen local, sino las normas sobre propiedad y servidumbres del Código civil y Compilación del Derecho Civil de Aragón (artículo 148); la segunda porque el Ayuntamiento de... asume la representación legal de los vecinos de dicho pueblo en la acción que ejercita y es precisamente el Ayuntamiento demandado quien, al desestimar la solicitud del Ayuntamiento actor, remite al primero a que para su reclamación acuda ante los Tribunales ordinarios, no puede ahora en el proceso actuar contra sus propios actos.
>
> CONSIDERANDO: Que igualmente es rechazable la impugnación que en el recurso se hace al fondo de la acción porque la prueba practicada a instancia de ambos litigantes, valorada en su conjunto (testifical y documental), evidencia la «realidad» de la servidumbre reclamada y la «virtualidad» de su continua utilización por los vecinos del pueblo de..., hecho expresamente reconocido por el Ayuntamiento demandado en escrito de 15 de Mayo de 1940 dirigido por su Alcalde al Instituto Geográfico y Catastral y, además, que el demandado haya subastado su participación en los pastos del monte no desvirtúa en absoluto los mismos derechos de la contraparte; derechos que, como justifica el total probatorio, provienen incluso con anterioridad, a la escritura

de 22 de febrero de 1828 y que con posterioridad al mentado documento han venido ejercitándose permanentemente.

CONSIDERANDO: Que por las anteriores razones el recurso debe ser desestimado sin que se aprecien méritos para hacer expresa condena en las costas del mismo[23].

El fallo de la Audiencia Territorial fue el siguiente: «debo declarar y declaro la existencia de una servidumbre de pastos en el monte «Vales de María» del término municipal de María de Huerva, a favor de los vecinos de esta localidad en común con el Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza, condenando a éste a estar y pasar por dicha declaración y a mantener en el uso pacífico de dicha servidumbre a aquellos vecinos que vienen haciéndolo hasta el presente»[24].

Llegados a este punto se cuestiona en la sentencia cuál es el objeto de la pretensión, al tener reconocidos María de Huerva los aprovechamientos de pastos en el Monte, como servidumbre de pastos, y no cuestionarse la titularidad dominical del mismo. Quedaban el resto de aprovechamientos, por lo que «debe quedar ceñido a lo que es objeto de la demanda, definitivamente aclarada, esto es el dominio sobre determinados aprovechamientos, esto es, agrícolas, ganaderos, de leñas y otros usos y que sobre dicho objeto, reconocidos en la instancia los derechos de pastos, como judicialmente ya se les había reconocido por la Audiencia Territorial de Zaragoza, solo se puede hacer cuestión de los agrícolas, que en la apelación se reconocen, aunque no exclusivamente, a favor de María, y los de leñas» (FD 9º)[25].

El título escrito de estos aprovechamientos es la Concordia de 1558, cuyo contenido sustancial se transcribe en la sentencia (FD 9º):

«… vecinos de María que agora son y por tiempo serán… puedan en todo tiempo de noche y de día escaliar, romper, rozar, culturar, sembrar las heredades que han acostumbrado culturar y arar, y las que escaliarán y culturarán de nuevo del presente

---

[23] Se transcribe de *Jurisprudencia Aragonesa*, 1983, núm. 232-C, que no contiene el fallo, que se copia de la sentencia aquí estudiada en su fundamento de derecho 9º.

[24] Es una época de especial litigiosidad del municipio de María de Huerva con los colindantes y sobre aprovechamientos en su propio término, como manifiesta la simple relación de algunas sentencias de la Audiencia Territorial y del Tribunal Supremo: SATZ 2 de mayo de 1973: alera foral entre María de Huerva y Jaulín (*ADA*, XVI, 1972.3, núm. 15 y *Jurisprudencia Aragonesa*, 1973, núm. 65-C), que seguirá en casación en el Supremo: STS 15 abril de 1974 (RJ 1974, 1603); SATZ 11 de junio de 1973: servidumbre de pastos vecinal en las fincas de propiedad particular del Monte *La Plana* (*Jurisprudencia Aragonesa*, 1973, núm. 93-C), que también seguirá en casación ante el Supremo: STS de 25 de mayo de 1975 (*Albacar, Casación Civil*, t. II, La Ley, 1986, p. 1424).

[25] El Ayuntamiento de Zaragoza alega en apelación que los derechos de pastos sobre el Monte correspondían históricamente a la Casa de Ganaderos de Zaragoza, en virtud se supone del privilegio medieval de pastura universal en los términos de Zaragoza y del resto del Reino, pero la Audiencia no lo considera, y alega que la corporación ganadera no es parte en el proceso y puede ejercitar las correspondientes acciones en defensa de sus posibles derechos.

día en adelante y los fructos levantar, recibir y gozar y aparcentar, abrevar, cuvilar, amalladar, corralizar, asestar, fogarizar todos sus ganados gruesos y menudos y no extranjeros, excepto los que abajo se dirán, y esto de noche y de día, cazar, leñar y usar de cualesquiera otros usos y amprios…», pero su exclusión de los de Zaragoza: «… que los vecinos de la dicha ciudad de Zaragoza y de sus barrios y aldeas puedan… como dicho es usar cualesquiera usos y amprios como en propio término exceptuado escaliar, arar y culturar…»

Los «iura» reconocidos a los vecinos se agrupan en torno a los aprovechamientos agrícolas (escaliar –esto es, roturar nuevos campos en el monte–, cultivar, sembrar y recoger los frutos) y ganaderos (apacentar, abrevar, instalar cercados u otras construcciones no definitivas para reposo y descanso del ganado, y poder hacer fuego y cocinar los pastores) y otros usos y ademprios como cazar y leñar, que comparten los vecinos de María con los de Zaragoza, exceptuando de los agrícolas a éstos. La concesión no es muy diferente a la de otras poblaciones aragonesas desde la época medieval, pero es muy amplia considerando la intensidad posesoria sobre el terreno señorial, ya que son aprovechamientos que suponen ocupación del suelo y sin limitación horaria o temporal, y solo cabe recordar como la alera foral ha estado siempre limitada al horario diurno.

Con relación a estos aprovechamientos agrícolas y de leñas, ya que la caza es un aprovechamiento sometido a legislación especial, el Ayuntamiento de Zaragoza no cuestionaba los aprovechamientos agrícolas aunque en la demanda se reclaman solo para los vecinos de María a tenor de la concordia, entre los que se incluye el de «siembras» en el documento de solicitud de excepción de desamortización de 1873 a favor de ambas poblaciones, a diferencia de la concordia aunque no tenga otro significado, salvo su actualización, distinto a los incluidos en la concordia. La sentencia constata la existencia de estos aprovechamientos, los de leñas en los expedientes de los planes forestales y otros de extracción de arcillas y piedras en expedientes municipales de mitad del siglo XX.

Ante la disparidad documental sobre atribución de aprovechamientos a unos o a otros, o a todos los vecinos de ambas poblaciones, la sentencia entiende que la concordia de 1558 es el título inicial, pero no puede asegurarse que los usos se hayan mantenido en los mismos términos. Por ello recurre a la posesión inmemorial, frente a la compleja superposición y sucesión de concordias y sentencias, para determinar una posición de igualdad entre los vecinos de María y de Zaragoza en los aprovechamientos de pastos, leñas y agrícolas, «pero sin que se pueda hacer cabal distinción en relación a alguno de ellos a favor solo de unos u otros vecinos» (FD 9º).

Las concordias como título escrito originador y regulador de derechos de pastos y ademprios, se cita expresamente en el art. 582.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) en sede de la alera foral, junto con los pactos y otros actos jurídicos, pero es extensible a todos los derechos reales aragoneses como

una de las expresiones del principio *Standum est chartae* (art. 3 CDFA). Respecto a las concordias la STS de 25 de abril de 1888, al tratar de un derecho de pastos entre dos pueblos aragoneses declaró que «la escritura de Concordia es un título especial de constitución de servidumbre de pastos y abrevaderos, por convenio y acuerdo mutuo entre los vecinos y habitadores de dos pueblos y sus respectivas justicias, jurados, concejos y universidades, de la cual resulta que recíprocamente y a perpetuidad se concedieron el ejercicio y aprovechamiento de aquellos derechos, en los términos de cada uno de dichos pueblos. Demostrada por medio de un contrato eficaz y valedero la existencia de un gravamen y siendo el convenio la suprema ley a que deben sujetarse los otorgantes, ó los que de ellos deriven el derecho, sin que uno contra la voluntad del otro pueda desentenderse de su cumplimiento...».

Y el artículo 146 de la Compilación determinaba sobre la alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás ademprios que cuando «su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta». Esta formulación legal ha pasado a la regulación de «los tradicionales derechos de pastos, leñas y demás ademprios que constituyen derechos reales de aprovechamiento parcial», del art. 584.1 CDFA, añadiendo «y, en su defecto, por la costumbre». El título y la posesión inmemorial no pueden ser invocados simultánea y conjuntamente como fuentes de originación de los derechos de pastos y ademprios, como señaló la SAT Zaragoza de 2 de mayo de 1973 sobre la alera foral entre María de Huerva y Jaulín, y que reitera la sentencia de la misma Audiencia Territorial de 12 de diciembre de 1986 al negar que fundada una demanda en una escritura transaccional de 1851, pueda tenerse en cuenta la pretensión posterior de que se contemple la posesión inmemorial como origen de la servidumbre.

No es este el caso de la sentencia, que diferencia el título escrito de la posesión inmemorial como título presuntivo alternativo cuando no existe título original por presumirse que se perdió. Otro parecer merece la afirmación posterior respondiendo a la alegación del Ayuntamiento de Zaragoza sobre el uso exclusivo y excluyente del Monte en el siglo XX, de que «el mero lapso del tiempo solo puede prevalecer cuando el mismo conlleve una consolidación de derechos contraria a los títulos o a la posesión inmemorial que opera de manera presuntiva o sustitutiva del título» (FD 10º) ya que, independientemente de manifestar el acuerdo sobre el fondo, en el Derecho aragonés la posesión inmemorial cumple la función de título presunto, ya visto, pero también de modo de adquisición de servidumbres por usucapión (art. 569 CDFA), por lo que se podría producir una usucapión inmemorial contraria o distinta a la posesión inmemorial que sirve de título, ya que el art. 560.2 CDFA establece que «la forma de prestar la servidumbre puede adquirirse por usucapión o extinguirse por prescripción, como la servidumbre misma y de la misma manera».

En todo caso, cabe pensar que se ha producido más que una «costumbre inmemorial» distinta, que ya criticaba Fairén como fuente reguladora de la alera foral bajo vigencia del Apéndice, y Sancho Rebullida considera que no es por sí «fuente creadora de derechos subjetivos, sino medio y forma de ejercicio de los mismos»[26], y la mención en los arts. 582.1 y 584.1 –al seguir siendo en el Código foral la costumbre una fuente normativa del Derecho civil aragonés (art. 2 CDFA)–, viene motivada por la importancia que se otorga a la costumbre local y comarcal en el régimen de los derechos de pastos y ademprios para completar el título. El recurso a la posesión inmemorial para modificar, o modalizar, el título escrito es una aplicación del derecho usual en el régimen de los aprovechamientos vecinales por modificaciones en razón de la variación de los titulares o del ejercicio del derecho, por lo que en ocasiones los títulos originales se complementan con otros actos y documentos relativos a su contenido y ejercicio, pero también la vida del derecho ha podido sufrir mutaciones progresivas que pueden justificarse al amparo de la posesión inmemorial, si hay elementos de prueba suficientes, para modificar incluso la naturaleza o calificación jurídica del derecho. No es exacta la invocación «preferente» a la posesión inmemorial para determinar la titularidad de los aprovechamientos controvertidos, ya que ha ido conformándose por los sucesivos actos jurídicos que conforman en el tiempo una modificación de los derechos que, en última instancia, puede justificarse en el uso inmemorial como configurador del título actual.

No entra la sentencia a incluir entre los aprovechamientos los expresados en forma genérica como «cualesquier otros usos», expresión que utiliza la sentencia de instancia –en traslación se supone de «usar de cualesquiera otros usos y amprios» de la Concordia de 1558, al no haberse concretado en el suplico de la demanda, por lo que no son determinados en la misma, fuera de los anteriormente identificados, y en el fallo de la sentencia se incluyen «los aprovechamientos agrícola, pastos, leñas y demás ademprios», con la misma expresión final que tenía el art. 146 Compilación y ahora los arts. 554.1 (ademprios) y 555.1 (comunidad en mancomún) CDFA, artículos herederos del de la Compilación, lo que parece adecuado en un texto normativo como expresión referida a un *numerus apertus* de los mismos, pero concretables en la aplicación a los supuestos concretos, que es lo que corresponde hacer a una sentencia judicial en cuyo proceso se trata de determinar cuáles son los aprovechamientos reconocidos y en uso de los debatidos y que, en este caso, a tenor de los determinados en la propia sentencia solo cabe agregar los de extracción de piedra y arcillas si son de aprovechamiento común a los agrícolas, de pastos y leñas, para no generar la misma inseguridad que en la sentencia de instancia.

---

[26] Sancho Rebullida, F. de A. «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI,* XLIV (1968), p. 575.

Debe interpretarse que no significan lo mismo «usos» y «ademprios», y este último concepto responde a una tradición foral aragonesa que se refleja en su legislación civil vigente. De forma breve, cabe señalar que en la doctrina y jurisprudencia histórica foral el forista Miguel del Molino los concretaba en los derechos de pastos, leñas, escalios, aguas y caza[27], en referencia a las Observancias 8ª *De Actus Curiarum*, 4ª *De aqua pluviali arcenda,* 36 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum,* 3ª *De pascuis* y 9ª *De praescriptionibus* del Cuerpo foral, y que incluso a otro forista como Sessé le parecía excesiva la amplitud de ademprios relatados por Molino[28]. La indefinición de la naturaleza jurídica de los ademprios bajo el régimen foral, denominados usos, derechos o servidumbres, pero que se regían por la satisfacción de necesidades personales y familiares cuando se ejercitaban sobre términos ajenos, en una expresión del «ius usus inocui» de la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*, aunque podían adquirirse como servidumbres por larga o inmemorial posesión, requería la limitación y determinación de los mismos, con el mismo significado que tuvieron para las poblaciones campesinas hasta principios del siglo XX como recursos naturales que complementaban las economías domésticas de los vecinos en las sociedades agrarias de subsistencia. Esta restricción sigue imperando en el derecho aragonés actual y por ello el art. 584 se refiere a los «tradicionales» ademprios[29], aunque no cabe descartar otros usos, siempre que supongan un aprovechamiento común, pero parece difícil su nueva adquisición en terrenos comunales por la imprescriptibilidad legal positiva que los rige, incluso para su usucapión por posesión inmemorial[30].

2. Los derechos reales de aprovechamiento parcial en el Código foral aragonés

La institución, el derecho real, que acoge a los aprovechamientos vecinales de María de Huerva en el Monte de propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza se menciona en algún momento en la sentencia como una servidumbre personal, que califica como «un derecho real de determinados aprovechamientos, por tanto parcial sobre la totalidad de los mismos, pero en comunidad con los vecinos de Zaragoza». La calificación en Derecho aragonés es la de un derecho real

---

[27] Molino, Miguel de, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum…,* Zaragoza, 1585, voces Aprehensio e Infançones.

[28] Sessé, J., *Decissionum sacri senatus regii regni Aragonum...*, Zaragoza, 1610-1624, *Decisio CCCXCIII*, núm. 70 (fol. 140).

[29] *Vid.* una explicación más detallada, en Argudo Périz, J. L., «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho Civil Patrimonial», *RDCA,* XVI (2010), p. 195 y ss.

[30] La información periodística sobre la sentencia comentada (*Heraldo de Aragón,* 10 enero 2012, p. 15), menciona que María de Huerva había conseguido el 50% de los aprovechamientos agrícolas, ganaderos, forestales y «también urbanísticos».

de aprovechamiento parcial, arts. 555 y 584 CDFA, encuadrándose en los tradicionales ademprios del art. 584 CDFA, que es la figura más próxima a las servidumbres personales reconocidas en el Código civil en su art. 531, aunque con distinta denominación, ya que en el Código foral aragonés la denominación de «servidumbres» se reserva exclusivamente para las servidumbres prediales (art. 551.1 CDFA). Los «derechos reales de aprovechamiento parcial» son derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades concretas y determinadas en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial (art. 555 CDFA), una de cuyas manifestaciones tipificadas son «los tradicionales ademprios» del art. 584 CDFA, aunque el Código foral regule también las comunidades de ademprios en el art. 585, como instituciones herederas de la concentración de derechos sobre aprovechamientos que recogía el art. 146 de la Compilación. Título y posesión inmemorial determinan en el art. 584.1 CDFA el régimen jurídico de los ademprios como derechos reales de aprovechamiento parcial, estableciendo como fuente supletoria la costumbre, régimen que se completa con el general de las servidumbres, de acuerdo con lo establecido en la regulación general de este derecho real en el art. 555 CDFA. Los derechos reales de aprovechamiento parcial de titularidad comunitaria se presumen de duración indefinida, agrega el art. 584.2 CDFA[31].

No es momento ni lugar para tratar las causas de la decisión del legislador aragonés de regular esta figura, aunque va unido al rechazo al régimen claudicante y desamortizador del Código civil en la aplicación de las servidumbres personales a los derechos comunitarios contemplados en los artículo 600 a 604 CC, cuya naturaleza jurídica y compleja configuración generaban numerosas confusiones y conflictos en su aplicación, por lo que su contemplación en el actual Código foral responde a tradiciones sociales y jurídicas propias, herederas de la tradición foral histórica, de las previsiones normativas de los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 y directamente del art. 146 de la Compilación (preámbulo del Código foral, 41).

Finalmente, el fallo de la Audiencia determina la revocación parcial de la sentencia de instancia y la estimación parcial de la demanda interpuesta contra la Corporación recurrente por el Ayuntamiento de María de Huerva, declarando que «sobre el Monte "Vales de María", propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, existe un derecho real de aprovechamientos agrícola, pastos, leñas y demás ademprios, a favor de los vecinos de ese municipio en mancomunidad con los de Zaragoza, derecho real de carácter comunal, con exclusión del alcance de este

---

[31] Sobre el régimen jurídico de los derechos reales de aprovechamiento parcial, y especialmente de los ademprios, *vid.* Argudo Périz, J. L., «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho Civil Patrimonial», *RDCA*, XVI (2010), p. 201 y ss.

pronunciamiento a los enclavamientos y segregados existentes en dicho monte, ordenándose la inscripción en el Registro de este derecho real».

Se echa a faltar en el pronunciamiento, y en toda la sentencia, una invocación concreta de disposiciones aragonesas, en este caso civiles, ya que de la lectura literal del fallo no se extrae el régimen jurídico aplicable a la figura reconocida, que cabe necesariamente encuadrarla en el art. 584 del Código foral aragonés. La fecha de la sentencia en apelación, 14 de octubre de 2011, es posterior a la entrada en vigor del Decreto Legislativo y Texto Refundido que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón (23 de abril de 2011), aunque la sentencia del Juzgado de Primera Instancia lleva por fecha 30 de junio de 2010, anterior a la entrada en vigor el 1 de enero de 2011 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, refundida en el Código foral. Las disposiciones contenidas en la Ley de Derecho civil patrimonial eran aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, que viene ahora expresado en la disposición transitoria vigésima tercera del Código foral, que ordena la aplicación inmediata de las normas contenidas ahora en el Libro Cuarto del Código foral «a todas las situaciones contempladas en él», y que se justifica en el Preámbulo del Código (44): «La mayor parte de las disposiciones del Libro Cuarto son de aplicación inmediata a todas las situaciones…, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad, y es más oportuno en este caso habida cuenta de los pocos cambios sustantivos introducidos en su regulación» (*vid.* STSJA 6 de febrero de 2013).

No obsta a esta calificación como derecho real de aprovechamiento parcial según la legislación civil aragonesa, que los aprovechamientos se realicen en mancomunidad con los vecinos de Zaragoza como una expresión de la comunidad de utilización, aunque ya hemos planteado la duda de si es correcto el término «mancomunidad» cuando el copastoreo y aprovechamientos agrícolas y de leñas se ejercitan solo sobre el terreno propio de una de las partes cogozantes por no ser cualitativamente iguales los derechos de unos y otros. Y que estos aprovechamientos se puedan calificar de bienes comunales, si incluimos también los derechos reales limitados, no cambia la naturaleza civil del derecho real, ya que será un bien comunal «típico» según la normativa administrativa local con titularidad del derecho real limitado del Ayuntamiento de María de Huerva y titularidad de disfrute de sus vecinos, por ser de aprovechamiento común de los vecinos de tal localidad.

IV. RECAPITULACIÓN

Si algo cabe destacar de esta sentencia es que no responde a los parámetros habituales de las sentencias civiles en la que la controversia gira en torno a la

naturaleza y configuración de un derecho real. Ya se ha destacado como hay una falta de referencia a normas civiles en lo sustancial de la sentencia, salvo «obiter dicta» al citar las sentencias del Tribunal Supremo (1ª) de 7 de noviembre de 2006 y la de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de mayo de 1983, que se traslada incluso al fallo. Dice la sentencia (FD 11ª) que «toda calificación jurídica actual de un bien o derecho necesita categorizarse de conformidad con la vigente legislación, sin perjuicio de la explicación histórica de ese derecho», pero eso no se traslada a la categorización del propio derecho real controvertido, que no ha cambiado de naturaleza jurídica desde la sentencia de la Audiencia Territorial de 1983, y posiblemente tampoco de régimen jurídico civil aceptando la continuidad en la regulación sustantiva de los derechos reales de la Compilación de 1967 al Código foral de 2011.

La discusión se traslada al campo del Derecho administrativo y es muy extensa la argumentación que el juzgador ha de hacer para centrar y clarificar los temas de controversia que, finalmente, ni son la titularidad dominical del Monte litigioso, ni los aprovechamientos de pastos, por lo que quedan reducidos a los agrícolas, reconocidos por los actos propios del Ayuntamiento de Zaragoza a favor de los vecinos de María de Huerva y definitivamente también comunes con los vecinos de Zaragoza, cuestión esta última que no necesitaba de un proceso instado por otro Ayuntamiento; y los de leñas, cuya importancia actual cabe poner en duda y su aprovechamiento no deja de estar limitado por las normas administrativas de montes, La sentencia decide con buen criterio no entrar en otros indefinidos o indeterminados usos, aunque la mención de los «demás ademprios» en el fallo no parece la más adecuada y habrán de someterse en su determinación al régimen civil aragonés.

El campo de juego se traslada al Derecho administrativo y parece que la sentencia tuviese que iniciar jurisprudencia sobre la calificación de los bienes comunales «típicos» en el orden civil. La Audiencia hereda de la Primera Instancia la complejidad de los planteamientos con los que inició la demanda el proceso, pero tiene que dejar claro que no existe una comunidad de bienes derivada de la calificación de bien comunal del Monte, ya que la comunalidad se refiere a los aprovechamientos y no a la propiedad del monte. Bien es verdad que en este caso parte de la confusión que genera el uso reiterado de la expresión «mancomunidad» en la documentación jurídica histórica, concretada en las utilidades del Monte y en un ejercicio por ambos vecindarios de sus aprovechamientos, por lo que la titularidad dominical quedaba en un segundo plano hasta que en el siglo XIX las exigencias de la legislación desamortizadora y del Código civil obligaron a definir claramente el dominio de los bienes. Son muchos los casos que afectaron a pueblos aragoneses, y la solución en el Registro y en los Tribunales no ha sido siempre la misma ni debía serlo, pero del mismo modo se puede considerar que dicha determinación no era sencilla ni acertadas en algunos casos las decisiones ajustadas a Derecho si tomamos en cuenta la historia y reali-

dad vividas por los vecindarios. En el Monte *Vales de María* concurre además que están disociados la propiedad del monte y la situación del mismo dentro del término municipal de María de Huerva, consecuencia de la delimitación territorial municipal del siglo XIX, y que corrieron distinta suerte algunos Montes del municipio en el proceso de excepción venta de la desamortización civil.

La sentencia no tiene reparo en reconocer que tanto la propiedad como un derecho real limitado pueden considerarse como un bien comunal típico, y que la titularidad del derecho corresponde al Ayuntamiento y el aprovechamiento a los vecinos siguiendo los criterios de las leyes de régimen local de 1955 y 1985, como reconoce expresamente la legislación aragonesa de Administración Local que no se cita ni se deduce de la sentencia que se invoque –aunque sea a los solos efectos de la regulación actual–, aunque coincidan sustancialmente la legislación estatal y autonómica, pero ocasiona una extensión extraordinaria en la sentencia por latir debajo de los argumentos jurídico-administrativos una pretensión de abarcar en sus consecuencias la titularidad dominical del monte.

Los aprovechamientos estaban bastante definidos antes de comenzar la contienda judicial y responden a los tradicionales rurales aragoneses de muchas poblaciones, por lo que también extraña esta litigiosidad entre poblaciones de rasgos en la actualidad muy urbanos como son la capital de la Comunidad y un gran municipio periurbano de la misma, en las que el sector agrario solo ocupa a una parte menor de la población, y que la discusión terminase centrándose judicialmente en los aprovechamientos de leñas y otros también en la actualidad de menor entidad, ya que las posibilidades de incluir otros usos los cierra la sentencia, como se ha comentado, por falta de concreción y reconocimiento de la otra parte.

Y en conclusión, habrá que extraer en la doctrina civil de los ademprios aragoneses que además de lo asentado de poder recaer su ejercicio en terrenos comunales, con las notas de incomercialidad e imprescriptibilidad y con las consecuencias de la imposibilidad futura de derechos reales limitados sobre los mismos, su régimen administrativo conlleva que el titular civil del derecho sea el Ayuntamiento municipal y los vecinos que aprovechan dichos terrenos ostenten un derecho real administrativo de goce, que exclusivamente desde la óptica jurídica civil recuerda a categorías jurídicas todavía reconocidas en el Código civil de división entre el dominio directo y el dominio útil.

FIANZA Y USUFRUCTO ARAGONÉS DE DINERO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE BÍNUBO PREMUERTO. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TSJA DE 3 DE JULIO DE 2013

DEPOSIT AND USUFRUCT IN ARAGON OF MONEY OF THE SURVIVING SPOUSE OF SPOUSE MARRIED FOR A SECOND TIME WHO DIED FIRST. COMMENT FROM THE STSJA DATED 3 JULY 2013

María del Carmen Biesa Hernández
Doctora en Derecho civil

SUMARIO

I. RESUMEN DE LOS HECHOS. II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO. III. EL USUFRUCTO DE DINERO EN DERECHO ARAGONÉS. 1. Naturaleza jurídica: el cuasiusufructo del art. 299 CDFA. 2. La situación jurídica del viudo. A. *El privilegiado* status *del viudo aragonés.* B. *¿Usufructuario o propietario?* 3. Aplicación práctica. A. *Ámbito objetivo.* B. *Disponibilidad.* C. *Efectos de la disposición.* 4. Las modificaciones del régimen del art. 299 CDFA. A. *Unilateralmente: fianza y otras medidas cautelares (arts. 285 y 286 CDFA).* B. *Por pacto (art. 291 CDFA).* C. *Por vía judicial (art. 292 CDFA).* IV. DISPOSICIÓN Y FIANZA. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA. 1. Respeto al sistema de fuentes del Derecho Aragonés. 2. Argumentos para la admisión de fianza de todo el caudal. A. *Objeto de la fianza: la restitución del dinero dispuesto.* B. *Ausencia de dispensa voluntaria de fianza por el cónyuge premuerto.* C. *Ausencia legal de importe afianzable.* D. *Ausencia de exclusión unilateral voluntaria del usufructo por el cónyuge premuerto.* V. MODALIDADES DE AFIANZAMIENTO. 1. Afianzamiento de máxima onerosidad para la viuda: el fallo del TSJA. 2. Alternativas menos gravosas. A. *La influencia de la situación previa al origen del usufructo.* B.

Propuesta de opciones. VI. CONCLUSIONES FINALES. 1. Usufructo especial en atención al objeto. 2. Usufructo cualificado para el viudo. 3. Disposición *versus* fianza. 4. El alcance relativo del *STANDUM EST CHARTAE*.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El presente artículo tiene por objeto el comentario y análisis de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (en adelante, TSJA) de 3 de julio de 2013, publicada en la RDCA, XIX, 2013, pp. 331 a 340 (marginal 34). El fallo resuelve en casación el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (en lo sucesivo, APZ) en fecha 28 de diciembre de 2012 recaída, a su vez, en apelación de autos de Procedimiento Ordinario 1015/2011 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza.

La cadena fáctica que origina el supuesto litigioso que concluye con la sentencia que nos ocupa puede resumirse como sigue:

— Los herederos testamentarios de D. X, hijos del mismo y de su primera esposa fallecida en el año 1991, tras fallecer el testador en 2007 en estado de casado en segundas nupcias con Dña. Z, sin descendientes del segundo matrimonio, demandan a la viuda solicitando que se dicte sentencia por la que se le condene, en su condición de usufructuaria, y en relación con los bienes por ella usufructuados a que: a) preste fianza en cuantía de 135.486,21 euros para salvaguardar la nuda propiedad de los demandantes en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia. b) en ausencia de fianza, se obre conforme al art. 494 Cc. y se condene a Dña. Z a entregarles el importe de la herencia para administrarla e invertirla en un depósito a plazo en una entidad de ahorro en el que figuren los demandantes como titulares, con obligación de entregar a la usufructuaria el interés producido.

— Dña Z. contesta a la demanda solicitando la prestación de fianza únicamente por la cantidad de 6.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia condena en sentencia de 23 de mayo de 2012 a esta última a prestarla, en metálico o aval bancario, por el valor del dinero usufructuado, concretado en auto posterior en 120.000 euros.

— Interpuesto recurso de apelación por Dña. Z, éste tuvo por objeto concreto de debate la cuantía del aval. La APZ resolvió en sentencia de 28 de diciembre de 2012 confirmando la resolución de instancia.

— Contra la sentencia de la APZ formuló Dña. Z recurso de casación basado en cuatro motivos: Primero.- Infracción del art. 1.2 CDFA sobre el sistema

de fuentes del Derecho Aragonés. Segundo.- Infracción del art. 283 CDFA, relativo al comienzo y extensión del usufructo vidual. Tercero.- Infracción del art. 285 CDFA sobre fianza e inventario. Cuarto.- Infracción del art. 299 sobre las especialidades del usufructo de dinero y del art. 301, regulador de las causas de extinción del usufructo vidual.

— El primer motivo del recurso de casación alega infracción del art. 1.2 CDFA por considerar que la sentencia recurrida se remite, como fundamento último de su decisión, al art. 491 Cc y a la STS 742/2006, de 4 de julio, de 2006, obviando así el sistema de fuentes del Derecho Civil Aragonés. Considera la recurrente que se ha anulado *de facto* la institución de la viudedad aragonesa, conculcando los derechos que a la viuda corresponden por aplicación directa de los arts. 283 y ss. CDFA y vulnerando el principio del *favor viduitatis*.

— Los otros tres motivos del recurso tienen como objetivo único poner de manifiesto que resulta contraproducente que se obligue a prestar aval por importe de 120.000 euros (art. 285.b CDFA), con un coste estimado de 6.000 euros anuales y un rendimiento de solo 3.000 euros anuales, y la obligación añadida de dejar pignorado en la entidad de ahorro el importe del principal, y que, al mismo tiempo, se reconozca a la viuda la posibilidad de disposición de ese mismo capital (art. 299 CDFA) pues, en la práctica, esta última resulta ilusoria. Como consecuencia de lo anterior, Dña. Z entiende que se ha infringido el art. 283.4 CDFA que atribuye al viudo, desde el momento del fallecimiento de su cónyuge, la posesión de los bienes. A su juicio, dicha posesión se le priva tanto en el aval bancario, si la entidad de ahorro le obliga a pignorar el dinero por razón de garantía, como en el depósito en metálico en el Juzgado.

— Por lo que atañe al primer motivo, el TSJA estima que del propio contenido de la sentencia apelada se desprende fácilmente que el fundamento de lo resuelto no es el Cc. ni la sentencia del Supremo citada sino la legislación aplicable de Derecho Aragonés.

— Para la resolución de los otros tres motivos alegados por la viuda la argumentación de la sentencia tiene como eje principal la desvinculación entre posesión y garantía. Para el TSJA, aunque haya dudas sobre el importe de esta última, pues carece de concreción legal, no hay una equivalencia estática en el usufructo de dinero entre afianzamiento y pérdida de posesión sino que dependerá, en todo caso, de la modalidad concreta de aseguramiento. La ausencia de dispensa de fianza o de limitación cuantitativa del usufructo que los arts. 285.b) y 283.3 CDFA permiten, respectivamente, al premuerto, unidas a la fácil disponibilidad de la totalidad del capital hacen que el citado Tribunal estime finalmente legítima la pretensión de fianza solicitada por los nudo propietarios en los términos ya aprobados

en Primera Instancia, admitiendo, no obstante, la posibilidad de explorar nuevas fórmulas menos gravosas por no ser obligada ninguna modalidad concreta de garantía.

— En coherencia con lo expuesto, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la viuda Sra. Z al no apreciar vulneración de los preceptos indicados en aquél.

II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

El singular y tradicional carácter familiar de la viudedad aragonesa afecta y especializa su ejercicio en fase de usufructo, conllevando para el cónyuge supérstite tanto limitaciones inexistentes en un usufructo ordinario como la atribución de poderes más amplios. La mayor extensión de facultades se aprecia, de forma muy evidente, en la regulación de los dos usufructos especiales por razón del objeto existentes en la regulación vigente, el de fondos de inversión (art. 300 CDFA) y el de dinero (art. 299 CDFA), cuya finalidad común es ofrecer seguridad jurídica en unos derechos reales frecuentes, y en bastantes ocasiones, también conflictivos.

La cualificada protección al viudo que indudablemente informa la *ratio legis* de ambos preceptos resulta particularmente acentuada en el usufructo de dinero pues confiere al consorte sobreviviente una extraordinaria libertad de disposición del numerario recibido inexistente actualmente en otras regulaciones civiles españolas.

La compatibilidad práctica de esta originaria libertad dispositiva con una fianza de importe igual al del caudal usufructuado que los nudo propietarios pueden, no obstante, exigir al viudo *ex* art. 285.b) CDFA, salvo disposición contraria del premuerto, constituye la cuestión esencial de fondo debatida en la STSJA 3/7/2013. El carácter abierto del fallo, confirmando esta posibilidad pero dejando la puerta abierta a nuevas fórmulas de afianzamiento, constituye el hilo conductor del presente comentario cuya estructura se ha dividido en los apartados siguientes:

1. El usufructo de dinero en Derecho Aragonés

Destinado a realizar un somero análisis de los rasgos esenciales del régimen jurídico del usufructo de dinero, en especial, de su peculiar naturaleza y de la situación del viudo, así como de las consecuencias derivadas de su aplicación práctica.

2. Disposición y fianza

Dedicado a revisar los argumentos de la sentencia a favor de la compatibilidad entre usufructo y fianza de idéntica cantidad así como los efectos que produce en la viuda.

3. Modalidades de afianzamiento

Centrado en el análisis de otras fórmulas de garantía, tomando como punto de partida el fallo de la sentencia como modelo de máxima onerosidad.

El *iter* temático expuesto tiene como objetivos sucesivos: i) realizar una valoración general de los efectos prácticos derivados de la aplicación simultánea de los arts. 285.b) y 299 CDFA, ii) encontrar argumentos para corroborar o rebatir la sentencia comentada, y iii) aportar, por último, posibles cauces de armonización de los intereses de los intervinientes de un usufructo con los que responder al ofrecimiento de la sentencia de indagar nuevas vías de aseguramiento.

III. EL USUFRUCTO DE DINERO EN DERECHO ARAGONÉS

1. Naturaleza jurídica: el cuasiusufructo del art. 299 CDFA

El art. 299 CDFA establece el régimen jurídico del usufructo de dinero como sigue:

> *Usufructo de dinero.* El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto.

Este precepto contiene la primera regulación *ad hoc* en Derecho Aragonés que ha habido en esta materia. De carácter dispositivo, y aplicable, en consecuencia, en defecto de pacto o título constitutivo[1], atribuye al viudo dos facultades diferenciadas:

---

[1] La regulación unilateral o convenida del usufructo será preferente al 299 CDFA mientras respete los límites generales del principio *standum est chartae* (art. 3 CDFA). Debe tenerse en cuenta, además, el reenvío legal al usufructo de dinero de los arts. 300.3 (*Usufructo de fondos de inversión*) y 290.2 CDFA (*Inalienabilidad e inembargabilidad*) ante, respectivamente, falta de acuerdo en la reinversión del dinero previamente reembolsado del fondo y, salvo pacto en contrario, subrogación del precio en lugar de lo enajenado. El pacto del art. 290.2 no precisa escritura pública pero ha de ser expreso y probado por quien lo alegue (SJPI núm. 3 Zaragoza 17/5/2007).

a) Cobro de intereses: Adquisición en propiedad de los intereses generados por el dinero (frutos civiles en nuestro caso). Se trata de una consecuencia inherente a la condición de derecho real en cosa ajena de cualquier usufructo incluida en la facultad de uso y disfrute que aquélla confiere (art. 467 Cc.).

b) Libre disposición del capital: Añadida a la anterior, hacer surgir la obligación de restitución del valor actualizado del dinero dispuesto a la extinción del usufructo con independencia de la causa de la desaparición del derecho.

Antes de la promulgación del 299 CDFA, la praxis dominante era que el viudo tenía derecho solamente a los intereses generados, debiendo respetarse íntegro el nominal[2]. Esta situación era fuente de conflictos entre el viudo y los nudo propietarios, en especial, cuando se trataba de disponer ese capital o de cambiar el producto financiero en el que estaba invertido[3].

La introducción legal de la facultad de disposición supone un cambio trascendental en esta cuestión y es la que permite ubicar al usufructo que nos ocupa dentro de la categoría de cuasiusufructo (también denominada usufructo impropio o irregular)[4].

Esta figura, originaria del Derecho romano[5], se ha venido usando doctrinalmente para designar al usufructo de cosas consumibles del art. 482 Cc. en el que la doctrina española, ante la inexistencia de regulación específica en el Cc., incluye mayoritariamente el usufructo de dinero. Dicho precepto constituye el

---

[2] *Cfr.* Merino Hernández, J. L., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de dinero)», *Actas de los Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p. 201. Apunta Merino que este usufructo se plasmaba en la práctica bancaria en cuentas cuya titularidad aparecía desmembrada entre nudo propietarios y usufructuario. Este último solamente tenía derecho a los intereses generados y la disposición del capital llevaba implícita la exigencia de firma conjunta. El FD 4º de la SJPI núm. 14 Zaragoza 27/10/1998 reflejaba así este criterio: «(…) pero como quiera que el usufructuario de dichos bienes dispuso indebidamente de la citada cantidad pues *el usufructo únicamente le autorizaba a disfrutar de las rentas pero manteniendo el capital (art. 467 Cc.)* con independencia de que fuesen cotitulares de las cuentas padre e hijos (…)» (el subrayado es mío).

[3] *Vid.* Hernández García, J., «El usufructo de dinero», *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, p. 229.

[4] Así lo indica el propio legislador aragonés en el apartado núm. 27 del Preámbulo del CDFA al referirse a este particular usufructo. El Cc. Cat. incluye también expresamente al usufructo de dinero (art. 561-33 Cc. Cat.) en la categoría del cuasiusufructo (art. 561-5.2º Cc. Cat.) pero es regulación general, no vidual.

[5] El origen concreto del *quasi-usufructus* romano fue un senadoconsulto de probable época imperial que admitió la posibilidad de usufructuar cosas consumibles, antes vedada por el requisito de conservar la sustancia y el esquema tradicional de uso y disfrute, mediante una *cautio* que trasladaba la propiedad al usufructuario previa *traditio* y le comprometía a restituir otras tantas, o su valor, al fin del usufructo. *Cfr.* Iglesias, J., *Derecho romano, Instituciones de Derecho Privado,* Ariel, Barcelona, 1987, pp. 360-361.

principal referente legislativo del art. 299 CDFA[6] y la propia sentencia comentada corrobora dicha vinculación, apuntando expresamente la identidad de razón entre ambos[7].

Con carácter general puede afirmarse que el indudable reforzamiento de la posición del usufructuario que conlleva la figura del cuasiusufructo es directamente proporcional a la pérdida de entidad de la del nudo propietario pues este último pasa de ostentar un derecho real a ser mero acreedor de la suma de dinero existente al inicio del usufructo. En Derecho Aragonés en particular, la cualificada libertad de disposición del viudo deja al nudo propietario en numerosas ocasiones en una situación precaria, supeditada a la efectividad de una eventual fianza de exigencia dispensable y a las circunstancias concretas del usufructo y de sus intervinientes.

2. La situación jurídica del usufructuario

A. *El privilegiado* status *del viudo aragonés*

La disposición total o parcial del peculio recibido es facultativa para el viudo y está configurada en origen con gran amplitud en atención a las razones siguientes:

a) Ausencia de garantías específicas para la entrada en posesión del dinero. El CDFA no exige cauciones particulares para el inicio del disfrute. Aquí reside el rasgo distintivo con otras regulaciones que sustenta la particular libertad del viudo en Derecho Aragonés[8]. No existe, por tanto, diferencia alguna

---

[6] El art. 482 Cc. permite al usufructuario servirse de las cosas consumibles con la obligación de pagar al terminar el usufructo el importe de su avalúo si hubiesen sido estimadas o restituirlas en igual cantidad o calidad, o pagar su precio corriente, en ausencia de tal estimación (*cfr.* SAP Cantabria 8/2/2002). Las evidentes especialidades del usufructo de dinero hacen, no obstante, proponer de *lege ferenda* a Torrelles Torrea la inclusión de un apartado específico para él en el 482 Cc. *Vid.* al respecto Torrelles Torrea, E., *El usufructo de cosas consumibles,* Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 328.

[7] La equivalencia de supuestos regulados aparece señaladamente en su FD 3º cuando, en relación con el 299 CDFA, afirma: «Posesión no es propiedad, aunque doctrinalmente la cuestión fuera discutida *para el mismo supuesto del art. 482 Cc.*, (…)» [El subrayado es mío]. El 482 Cc. tuvo aplicación supletoria por Tribunales aragoneses antes de la promulgación del 299 CDFA *vgr.* en SAP Huesca 21/3/2000 y SAP Teruel 21/1/2000.

[8] Cfr. significativamente los arts. 507 Cc. y 561-33 Cc. Cat. ya que el primero no sólo fue modelo del precepto catalán (*Cfr.* Rivero Hernández, F., *El usufructo,* Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 703, nota 88) sino también referente, *a contrario,* del 299 CDFA, tal y como se advierte expresamente en los debates de este último precepto de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil: «(...) si hay fianza, éste es ya el régimen que resulta en la actualidad por la aplicación del Cc. cuando se trata del capital obtenido de la realización de los créditos vencidos que formen parte del usufructo (art. 507 Cc.); (…) *La diferencia estaría, por tanto, en el distinto régimen de la fianza.* (…) *La mayoría parece preferir no exigir una fianza específica para este supuesto*» (el subrayado es mío). Consúltese «Acta de la

con en el resto de bienes del consorte a pesar de ser un cuasiusufructo pues su fallecimiento atribuye también *ex lege* la posesión (283.4 CDFA) sin necesidad de ningún otro requisito.

b) Libertad en la elección del destino del dinero. El viudo podrá conservarlo o disponerlo como estime oportuno (consumo, inversión, préstamo, donación…), con o sin anuencia de los nudo propietarios, siendo irreivindicable por éstos frente a tercero.

c) Restitución realizable por el viudo o sus herederos. La devolución por el viudo se realizará en los casos de extinción del usufructo antes de su muerte (habitualmente por renuncia o segundas nupcias). Sin embargo, los casos más frecuentes de extinción son los producidos por fallecimiento habiendo hijos comunes. En estos últimos supuestos, la obligación de reposición de los segundos desaparecerá por confusión de derechos pues en ellos coincidirán las posiciones de acreedor (nudo propietarios) y deudor (herederos). Por esta razón, en la práctica, tal exigencia será efectiva solamente cuando los herederos de los cónyuges sean distintos o el dinero fuera atribuido por el causante a alguno de ellos habiendo varios[9].

De lo que antecede se advierte fácilmente que el legislador aragonés ha buscado, preferentemente, la protección del viudo. La extensión expresa a sus herederos de la obligación de restituir el dinero por él dispuesto abona esta conclusión y pone de manifiesto que el precepto está inspirado, sobre todo, en los casos mayoritarios de extinción por fallecimiento en los que ya nada podrá devolver.

---

sesión de seis de febrero de 2002 (Acta 146)», *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho civil,* Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 10 y 11. Interesa matizar que, a diferencia del 299 CDFA, ninguno de los otros dos preceptos citados recoge una regulación específica para el dinero que sea objeto de un usufructo vidual. El Derecho navarro carece también de precepto equivalente al 299 CDFA pero el usufructo de fidelidad, de origen común al aragonés y muy semejante en su esencia y finalidad, aunque de naturaleza sucesoria, sí tiene dispensa legal de fianza (ley 264.4) y sólo debe prestarse con pacto expreso.

[9] *Cfr.* Parra Lucán, M. A., «La familia en el Derecho Civil de Aragón», *Tratado de Derecho de la Familia,* vol. VII, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, p. 979. Califica de «falacia legal» el deber de restitución respecto a descendientes comunes Merino Hernández, J. L., *Memento experto. Derecho foral de Aragón*, Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011, p. 322. Con igual tono crítico, considerando que, en la práctica, se van a introducir más conflictos que los que se pretendían solucionar por dejar a los herederos nudo propietarios en clara situación de desventaja frente al viudo *vid.* Hernández García, J., «El usufructo de dinero», *op. cit.,* p. 229. En Derecho común, ha denunciado este efecto extintivo por estimar que los legitimarios pueden ver afectadas sus legítimas de modo grave e irreversible *ex* art. 482 Cc. en usufructos vitalicios con dispensa de fianza Del Carpio Fiestas, V., «Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes», *RDCI,* núm. 713, 2009, pp. 1103 a 1157. Propone por ello la autora, de *lege ferenda,* una reforma legislativa pues la regulación del Cc. aplicada al usufructo de dinero no garantiza, a su juicio, la intangibilidad de la legítima ni, en general, los derechos del nudo propietario.

Esta libérrima configuración jurídica para el viudo puede dar lugar a graves conflictos con los nudo propietarios, en especial si no son descendientes de aquél, cuando el destino del dinero se aleje de la finalidad familiar de la viudedad, en general, y de la continuidad en un *status* similar al existente en vida del consorte, tradicionalmente inspirada por aquélla, en particular[10].

Las situaciones más complejas se podrán presentar en los casos en los que se ponga en peligro el sistema legitimario aragonés, sobre todo en los de segundas y ulteriores nupcias de cónyuges con evidentes descompensaciones (edad, medios económicos o procedencia geográfica).

Ciertamente, la regulación vigente no desprotege a los nudo propietarios pues ofrece opciones para contrarrestar las actuaciones del viudo, en especial, la fianza o la vía judicial. Que sean adecuadas, suficientes y lleguen a tiempo serán cuestiones dependientes de las circunstancias concretas del usufructo.

B. *¿Usufructuario o propietario?*

La concreción de la posición jurídica de este cuasiusufructuario con cualificada facultad de disposición resulta primordial tanto para poder valorar coherentemente las consecuencias prácticas del art. 299 CDFA como paralelamente, y a los efectos que aquí particularmente nos ocupan, la oportunidad de la prestación de fianza.

No se trata, en cualquier caso, de una cuestión nueva ni pacífica pues ha sido objeto tradicionalmente de posiciones doctrinales enfrentadas tanto en el

---

[10] Dado que la prudencia y uso adecuado del bien usufructuado están implícitos en la diligencia de un buen padre de familia (art. 497 Cc.) y ésta es criterio universal de conducta de cualquier usufructuario, cabría plantearse su eventual aplicación supletoria en disposiciones como las indicadas en el texto. Aunque tradicionalmente ha estado vinculado con el deber de conservar la sustancia, inexistente en el usufructo de dinero por su propia naturaleza, García Cantero estima aplicable el 497 Cc. al dinero y a los usufructos legales en atención al tenor literal del propio precepto, sin restricciones ni limitaciones. *Cfr.* García Cantero, G., «Comentario al art. 497 Cc», *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1326. En Derecho Aragonés, la aplicación supletoria del Cc. deberá ser siempre, *ex* art. 1.2 CDFA, en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan, en especial aquí, lógicamente, del *favor viduitatis*. La primera cuestión es fácil de constatar pues no hay ninguna norma aragonesa sobre esta materia de ámbito general, bien cubierta, por lo demás, en el Cc. La segunda cuestión es, quizá, más discutible. El *favor viduitatis* (272.3) obliga a decantarse, en casos dudosos, a favor de la interpretación que propicie la mayor extensión de la viudedad o, en su caso, su permanencia, afectando tanto a declaraciones de voluntad como a normas de Derecho positivo. En principio, la interpretación literal y aislada del art. 299 CDFA da lugar a pocas dudas de que el viudo puede gastarse el dinero como desee. Por el contario, una interpretación sistemática y finalista del precepto, presidida por la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa, sí produciría un claro acercamiento a la conducta predicable de un diligente padre de familia, y por extensión, a la admisión de la aplicación subsidiaria del 497 Cc.

ámbito de aplicación del Cc. como en el de otros Códigos extranjeros. La postura mayoritaria entre la doctrina española actual niega que el 482 Cc. implique la transmisión inmediata de la propiedad de las cosas consumibles al usufructuario y considera que existe un derecho real limitado sobre cosa ajena hasta el momento en que ésta se consume físicamente, se enajena o pierde su individualidad al mezclarse o confundirse con las del usufructuario y se hace irreivindicable[11]. Esta es la postura adoptada en la sentencia comentada[12] e, igualmente, la que inspira al legislador aragonés en la regulación vigente del usufructo de dinero[13].

No obstante lo anterior, el art. 299 CDFA, como el 482 Cc., nada indica expresamente. Pero así puede colegirse, en primer lugar, del carácter discrecional que tiene la disposición, incompatible con cualquier transmisión inmediata originaria de la propiedad; y en segundo término, de la atribución tradicional de la posesión (civilísima, y por ello, cualificada, pero posesión al fin y al cabo) de los bienes al viudo inherente a la fase de usufructo (actual 283.4 CDFA), secularmen-

---

[11] Entre la doctrina española actual, a favor de la transmisión inmediata de la propiedad por considerarla imprescindible para consumir la cosa *vid.,* por todos, Albadalejo García, M., *Curso de Derecho Civil,* T. III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 70 a 72 y Maluquer De Motes Bernet, C. J., «Comentario al art. 482 Cc.», *Comentarios del Código Civil.*, T. I, *op. cit.,* pp. 1292 y 1293. La tesis contraria al traspaso inmediato de propiedad se inició en nuestro país con Jordano Barea, J. B., quien estimó que lo que era incompatible era el ejercicio efectivo del derecho del cuasiusufructuario con la subsistencia del dominio del nudo propietario de tal forma que la desaparición de la propiedad, tras el goce, era consecuencia inherente a la naturaleza del objeto. *Cfr.* Jordano Barea, «El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, vol., 1, núm. 3,1948, pp. 1004-1005. Seguidores posteriores de esta posición son Diez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho* Civil, vol. III, Tecnos, Madrid, 1997, p. 418; Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. VII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 305-308; haciéndola extensiva al art. 561-5.1 Cc. Cat., Rivero Hernández, F., *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, T. II, Decanato autonómico de los registradores de Cataluña, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1145 y 1146; y Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, III, Derechos reales, vol. 2º, Dykinson, Madrid, 2009, p. 56.

[12] Su FD 3º afirma expresamente: «(…) de este precepto (art. 482 Cc.) no resulta necesariamente que la *posibilidad de disposición de tales bienes sea título bastante para afirmar que queda transferida la propiedad*». De forma similar *vid.* Lacruz Berdejo, J. L., *Ídem,* p. 56: «(…) este precepto (art. 482 Cc.) no dice que el mero derecho a servirse de las cosas el usufructuario haga nacer la obligación de pagar su valor o entregar otros tantos objetos. Habrá que estar, entonces, a la regla general según la cual la propiedad de las cosas consumibles no pasa inmediatamente al cuasiusufructuario porque *el acto de constitución del usufructo no es título suficiente para que se transfiera la propiedad de las mismas* (…). La tesis del traspaso inmediato del dominio al usufructuario se construyó tomando más en consideración el momento resolutivo de la situación que el constitutivo: porque al terminar el usufructo las cosas consumibles, por lo general, están consumidas, y por tanto han salido del patrimonio del propietario, y por eso se ha pensado que tanto vale admitir el traspaso de propiedad desde el momento de iniciarse el usufructo. *Pero entonces se convierte sin razón bastante al título constitutivo del usufructo en uno traslativo de propiedad*» (el subrayado es mío).

[13] Consúltese al respecto «Acta de la sesión de seis de febrero de 2002 (Acta 146)», *op. cit.,* pp. 10 y 11.

te suficiente para el cumplimiento de la finalidad familiar específica de la viudedad aragonesa[14].

Por añadidura, el reparto equitativo de riesgos entre el viudo y los nudo propietarios que implica el posicionamiento mayoritario –puesto reiteradamente de manifiesto por la doctrina que lo defiende– al propiciar un aislamiento de las masas patrimoniales de aquéllos hasta la efectiva producción de los eventos citados (en el caso del dinero, del consumo, inversión o confusión con el del nudo propietario) se compadece mejor con el principio del *favor viduitatis,* ya que impide trasladar al viudo el riesgo de pérdida del dinero o su posibilidad de embargo o inclusión en la masa de un concurso de acreedores sin haberlo disfrutado, fin, en esencia, de cualquier usufructo.

El resultado de la extrapolación práctica de la tesis mayoritaria al 299 CDFA es que, mientras el capital permanezca intacto y separado, sin mezclarse con el del viudo, estaremos ante un usufructo con facultad de disponer todavía no ejercitada en el que aquél tendrá el derecho a los intereses producidos (*El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero*) y la correlativa obligación a la extinción de la devolución de todo el dinero recibido.

Sin embargo, si se produce la disposición (*También podrá disponer de todo o parte del mismo*) surgirá la obligación de restitución del valor actualizado (*el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actuali-*

---

[14] En Derecho navarro, la disposición aparece expresamente en la ley 410.2 («Cuando el usufructo verse sobre bienes consumibles, el usufructuario *adquirirá sobre ellos la plena disposición,* pero deberá restituir una cantidad igual del mismo género y calidad»). Pero en coherencia con el régimen general del usufructo, de indudable inspiración romana, en el que se ubica sistemáticamente este precepto, su exégesis ha dado lugar a posiciones favorables a la transmisión inmediata de propiedad al usufructuario. En este sentido se pronuncia Rivero Hernández, destacando su mayor fidelidad con el instituto romano que los Códigos español y catalán y la concesión expresa de la disposición plena de los bienes desde el primer momento que –a diferencia del 299 CDFA– parece desprenderse de la literalidad de la ley 410.2. *Cfr.* en Rivero Hernández, F., *El usufructo, op. cit.*, p. 699 y en Lacruz Berdejo, J. L. *et alii,* «Usufructo en la Compilación Navarra», *Elementos del Derecho Civil,* III, Derechos reales, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1991, p. 104 (nota 1). En la misma línea está Barber Cárcamo, con apoyo en los argumentos siguientes: los antecedentes de las fuentes romanas; la contraposición de la ley 410.2 con la definición ordinaria de usufructo de la ley 408 (El derecho real de usufructo concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales *con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo*); la comparación con la ley 416 sobre usufructo de rebaño, que atribuye al usufructuario la propiedad de cabezas excedentes; y la definición de cosas consumibles de la ley 352 (aquellas cosas de las que no se puede hacer uso apropiado sin consumirlas de hecho o *perder su propiedad*). *Cfr.* Barber Cárcamo, R., «Comentario a la ley 410», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* dirigidos por Rubio Torrano, Aranzadi, 2002, pp. 1342 y 1343. Para Arregui Gil, el elemento relevante es que el Derecho navarro configura al usufructo como una propiedad temporal (ley 408) lo que resuelve, a su parecer, toda la problemática de la doctrina española en torno al 482 Cc. *Vid.* en Arregui Gil, J., «Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 1º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 277 (nota 1), 281 y 295.

zado del dinero dispuesto). En el primer caso, estaríamos ante un usufructuario; en el segundo, ante un propietario a todos los efectos.

3. Aplicación práctica

A. *Ámbito objetivo*

El objeto del usufructo es tanto el dinero en metálico como el depositado en una Entidad Bancaria. Si bien el art. 299 CDFA no delimita este último, la interpretación más adecuada a su *ratio legis* y al ideario común imperante de ahorro dinerario es asociarlo al numerario depositado en libretas de ahorro, cuentas corrientes y productos financieros a la vista de disponibilidad inmediata así como en plazos fijos[15]. Aunque los fondos de inversión son también un medio de ahorro muy frecuente y muchos son, además, de fácil liquidez, tienen su régimen específico en el art. 300 CDFA ajustado a la especial naturaleza y características de este producto financiero[16].

B. *Disponibilidad*

El art. 299 CDFA trae consigo la disponibilidad potencial de todo el dinero para el viudo y su correlativa legitimidad para tal fin en concepto de usufructuario[17]. Si a ello le unimos la intransmisibilidad de la propiedad hasta la efectiva disposición subyacente asimismo en el precepto, según argumentación realizada *supra*, una praxis consecuente a lo antedicho requerirá productos financieros en los que los nudo propietarios consten como titulares y el viudo como usufructuario, con un régimen de disponibilidad consistente en firma individual del viudo y conjunta de todos los intervinientes[18]. De esta manera, se coordina eficazmente

---

[15] Idéntico ámbito para Derecho común, catalán y navarro defiende Rivero Hernández, F., *El usufructo, op. cit.,* p. 700.

[16] Sobre usufructo aragonés de fondos de inversión consúltese Biesa Hernández, M., «Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad», *RDCA*, IX-X, 2003-2004, pp. 59 a 103 e, igualmente, «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de fondos de inversión)», *Actas de los Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 209 a 246.

[17] En igual sentido para Derecho catalán Cumella Gaminde, A. y Tormo Santoja, M., «Comentario al art. 26 de la ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de usufructo, uso y habitación», *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, dirigidos por Cumella Gaminde y Tormo Santoja y coordinados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Bosch, Barcelona, 2005, p. 317. A mi juicio, la legitimidad para disponer como usufructuario continúa intacta en el vigente 561-33 Cc. Cat. pese a introducir algunas modificaciones al derogado art. 26 LUUH.

[18] Para Merino Hernández la práctica bancaria del 299 CDFA lleva implícita la apertura de cuentas en las que el viudo conste como único titular formal. *Vid.* Merino Hernández, J. L., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de dinero)», *op. cit.,* p. 206.

la libertad dispositiva del viudo con la subordinación de la transmisión de propiedad a la realización cierta de la disposición.

En el supuesto de productos financieros distintos a libretas y cuentas corrientes, normalmente de ínfima remuneración, una cuenta vinculada para el abono de intereses con el viudo de titular único sería coherente con su adquisición legal de los frutos y adecuada para evitar la mezcla o confusión con el resto del caudal.

C. *Efectos de la disposición*

El objeto del usufructo es, exclusivamente, el dinero. No hay, en consecuencia, subrogación real. Así lo corrobora el propio art. 299 CDFA cuando, expresamente, establece la obligación de restitución del *valor actualizado del dinero dispuesto*[19]. Sí habrá, lógicamente, subrogación, en supuestos no constitutivos de efectiva disposición, y en todo caso, por acuerdo de viudo y nudo propietarios, al no ser norma de *ius cogens*.

Si se invierte en productos financieros que extralimiten el ámbito objetivo del usufructo habrá acto de disposición y el dinero pasará a ser propiedad del viudo. Al finalizar el usufructo, quedará obligado –él o sus herederos, en su caso– a restituir el valor actualizado del dinero inicialmente a la vista o a plazo.

4. Las modificaciones del régimen del art. 299 CDFA

Con carácter general, las facultades de administración y gestión del viudo inherentes al usufructo pueden causar conflictos con los nudos propietarios que dificulten o impidan su continuidad en las mismas condiciones. En el usufructo de dinero, su posición singularmente privilegiada hace todavía más fácil el nacimiento de estas discrepancias. No obstante, el régimen dispositivo del art. 299 CDFA puede adaptarse a las circunstancias precisas del usufructo, haciéndose más riguroso o flexible para el viudo por tres cauces de diferente naturaleza:

---

[19] El art. 299 CDFA guarda, no obstante, silencio sobre la forma de efectuar la actualización. La aplicación analógica del IPC del art. 284.3 CDFA sobre explotaciones económicas, alusión única de esta cuestión en toda la regulación del usufructo, podría ser una posible solución. *Cfr.* dicha propuesta para el usufructo de fondos de inversión en Biesa Hernández, M., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de fondos de inversión)», *op. cit.*, pp. 222-223. Con criterio también favorable al IPC en fondos *vid.* Pozuelo Antoni, F., «De la viudedad. Cuestiones fiscales», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, coordina J. L. Merino, Edición propia, Zaragoza, 2007, p. 410. Propone el IPC para el usufructo de dinero por ser hoy el índice más común pero matizando atinadamente que la falta de acuerdo entre viudo y nudo propietarios tendría como única solución la vía judicial Merino Hernández, J. L., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de dinero)», *op. cit.*, p. 208 (=*Memento experto. Derecho foral de Aragón*, *op. cit.*, p. 323).

A. *Unilateralmente: fianza y otras medidas cautelares (arts. 285 y 286 CDFA)*

La naturaleza familiar de la viudedad aragonesa ha sido causa segura de la falta de arraigo tradicional en Aragón de las obligaciones de formalizar inventario y prestar fianza por el usufructuario. En línea con esta desafección, la estipulación testamentaria de relevación de inventario y fianza al viudo, por parte del consorte propietario de los bienes, ha sido práctica habitual igualmente asentada y aparece como cláusula de estilo en la actualidad en la mayoría de testamentos realizados en la comunidad aragonesa. En coherencia con lo anterior, la regla general en la normativa vigente es la no obligatoriedad de inventario y de fianza salvo tres supuestos tasados recogidos en el art. 285 CDFA que, tomados del art. 80 Comp. aragonesa, presentan sólo variantes formales, mejorándolo técnicamente[20]:

a) Establecimiento del premuerto. La forma exigida literalmente es testamento u otro instrumento público. No obstante, parece admisible cualquier tipo de testamento, en línea con la protección de la voluntad del causante que preside norma[21].

---

[20] Art. 285.- *Inventario y fianza.* El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:

a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.

b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto.

c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

El origen de la obligación de afianzamiento en bienes muebles está en el F. *Que los que tuvieren viudedad* (1678). En el momento inmediatamente anterior al Apéndice de 1925 (hay regulaciones previas en los arts. 83-85 de la Memoria de Franco y López; 122-124 de la Adición a la misma; 156-157 del Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1899; y 152-155 del Proyecto posterior de 1904) se consideraba dispositiva y era frecuente la relevación al otro cónyuge al concederle viudedad universal. *Cfr.* Lorente Sanz, J., «La omisión del inventario en la viudedad», *Libro homenaje a la memoria de D. Juan Moneva Puyol,* Zaragoza, 1954, pp. 498-499. El Apéndice de 1925 concedió en su art. 70 a los herederos voluntarios, salvo dispensa del finado, y a los forzosos que alegasen y probasen la existencia de determinado peligro para sus legítimas, el derecho de exigirla respecto a los bienes sobre los que hubiera riesgo de incumplimiento de las obligaciones de la viudedad. La Compilación de 1967 limitará la obligación de afianzamiento del viudo a los tres casos del art. 80, que son los que toma el vigente art. 285 CDFA.

[21] En este sentido Sancho Rebullida, F. y De Pablo de Contreras, P., «Comentario al art. 80 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* T. II, dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 793 y Latorre Martínez de Baroja, E., «Comentario al art. 80 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, p. 362. Merino Hernández se manifiesta, por el contrario, a favor de una interpretación ajustada al texto de la norma, en virtud de la cual el causante podrá utilizar escritura pública o testamento abierto (notarial o consular) pero no cualquier otro. En su opinión, el testamento cerrado no es, en sí mismo, documento público. *Cfr.* Merino Hernández, J. L., *Memento experto. Derecho foral de Aragón, op. cit.,* p. 317.

b) Exigencia por el nudo propietario. Salvo disposición contraria del causante, está legitimado cualquier nudo propietario, sea o no heredero (el art. 80.1.2 Comp. aragonesa iba referido a herederos-nudo propietarios); por tanto, también terceros adquirentes de un bien gravado con el usufructo.

c) Decisión judicial. A iniciativa del Ministerio Fiscal, aun mediando disposición en contra del premuerto, para proteger todo el patrimonio hereditario (no solo la legítima, como rezaba el art. 80.1.3 Comp. aragonesa). Las razones que permiten dicho acuerdo judicial no están relacionadas expresamente pues es el Fiscal el que debe valorar las circunstancias concurrentes en atención a las particularidades de cada usufructo.

En conclusión, y por lo que aquí nos ocupa, respecto a la fianza, la génesis de la obligación de afianzamiento requiere su solicitud por personas con interés legítimo. En este sentido, podrán tenerlo tanto el causante como el nudo propietario y ninguno de los dos deberá precisar causa concreta. No obstante, de la interpretación conjunta de los tres supuestos del 285 CDFA se desprende que la voluntad del primero resulta preferente a la del segundo excepto cuando la actuación del viudo pone en riesgo la conservación del patrimonio hereditario. En este último caso, aun mediando deseo en contra del consorte fallecido, queda expedito el arbitrio judicial.

La fianza podrá consistir en cualquier clase de garantía, personal o real. Dejando a salvo la vía judicial, y a diferencia del inventario (art. 286 CDFA), carece de plazos legales de constitución con lo que podrá solicitarse en cualquier momento por los nudo propietarios salvo disposición contraria del causante. Hasta su prestación efectiva, podrán instar además del Juez otras medidas cautelares de aseguramiento de los bienes sujetos al usufructo (art. 287 CDFA), siendo admisibles también cualesquiera previstas en las leyes. Inventario y fianza no tienen que ir forzosamente unidos pero, en la práctica, la segunda está muy vinculada al primero por precisar el previo conocimiento de los bienes afianzados.

B. *Por pacto (art. 291 CDFA)*

La preocupación del legislador aragonés por la adecuada gestión de los bienes usufructuados aparece plasmada en numerosos preceptos del CDFA. A estos efectos, resulta especialmente relevante el cauce que proporciona para ello el art. 291 CDFA pues permite convenir a viudo y nudo propietarios lo que estimen pertinente (transformación, modificación o extinción del usufructo). No habrá más límites al acuerdo adoptado en su caso que los genéricos derivados del principio *standum est charte* (art. 3 CDFA)[22].

[22] El art. 83.1 Comp. aragonesa exigía, sin embargo, como requisitos, la ausencia de descendencia del premuerto y el respeto a las cargas por él establecidas sobre el usufructo.

Esta amplísima libertad lleva implicita el potencial desplazamiento de la función tradicional del viudo de continuador de la familia en aras de soluciones pactadas que eviten la judicialización del usufructo prevista, no obstante, en el art. 292 CDFA. Será válida cualquier fórmula convencional que permita armonizar los intereses de los intervinientes del usufructo, tal y como apunta expresamente la sentencia comentada (*cfr.* propuestas concretas en apartado V).

C. *Por vía judicial (art. 292 CDFA)*

Los nudo propietarios tienen expedita la vía judicial cuando estimen que el ejercicio concreto del usufructo realizado por el viudo les produce graves perjuicios[23]. El art. 292 CDFA simplifica y amplía el régimen anterior y permite la adopción judicial de cualquier *medida oportuna*, incluso la transformación del usufructo[24]. Existe, por tanto, un amplísimo margen al arbitrio del juez quien deberá valorar si hay gravedad bastante para la eventual estimación de medidas adecuadas.

La presunta existencia de graves perjuicios a dilucidar por el juez presupone que el viudo ya ha entrado en el goce del bien y no ha llegado a un acuerdo con los nudo propietarios sobre la forma concreta de gestionarlo que evite los daños denunciados. Por tanto, la finalidad aquí no es tanto proteger la devolución como evitar la continuidad de actos u omisiones del viudo que, supuestamente, perjudican a los nudo propietarios.

IV. DISPOSICIÓN Y FIANZA. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

La cuestión de fondo esencial debatida en la sentencia es dilucidar si la fianza exigida a la viuda conforme al art. 285.b) CDFA por los nudo propietarios, herederos del causante, por importe igual al caudal usufructuado, es contraria a la posibilidad que el 299 CDFA le proporciona de disponer dicho caudal.

Las pretensiones de la viuda en casación se concretan en cuatro motivos. En el primero de ellos alega infracción del art. 1.2 CDFA por estimar que la sentencia recurrida obvia el sistema de fuentes del Derecho Civil Aragonés. Por su

---

[23] En aplicación del art. 248.3 Lec. será el proceso declarativo que corresponda por razón de la cuantía.

[24] El art. 85 Comp. Aragonesa requería la realización de advertencias al usufructuario por los nudo propietarios y su posterior calificación de procedencia por la Junta de Parientes o el Juez como requisito previo ineludible, ante su incumplimiento por el viudo, de la única medida entonces existente: la sustitución del usufructo por una renta (art. 87 Comp.).

parte, en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso alega, respectivamente, la infracción de los arts. 283, 285, 299 y 301 CDFA, si bien todos ellos tienen como objetivo único evidenciar la –a su juicio– ilusoria posibilidad de disposición del dinero usufructuado que le confiere el 299 si para ello debe prestar un aval por el mismo importe, con un coste estimado de 6.000 euros anuales y un rendimiento de 3.000, y la obligación añadida de dejar pignorado en la Entidad de ahorro el importe del principal.

Los argumentos del TSJA para rebatir estas alegaciones se apoyan en la defensa de la aplicación preferente de la normativa aragonesa vigente y en que ésta no impide la garantía adoptada por el total del caudal:

1. Respeto al sistema de fuentes del Derecho Aragonés

La viuda estima que la sentencia recurrida anula *de facto* la viudedad aragonesa al considerar que su fundamento último es el 491 Cc. y la STS 742/2006, de 4 de julio de 2006. En su opinión, el Cc. no es aplicable porque este usufructo tiene regulación aragonesa propia, y aun admitiendo su carácter supletorio, deberá aplicarse conforme a los principios generales del Derecho Aragonés, en particular, el *favor viduitatis* (art. 1.2 CDFA). Para el TSJA, sin embargo, la sentencia se basa de modo concluyente en norma aragonesa y la recurrente se limita a considerar que la obligación de afianzar por importe igual al dinero recibido es contraria al *favor viduitatis*. El Tribunal estima que esto último no tiene que ver con la infracción alegada del sistema de fuentes sino con las consecuencias –contradictorias para la viuda– derivadas de la aplicación de los arts. 285 y 299 CDFA.

2. Argumentos para la admisión de fianza de todo el caudal

A. *Objeto de la fianza: la restitución del dinero dispuesto*

El viudo en Aragón no necesita prestar fianza para entrar en el goce del dinero. Así lo recalca expresamente la sentencia afirmando que, la regulación aragonesa, de forma más favorable al viudo que la del Cc., atribuye directamente la posesión desde el fallecimiento del consorte (art. 283.4 CDFA) con todas sus facultades inherentes. No obstante lo anterior, incide igualmente en que ello no le exime de garantizar la obligación de restitución del dinero dispuesto, devolución que el art. 299 CDFA hace extensible a los herederos. Para el TSJA, esta última es la que justifica *per se* la posibilidad de los nudo propietarios de solicitar fianza[25],

[25] *Vid.* el FD 3º de la sentencia: «*Con seguridad a lo que obliga este precepto es a restituir*, de una forma u otra, lo que *debe ser tenido en cuenta a los efectos de asegurar esta obligación*» (el subrayado es mío).

con independencia de los problemas de armonización que pueda crear con la facultad de disposición del dinero[26].

B. *Ausencia de dispensa voluntaria de fianza por el cónyuge premuerto*

La solicitud de fianza por los nudo propietarios es discrecional y dinámica, pudiendo no llegar a ejercitarse nunca. En cualquier caso, como destaca la sentencia, la fianza puede evitarse anticipadamente por el premuerto relevando expresamente a su cónyuge de tal obligación pues su voluntad será preferente sobre la –de producirse– contraria de los nudo propietarios *ex* 285 b) CDFA[27]. El supuesto de autos de descendencia no común no tiene régimen especial en materia de fianza ni tampoco exclusión expresa de que el cónyuge bínubo pueda eximir al otro de dicha obligación respecto a bienes cuya nuda propiedad se atribuya a dicha descendencia. Por tanto, como podría haberse establecido su exención por el cónyuge fallecido y no se hizo, este argumento sirve al TSJA para considerar indubitada la obligación de afianzar por la viuda ante la posibilidad de que los herederos del premuerto se vean obligados a exigir la restitución a los suyos propios pues no habrá lugar a la extinción por confusión que acontece cuando son descendientes comunes[28].

C. *Ausencia legal de importe afianzable*

La sentencia afirma que ante la ausencia de concreción de la cantidad que debe afianzarse por el art. 285.b) CDFA, ésta deberá ser calculada según prudencial criterio judicial en función del riesgo de desaparición o deterioro del objeto usufructuado. En el caso concreto del 299 CDFA, la obligación de restitución del valor actualizado del dinero efectivamente dispuesto y la posibilidad de su disposición total justifican, para el TSJA, la exigencia de fianza por el importe global

---

[26] *Cfr.* FD 3º: «Ciertamente *la regulación de los arts. 285 y 299 CDFA* y *su aplicación conjunta puede resultar conflictiva* pero la facultad de disposición del último precepto no puede ignorar la posibilidad de los nudo propietarios de solicitar afianzamiento conforme al primero» (el subrayado es mío).

[27] FD 4º: «El viudo puede disponer desde el momento del fallecimiento, por efecto del art. 283 CDFA, de todo o parte del dinero y ello no viene condicionado por la posibilidad que el art. 285.b) otorga a los nudo propietarios de exigir la constitución de fianza, *pues puede no llegar a ser exigida nunca por ellos. Aparte, naturalmente, de que el premuerto hubiera dispensado de tal obligación*» (el subrayado es mío).

[28] FD 4º: «Si los nudo propietarios son descendientes únicamente del premuerto ése pudo relevar a su segundo cónyuge de la obligación de formalizar inventario y afianzar, en una fórmula habitual en los casos de único matrimonio con descendientes comunes. No siendo así, la obligación de prestar fianza a petición de los nudo propietarios resulta indudable *por lo incierto de que tengan que verse obligados a exigir restitución a los herederos del viudo*» (el subrayado es mío).

del montante disponible[29], estimando que no es equivalente a pérdida de posesión para el viudo sino que dependerá, en todo caso, de la modalidad de afianzamiento adoptada.

D. *Ausencia de exclusión unilateral voluntaria del usufructo por el cónyuge premuerto*

El art. 283.3 CDFA permite la exclusión por un cónyuge del usufructo de su consorte, en testamento o escritura pública, sobre bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos no comunes hasta el límite de la mitad del caudal hereditario[30]. El TSJA subraya que el objeto de usufructo del caso de autos carece de limitación cuantitativa alguna pues el premuerto no ejerció tal posibilidad.

Tal y como se advierte del examen de los argumentos precedentes, la interacción de la obligación de restitución del dinero dispuesto con la inactividad del premuerto para dispensar de fianza al consorte o limitar la cantidad del dinero usufructuado unida a la falta de concreción *ex lege* del importe afianzable decanta la postura final del TSJA confirmando la garantía recurrida en su integridad. No obstante lo anterior, el carácter particularmente gravoso de esta última es reconocido también expresamente en la sentencia, mostrándose favorable a la exploración de fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso.

V. MODALIDADES DE AFIANZAMIENTO

1. Afianzamiento de máxima onerosidad para la viuda: el fallo del TSJA

La sentencia recaída en Primera Instancia ya condena a la viuda a prestar fianza en metálico o aval bancario por el total usufructuado. Para aquélla, tanto el aval bancario, si la entidad de ahorro le obliga a pignorar el dinero por razón

---

[29] FD 4º: «…ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe del capital disponible. Podría ocurrir que el viudo expresara su necesidad de disponer de parte de dicho importe y la fianza se ajustara al mismo, pero *ante la fácil disponibilidad de la totalidad del capital, el criterio adoptado resulta adecuado y no cabe su modificación*» [el subrayado es mío].

[30] El art. 283.3 CDFA refunde la norma imperativa del art. 73 Comp. aragonesa, que limitaba la viudedad a la mitad del patrimonio hereditario del causante en estos casos, y la limitación voluntaria general que el 72.2 Comp. permitía con idéntico límite, ofreciendo solución a los graves problemas que generaba la aplicación práctica del primer precepto. No obstante, la DT 11ª (*Usufructo en caso de existencia de hijos no comunes)* afecta a la extensión de usufructos ya causados antes de la entrada en vigor del CDFA (23.04.2003 *ex* DT 9ª) cuando existan hijos no comunes del cónyuge premuerto pues, en su virtud, se les seguirá aplicando la limitación a la mitad del patrimonio hereditario del causante de la norma imperativa derogada del art. 73 Comp. *Vid.* ejemplo de aplicación de esta normativa transitoria junto a expresa relevación del testador de inventario y fianza a su esposa en segundas nupcias en STSJA 9/11/2005.

de garantía, como el depósito en metálico en el Juzgado de todo el capital le privan de la posesión inherente al usufructo (283.4 CFDA), y por extensión, de su facultad de disposición (299 CDFA).

Por el contrario, para el TSJA, la pérdida de posesión va unida a la modalidad concreta de aseguramiento adoptada y no encuentra solución en la exención de fianza porque pone en riesgo a los nudo propietarios. Puesto que se puede disponer fácilmente de todo el caudal, encuentra lógico que se exija el aseguramiento de la restitución por su totalidad. Y ello con independencia de la clase de fianza que, en su caso, se adopte.

Indudablemente, la fianza confirmada en el fallo constituye el peor de los escenarios posibles para la viuda. La palmaria indisponibilidad total del dinero que conllevan las dos opciones ofrecidas supone, en la práctica, que el cuasiusufructo del CDFA quede reconducido a la mera percepción de intereses de un usufructo ordinario[31].

2. Alternativas menos gravosas

Partiendo del carácter dispositivo de la regulación del usufructo de dinero y de la ausencia de dispensa de fianza del cónyuge premuerto, siguiendo la invitación de la sentencia de examinar fórmulas de afianzamiento menos onerosas se intentan exponer en el presente apartado –sin pretensión de exhaustividad y a reserva de mejor criterio– distintas posibilidades de armonización de los intereses en liza, con la finalidad esencial de evitar la vía judicial.

Con carácter preliminar es importante subrayar que el punto de partida de los protagonistas del usufructo no es el mismo ya que, mientras se llega a un posible acuerdo, legalmente el nudo propietario nada obtiene hasta la extinción mientras que el viudo siempre cuenta con el mínimo de los rendimientos producidos. En cualquier caso, la materialización efectiva de un convenio dependerá de variables de diferente naturaleza entre las que sobresale, lógicamente, la voluntad real de llegar a un consenso.

A. *La influencia de la situación previa al origen del usufructo*

El contexto fáctico en el que surja el usufructo condicionará de modo natural el éxito de un potencial acuerdo. En especial, serán vinculantes las circunstancias siguientes:

---

[31] Por lo que respecta al aval, interesa destacar que el origen de las consecuencias negativas que tiene para la viuda no está en los nudo propietarios sino en las condiciones exigidas por la Entidad bancaria. Y así, la inmovilización del dinero se debe a la exigencia de pignoración del capital usufructuado como garantía (muy probablemente por carencia de otra disponible de la viuda); y el que los gastos del aval sean superiores a los rendimientos, a las tarifas de pasivo y comisiones aplicadas.

a) Viudo

a.1) Circunstancias personales

Edad, salud y *modus vivendi* son parámetros notables para evaluar el riesgo de desaparición o malversación del caudal.

a.2) Posibilidad de ofrecer garantía distinta al dinero objeto del usufructo

El poder constituir afianzamiento propio diferente al dinero o ajeno, aunque sea parcial, será muy importante. Una situación económica con las necesidades básicas cubiertas de forma suficiente y sin deudas pendientes no implicará, con frecuencia, la disponibilidad de medios susceptibles de afianzamiento libres de cargas.

b) Nudo propietarios

Clase de descendencia. Como indica la sentencia (FD 4º), y siempre salvo dispensa del premuerto, si son descendientes comunes es muy frecuente que no exijan fianza alguna. Por el contrario, la inexistencia de vínculos de sangre conlleva mayor probabilidad de utilización de la posibilidad de solicitar fianza[32].

c) Viudo y nudo propietarios

c.1) Montante del dinero recibido

Considerado de modo general y aislado, parece congruente que, a mayor cantidad, mayor firmeza en las exigencias de garantía. No obstante, esta cuestión irá en directa relación con la cifra máxima que el viudo pueda, en su caso, asegurar, e indirectamente con el resto de factores expuestos.

c.2) Circunstancias económicas

La solvencia, y en especial, la preexistencia de deudas influirán en la severidad de la exigencia de una fianza en los nudo propietarios y en la mayor o menor inmediatez en la necesidad de disposición del dinero del viudo.

---

[32] Será frecuente en estos casos que el viudo se defienda frente a la obligación de devolución alegando que el pago a los herederos ya se hizo en vida, en todo o en parte, por el consorte fallecido. Así ocurrió en SJPI núm. 14 de Zaragoza 27/10/1998, SAP Teruel 21/1/2000 y SAP Zaragoza 18/6/2001.

c.3) Estado de las relaciones

Las probabilidades de acuerdo irán estrechamente vinculadas a la fluidez y respeto existente en las relaciones personales que mantengan, de hacerlo, los intervinientes del usufructo.

d) Dinero objeto del usufructo

Inversión previa. Si al inicio del usufructo está ya el dinero invertido, las normas sobre irretroactividad contractual despliegan toda su eficacia haciendo que este título anterior ni se extinga ni se altere por el usufructo mientras no se cuente con el consentimiento del tercero depositario. En ausencia de este último, el usufructuario, aunque estuviera de acuerdo con los nudo propietarios, quedaría vinculado por el contrato en sus mismas condiciones iniciales hasta el vencimiento y no tendría, por tanto, razón de ser la exigencia inmediata de fianza al tener solamente derecho a los intereses producidos[33]. Lo frecuente, no obstante, en la práctica bancaria es aceptar la cancelación anticipada si existe consentimiento de usufructuario y nudo propietarios.

B. *Propuesta de opciones*

El TSJA sustenta su decisión final en una causa única: la fácil disponibilidad de todo el capital. Desde esta perspectiva, la pertinencia de la garantía adoptada resulta evidente pues se afianza con ella el supuesto de mayor riesgo posible: la rápida desaparición del total potencialmente disponible. Si a ello le unimos la presumible inexistencia de garantías adicionales de la viuda, ambas circunstancias conducen, ineludiblemente, al uso forzoso de todo el dinero recibido para afianzar, cerrando el círculo hacia la inoperancia del usufructo alegada por aquélla.

Parece razonable, no obstante, considerar que dicha caución máxima adoptada podría minorarse o incluso desaparecer si esa disponibilidad total y libre del dinero usufructuado que sensatamente la sustenta quedase reemplazada por otra parcial y/o condicionada mediante alternativas convencionales en las que los intereses de las partes pudieran equilibrarse, o al menos, compensarse[34]. Lo

---

33 *Cfr.* al respecto Cumella Gaminde, A. y Tormo Santoja, M., «Comentario al art. 26 de la ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de usufructo, uso y habitación», *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán, op. cit.*, pp. 320 y 321; Agustín Torres, C., «El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva», *La codificación de los derechos reales en Cataluña*, Materiales de las 14ª jornadas de Derecho catalán en Tossa, Universidad de Gerona (coord.), Gerona, 2007, p. 189; Rivero Hernández, F., *El usufructo, op. cit.,* p. 701.

34 Sobre esta adecuación dinámica de la garantía al usufructo *vid.* Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, III, vol. 2, *op. cit*, p. 17: «La garantía se deberá mantener al nivel preciso para

mismo cabría inferir respecto a fórmulas modificativas, sustitutivas o extintivas del usufructo en sí mismo considerado.

Evidentemente, como ya se ha indicado, las circunstancias de cada usufructo exigirán soluciones *ad hoc* cuyo mayor o menor grado de satisfacción dependerá de su adecuación a factores de muy diversa índole entre los que se encuentran algunos de peso específico importante ajenos al ámbito civil (en especial, personales, económicos y fiscales). Por esta razón, se pretende simplemente enumerar, con carácter meramente ejemplificativo, alternativas distintas al inmovilismo absoluto que implican el aval bancario con pignoración o el depósito en metálico del total usufructuado, cuya utilización conjunta o separada sirva para moderar el más que probable conflicto de intereses que puede propiciar un usufructo de parámetros similares al del supuesto litigioso: sin dispensa de fianza del premuerto, con nudo propietarios no descendientes de la viuda y sin medios adicionales ciertos de aseguramiento de esta última.

Para su sistematización se ha adoptado la terminología usada en el art. 291 CDFA, precepto que representa la plasmación general del *standum est chartae* en materia de usufructo vidual: modificación, transformación y extinción. Aunque el pacto no requiere forma especial, sería conveniente la elevación a escritura pública con carácter *ad probationem* para caso de conflicto.

a) *Modificación*

Convenios destinados a modular la libertad de disposición del viudo sin alterar de forma global la configuración legal del usufructo de dinero. Dicha finalidad se obtendría estableciendo controles y restricciones como los siguientes:

a.1) Deber de información del dinero dispuesto

Obligación del viudo de dar cuenta de las operaciones efectuadas a los nudo propietarios para control de sus finalidades[35]. El envío de información con periodicidad previamente acordada bastaría *ad cautelam* en casos de buenas relaciones. No obstante, la constancia de los nudo propietarios como titulares en la cuenta o depósito del dinero usufructuado coherente con la intransmisibilidad de la propiedad hasta la efectiva disposición que, presumiblemente, informa al art. 299

cubrir las responsabilidades del usufructuario mientras dure el usufructo, y, por tanto, *aumentarse o disminuirse a tenor del aumento o disminución de tales responsabilidades, o si disminuye o crece el valor de los bienes dados en garantía*, o cuando disminuye la solvencia del fiador personal» (el subrayado es mío).

[35] *Cfr.* en similar sentido el art. 453.3 CDFA que establece el deber de información de los fiduciarios no administradores de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que hayan sustituido a los enajenados, al administrador.

CDFA, permitiría, en cualquier caso, que solicitaran el envío directo de extractos a la Entidad bancaria depositaria.

a.2) Límite temporal de cantidad a disponer

Sustitución del régimen de disposición individual del viudo coherente con la libertad que le concede el 299 CDFA por la exigencia de firma mancomunada con uno o todos los nudo propietarios para importes superiores a una cantidad, dispuesta de una vez o de forma global en un período de tiempo determinado. Puede resultar idónea en supuestos en los que el viudo se avenga a disponer de forma gradual hasta un límite fijo o porcentaje del total a cambio de fianzas parciales o de otras compensaciones.

a.3) Inversión a plazo a nombre de los nudo propietarios

Depósito de todo o parte del caudal en un plazo fijo cuyos titulares sean los nudo propietarios. Supuestos como el del caso de autos en los que no se presta caución suficiente que satisfaga a estos últimos son muy frecuentes en la práctica[36]. En el Cc., el art. 494 los legitima para exigir la inversión del dinero en valores seguros como medida sancionadora por el incumplimiento de una fianza que tendría que haberse prestado y no se ha hecho, ya sea por imposibilidad material o por negativa directa.

Este régimen fue solicitado subsidiariamente por los nudo propietarios en Primera Instancia y desestimado ya entonces, pero lo menciona de nuevo el TSJA (FD 4º) como alternativa posible a la fianza del total usufructuado confirmada en el fallo casacional[37]. Como bien matiza la sentencia, al usufructuario no le evita la indis-

---

[36] El nudo propietario es el interesado a proteger y el legitimado para exigir fianza. Por esta razón, a él debe satisfacer y parecer suficiente (o al juez, en su caso), en atención a la valoración de los bienes y de las circunstancias personales del usufructuario. Si se trata de ponderar la solvencia de este último en relación con el montante del dinero usufructuado (ya dispuesto o por disponer), es una cuestión objetiva y relativamente fácil de constatar (*vid.* así en SAP Huesca 21/3/2000). Pero si se trata de probar su mala fe en el gasto, la dificultad de prueba, cuya carga corresponde al nudo propietario, es muy grande, pues entra en el ámbito subjetivo de las intenciones (*cfr.* al respecto, para el 482 Cc., SAP Valencia 10/11/2005).

[37] La propuesta concreta en Primera Instancia era que si no se aceptaba la solicitud de fianza por el caudal usufructuado, se condenara a la viuda, conforme al 494 Cc., a entregarles el importe total de la herencia para administrarla e invertirla en un depósito a plazo en una entidad de ahorro en el que figuraran como titulares, con la obligación de entregarle el interés producido. Se trataba de una refundición del 494.1 Cc., que permite en estos casos al nudo propietario exigir que *los capitales o sumas en metálico se inviertan en valores seguros*, correspondiéndole el interés al usufructuario, y el 494.3, que le ofrece como opción un derecho de retención en calidad de administrador hasta que preste fianza o quede dispensado de ella, con la obligación de entregar su producto líquido. En cualquier caso, las dos propuestas del precepto son ejemplos de medidas concretas que en el CDFA podrían subsumirse. i) art. 494.1 Cc.: en las medidas oportunas que los nudo propietarios pueden solicitar al juez por perjuicios

ponibilidad del dinero con lo que su ubicación en un contexto voluntario como el aquí propuesto puede resultar, en principio, compleja. No obstante, podría usarse como eficaz complemento a una disponibilidad y fianza parciales respecto a todo o parte del caudal no asegurado, permitiendo, sin gastos adicionales, la obtención de rendimientos potencialmente utilizables para un afianzamiento progresivo.

La elección del producto financiero concreto no es aquí asunto trivial. Puesto que de armonizar intereses se trata, la opción final consensuada debería optimizar la mayor rentabilidad para el viudo, pues está perdiendo la libre disponibilidad del dinero que le corresponde *ex lege*, con el aseguramiento total del principal invertido, ya que no hay fianza como tal sobre el mismo a favor de los nudo propietarios. No obstante, resultaría equitativo admitir que el viudo, a modo de relativa compensación por la inmovilización del caudal, sí tuviera libertad de elección del producto financiero dentro de la renta fija ya que esta última constituye el ámbito natural del usufructo de dinero y asegura sin fisuras la posición de los nudo propietarios[38].

b) Transformación

Sería subsumible aquí cualquier convenio de mutación de la naturaleza original de este usufructo con permanencia del derecho de viudedad lo que implicaría la pervivencia de las obligaciones del viudo y la aplicación de las causas de extinción de aquélla. Ejemplos destacados serían los siguientes:

b.1) Renta sustitutiva del usufructo

Sustitución del usufructo de dinero por una renta a cargo de los nudo propietarios cuya adopción implicaría una inversión en las posiciones jurídicas obligacionales del régimen legal originario. El nudo propietario dejaría de ser

---

graves causados por el usufructuario en aplicación del art. 292 CDFA. ii) art. 494.3 Cc.: en las medidas cautelares de aseguramiento que podrán igualmente instar hasta que, en su caso, se constituya la fianza, en virtud del 287 CDFA. Debe tenerse en cuenta que lo normal será que el viudo tenga ya en su poder el dinero en atención a la posesión legal que le atribuye la muerte del consorte (283.4 CDFA) por lo que la adopción de las medidas cautelares resulta aconsejable hasta la fijación de una solución definitiva, en especial, hasta la acreditación de los perjuicios graves exigida en el 292 CDFA.

[38] La conservación de la integridad del caudal deja fuera todos los productos de renta variable, aunque sean sólo de contenido parcial, pues en ellos existe riesgo cierto de pérdida del principal invertido. No obstante, aun optando por renta fija, la inversión puede protegerse con cautelas adicionales que afinen el equilibrio entre ambas partes. Así, la SAP Huesca 21/3/2000 confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia de constituir un depósito a nombre de la nudo propietaria cuyos intereses fueran para el viudo, una vez constatado que este último tenía una situación económica que hacía pensar que no podría devolver la suma usufructuada a la finalización de la viudedad. No obstante, añade *ex novo* a la sentencia recurrida que *se hará constar que la actora no podrá disponer de la suma depositada a su nombre hasta la extinción del usufructo del apelante y que éste, mientras persista el usufructo, podrá disponer de dicha suma mediante la constitución de un nuevo depósito en el que también se respeten las condiciones anteriormente expuestas* (el subrayado es mío).

acreedor del caudal dispuesto por el viudo y se convertiría en deudor de la renta supletoria del usufructo de aquél, obteniendo así un control directo del dinero y la posibilidad de su traspaso progresivo. Por el contrario, el viudo pierde toda libertad dispositiva sobre el caudal, efecto que sólo podrá ser suavizado en la fijación de las condiciones de la renta.

El establecimiento de sus parámetros concretos, en especial, cuantía y periodicidad, requiere un acuerdo previo de valoración del usufructo cuya adopción puede ser difícil ante la ausencia de criterios objetivos concretos distintos a los fiscales[39]. Si no se adoptan estos últimos o, simplemente, hay discrepancias insalvables, el único referente legal existente, contenido en el art. 284 CDFA, que permite esta transformación de forma unilateral a titulares de empresas y explotaciones económicas privativas transmitidas a descendientes, poco ayuda en esta cuestión pues la vincula al rendimiento de aquéllas en el quinquenio anterior al fallecimiento del premuerto. No obstante, de existir algún concierto en la valoración inicial, el precepto citado sí puede ofrecer un patrón estándar útil en otros aspectos importantes que también regula como el carácter mensual de la renta, actualización por el IPC, extinción por las mismas causas que la viudedad o reversión al usufructo vidual ordinario de mutuo acuerdo.

El 284.5 permite, incluso, que sea el propio viudo el que pida afianzamiento de las rentas futuras si la empresa se transmite a un tercero lo que podría tomarse de referencia para compensar los efectos negativos inherentes a la inversión de posiciones jurídicas arriba indicada que le produce la transformación. A mayor abundamiento, es importante significar que, una vez percibida la renta correspondiente, se trasladarían de nuevo al viudo el riesgo de pérdida, embargo (art. 290.4 CDFA) o inclusión en la masa del concurso sin haber disfrutado del dinero que elude *per se* la intransmisibilidad de propiedad hasta la consumición o disposición efectivas subyacente tras el 299 CDFA.

La transformación tendrá probablemente mayores posibilidades de aceptación por el viudo si no hay dispensa de fianza por el premuerto ya que, si existe esta última, constituirá un argumento sólido para su negativa. En defecto de acuerdo, siempre puede solicitarse judicialmente por los nudo propietarios si

---

[39] Como apunta Monserrat Valero, el hecho de que la normativa fiscal (art. 26 de la ley 29/1987, de 18 de diciembre, sobre impuesto de sucesiones y donaciones) establezca una valoración del usufructo y la nuda propiedad es sólo para calcular la deuda tributaria de las respectivas adquisiciones *mortis causa* de nudo propietario y usufructuario pero ni autoriza a exigir el reparto ni, acordado en su caso éste, debe realizarse conforme a dicha legislación. *Cfr.* Monserrat Valero, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil*, núm. 28, julio 1992, p. 422. Las bondades que, no obstante, pueda tener en inmuebles desaparecen en el dinero pues su valoración fiscal siempre será inferior y, por tanto, peor para el viudo, que ser considerado civilmente propietario, constituyendo una importante rémora en la eventual adopción de convenios. *Vid.* esta última apreciación en Del Carpio Fiestas, V., «Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes», *op. cit.,* p. 1511.

estiman que la administración del viudo les produce graves perjuicios pues el art. 292 CDFA incluye expresamente la transformación dentro de las medidas oportunas que el juez puede adoptar en estos casos. No obstante, la vía judicial presupone la disposición ya realizada de todo o parte del caudal con perjuicios supuestamente graves que un pacto a tiempo puede evitar.

b.2) Subrogación real

El destino natural del dinero es o el consumo o su disposición para la adquisición de un bien, ya sea inmueble o mueble. El acuerdo de subrogación implicaría, a contrario del régimen del 299 CDFA, que la disposición efectivamente realizada no conllevase la extinción inmediata del usufructo sino su pervivencia, por subrogación real, sobre el bien adquirido[40].

Si se trata de inmuebles, estos últimos reemplazarán al dinero, integrándose en el patrimonio hereditario del premuerto con la carga, ahora real, del usufructo vidual. La naturaleza inmobiliaria permitiría la obtención de mutuo acuerdo de prestaciones inaccesibles antes de la subrogación (*vgr.* arrendamiento o garantía hipotecaria) además de la evidente facultad clásica de uso y disfrute para el viudo.

En el caso de bienes muebles, la subrogación resultaría especialmente operativa en casos en los que el viudo aceptara la inmovilización de todo o parte del peculio pero deseara invertirlo en un producto financiero que ofreciera una rentabilidad potencial superior a la de la renta fija propia del usufructo de dinero. El efecto legal extintivo que produciría tal disposición podría evitarse mediante un acuerdo de subrogación pues supondría la continuidad del usufructo sobre el numerario reinvertido. El viudo suavizaría la indisponibilidad del caudal con la posibilidad de obtención de mayores rendimientos y el nudo propietario, asumido cierto riesgo previamente consensuado, sustituiría al viudo en el control final de la inversión contrarrestando, en cierta forma, la ausencia de fianza[41].

---

[40] La propone de *lege ferenda* para evitar situaciones que alteren el sistema legitimario aragonés Merino Hernández, J. L., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de dinero)», *op. cit.*, pp. 208 y 209.

[41] Aceptando como ámbito objetivo del usufructo de dinero los productos a la vista de disponibilidad inmediata y los plazos fijos, para que haya disposición efectiva y, por tanto, oportunidad de pacto de subrogación real, los cambios deberían ser a productos financieros fuera de las categorías citadas, como, por ejemplo, fondos de inversión o acciones. Los primeros implican, *ex* art. 300.2 CDFA, el control de la inversión para el nudo propietario por atribución exclusiva de la facultad de reembolso y la paralela posibilidad de reembolso anual para el viudo con el único fin del cobro de plusvalías. En las segundas, el nudo propietario tendrá, en aplicación de los arts. 67 LSA y 36 LSRL, la cualidad de socio y ejercitará los derechos de tal condición, salvo disposición contraria de los estatutos, excepto la percepción de dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo que corresponde al usufructuario.

b.3) Atribución en pleno dominio

Concesión de la propiedad plena de todo o parte del capital, desapareciendo la obligación legal de restitución para el viudo o sus herederos. Si se hace al comienzo del usufructo tiene como ventaja práctica que podría prescindirse de la valoración. Si se adopta constante el usufructo, parece oportuna su actualización con el mismo índice consensuado para la restitución exigida legalmente de las cantidades dispuestas a la extinción del usufructo. La situación privilegiada en la que sitúa al viudo la hace recomendable como mecanismo compensatorio a la exigencia de afianzamiento o inmovilización de gran parte del capital.

c) *Extinción*

La extinción podría utilizarse de mutuo acuerdo o como condición resolutoria.

c.1) Mutuo acuerdo

Si nudo propietarios y viudo se ponen de acuerdo en el valor de sus respectivos derechos y se reparten el dinero conforme a dichas valoraciones, el usufructo, y la subsiguiente posibilidad de conflictos futuros, desaparecen. Aunque la operatividad de tal acuerdo es incuestionable, será difícil en la mayoría de ocasiones ante la falta de criterios concretos objetivos, de naturaleza civil. Esta cuestión deviene entonces en obstáculo insalvable pues no existe en Derecho Aragonés ningún precepto que permita exigir unilateralmente el reparto de la cantidad usufructuada[42].

c.2) Condición resolutoria

La extinción puede usarse como instrumento de penalización del incumplimiento de pactos preexistentes si subsiste capital no dispuesto[43]. La posible inviabilidad de restitución o de ampliación de afianzamiento ya prestado podría compensarse acordando la extinción automática respecto a una cantidad equivalente a la dispuesta si ésta fuera inferior a la subsistente; si, por el contrario, la cantidad dispuesta fuera superior a la aún disponible, la extinción debería recaer sobre la totalidad de esta última.

---

[42] Tampoco existe en el Cc. *Cfr.* al respecto, en extenso, Monserrat Valero, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *op. cit,* p. 421.

[43] Y así por ejemplo, en el viudo, respecto al deber de información o la disposición limitada del caudal sin pacto de firma conjunta; y en el nudo propietario, por incumplimiento del producto financiero convenido para la inversión del dinero o por impago de la renta sustitutiva del usufructo no afianzada.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Las principales conclusiones que pueden extraerse de lo hasta aquí expuesto son:

1. Usufructo especial en atención al objeto

El art. 299 CDFA sobre usufructo de dinero configura un régimen jurídico por razón del objeto inexistente en la regulación aragonesa vigente en ningún otro bien usufructuado. La esencial fungibilidad del dinero y la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa presiden, de forma evidente, su *ratio legis*. La transmisión de la propiedad al viudo deferida al momento de la efectiva consumición o disposición del caudal informa verosímilmente los referentes del Cc. tomados en la elaboración del precepto y resulta la más acorde con el principio del *favor viduitatis*.

2. Usufructo cualificado para el viudo

La configuración del usufructo de dinero como un cuasiusufructo y la inexistencia de fianza específica para la entrada en posesión del caudal sustentan la extraordinaria libertad originaria del viudo de este régimen legal, configurando un usufructo vidual especial sin parangón en el resto de las regulaciones civiles españolas.

Esta situación privilegiada tiene un plus adicional en los supuestos más frecuentes de extinción por fallecimiento, matrimonios únicos y descendientes comunes pues la obligación de restitución del dinero dispuesto se atribuye entonces a los herederos del viudo y desaparece jurídicamente por confusión. En la práctica, los supuestos de devolución efectiva serán los de extinción del usufructo anterior al fallecimiento del viudo (*vgr.* renuncia o nuevo matrimonio), en los que será él mismo quien deba restituir, y los de nudo propietarios no herederos de este último (por segundas o ulteriores nupcias del premuerto con hijos propios), tal y como ocurre en la sentencia comentada.

3. Disposición *versus* fianza

La inexistencia de exigencia de fianza para la entrada en posesión y la disposición del dinero hace que la posibilidad legal de su solicitud para el aseguramiento de la restitución adquiera un protagonismo relevante en este usufructo, en especial, cuando no hay lazos de sangre con el usufructuario. Si el fallecido no ha establecido dispensa expresa, su exigencia por los nudo propietarios que no son herederos del viudo adquirirá plena virtualidad pero puede resultar difí-

cilmente conciliable con la posesión y libre disponibilidad que propugna el 299 si se obliga a asegurar el total del caudal recibido y no se disponen o aceptan otros modos de afianzamiento para hacerlo. Así ocurre en la sentencia analizada, representativa del supuesto de máxima onerosidad para la viuda.

4. El alcance relativo del *STANDUM EST CHARTAE*

Entre la opción legal que ampara de forma evidente al viudo y la solicitud judicial de fianza recogida en la sentencia, el carácter dispositivo de la regulación general del usufructo vidual ofrece alternativas susceptibles de valoración para moderar el régimen legal del usufructo de dinero, aunque su grado de éxito dependerá de la existencia real de voluntad de acuerdo y del contexto concreto del usufructo. En relación con este último, habrá, no obstante, ejemplos conflictivos de gasto ajeno a la finalidad familiar de la viudedad (en especial, en segundas y ulteriores nupcias de cónyuges descompensados en edad, medios económicos o procedencia geográfica) en los que la voluntad expresa anticipada del causante y un asesoramiento profesional adecuado serán, probablemente, las vías más idóneas para paliar efectos negativos indeseados.

Para casos de viudos de bínubo premuerto sin aparentes desigualdades entre los consortes, como el del supuesto litigioso, si no hay dispensa de fianza, no se llega a ningún acuerdo y se desconfía de su solvencia, la inmovilización de todo el caudal adoptada en la sentencia será lo más razonable pero lleva, en la práctica, a que la especialidad de este usufructo desaparezca y quede sustituida por el régimen jurídico del usufructo ordinario. No parece, no obstante, que estos sean los supuestos que inspiraron al legislador aragonés sino, más bien, los de matrimonios únicos, con relevación tradicional testamentaria de fianza, en los que los hijos aceptan sin trabas que sus padres dispongan, si así lo desean, el patrimonio dinerario que, frecuentemente, sólo estos últimos habrán creado.

BIBLIOGRAFÍA

Albadalejo García, M., *Curso de Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, Bosch, Barcelona, 1991.

Agustín Torres, C., «El usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva», *La codificación de los derechos reales en Cataluña* , Materiales de las 14ª jornadas de Derecho catalán en Tossa, Universidad de Gerona (coord.), Gerona, 2007, pp. 183-213.

Arregui Gil, J., «Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra». *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albadalejo García y Diaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 1.°, Edersa, Madrid, 2002, pp. 277-282 y 292-300 respectivamente.

Barber Cárcamo, R., «Comentario a la ley 410», *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* dirigidos por Rubio Torrano, Aranzadi, 2002, pp. 1340 a 1346.

Biesa Hernández, M., «Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad», *RDCA,* IX-X, 2003-2004, pp. 59-103.

— «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de fondos de inversión)», *Actas de los Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 209-246.

Comisión Aragonesa de Derecho Civil, «Acta de la sesión de seis de febrero de 2002 (Acta 146)», Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2006.

Cumella Gaminde, A. y Tormo Santoja, M., «Comentario al art. 26 de la ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de usufructo, uso y habitación», *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán,* dirigidos por Cumella Gaminde y Tormo Santonja y coordinados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 314-321.

Del Carpio Fiestas, V., «Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes», *RDCJ,* n° 713, 2009, pp. 1103-1157.

Diez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho* Civil, vol. III, Tecnos, Madrid, 1997.

Doral García de Pazos, J. A., «Comentario al art. 482 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. VII, vol. 1°, Edersa, Madrid, 1992, pp. 305-308.

García Cantero, G., «Comentario al art. 497 Cc.», *Comentarios del Código Civil,* T. 1, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1324-1326.

Jordano Barea, J. B.,«El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC ,* vol. 1, n.° 3, 1948, pp. 980-1023.

Hernández García, J., «El usufructo de dinero», *RDCA,* VII-VIII, 2001-2002, pp. 227-230.

Iglesias, J., *Derecho romano, Instituciones de Derecho Privado,* Ariel, Barcelona, 1987.

Latorre Martínez de Baroja, E., «Comentario al art. 80 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, tomo XXXIII, volumen 2°, Edersa, Madrid, 1990, pp. 360-363.

Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil,* III, Derechos reales, vol. 11, Dykinson, Madrid, 2009.

Lorente Sanz, J., «La omisión del inventario en la viudedad», *Libro homenaje a la memoria de D. Juan Moneva Puyol,* Zaragoza, 1954, pp. 493-516.

Maluquer de Motes Bernet, C. J., «Comentario al art. 482 Cc.», *Comentarios del Código Civil,* T. 1, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1291-1294.

Merino Hernández, J. L., «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (usufructo de dinero)», *Actas de los Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 188-209.

— *Memento experto. Derecho foral de Aragón,* Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 322-323.

Monserrat Valero, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil ,* julio 1992, pp. 421-441.

Parra Lucán, M. A., «La familia en el Derecho Civil de Aragón», *Tratado de Derecho de la Familia,* vol. VII, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, pp. 978-979.

Pozuelo Antoni, F. A., «De la viudedad. Cuestiones fiscales», *Manual de Derecho matrimonial aragonés,* coordina J. L. Merino, Edición propia, Zaragoza, 2007, pp. 391-414.

Rivero Hernández, F., *El usufructo,* Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

— «Comentario al art. 561-5.1 Cc. Cat.», *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* T. II, Decanato autonómico de los registradores de Cataluña, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1145-1146.

— «Usufructo en la Compilación Navarra» en Lacruz Berdejo *et alii*, *Elementos del Derecho Civil,* III, Derechos reales, vol. 2°, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 103 a 106.

Sancho Rebullida, F. y De Pablo de Contreras, P., «Comentario al art. 80 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilació*n *del Derecho civil de Aragón,* T. II, dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 787-797.

Torrelles Torrea, E., *El usufructo de cosas consumibles,* Marcial Pons, Madrid, 2000.

ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho Civil

Cc.: Código Civil español

Cc. Cat.: Código Civil catalán

Cfr.: Confróntese

COFA: Código del Derecho Foral de Aragón

Comp. aragonesa: Compilación aragonesa de 1967

Coord.: Coordinador, coordinado, coordina

Ed.: Editorial, edita

F.: Fuero

FD: Fundamento jurídico

Lec.: Ley de Enjuiciamiento Civil

Lrem.: Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

LSRL: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

LUUH: Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de usufructo, uso y habitación

Op. cit.: Obra citada

P: Página

P1899: Proyecto de Apéndice del Código Civil de 1899

P1904: Proyecto de Apéndice del Código Civil de 1904

PP.: Páginas

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDCA: Revista de Derecho Civil Aragonés

S.: Sentencia

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

TS: Tribunal Supremo

TSJA: Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Vid.: Videre (ver, véase)

MATERIALES*

*MATERIALS**

* En esta sección se pretende dar cuenta y, cuando sea necesario, publicar textos legales, borradores, textos en tramitación, sentencias del Tribunal Constitucional y otros documentos que sean de interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés.

A. LEY 9/2014, DE 23 DE OCTUBRE, DE APOYO A LAS FAMILIAS DE ARAGÓN

A. LAW 9/2014, 23 OCTOBER, ON SUPPORT TO FAMILIES OF ARAGON

Publicada en el *BOA* núm. 217, de 5 de noviembre de 2014, pp. 35335 a 35352

(http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=819273422424)

Publicada también en el BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014

B. PROPOSICIÓN DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO PERSONAL Y LA VECINDAD CIVIL

B. DRAFT LAW AMENDING THE CIVIL CODE WITH RESPECT TO THE PERSONAL STATUTE AND CIVIL NEIGHBOURHOOD

Publicada en el *BOCA* núm. 290, de 11 de diciembre de 2014, así como en el *BOCG-CD,* Serie B, núm. 209-1, de 16 de enero de 2015

APROBACIÓN POR EL PLENO DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 4 y 5 de diciembre de 2014, ha aprobado la Proposición de Ley por la que se modifica el Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil, a presentar ante la Mesa del Congreso de los Diputados, con el texto que se inserta a continuación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Derecho romano solo eran plenamente capaces quienes estaban en posición superior en los tres esta-

dos –*status libertatis, familiae y civitatis*–, al ser libres, paterfamilias y ciudadanos romanos. En el Derecho español actual, la Ley de Registro Civil reconoce la importancia de los estados civiles, y entre ellos se refiere a la nacionalidad y a la vecindad civil. La existencia al lado del Derecho común de comunidades autónomas con derechos forales o especiales como Aragón, Cataluña o Navarra, hace necesario precisar cómo deben resolverse los conflictos sobre el estatuto personal de los ciudadanos de cada una de ellas. Hay que partir de que los nacionales españoles tienen una vecindad civil, pero solo una, no siendo posible la doble vecindad, de modo que la adquisición de una determina la pérdida de la que se tenía. Si se adquiere la vecindad catalana o navarra se pierde la aragonesa, y viceversa.

Aunque la Constitución Española atribuye en el artículo 149.1.8 a las comunidades autónomas la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, como sucede con el Derecho Foral Aragonés, hay también una reserva y competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes interregionales que puedan existir. El Tribunal Supremo en sentencias reiteradas (28-1-2000 y 14-9-2009) ha declarado que las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código Civil.

El Código Civil, en sus artículos 9 y 16, establece que la ley personal regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, y que será ley personal la determinada por la vecindad civil. Precisamente por ello, el aragonés puede utilizar su Derecho Foral con instituciones tan queridas como la viudedad universal, el pacto sucesorio o la fiducia.

Pero es el artículo 14 la norma fundamental en la materia, al decir que la vecindad civil se adquiere por nacimiento, por «residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; y por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

La adquisición y correlativa pérdida de la vecindad civil como consecuencia de residencia continuada durante dos años, con manifestación expresa, parece perfectamente lógica, puesto que existe una declaración personal inequívoca, que necesariamente debe respetarse. No puede decirse lo mismo del segundo caso, pareciendo excesivo que se pierda la vecindad por la simple residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario del interesado. El cambio de la vecindad civil se produce automáticamente por el cambio de residencia, pero no hay ninguna averiguación sobre si quiere o no cambiar su régimen jurídico y estatuto personal. Se llega a un resultado que, en muchos casos, el interesado nunca pensó ni quiso, al no prever un cam-

bio de régimen jurídico y una pérdida de su vecindad civil de siempre.

Con la norma de los diez años se prescinde de la voluntad del interesado, interpretándose que la residencia conduce «ipso iure» a un cambio de vecindad, frente a opiniones doctrinales y jurisprudenciales, que entienden necesaria, por respeto a la libertad individual, una manifestación clara e indiscutible, en el sentido de querer obtener una nueva vecindad, con pérdida de la anterior.

La Constitución Española, en el artículo 11, es taxativa y dispone que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. Por su parte, el artículo 23 del Código Civil impone, para la adquisición de la nacionalidad española, que se renuncie a la anterior. Sin embargo, con la norma del artículo 14.5 del Código Civil, se priva no ya de la nacionalidad, pero sí de la vecindad civil, sin una renuncia o declaración expresa.

El criterio del Código Civil y la norma de los diez años perjudica claramente el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución, que exige certidumbre en el estado civil de las personas, provocando que terceros de buena fe se vean afectados por efectos jurídicos con los que nunca contaron.

Hay que subrayar que la realidad jurídica es muy distinta en el derecho común y en algunos derechos forales. En el matrimonio, a falta de capítulos notariales, el régimen legal en Cataluña es de separación de bienes, pero en Madrid será el de gananciales. ¿Advirtió el catalán que, por su residencia continuada en Madrid de más de diez años, estaba en cuestión en su futuro matrimonio el régimen de separación? ¿Advirtió el madrileño destinado en Barcelona que en idéntico caso el régimen legal en Cataluña era el de separación?

Existe un segundo supuesto, en relación con la adquisición de la vecindad civil de los hijos, que se contiene en el artículo 14.3, párrafo 4, del Código Civil. Este artículo expresa que «si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad de Derecho común. Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos. En todo caso, el hijo, desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal».

El Código Civil diferencia dos etapas en la vecindad civil de los hijos: la primera, en la que el hijo tiene la vecindad de los padres y en su defecto la que corresponde al lugar del nacimiento, y, la segunda, desde que cum-

ple catorce años y hasta que transcurre un año desde la emancipación, indicando el Código que podrá optar por la vecindad del lugar de nacimiento o la última vecindad de cualquiera de los padres.

La conclusión será que el Código restringe excesivamente el derecho de opción de los hijos, al limitarlo al plazo de un año desde la emancipación, sin tener en cuenta que esta puede producirse ya al cumplir dieciséis o dieciocho años en las distintas hipótesis del artículo 320 del Código Civil, y sin valorar que en muchos casos seguirá estando en el hogar familiar. Además, la opción la refiere tan solo a la última vecindad de cualquiera de los padres y no a la vecindad que originariamente pudieran haber tenido.

II

En Aragón hablar de raíces es hablar de nuestro derecho propio, del derecho foral que históricamente ha presidido nuestra convivencia. Se trata de un estatuto personal que sigue al aragonés desde su nacimiento, regulando la economía de su matrimonio, la familia, la viudedad y los derechos hereditarios cualquiera que sea su domicilio y lugar en que se encuentre, conforme al Código de derecho foral aprobado por las Cortes de Aragón en 2011.

En el preámbulo del Estatuto de Autonomía de Aragón, se destaca la importancia histórica que el Derecho tuvo desde la Edad Media, y en su artículo 9, apartado 2, dice que «el Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial». Es evidente que se quiere dar la máxima amplitud a la aplicación del derecho foral, independientemente de los traslados y cambios de residencia.

El estatuto personal y vecindad civil de aragoneses se adquiere por nacimiento, de modo que tienen ese carácter los nacidos de padres que tengan esa vecindad. Pero del mismo modo que se adquiere puede perderse por residencia durante diez años según el Código Civil, y no parece lógico que quienes tienen el estatuto personal y la vecindad civil de aragoneses, por haberlo sido sus bisabuelos, abuelos y padres, puedan perderlo por descuido o inercia, al haber trasladado su residencia fuera de la comunidad autónoma de Aragón, pero sin una declaración expresa y taxativa de renuncia. Se impone al ciudadano un resultado que en muchos casos no habrá sido pensado ni querido, conduciendo a la pérdida de su vecindad civil por nacimiento. No se cuenta con su voluntad y se limita su derecho a decidir. Es la ley quien decide por él, en perjuicio del principio de seguridad jurídica y autonomía de la voluntad.

En cualquier caso nunca debe confundirse la vecindad civil, que acabamos de examinar, con vecindad administrativa, ligada a la residencia. El Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que «políticamente» se consideran aragoneses los españoles que tengan vecindad ad-

ministrativa en cualquiera de los municipios de Aragón, esto es, los que residan habitualmente en Aragón y puedan probarlo mediante el padrón municipal.

III

La Constitución Española, en su artículo 87, atribuye la iniciativa legislativa no solamente al Gobierno, Congreso y Senado, sino también a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. El Reglamento de las Cortes de Aragón, en los artículos 218 y siguientes, prevé que la Cámara pueda remitir a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley sobre cualquier materia de política general.

Por todo lo expuesto, se justifica esta iniciativa legislativa, que tiene por objeto la modificación del párrafo cuarto del apartado tercero del artículo 14, al considerarse que el hijo debe poder optar no en el plazo de un año desde la emancipación, sino en el de cinco años, y que esta opción no debe extenderse a la última vecindad de cualquiera de los padres, sino a cualesquier vecindad que hubieran tenido, independientemente de la residencia, dejando mayores posibilidades a la libertad de decisión.

A través de esta propuesta se quiere dar la debida transcendencia al «ius sanguinis» frente a la preponderancia del «ius soli», que apuesta por el lugar de nacimiento. Los hijos deben poder conservar la opción de reivindicar su origen foral, independientemente de que sus padres se hayan visto obligados, por necesidades familiares, a trasladarse a otra comunidad foral o a territorios sujetos al derecho común.

Se suprime, así mismo, el número segundo del artículo 14.5 del Código Civil, de adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de diez años, de modo que la redacción del citado apartado sería solamente la que se recoge en el número primero del mismo, donde se exige una declaración de voluntad del interesado para el cambio de vecindad.

Finalmente, se introduce un régimen transitorio para la recuperación de la vecindad civil, de forma que quienes hubieran perdido su vecindad civil a causa de la adquisición de otra por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario, puedan recuperarla mediante la declaración en tal sentido formulada ante el Registro Civil en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la presente ley.

Artículo único.– *Modificación del Código Civil en relación con el estatuto personal y la vecindad civil.*

El párrafo cuarto del apartado tercero y el apartado quinto del artículo 14 del Código Civil quedan redactados del siguiente modo:

«En todo caso, el hijo, desde que cumpla catorce años y hasta que transcurran cinco años desde su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la vecindad que hubieran tenido cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

5. La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos

años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La declaración se hará constar en el Registro Civil y no necesita ser reiterada.»

Disposición transitoria.– *Recuperación de la vecindad civil.*

Quienes hubieran perdido su vecindad civil a causa de la adquisición de otra por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario, podrán recuperarla mediante la declaración en tal sentido formulada ante el Registro Civil en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la presente ley. Tal declaración se hará constar en el Registro Civil, no necesita ser reiterada y no podrá ser revocada por el interesado.

Disposición final.– *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

C. PROPOSICIÓN DE LEY DE ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN

C. DRAFT LAW ON UPDATING THE HISTORICAL RIGHTS OF ARAGON

Publicada en el *BOCA* núm. 250, de 18 de julio de 2014

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Los Grupos Parlamentarios del Partido Popular y del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 138 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, tienen el honor de presentar la siguiente Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El pueblo aragonés junto con los demás pueblos de España integran la Nación constitucional que protege, ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

En el diseño del nuevo mapa territorial derivado de la Constitución, unas Comunidades se estructuran alrededor de un pasado que les proporciona perfiles precisos y otras se desarrollan a partir de su voluntad actual, de su presencia económica, social o cultural, aunque ésta no tenga correspondencia con unidades políticas existentes en nuestra historia. Asumiendo esta heterogeneidad, Aragón toma su historia como referencia para su desarrollo como Comunidad Autónoma, y concretamente, como comunidad histórica de base foral.

La identidad de Aragón como sujeto político reconocible desde el siglo XI hasta la actualidad se fundamenta en sus instituciones tradicionales, el Derecho Foral y su cultura.

Tras los Decretos de Nueva Planta, pese a que Aragón perdió sus instituciones propias, conservó su identidad fundacional y se mantuvo la conciencia de Aragón como territorio diferenciado con Derecho propio.

El Reino de Aragón fue titular de un sistema jurídico e institucional completo que se expresó mediante Fueros de Cortes con el Rey, Observancias del Justicia Mayor, dictámenes del Consejo de Aragón, resoluciones de otras instituciones y construcciones doctrinales de los foristas, dando origen a la foralidad aragonesa. La actual Comunidad Autónoma de Aragón en su condición de nacionalidad histórica se subroga en la posición del Reino de Aragón como cabeza de la Corona de Aragón y entidad fundadora de la Monarquía Hispánica.

Aragón mediante la presente ley proclama su condición de territorio foral por legitimidad histórica y porque lo dispone su Estatuto de Autonomía, según el cual, los derechos históricos de Aragón podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución española.

La participación de Aragón en el proceso de construcción histórica de España muestra la voluntad aragonesa de formar parte de un proyecto común. Pero que la identidad de Aragón esté unida a la identidad de España no exige la renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos. Además, la Constitución española proclama el respeto y amparo a los derechos históricos de los territorios que, como Aragón, tuvieron su propio derecho foral y sus propias instituciones. Derechos históricos de Aragón que, dentro del marco establecido en la Constitución española y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, podrán actualizarse a través de leyes, actos y convenios.

II

El objetivo de una ley de actualización de los derechos históricos es tratar de afirmar y proteger la identidad aragonesa. Actualización significa decantar la esencia regulatoria de esa identidad constitucional histórica de Aragón, eliminando cualquier reminiscencia de un régimen señorial incompatible con nuestro actual sistema constitucional democrático. También es adaptación de esa raíz regulatoria a un nuevo entorno social, receptivo y abierto a otras culturas, religiones y etnias que vuelven a un territorio que en el pasado también fue receptor.

La presente Ley trata de encontrar puntos de equilibrio. En primer lugar, entre pasado, presente y futuro, porque nadie quiere una recuperación del pasado –por glorioso que pueda ser– que comprometa el desarrollo futuro. En segundo lugar, y tal vez más difícil de encontrar, el equilibrio entre los distintos pasados de Aragón; mil años de historia dan para mucho, pero no se puede caer en la manipulación de seleccionar aquellos fragmentos que mejor encajan con nuestras preferencias y proyectos, y esconder aquellas partes que las contradigan o corrijan.

El más delicado de todos los equilibrios es el que debe encontrarse

entre el conocimiento científico de nuestra historia y la existencia de mitos y creencias a los que el uso constante posterior ha dotado de realidad bastante. Muchos de estos mitos realizados ocupan el centro de nuestra aproximación al pasado. La confrontación entre la verdad científica y las convicciones sociales no tienen un vencedor claro; es probable que debamos empeñarnos precisamente en suavizar ese enfrentamiento y moderar sus consecuencias.

III

La Ley se refiere, asimismo, a los dos elementos vertebradores de Aragón, la población y el territorio histórico de Aragón.

Natural y naturaleza han sido los términos utilizados para establecer la aplicabilidad del sistema aragonés de Fueros y Observancias; existieron normas de aplicación territorial pero su núcleo principal estuvo regido por esta condición personal.

La noción de naturaleza aragonesa sobrevivió a los Decretos de Nueva Planta, matizando esa representación convencional que nos dice que supusieron la desaparición completa del llamado derecho público. Hubo expresa reserva de plazas a favor de naturales de Aragón en las principales instituciones de gobierno, tanto privativas de Aragón como generales de España; hubo igualmente reserva de una cuota de representación para los naturales de Aragón en las reformadas Cortes de Castilla.

Haciendo un análisis combinado de estos datos históricos y de la realidad actual, la presente Ley quiere recuperar ese criterio de personalidad para abrir la posibilidad de que los aragoneses que residan fuera de la Comunidad puedan ejercitar también en Aragón derechos de participación política, eligiendo a los diputados a unas Cortes de Aragón que legislan sobre materias de estatuto personal de esencial importancia para su desarrollo como persona. Así, la vecindad civil aragonesa es el vínculo histórico que permitirá no sólo la mera aplicación de las normas civiles, sino también permitirá a quienes lo soliciten formar parte del cuerpo electoral de Aragón, posibilidad que se plasma en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007.

El otro elemento vertebrador es el territorio histórico de Aragón, que permanece inalterado desde el siglo XIII.

IV

El Reino de Aragón tuvo una estructura institucional propia y un sistema normativo completos. Tomando como término de comparación lo que en cada época se pudiera considerar referencia de desarrollo institucional y normativo, Aragón siempre estuvo en el máximo nivel y con el máximo rango protocolario.

Esta ley no trata de recuperar esas instituciones del Antiguo Régimen del que España salió con retraso y sufrimiento, pero sirva esta enumeración de las principales para recordar a los aragoneses y a terceros que nuestra experiencia histórica tuvo un Rey, un Príncipe heredero con título propio, autoridades legis-

lativas, gubernativas y jurisdiccionales, órganos de control económico y una poderosa base de gobierno local autónomo expresada en forma de municipios y de unas Comunidades que sirvieron para agrupar esfuerzos en la defensa y consolidación de nuestra frontera.

Son instituciones históricas principales de Aragón el Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes y la Diputación General, el Justicia, el Consejo de Aragón, la Audiencia, el Maestre Racional, los Municipios y Comunidades.

Primero como Reino, y posteriormente como Corona, Aragón tuvo su propio Rey y con la unificación de la Monarquía hispánica, el Rey de España conservó y sigue conservando el título de Rey de Aragón. El rey es el que confirma el cuerpo legal que origina la constitución del reino de Aragón y la foralidad aragonesa.

Las Cortes creadas en el siglo XII, eran consideradas por los aragoneses como las representantes del Reino, en la medida en que estaban compuestas por los cuatro brazos o estamentos del Reino (la alta nobleza o ricoshombres; la baja nobleza o caballeros e infanzones; la jerarquía eclesiástica y las universidades). Sus principales funciones eran la de resolver los agravios, acordar la política interior y exterior del Reino y decidir la legislación y los tributos. Asimismo, servían de medio para financiar las empresas reales, a cambio de la concesión de privilegios a los súbditos. Por otra parte, es necesario destacar que pese a la supresión de las instituciones aragonesas por los Decretos de Nueva Planta, en Aragón seguía presente la conciencia de Reino, lo que permite explicar que las Cortes de Aragón fueran las únicas de toda la Corona de Aragón que se reunieran más de un siglo después de la celebración de las anteriores, concretamente el 9 de junio de 1808, convocadas por el Capitán General de Aragón José de Palafox durante los sitios de Zaragoza.

Otra institución histórica aragonesa es la Diputación General del Reino, surgida a raíz de las Cortes celebradas en Monzón en 1362. Nace como representación permanente de las Cortes con una función meramente recaudatoria; pero con el paso del tiempo se encargará de administrar la Hacienda del Reino, que tenía su propia política fiscal, así como del ejercicio de funciones administrativas y políticas, siendo su misión más importante la de custodia y guarda de los Fueros y Libertades de Aragón.

El Justicia de Aragón es el símbolo de la cultura jurídico política aragonesa y su imagen reconocible en la doctrina y la práctica constitucional de otros países de Europa y América.

Invocando el uso de una jurisdicción propia del Reino, ha podido someter a control judicial a las actuaciones del Rey y sus Oficiales y cualesquiera otras instituciones de administración y gobierno; en un contexto de Antiguo Régimen dominado por la arbitrariedad, la actividad del Justicia de Aragón permitió articular un sistema con potestades más regladas y actuaciones sometidas a control y responsabilidad.

Más allá de ocasionales episodios llamativos de enfrentamiento directo y físico con el Rey, durante los más de

cuatrocientos años la actividad del Justicia y su tribunal fue una institución ordinaria y plenamente compatible con la autoridad del Rey; la mayor parte de sus intervenciones tuvieron como objeto conflictos ajenos al monarca. Es mucho más importante el efecto de sus decisiones en la organización señorial y resolución de conflictos internos entre élites del Reino que en la definición de las relaciones del Reino con el Rey.

La relación entre el Justicia y el Fuero de Aragón es tan directa que resulta imposible imaginar el desarrollo del sistema normativo aragonés en su ausencia. Durante el siglo XIV el Justicia ha creado normas verbalizando en sus Observancias las reglas del Fuero de Aragón; más adelante, se ha convertido en intérprete de los Fueros aprobados por las Cortes, que era la otra vía de verbalización del Fuero que desde Pedro se quiere convertir en única. Incluso después de 1347 el Justicia ha desarrollado una actividad que transciende lo que hoy entendemos por interpretación de las normas de Cortes. La importancia de sus decisiones, extendida a la de los otros tribunales y el Consejo de Aragón, ha dado origen a colecciones de decisiones que son un género especialmente desarrollado en Aragón y característico de su sistema foral desde el siglo XVI. Esta jurisprudencia ha sido instrumento de actualización de las normas forales supliendo en el siglo XVII la crisis de las propias Cortes legislativas.

El Justicia de Aragón ha sido pieza fundamental en el pensamiento constitucional español desde 1812, representando una manera de entender la acción del Rey y las instituciones con sometimiento a la supremacía del derecho (fuero) que proporciona un referente español para la construcción de nuestro Estado de Derecho.

Desde el inicio de nuestro proceso estatutario derivado de las constituciones de 1931 y 1978, el Justicia de Aragón –símbolo de nuestra capacidad para crear, aplicar y garantizar un sistema normativo propio y completo, y expresión de nuestra condición de nacionalidad histórica– se ha situado en el núcleo de nuestro autogobierno constitucional y la Comunidad Autónoma desarrollada para ejercerlo.

Junto al tribunal de Justicia, Aragón ha tenido una Audiencia –Virreinal, de la Gobernación General, Audiencia Real o Real Audiencia– que ha culminado y cerrado en Aragón la organización judicial de régimen ordinario, incluso con posterioridad a los Decretos de Nueva Planta. Desde la Regencia durante la minoría de edad de Isabel II esta situación ha dado paso al régimen de Tribunal Supremo; este modelo es redefinido primero con la creación de la Audiencia Nacional y, después de 1978, con los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. En el caso de Aragón, la actual regulación no es novedosa porque actualiza un sistema que hemos mantenido durante más de quinientos años.

Para la organización de la administración del Reino existieron demarcaciones de tipo supramunicipal que distribuían el espacio de gobierno del Reino en unidades menores. Las más consolidadas tenían una fina-

lidad fiscal o judicial; este tipo de demarcaciones que aproximaban la acción de gobierno están en el fundamento de las actuales Comarcas.

Por último, también existía en el Reino de Aragón la institución del Maestre Racional al que le correspondía la administración del patrimonio real como interventor general de ingresos y gastos, en un intento de impulsar la racionalización de la estructura político administrativa de la Corona. Así mismo le fueron asignadas funciones de previsión, dirección y control último de la administración financiera real, destacando, entre todas ellas, la de fiscalización de la gestión financiera. De estas funciones es heredera la actual Cámara de Cuentas de Aragón como institución particular de Aragón.

V

El principio esencial del sistema constitucional histórico de Aragón es la supremacía del Derecho. De la mano de Jaime I y Vidal de Canellas se introdujo en Aragón en la mitad del siglo XIII una ordenación de la actuación de los jueces del rey y sistema de garantías judiciales de inspiración canónica que tiene pocos equivalentes en su tiempo –los jueces estaban obligados a expresar la motivación de las sentencias– y que está en la raíz del extraordinario desarrollo de nuestra doctrina jurídica. Dentro de los límites de una sociedad de Antiguo Régimen, en Aragón había una preocupación demostrable por prohibir o reducir la arbitrariedad.

Esta Ley debe necesariamente traer esta idea de la supremacía del Derecho al centro de la actividad de nuestras actuales instituciones comprometiendo el esfuerzo conjunto en garantizar que, más allá de su genérica declaración formal, sea efectivamente criterio de actuación que se extienda al último rincón de la acción institucional.

VI

Uno de los signos que diferencian y definen a Aragón es su Derecho Foral. Aragón siempre se ha dotado de las normas necesarias para la regulación de la vida política y social, de tal forma que el Derecho aragonés es tan antiguo como Aragón mismo.

El Derecho Foral aragonés ha sido el elemento principal de la formación, permanencia y continuidad de la identidad aragonesa hasta nuestros días.

La interpretación de los Fueros ha sido objeto de regulaciones y construcciones doctrinales muy diferentes. Desde la inicial apertura a la aplicación analógica de los textos –previendo el recurso a la «igualeza», en virtud de la cual los asuntos semejantes deben tener soluciones semejantes– hasta la lectura que finalmente se dio del Standum est Chartae como principio hermenéutico de la que se hizo derivar la aplicación literal de las normas. Muchos de estos criterios respondían a la situación concreta de las normas que no tuvieron su origen en el Rey y el control de las Cortes y Tribunales que tenían la capacidad para modificarlas o la obligación de aplicarlas; son, por tanto, difícilmente extrapolables fuera de su contexto.

No obstante, de esta evolución de la técnica interpretativa pueden entresacarse elementos estables y significativos. En primer lugar, la adaptación de la interpretación a la distinta naturaleza del texto; la noción ni era nueva ni original –probablemente se tomó de Raimundo de Peñafort– y se concretaba en la diferencia de trato hermenéutico que debía darse a los textos cuya eficacia nacía de la concurrencia de voluntades –pactados– y aquellos otros en que bastaba una sola voluntad. Para la aplicación de este criterio se consideraba fruto de un pacto lo que entonces se llamaba costumbre término que se refería en realidad a todas las normas aplicables con origen distinto a la autoridad regia. También destaca la noción 'fraude de fuero' utilizada como mecanismo para la protección de los Fueros frente a aplicaciones respetuosas con la literalidad pero alejadas del sentido y propósito de la regulación.

Hubo en Aragón una especial preocupación por las técnicas de aplicación de las normas, por lo que parece oportuno traer al presente no sólo aquellos criterios históricos más consolidados, sino también los que tienen su base en el Estatuto de Autonomía, y mantener ese espíritu por incorporar a la aplicación del derecho aragonés la técnica interpretativa más precisa.

El plan de elaboración de un Cuerpo de Leyes Generales y otro de Reglamentos Generales responde a esa misma voluntad de traer a nuestro presente no sólo criterios o actuaciones concretas del pasado, sino lo que significaron en el momento en que se realizaron.

El Reino de Aragón se asienta sobre la obra normativa de Jaime I construida con la aportación técnica de Vidal de Canellas.

En la mitad del siglo XIII el Obispo de Huesca, cumpliendo mandato personal del Rey, culmina la sistematización de las normas generales de Aragón existentes, integradas con la aportación de lo mejor del derecho común romano canónico. La edición y sistematización del Fuero de Aragón eran la mejor manera posible en el momento de construir un sistema normativo completo, superando el estadio anterior en que las distintas normas estaban repartidas por un gran número de documentos, dispersión que dificultaba su averiguación y posterior aplicación integrada. Hubo desde el primer momento preocupación por el contenido de las normas, pero también por el formato en que se presentaban y mediante el cual eran accesibles por los súbditos aragoneses. Esa preocupación por aprovechar las mejoras de la técnica de edición de normas volvió a manifestarse a finales del siglo XV: los Fueros de Observancias son la primera colección de leyes que se imprime en España y muy probablemente en Europa. Únicamente en Aragón hay dos ediciones impresas del cuerpo legislativo anteriores a 1500.

Ese espíritu presente en nuestra historia orienta hoy el esfuerzo técnico de los autores de normas en Aragón mediante la técnica concreta de formación de Cuerpos a los que se vayan incorporando normas depuradas que reduzcan la dispersión de regulaciones y den las mayores facilidades para su conocimiento y garantías

para su correcta aplicación. Hay una opción por la simplificación del lenguaje jurídico y explotación de todas las posibilidades que ofrecen los soportes digitales.

VII

Las instituciones aragonesas se han esforzado durante las últimas décadas por la protección y recuperación del patrimonio histórico y cultural tangible. La Ley de Actualización de los Derechos Históricos persigue que dicha protección alcance también al patrimonio inmaterial del derecho histórico de Aragón en general, pero del que ahora queremos destacar su vertiente política y constitucional, muchas veces oscurecida por el brillo adquirido por nuestro Derecho Foral privado. En esencia, se trata de ensalzar y defender la cultura histórica y política aragonesa, así como nuestros símbolos.

Se crea la Academia Aragonesa de la Historia. A diferencia de las homónimas fundadas en el siglo XVIII, su propósito no es fijar una reconstrucción ortodoxa de la historia. Hay una expresa voluntad de darle una dimensión exterior, coherente con la realidad mediterránea de nuestra Corona de Aragón y la comunidad histórica formada con el conjunto de los territorios de España. La elección de los académicos se realiza por cooptación, es decir, que quienes ingresan deben ser elegidos por quienes ya forman parte de la corporación y no por ningún agente externo. El sistema de elección de los académicos por cooptación es uno de los principios que han regido en España y en Europa en el funcionamiento de las Academias como garantía de su autonomía e independencia. En la elección de los primeros académicos, se toma como punto de partida la existente red de investigación de la Comunidad Autónoma y cualquier otra en que se tome como objeto principal de estudio la Historia de Aragón.

La Academia ha de ser foro de reunión de esfuerzos de investigación y desarrollo de conocimiento ya existentes, mejorando mediante su acumulación, la socialización de los saberes así formados.

En un momento en que se lesionan impunemente datos de nuestro pasado sobre los que no cabe opinión ni apreciación, es necesario incluir de manera explícita la encomienda de la defensa de los nombres y expresiones históricos en los términos en que fueron utilizados en los documentos de cada momento, corrigiendo la tendencia a introducir giros y eufemismos que no hacen otra cosa que dificultar una exacta representación del pasado.

TÍTULO I

Principios generales

Artículo 1.– *Aragón, nacionalidad histórica.*

1. Aragón es una nacionalidad histórica de origen foral. Su identidad jurídica se ha mantenido de manera ininterrumpida.

2. Aragón ha participado de forma principal en el proceso histórico de constitución de España. La Comunidad Autónoma de Aragón se subroga en la posición del Reino de Aragón

como cabeza de la Corona de Aragón y entidad fundadora de la Monarquía Hispánica.

3. La participación de Aragón en la constitución de una España unida no ha supuesto la renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos. Su actualización es legítima de acuerdo con la disposición adicional primera de la vigente Constitución.

Artículo 2.– *Los derechos históricos de Aragón.*

1. A los efectos de esta ley, los derechos históricos son:

a) La expresión de la voluntad de la Comunidad Autónoma de Aragón por definir su integración y articulación en España sin pérdida de su identidad institucional y jurídica tradicionales, ni de su condición de Reino fundador a título principal de la Monarquía Hispánica.

Ello implica el desarrollo de una estructura institucional y sistema normativo propio, siempre garantizando la suficiencia de las instituciones de gobierno común, y de la legislación necesaria para la unidad constitucional de España.

b) Principios jurídicos y reglas de gobierno o administración tradicionales, siempre subordinados al respeto prioritario a las exigencias del actual modelo constitucional de Estado Social de Derecho.

c) El mantenimiento de la autonomía para definir en su propio ordenamiento las condiciones de la vida civil y social de los aragoneses.

d) El respeto por los símbolos, nombres y denominaciones originales de los órganos de gobierno y administración e instituciones jurídicas de nuestro pasado, y su defensa frente a errores, deformaciones o manipulaciones que desvirtúen su naturaleza o significado.

2. Los derechos históricos otorgan a los aragoneses una garantía institucional como expresión de sus valores de pacto, lealtad y libertad.

Artículo 3.– *Instrumentos de actualización.*

1. Los derechos históricos originarios de Aragón se podrán actualizar mediante ley, actos y convenios, en el marco de la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Aragón.

2. La actualización de los derechos históricos se llevará a cabo de acuerdo con los principios democráticos, los derechos de los ciudadanos que conforman el Estado social de Derecho y las reglas del buen gobierno, así como con la realidad social, económica y política del momento.

Artículo 4.– *Naturales de Aragón.*

1. Ostentan la condición política de aragoneses:

a) Los españoles con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón.

b) Los españoles con vecindad civil aragonesa, aunque residan fuera de Aragón, siempre que lo soliciten de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

c) Los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en Aragón y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de Es-

paña o cumplan los requisitos establecidos en la legislación estatal. Los mismos derechos corresponderán a sus descendientes, si así lo solicitan, siempre que ostenten la nacionalidad española en la forma que determine la ley.

2. La condición política de aragonés permite el pleno ejercicio de los derechos de participación política y su incorporación al cuerpo electoral de Aragón.

Artículo 5.– *Territorio.*

El territorio histórico de Aragón es el comprendido por el de los municipios aragoneses que conforman la unidad territorial de Aragón.

TÍTULO II

Instituciones tradicionales y principio de supremacía del Derecho

Artículo 6.– *Instituciones históricas.*

1. El Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes y la Diputación General, el Justicia, el Consejo de Aragón, la Audiencia, el Maestre Racional, los Municipios y Comunidades son las instituciones históricas más representativas de la forma de gobierno de Aragón.

2. El régimen de actuación de las instituciones tradicionales aragonesas se ha fundamentado en el principio de la supremacía del Derecho.

Artículo 7.– *Las barras aragonesas.*

1. Las barras aragonesas, conocidas universalmente en heráldica como Aragón, son cuatro palos o fajas, rojos o de gules, sobre campo de oro y son símbolo del rey de Aragón y de la identidad del Reino de Aragón.

2. Asimismo, las barras aragonesas según tradición histórica son también símbolo de territorios que integraron históricamente la Corona de Aragón.

Artículo 8.– *El Rey.*

l. El Rey ostenta el título histórico de Rey de Aragón y es símbolo de la permanencia de Aragón en la unidad constitucional de la Monarquía española. Los derechos históricos del pueblo aragonés tienen su fundamento en la confirmación regia.

2. El título de Rey de Aragón lo ostenta el Rey de España de acuerdo con el orden sucesorio que fije la Constitución española en cada momento.

3. El Príncipe Heredero tendrá la dignidad de Príncipe de Gerona como título vinculado tradicionalmente al sucesor de la Corona de Aragón.

Artículo 9.– *Las Cortes.*

Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés. Las Cortes como máxima representación de la voluntad del pueblo aragonés velarán por su conservación y presencia en el sistema constitucional español.

Artículo 10.– *El Presidente de Aragón.*

1. El Presidente ostenta la suprema representación de Aragón, acuerda la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones.

2. El Presidente promulga y ordena publicar las leyes aragonesas en nombre del Rey.

3. El Presidente convoca en nombre del Rey el referéndum de ratificación del cuerpo electoral de Aragón en el procedimiento de reforma estatutaria.

4. En los actos públicos referidos a los derechos históricos, en ausencia del Rey o Reina, Reina Consorte o Consorte de la Reina, Príncipe o Princesa de Gerona, Infantes de España, la representación del Rey en Aragón corresponde al Presidente.

Artículo 11.– *La Diputación General o el Gobierno de Aragón.*

1. La Diputación General tiene su origen histórico en la Diputación del Reino; es órgano permanente de gobierno con capacidad ejecutiva y normativa sometida a las Cortes y al Estatuto.

2. El Presidente nombra y dirige la acción del Gobierno de Aragón bajo el control de las Cortes, el Justicia y la Cámara de Cuentas.

Artículo 12.– *El Justicia.*

1. La competencia del Justicia en defensa del Estatuto de Autonomía se extenderá a la tutela del respeto del autogobierno de Aragón, de las leyes en que se expresa y de los principios, normativos e históricos, en que se fundamenta.

El Justicia velará por la aplicación efectiva del principio de bilateralidad en las materias en que haya sido establecido en el Estatuto.

2. El Justicia ejerce sus funciones en defensa de las libertades de los aragoneses y actúa como mediador entre las Instituciones aragonesas.

3. El Justicia podrá ejercer funciones de árbitro y mediador en los conflictos que se susciten entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas aragonesas en los casos previstos en las leyes de Aragón. Las decisiones que adopte el Justicia en los procesos arbitrales se sujetarán al sistema general arbitral del Estado.

Artículo 13.– *El Tribunal Superior de Justicia.*

Según la tradición jurídica aragonesa, actualizada por el Estatuto, un Tribunal Superior de Justicia culmina la organización jurisdiccional en Aragón. Ello sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales internacionales.

Artículo 14.– *La Cámara de Cuentas.*

Según la tradición institucional del Reino de Aragón, actualizada por el Estatuto, una Cámara de Cuentas será el órgano principal de fiscalización de la gestión económico-financiera, contable y operativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ello sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal de Cuentas.

Artículo 15.– *Demarcaciones territoriales históricas.*

Los Municipios, Comunidades, Juntas y Sobrejuntas, Merinados y Bailías, Sobrecullidas, Veredas y Corregimientos, como entes institucionales tradicionales, constituyen la base histórica de la actual organización territorial propia de Aragón en Comarcas.

TÍTULO III

Aragón y su Derecho

Artículo 16.– *El Derecho foral.*

Derecho foral es la denominación tradicional del Derecho aragonés.

Artículo 17.– *Principios de interpretación del Derecho aragonés.*

Con fundamento en los antecedentes históricos de Aragón y en el Estatuto, son principios de interpretación del Derecho aragonés los siguientes:

a) Los títulos competenciales, en cuanto normas amparadas por un pacto, se interpretarán en el sentido más favorable a la autonomía de Aragón.

b) Las Instituciones de Aragón evitarán aplicaciones literales de la norma que supongan fraude de Estatuto.

c) En la interpretación de las normas se tendrá en cuenta el sentido histórico de las palabras.

Artículo 18.– *El Cuerpo de Leyes Generales de Aragón.*

1. De acuerdo con la tradición jurídica aragonesa, las leyes generales de Aragón formarán un único Cuerpo de Leyes Generales.

2. El Cuerpo de Leyes Generales de Aragón recopilará por materias toda la legislación aragonesa vigente. El propósito de este Cuerpo es consolidar la legislación aragonesa en una Ley General para cada una de las materias.

3. Mediante el Cuerpo de Leyes Generales de Aragón se pretende facilitar el acceso y compresión de la normativa por los ciudadanos. Los instrumentos para alcanzar este efecto son la sistematización de regulaciones actualmente dispersas y la opción por un lenguaje jurídico simplificado.

4. Para cada una de las Leyes Generales, mediante Decreto del Gobierno de Aragón, se encomendará a una Comisión de juristas y expertos en la materia la elaboración del correspondiente anteproyecto de ley. El Gobierno de Aragón aprobará los correspondientes proyectos de ley.

5. Corresponde al Gobierno de Aragón el desarrollo de un Cuerpo de Reglamentos Generales de Aragón.

Artículo 19.– *El conocimiento del Derecho y servicio público.*

1. El acceso al conocimiento del Derecho propio por parte de los ciudadanos tendrá la consideración de servicio público.

2. Los poderes públicos deberán facilitar el acceso gratuito de los ciudadanos a la información sobre el Derecho aragonés y a las sentencias de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón, especialmente en soportes digitales.

Artículo 20.– *La Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo que tiene por objeto asesorar al Gobierno en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés como parte esencial del Derecho Foral de Aragón.

2. Son funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil:

a) informar los anteproyectos de ley de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil aragonés, así como los de Derecho Procesal Civil derivado de las peculiaridades de aquél.

b) Elaborar los Anteproyectos de Ley sobre las citadas materias que el Gobierno de Aragón le encomiende.

c) Conocer y evaluar el grado de aplicación del Derecho Civil Aragonés y las nuevas demandas que se produzcan en su desarrollo, informando, en su caso, sobre la conveniencia de su modificación o desarrollo.

d) Proponer al Gobierno de Aragón la adopción de cuantas medidas estime convenientes para la conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil aragonés.

e) Emitir cuantos informes sean solicitados por los órganos competentes de la Diputación General de Aragón, en materia de Derecho civil aragonés.

f) Informar los recursos de calificación registral que debe resolver el órgano competente del Gobierno cuando los documentos objeto de inscripción estén fundados en Derecho civil aragonés.

g) En general, el asesoramiento, estudio y propuesta a la Diputación General en materia de Derecho civil Aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel derecho sustantivo.

TÍTULO IV

La cultura jurídica y política histórica de Aragón

Artículo 21.– *Patrimonio inmaterial.*

La cultura jurídica y política histórica de Aragón forma parte de su patrimonio inmaterial y goza de la máxima protección que esta condición le proporciona.

Artículo 22.– *Patrimonio histórico y político del Reino de Aragón.*

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la tutela de este patrimonio histórico y político del Reino de Aragón, su difusión, reintegración y actualización dentro de los límites constitucionales y estatutarios.

Artículo 23.– *La Academia Aragonesa de la Historia.*

1. Se crea la Academia Aragonesa de la Historia, cuyas funciones son profundizar en el estudio de la Historia de Aragón, fomentar su divulgación, así como instar el uso y la protección de los nombres y datos históricos en los términos en que son utilizados en la documentación histórica original.

2. La Academia Aragonesa de la Historia estará integrada por expertos reconocidos en Historia de Aragón, de la Corona de Aragón y sus distintos territorios, y de España.

3. La elección de los académicos se realizará por cooptación. La condición de académico es vitalicia. A partir de la edad que determinen los Estatutos, los académicos perderán su condición de numerario y mantendrán la condición de académico a título honorario.

4. Los Académicos serán nombrados por la Academia.

5. Sus Estatutos se aprobarán por las Cortes de Aragón, a propuesta de la Academia.

6. La Academia Aragonesa de la Historia gozará de personalidad jurídica de derecho público y ejercerá sus funciones con autonomía orgánica, funcional y presupuestaria para garantizar su objetividad e independencia.

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA

1. Los bienes y archivos que integran el patrimonio cultural e histórico del Reino de Aragón y que pertenecieron a la Diputación General, a las Cortes, al Justicia, al Consejo de Aragón, a la Audiencia y al Maestre Racional del Reino de Aragón, se declaran de interés general para la Comunidad Autónoma de Aragón a los efectos expropiatorios con el fin de afirmar y defender la identidad de Aragón y sus derechos históricos.

A los mismos efectos y fines, se declaran de interés general para la Comunidad Autónoma los bienes artísticos que integran el patrimonio histórico-cultural de Aragón que hayan salido de su territorio sin un título válido de propiedad.

2. Será condición de la expropiación prevista en esta disposición la declaración oficial del bien y archivos como singulares para la identidad de Aragón por la Diputación General que conllevará la necesidad de ocupación conforma a la ley de expropiación forzosa.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.– La reforma o derogación de la ley de derechos históricos exigirá el informe previo y preceptivo del Justicia en defensa y garantía de los derechos históricos del pueblo aragonés.

Segunda.– Los primeros académicos serán nombrados por las Cortes de Aragón. Este nombramiento incluirá miembros de equipos acreditados de investigación que tengan la Historia de Aragón y la Corona de Aragón como elemento principal de su objeto de estudio.

Se garantizará la presencia de todos los grupos de investigación de Excelencia y la representación de los grupos de investigación con un nivel de reconocimiento de grupo Consolidado o categoría equivalente, si se trata de grupos no sometidos a la normativa aragonesa de acreditación de la investigación.

Tercera.– Las Cortes, el Presidente de Aragón, el Justicia y el Gobierno desarrollarán y defenderán a través de sus poderes la actualización de los derechos históricos de Aragón de acuerdo con la presente ley.

Cuarta.– La ley de actualización de los derechos históricos entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial de Aragón.*

Zaragoza, 10 de julio de 2014.

- La Proposición de Ley fue tomada en consideración en sesión plenaria del 02/10/2014 (D.S.C.A. núm. 85). Acuerdo publicado en B.O.C.A. núm. 265 del 10/10/2014.
- La enmienda a la totalidad presentada por G.P. CHA, publicada en B.O.C.A. núm. 281 del 14/11/2014, fue rechazada en la sesión plenaria del 27/11/2014 (D.S.C.A. núm.). Texto publicado en el B.O.C.A. núm: 287.
- Se han presentado 72 enmiendas parciales 42 por el G.P. IUA y 30 por el G.P. SOCIALISTA; publicadas en B.O.C.A. núm. 283 del 18/11/2014.

D. PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO FORAL

D. DRAFT BILL ON ORGANISATION AND FUNCTIONS OF THE ARAGONESE REGIONAL LAW COMMISSION

Publicado en el *BOCA* núm. 291 del 15/12/2014

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La Constitución española de 1978 estableció en el Título VIII, una nueva organización territorial del Estado, con posible creación de Comunidades Autónomas. Distribuyó las competencias exclusivas y compartidas entre la Administración central y otras nuevas administraciones posibles, poniendo en relación la autonomía política y la autonomía jurídica con la historia y la supervivencia de los derechos forales.

Su artículo 149.1.8 después de proclamar que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, reconoce a las Comunidades Autónomas en las que existieran ordenamientos civiles, forales o especiales, el derecho a conservarlos, modificarlos y desarrollarlos.

Correlativamente, el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón considera que es de su competencia exclusiva la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes, así como el Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés (artículo 71.1 y artículo 71.2). Corresponderá al Justicia de Aragón, también según el Estatuto, velar por la defensa y aplicación de todo el ordenamiento jurídico aragonés, tanto el Derecho público como el Derecho Foral (artículos 71.2 y artículo 59 b).

Así pues, las Cortes de Aragón tienen competencia exclusiva y excluyente en esta materia, recogiendo lo que es el Derecho propio y autóctono de Aragón, sin perjuicio de que deba estarse al Código Civil y al Código de Comercio, en materias ajenas a nuestro Derecho, que sí que seguirán reguladas por las Cortes Generales. Con la Constitución y el Estatuto, el Código Civil pasa a ser una ley aplicable tan solo en defecto de norma aragonesa.

Todas las instituciones aragonesas, Cortes, Gobierno y Justicia, deben colaborar en orden a la preservación de esa competencia exclusiva, de nuestra Comunidad Autónoma sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho aragonés y de ninguna manera podrían aceptar que quedara desfasado en el tiempo e inadaptado a la actual realidad socioeconómica en Aragón.

II

Vigente la Constitución de 1978, las Cortes de Aragón mostraron su preocupación para adaptar la Compilación a los principios constitucionales mediante la creación de las correspondientes ponencias técnicas. Ya en 1984 se creó la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que hizo posible la promulgación de leyes en 1985, 1988 y 1995, sobre no discriminación por sexo o filiación, hijos adoptivos y sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Mediante Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se aborda una nueva regulación de la citada Comisión, ahora presidida por el profesor Delgado Echeverría, cuyo objeto fundamental será elaborar o informar los anteproyectos de ley de Derecho Foral que el Gobierno le encomendara, así como el asesoramiento, estudio o propuesta en esta materia. Documento fundamental fue el presentado bajo la rúbrica «Objetivos y métodos para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón», con profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de nuestra historia, pero adecuándolo a los principios constitucionales y a las necesidades y convicciones del tiempo presente, de modo que pudiera llegarse a un nuevo cuerpo legal.

Como consecuencia de ello, las Cortes de Aragón, previo anteproyecto preparado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, aprobaron sucesivamente a partir de 1999, la Ley de Sucesiones por causa de muerte, la relativa a parejas estables no casadas, régimen económico matrimonial y viudedad, Derecho de la persona, igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y Derecho civil patrimonial. Todas ellas fueron objeto de refundición en el «Código de Derecho Foral de Aragón», mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

En definitiva es de justicia y resulta indiscutible reconocer, que ha sido la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, quién ha asumido, un claro protagonismo, en el impulso y actualización del Derecho civil foral aragonés y debe seguir teniéndolo en el futuro.

Pero en los últimos treinta años, ha crecido la actividad científica en torno al Derecho civil foral, a través de las convocatorias anuales del «Foro de Derecho Aragonés» impulsadas por el Justicia de Aragón, de las tesis y cursos de doctorado elaborados en la Universidad a través de la Cátedra Lacruz-Bermejo y Escuela de Práctica Jurídica y también de los cursos y seminarios promovidos por los distintos colegios profesionales. Se hace preciso y urgente en el momento presente, desarrollar una función de recopilación y sistematización de toda esa documentación, de

todos los fondos editoriales existentes, para poner a disposición de los estudiosos del Derecho y ciudadanos en general, el rico acervo jurídico que Aragón ha configurado a lo largo de su historia para las generaciones futuras.

Junto con la función normativa, la Comisión podrá desarrollar funciones consultivas y doctrinales sobre el análisis e interpretación de las distintas normas de Derecho civil foral aragonés, a instancia de órganos superiores aragoneses, como son la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, el Colegio Notarial de Aragón y el Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, abriéndose la posibilidad de que puedan hacerlo por sí o a petición motivada de Jueces, Magistrados o colegiados de las citadas entidades.

Junto con la actividad científica y con carácter complementario, se ha venido realizando un actividad de difusión, mediante la creación de la «Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés», que recoge mediante digitalización en imágenes y edición en DVD, las obras impresas en Derecho Foral desde el siglo XV hasta nuestros días, con más de 300.000 páginas, permitiendo una notable facilidad en la búsqueda, consulta y manipulación y en esa tarea de difusión debe participar la Comisión.

La ley que ahora se presenta, no desconoce la existencia del Consejo Consultivo de Aragón, regulado por Ley 1/2009, de 30 de marzo, que en el marco general de la Constitución y Estatuto de Autonomía, constituye el supremo órgano de asesoramiento jurídico del Gobierno, evacuando informes con indudable trascendencia en los anteproyectos de reforma del Estatuto, proyectos de decretos legislativos, proyectos de reglamentos ejecutivos, revisión de oficio, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos entre otras materias.

Pero es lo cierto que su ámbito y composición, está especialmente vinculado al desarrollo del Estatuto de Autonomía, en su vertiente de Derecho público y, en este sentido, incorpora vocales especializados en Derecho constitucional, estatutario y administrativo.

La sustancial ampliación de las funciones de la Comisión exige en definitiva que la regulación de la misma no se realice a través de Decreto sino mediante una ley aprobada por las Cortes de Aragón, dando oportunidad a los distintos partidos para debatir su organización y funciones, máxime teniendo en cuenta que el Derecho Foral es una de las señas de identidad de Aragón, siendo una materia de nuestra competencia exclusiva.

III

El proyecto de ley se estructura en cuatro títulos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

El Título I considera a la Comisión como órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma, al que corresponde el estudio y difusión del Derecho civil foral aragonés.

El Título II enuncia las atribuciones de la Comisión, diferenciando dentro de las de naturaleza técnica, las de carácter normativo, en orden a elaborar posibles anteproyectos de ley sobre Derecho civil foral de Aragón, las de tipo consultivo y doctrinal, en relación a la evacuación de informes, estudio y asesoramiento, con o sin presentación de propuestas y también las de divulgación del Derecho civil foral aragonés, debiendo contar en cualquier caso, con un fondo bibliográfico y digital completo, que asegure su conocimiento histórico y actual.

El Título III se refiere a la composición, con el objetivo de que puedan formar parte de la Comisión los profesionales que aplican con habitualidad el Derecho civil foral aragonés. En este sentido se prevé la propuesta de vocales por parte de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, el Colegio Notarial de Aragón, el Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El nombramiento de todos los vocales corresponderá al Gobierno de Aragón mediante decreto, debiendo ser todos ellos, juristas aragoneses de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil foral aragonés, con más de diez años de experiencia profesional. El Presidente y los vocales no percibirán retribuciones periódicas por el desempeño de su función, compensándose su trabajo mediante las dietas e indemnizaciones que procedan.

El Título IV se refiere al funcionamiento de la Comisión, en Pleno y en Grupos de trabajo, advirtiendo que al frente de la Secretaría se pondrá un funcionario de nivel superior licenciado en Derecho, que asegurará la recopilación, sistematización y análisis de fondos bibliográficos y jurisprudenciales.

TÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1.– *Objeto.*

Es objeto de la presente ley regular la organización, funciones y régimen jurídico de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral, para garantizar el análisis, interpretación, actualización y difusión del Derecho civil foral aragonés promoviendo la mayor participación posible de ciudadanos, colegios e instituciones.

Artículo 2.– *Naturaleza y finalidad.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Foral se constituye como órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma al que corresponde el informe, asesoramiento, estudio y propuesta en la aplicación de Derecho civil foral aragonés y especialidades procesales que de él se deriven, garantizando su actualización y difusión.

2. Dicho órgano colegiado promoverá además actuaciones de divulgación y difusión de Derecho civil foral aragonés, impulsando el estudio comparado con los distintos derechos forales o especiales, existentes en el territorio nacional.

3. La Comisión quedará adscrita, orgánica y presupuestariamente, al

Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón, sin mengua de la autonomía y objetividad que deben regir en las funciones que tiene atribuidas.

TÍTULO II

Atribuciones

Artículo 3.– *Propuestas normativas.*

1. La Comisión es un foro de análisis, interpretación, actualización y difusión del Derecho civil foral aragonés.

2. Es función principal de la Comisión la elaboración de los anteproyectos de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él, conforme a petición formulada desde el Gobierno de Aragón, a propuesta de las Cortes, por recomendación del Justicia de Aragón o incluso por iniciativa propia de la Comisión. También informará de cualesquiera otros anteproyectos sobre conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil foral aragonés o Derecho procesal civil derivado de sus peculiaridades, que se hayan remitido al Gobierno de Aragón, por asociaciones o entidades en ejercicio de su derecho de participación.

3. La Comisión podrá elevar al Gobierno de Aragón, propuestas de modificación o desarrollo del Derecho civil foral aragonés, ante las nuevas formas de convivencia de la sociedad aragonesa, y en general cuantas medidas considere convenientes.

Artículo 4.– *Función consultiva.*

1.– Corresponde a dicho órgano colegiado en función consultiva, evacuar informes sobre el análisis e interpretación de las distintas normas del Derecho civil foral aragonés. A tal efecto, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, el Colegio Notarial de Aragón y el Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, por sí o a instancia de sus representados, podrán cursar las oportunas peticiones, al Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón, quién las trasladará a la Comisión para informe.

2.– Dichos informes por su trascendencia en la interpretación y aplicación del Derecho civil foral aragonés, se incorporarán a la Memoria anual de la Comisión, a fin de que, por analogía, sean tenidos en cuenta en los supuestos de hecho semejantes.

Artículo 5.– *Función de divulgación.*

1. La Comisión promoverá actuaciones de divulgación y difusión de Derecho civil foral aragonés, impulsando el estudio comparado con los distintos derechos forales o especiales, existentes en el territorio nacional.

2. Para la adecuada realización de sus funciones, contará con un fondo bibliográfico y digital completo, con documentación doctrinal y jurisprudencial suficiente, que asegure el conocimiento histórico y actual en la evolución del Derecho civil foral aragonés.

TÍTULO III

Composición

Artículo 6.– *Miembros de la Comisión.*

1. La Comisión estará integrada por un Presidente y once vocales, cuyo

nombramiento corresponderá al Gobierno de Aragón.

2. Todos ellos deberán ostentar la condición de aragonés y ser juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil foral aragonés, con más de diez años de experiencia profesional.

Artículo 7.– *Nombramiento.*

El Gobierno de Aragón procederá mediante Decreto, al nombramiento de Presidente y vocales para que formen parte de la Comisión. El nombramiento será por un período de cinco años, con posibilidad de reelección por períodos quinquenales.

Artículo 8.– *Propuestas de vocales.*

Podrán proponer el nombramiento de vocal, mediante la oportuna comunicación al Gobierno de Aragón las siguientes entidades:

a) La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

b) El Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

c) El Colegio Notarial de Aragón.

d) El Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

e) La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 9.– *Participación de las Cortes de Aragón.*

La Comisión Institucional de las Cortes de Aragón será informada sobre las personas propuestas para vocales, a fin de que puedan apreciar su condición de juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil foral aragonés.

Artículo 10.– *Cese.*

1. El Presidente y vocales de la Comisión cesarán por expiración de plazo de su nombramiento, renuncia, incumplimiento grave de sus funciones, delito o incapacidad declarada por sentencia firme o pérdida de la condición de aragonés.

2. El acuerdo de cese procederá del Gobierno de Aragón, previo expediente con audiencia al interesado, excepto cuando sea motivado por expiración del plazo de nombramiento.

TÍTULO IV

Funcionamiento

Artículo 11.– *Órganos.*

1. La Comisión actuará en Pleno y en Grupos de trabajo.

2. El Pleno lo forma el Presidente y todos los vocales.

3. Los Grupos de trabajo se constituirán en razón a la materia a estudiar y deberán incluir, además del Presidente, a dos vocales como mínimo. Excepcionalmente el Presidente podrá convocar a uno o varios expertos en la materia objeto de debate a una o varias sesiones, para que manifieste de modo fundamentado su criterio al respecto.

4. Asimismo el Presidente podrá nombrar a alguno de los vocales, para la formulación de una ponencia de estudio y reflexión, previa a la convocatoria de sesión.

Artículo 12.– *El Presidente.*

Corresponde al Presidente:

a) Representar a la Comisión ante los órganos procedentes.

b) Convocar y fijar el orden del día de las sesiones.

c) Presidir y dirigir las deliberaciones, dirimiendo con su voto los casos de empate.

d) Organizar los Grupos de trabajo y la distribución de vocales.

e) Dirigir la organización y la gestión económica, aprobando los gastos que procedan.

Artículo 13.– *El Pleno.*

Es de la competencia del Pleno:

a) La elaboración de los anteproyectos de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él, que el Gobierno le hubiera encomendado.

b) El informe sobre los anteproyectos de ley de Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él, que el Gobierno le hubiera remitido.

c) La aprobación de Memoria anual en relación a las actividades desarrolladas en el ejercicio correspondiente y su elevación para conocimiento al Gobierno de Aragón.

d) El conocimiento y aprobación de cuantas materias le encomiende el Gobierno de Aragón.

Artículo 14.– *Los Grupos de Trabajo.*

Corresponde a los Grupos de trabajo, el conocimiento de todos los asuntos atribuidos a la Comisión, cuando no sean de la competencia del Pleno.

Artículo 15.– *Secretaría.*

1. Al frente de la Secretaría de la Comisión el Gobierno de Aragón designará un funcionario entre los niveles superiores de la Administración autonómica que necesariamente deberá ser licenciado en Derecho y que no tendrá el carácter de vocal en la Comisión.

2. Le corresponde:

a) Preparar y enviar las convocatorias del Pleno y de los Grupos de trabajo, a iniciativa del Presidente, que deberán ser cursadas con una antelación mínima de 48 horas.

b) Asistir a las reuniones, con voz pero sin voto.

c) Levantar acta.

d) Elaborar la memoria anual.

e) En general, cuantas cuestiones le encomiende el Presidente o se deriven de la organización o funcionamiento del órgano colegiado.

3. La Secretaría será responsable de la recopilación, sistematización, análisis y archivo de los fondos documentales, bibliográficos, doctrinales y jurisprudenciales del Derecho civil foral de Aragón.

4. El Secretario informará periódicamente al Presidente y vocales, sobre el desarrollo de los trabajos correspondientes.

Artículo 16.– *Régimen de sesiones.*

1. Las reuniones se convocarán a iniciativa del Presidente o a instancia de la mayoría de los vocales, con una antelación mínima de 48 horas, pudiendo utilizarse a tal fin los medios informáticos habituales. Como mínimo deberá convocarse la Comisión dos veces al año.

2. Para la válida constitución del Pleno, se requerirá la presencia del

Presidente y vocales que lleguen a constituir mayoría de 2/3 respecto del total.

Artículo 17.– *Acuerdos.*

1. Los acuerdos del Pleno y de los Grupos de trabajo, se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. Quienes discrepen del acuerdo adoptado en la Comisión, podrán formular en el plazo de siete días, voto particular por escrito.

2. Todos los miembros de la Comisión y del personal adscrito, tienen la obligación de guardar secreto sobre las deliberaciones y el desarrollo de sus funciones.

Artículo 18.– *Actas.*

De las sesiones celebradas por la Comisión, tanto Pleno como Grupos de trabajo, se levantará acta, que será firmada por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, indicándose por el Secretario el contenido de la reunión, que incluirá necesariamente el día, hora y lugar de la celebración de la reunión, los asuntos del orden del día, los acuerdos adoptados y votos particulares.

Artículo 19.– *Deber de abstención.*

Deberán abstenerse de participar en la redacción y votación de informes y propuestas, los miembros de la Comisión que tengan un interés directo o indirecto en la resolución del asunto a estudiar, amistad o enemistad manifiesta, o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Todo ello sin perjuicio de la aplicación general de las reglas que, sobre abstención y recusación de órganos, se contienen en la legislación de procedimiento administrativo.

Artículo 20.– *Retribuciones.*

El Presidente y los vocales no percibirán retribuciones periódicas por el desempeño de su función, compensándose su trabajo, mediante las dietas e indemnizaciones que procedan, cuya cuantía se acordará periódicamente por el Gobierno de Aragón, conforme a las previsiones presupuestarias correspondientes.

Disposición transitoria única.– *Actuales miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

Los actuales miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil continuarán en el desempeño de sus funciones hasta tanto no se produzca el nombramiento de los nuevos vocales.

Disposición derogatoria única.– *Derogación normativa.*

Queda derogado el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, por el que se establecen las normas reguladoras de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente ley.

Disposición final única.– *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor a los veinte días desde su publicación, en el *Boletín Oficial de Aragón.*

E. APROBACIÓN POR LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO DE LA PROPOSICIÓN NO DE LEY RESULTANTE DEL DEBATE CONJUNTO DE LAS PROPOSICIONES NO DE LEY NÚMS. 2/14, SOBRE LA REESTRUCTURACIÓN DE LOS REGISTROS PÚBLICOS; Y 12/14, SOBRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

E. INSTITUTIONAL ADOPTED STATUTORY AND DEVELOPMENT OF THE PROPOSAL LAW NOT RESULTING FROM JOINT DEBATE PROPOSALS OF LAW NO NOS. 2/14 ON RESTRUCTURING OF PUBLIC RECORDS; AND 12/14, REGISTER PROPERTY

Publicada en el *BOCA* 221 del 19/3/2014

La Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario, en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2014, con motivo del debate conjunto de las Proposiciones no de Ley núms. 2/14, sobre la reestructuración de los registros públicos; y 12/14, ha acordado lo siguiente:

«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a que, en colaboración con las entidades locales y el Colegio de Registradores, traslade al Ministerio de Justicia una propuesta sobre la posible modificación de la demarcación notarial y de los registros de la propiedad, que defienda los intereses de la Comunidad Autónoma, sea acorde con sus circunstancias poblacionales y socioeconómicas, respete la división administrativa comarcal, y vele por el mantenimiento de los actuales registros de la propiedad y notarías, desde el principio de proximidad y calidad en la prestación de los servicios públicos, rechazando y oponiéndose en consecuencia a cualquier modificación que vaya en contra de los postulados anteriores, incluyendo la amortización o agrupamiento de registros de la propiedad y notarías, que suponga el cierre de las oficinas notariales y registrales actuales.»

F. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVAS A LAS COMPETENCIAS SOBRE LEGISLACIÓN CIVIL: ORDENACIÓN DE REGISTROS PÚBLICOS, PAREJAS DE HECHO, FUNDACIONES

F. RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT RELATED TO COMPETENCES ON CIVIL LEGISLATION: CLASSIFICATION OF PUBLIC RECORDS, UNMARRIED COUPLES, FOUNDATIONS

1. Sentencia 4/2014, de 16 de enero de 2014.

Competencias sobre ordenación de registros públicos: nulidad del precepto legal que atribuye a un órgano autonómico la competencia para resolver recursos en los que se planteen cuestiones registrales que exceden del marco estricto del Derecho civil catalán

Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 1017-2010. Interpuesto por el Presidente de Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña.

[…]

(FJ) 3. El examen de fondo del debate competencial trabado entre las partes aconseja el encuadramiento y análisis diferenciado de los dos preceptos objeto de este proceso, que iniciamos con el art. 3.4 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, del siguiente tenor literal:

«Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo y al menos uno se basa en normas del derecho catalán o en su infracción, la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del derecho catalán, en una sola pieza y debe resolverlos acumuladamente.»

a) La controversia del presente precepto gira principalmente en torno a la aplicación al caso concreto de la doctrina de este Tribunal Constitu-

cional sobre la delimitación del título competencial «ordenación de los registros públicos e instrumentos públicos» contenido en el art. 149.1.8 CE versus el título competencial recogido en el art. 147.2 EAC, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deban tener acceso a un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña.

En lo que concierne a la competencia estatal sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos, ya desde nuestras primeras sentencias tuvimos ocasión de subrayar que «los Registros a que se refiere el art. 149.1.8 de la Constitución son los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado como se infiere de su contexto y no a otros Registros que … aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tienen por objeto materias ajenas a él» (STC 71/1983, de 29 de julio, FJ 2). En esa misma fecha, incardinamos el registro mercantil en el título competencial contenido en el art. 149.1.6 CE en materia de legislación mercantil (STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 8), y lo mismo hicimos con el Registro de Marcas, en cuyo caso la materia a considerar es la de propiedad industrial, ex art. 149.1.9 CE (STC 103/1999, de 3 de junio, FJ 3).

También, en orden a la delimitación de esta competencia, en la STC 156/1993, de 6 de mayo, precisamos que «[e]l Estado ostenta "en todo caso" competencia exclusiva para la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE), lo que supone, como es obvio, que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha ordenación». Pero advertimos también «que el intérprete ha de cuidar aquí de salvar la concordancia entre la exclusiva competencia del Estado en este ámbito y la que pueda ostentar determinada Comunidad Autónoma para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo, lo que significa, ante todo, que no será aceptable un entendimiento tan lato de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumento público. Semejante inteligencia de la competencia estatal está más que implícita, hay que reconocerlo, en la motivación en este punto del recurso y desde ahora hay que decir que un tal entendimiento de lo que sea "ordenación" de los "instrumentos públicos" no se compadece con las exigencias de una interpretación integrada y armónica de las competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil» (FJ 5).

En cuanto al carácter exclusivo de la competencia autonómica ex art. 147.2 EAC, y en referencia a las alegaciones de la representación procesal del Parlamento de Cataluña, que invoca el art. 110 EAC en conexión, hemos de reiterar lo manifestado en la STC 31/2010, de 28 de junio: «[c]iertamente, el art. 110.1 EAC sólo se refiere al caso de la coextensión de la competencia y la materia in toto, pero ello no implica que se excluya la eventualidad –prevista constitucionalmente y, por ello, legislativamente

indisponible– de una exclusividad competencial referida únicamente a las potestades normativas que cabe ejercer sobre un sector de la realidad en el que también concurren potestades exclusivas del Estado». Por tanto, también en este proceso resulta necesario «verificar si efectivamente se respeta en cada caso el ámbito de las competencias exclusivas reservadas al Estado, sea sobre la integridad de una materia, sea respecto de las potestades que le corresponden en sectores de una materia en la que también inciden competencias autonómicas y sin que para la proyección de las competencias estatales sobre la materia pueda ser obstáculo el empleo de la expresión "en todo caso" por los preceptos estatutarios» (FJ 59).

Tales son los títulos competenciales y la doctrina previa que conforman el canon de enjuiciamiento aplicable al análisis de constitucionalidad del art. 3.4 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009. No desconocemos que sigue abierta la controversia doctrinal (a la que ya aludió la STS de 22 de mayo de 2000) sobre la naturaleza jurídica del recurso gubernativo, en la que se discute si el procedimiento registral tiene carácter administrativo o naturaleza de jurisdicción voluntaria, o incluso una naturaleza atípica o especial. Pero, como hemos afirmado en anteriores ocasiones, «[n]o compete a este Tribunal terciar en lo que se puede considerar como una polémica doctrinal, lo que sería de todo punto impertinente, y únicamente se hace preciso recibir de tales antecedentes doctrinales los elementos precisos para enjuiciar y resolver las cuestiones propuestas» (por todas, STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Nos alejaría por tanto de nuestro objetivo profundizar en aspectos tratados en las alegaciones de las partes que pertenecen al campo propio de la doctrina científica, pues en este proceso se discute única y exclusivamente el alcance objetivo de la competencia atribuida por el art. 3.4 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, al ser pacífica la asunción competencial autonómica ex art. 147.2 EAC y no haber suscitado ninguna objeción el resto del precepto impugnado, cuyo contenido, por otra parte, es netamente procedimental.

b) Encuadrado el debate en los términos expuestos, según se desprende del art. 3.4 antes transcrito, el órgano administrativo competente para conocer de los recursos gubernativos varía dependiendo de la invocación que, en cualquiera de ellos, se haga de la normativa estatal o autonómica. Se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base en normas de Derecho catalán o en su infracción, una vis atractiva a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán.

Es evidente que tal atribución excede de la competencia estatutariamente asumida por la Comunidad Autónoma de Cataluña para resolver

estos recursos gubernativos, que se circunscribe estrictamente a la «calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán» (art. 147.2 EAC), siendo su finalidad, tal y como se declara en la exposición de motivos de la de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, la de preservar y proteger el Derecho catalán. Es igualmente evidente que esta habilitación estatutaria no incluye –ni podría incluir– la preservación o protección de otros Derechos forales o especiales, ni del Derecho civil común.

Tanto el Gobierno de la Generalitat como el Parlamento de Cataluña invocan lo dispuesto en el art. 478.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), a cuyo tenor el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es, en última instancia, el órgano judicial competente en los asuntos en que se ventila una norma de Derecho catalán, «junto con otros motivos». Alegan que, si a él le corresponde la unificación de la jurisprudencia hipotecaria en cuanto incida o afecte a normas de Derecho sustantivo o procesal de Cataluña, únicamente la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat se halla habilitada para asumir en la vía previa administrativa el conocimiento de aquellas materias que su órgano judicial ad quem revisará y unificará. En definitiva, sostienen que resulta coherente y plausible que el ámbito competencial material de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat y del citado Tribunal Superior resulte, en este punto, coincidente.

No cabe acoger este argumento, porque –como señala el Abogado del Estado– la Ley de enjuiciamiento civil es una ley estatal que, dictada en ejercicio de su competencia exclusiva sobre «legislación procesal» (art. 149.1.6 CE), establece legítimamente un criterio de distribución de competencias entre dos órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, asimismo único y de carácter estatal. Como tal Ley estatal, la Ley de enjuiciamiento civil [en este punto complementaria del art. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial] opera, legítimamente, una distribución de competencias jurisdiccionales entre diversos órganos judiciales estatales, lo que no es sino corolario del carácter único del Poder Judicial y de la configuración de la función jurisdiccional como una función, siempre, y sólo, del Estado. Así lo hemos afirmado en la STC 31/2010, de 28 de junio, añadiendo que «[l]a estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado. La Constitución limita la relevancia del principio autonómico en el ámbito de la jurisdicción a términos muy concretos, que hacen del territorio de la Comunidad Autónoma una de las unidades vertebradoras de la articulación del Poder Judicial en el conjunto del territorio nacional. Vale, pues, como criterio de ordenación territorial de los órganos de la jurisdicción y de las instancias procesales, pero sin perjuicio alguno de la integración de aquéllos en un Poder del Estado» (FJ 42). De ello se sigue la evidencia de que el reparto interno de competencias entre los órganos jurisdiccionales no confiere a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencia administrativa alguna extramuros de las recogidas en su Estatuto de Autonomía.

En otras palabras, el art. 478.1 LEC carece de virtualidad para ampliar la competencia atribuida a la Generalitat de Cataluña por el art. 147.2 EAC y sanar así el vicio de inconstitucionalidad en que incurre el precepto enjuiciado. En consecuencia, tampoco lo dispuesto en el art. 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, pese a ser claro eco del art. 478.1 LEC, puede abrir la vía para que la competencia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat se extienda, como pretende el art. 3.4 de esa misma Ley, más allá de lo establecido por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El corolario inexcusable de este razonamiento conlleva evidentemente una interpretación restrictiva del propio artículo 1. En coherencia con el alcance que hemos atribuido al título competencial del art. 147.2 EAC, y más concretamente, en atención a lo que dispone el artículo 3.4 una vez que ha quedado depurado del exceso competencial en el que ha incurrido, la dicción literal del art. 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4.

Dicho esto, no puede dejar de advertirse que la disparidad existente entre los ámbitos objetivos de las competencias administrativa y jurisdiccional no excluye la posibilidad de disfunciones, e incluso de contradicciones, que pudieran estar necesitadas de clarificación. Pero, ciñéndonos estrictamente a lo que nos corresponde examinar en este proceso constitucional, cabe añadir que tampoco las razones de racionalidad, coherencia o plausibilidad que alega la Comunidad Autónoma pueden guiar nuestro juicio de constitucionalidad en esta controversia competencial. Este Tribunal ha manifestado constantemente que «los cánones a los que hemos de atenernos en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional no son tan laxos como para permitir una valoración en términos de oportunidad política o de bondad técnica de las decisiones sometidas a nuestro juicio. Antes bien, estamos obligados a atenernos a un control de esas decisiones que no conlleve la suplantación de funciones atribuidas a otras instancias y que garantice, al mismo tiempo, el adecuado equilibrio de poderes» (por todas, STC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 6). El control de constitucionalidad de las leyes no permite pues al Tribunal Constitucional asumir una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (STC 5/2013, de 17 de enero, FJ 3, y las allí citadas), de modo que no resta sino deferir al legislador la valoración de esta dimensión de la controversia sometida a nuestro examen.

En conclusión, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad el art. 3.4 impugnado, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones

registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Incurre así el precepto en inconstitucionalidad y nulidad en los incisos «y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción» e «incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán».

4. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 7.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, el Colegio de Notarios de Cataluña y el decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles pueden elevar consultas a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat respecto de los actos o negocios relativos al Derecho catalán que sean susceptibles de inscripción en los registros situados en Cataluña. Se impugna el apartado 2 de este artículo, que establece el carácter vinculante de las respuestas a dichas consultas en los siguientes términos:

«Las respuestas a las consultas hechas de acuerdo con lo establecido por el apartado 1 son vinculantes para todos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, los cuales deben ajustar la interpretación y aplicación que hagan del derecho catalán al contenido de dichas respuestas. La Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe dar publicidad y la máxima difusión a estas respuestas por los medios que considere más adecuados.»

La norma autonómica se inspira en este punto en las consultas de carácter vinculante evacuadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, reguladas en el art. 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, trasladando la regla dictada por el legislador estatal al ámbito de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, cuando la materia consultada verse sobre Derecho catalán.

a) El reproche de inconstitucionalidad se funda en que sólo el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1, 8 y 18, CE en materia de ordenación de los registros públicos y régimen estatutario de los funcionarios públicos, puede dirigir órdenes o instrucciones de obligado cumplimiento a todos los notarios o registradores, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Se contrae así la impugnación al primer inciso del art. 7.2, ya que sobre el segundo inciso, relativo al deber de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de dar publicidad y la máxima difusión a tales respuestas, nada se alega, ni su constitucionalidad ofrece duda alguna.

b) Para encuadrar la controversia hemos de recordar, en primer lugar, que este Tribunal, en la STC 120/1992, de 21 de febrero, sostuvo que la competencia reguladora del Estado sobre el cuerpo notarial deriva «del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen los Notarios y su integración en un cuerpo único nacional. Como hemos dicho en la STC 87/1989, "la descentralización del Notariado por la vía de sus

diferentes Colegios ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España ni priva al Estado de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.18 de la Constitución, que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan, que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios".» (FJ 4).

En parecidos términos nos pronunciamos en la STC 207/1999, de 11 de noviembre, cuando dejamos escrito que «la infracción y sanción establecidas por la Ley Foral 7/1989, en el precepto impugnado, incide en el incumplimiento de deberes, de Notarios y Registradores de la Propiedad, integrantes del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública notarial y la registral, incardinándose así en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquéllos, y que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. La competencia estatal encuentra apoyo en la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE), sin olvidar la que ostenta sobre las bases del régimen estatutario funcionarial (art. 149.1.18 CE)» (FJ 9).

c) Con fundamento en la citada doctrina, resulta incuestionable que los notarios y registradores únicamente se sitúan en relación de dependencia jerárquica con el Estado, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano superior de aquéllos. Ahora bien, de las alegaciones del Abogado del Estado se desprende que la inconstitucionalidad que se reprocha al art. 7.2 no se deduce directamente de su tenor literal, sino de unas hipotéticas consecuencias en el ámbito disciplinario para notarios y registradores que sólo pueden derivar de la dependencia jerárquica. Pero es patente que la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, además de aludir en su preámbulo a la inexistencia de tal dependencia respecto de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, en su parte dispositiva no anuda al incumplimiento de lo previsto en el art. 7.2 efecto alguno en la esfera disciplinaria, por lo que desde esta perspectiva no perturba la relación jerárquica de notarios y registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado.

No cabe asimilar la fuerza vinculante de las respuestas a las consultas potestativas dirigidas a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat con una inexistente imposición coactiva con consecuencias disciplinarias en caso de incumplimiento, que la Ley autonómica claramente no contempla ni podría contemplar, pues tanto la responsabilidad civil como el régimen disciplinario de notarios y registradores pertenecen a la esfera de la competencia exclusiva del Estado. En lo que aquí interesa, así se desprende, por otra parte, de la propia Ley hipotecaria, cuyo art. 313.B k) tipifica como infracción grave «el incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado». La legisla-

ción estatal aplicable circunscribe por tanto con toda nitidez las consecuencias disciplinarias a la relación con la Dirección General de los Registros y del Notariado, nota característica de la dependencia jerárquica. Y, como es reiterada doctrina de este Tribunal, en el Derecho punitivo, sometido estrictamente a la exigencia de predeterminación normativa y, con ello, al principio de tipicidad, están vedadas la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (STC 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4, y las allí citadas).

Se podrá discutir si esta circunstancia priva a las respuestas de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de efectiva fuerza vinculante, o las reduce a una función eminentemente doctrinal, aunque tampoco cabe ignorar que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y que todos los órganos de la Administración pública actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). No es pues ocioso indicar que, en su condición de funcionarios públicos, los notarios y registradores forman parte de esta esfera de especial sujeción –desde luego comprensiva de la legislación legítimamente dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias estatutarias– como consecuencia directa de principios constitucionales que trascienden su mero reflejo en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En cualquier caso, de la mayor o menor eficacia en la práctica de la proclamación de la fuerza vinculante de las consultas evacuadas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat no cabe deducir el vicio de inconstitucionalidad que se denuncia.

d) Un breve repaso a los pronunciamientos anteriores de este Tribunal sobre distintos actos o informes de las Comunidades Autónomas con la vocación vinculante que aquí se cuestiona revela que nuestro enjuiciamiento debe siempre huir de todo planteamiento apriorístico.

En ámbitos materiales ciertamente alejados de este proceso, concretamente en los supuestos de concurrencia de competencias en el mismo espacio físico, es doctrina reiterada que la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido a través de la técnica del informe vinculante es inconstitucional, en la medida en que determina el sentido de la resolución final que adopte el Estado en el ejercicio de sus competencias (entre otras, SSTC 110/1998, de 21 de mayo, FJ 7; y 46/2007, de 1 de marzo, FJ 10). En términos de la reciente STC 5/2013, de 17 de enero, FJ 7, no es constitucionalmente admisible «el sometimiento de las competencias estatales al consentimiento autonómico, pues dicha consecuencia sería incompatible con el carácter indisponible e irrenunciable de las competencias (en el mismo sentido, STC 31/2010, FJ 73)».

Ahora bien, de ahí no cabe concluir que todo acto autonómico de carácter vinculante incurra automáticamente, por ese solo rasgo, en vicio de inconstitucionalidad, pues tam-

bién hemos advertido en relación con los registros de carácter administrativo que, «sin olvidar las diferencias existentes entre unas u otras materias desde la perspectiva de los diferentes criterios de distribución competencial, ... "es constitucionalmente posible la creación de un Registro único para todo el Estado que garantice la centralización de todos los datos a los estrictos efectos de información y publicidad" …, si bien "el Estado debe aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas en la materia" … (STC 243/1994, FJ 6)» (SSTC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 12; y 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 10).

Se pone así de manifiesto, una vez más, la necesidad de indagar con el debido detenimiento en el régimen competencial aplicable a la materia en la que haya de encuadrarse esta controversia.

e) Teniendo esto presente, en el supuesto aquí examinado la clave reside en que el carácter vinculante de las respuestas a las consultas potestativas dirigidas a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat versa únicamente sobre la interpretación y aplicación de los actos y negocios del Derecho catalán, más concretamente, sobre los «actos o negocios relativos al derecho catalán que sean susceptibles de inscripción en los registros situados en Cataluña» (art. 7.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009). Así lo advertimos ya en el ATC 105/2010, de 29 de julio: «ha de repararse en que las consultas que pueden elevar el Colegio de Notarios de Cataluña y el Decanato Autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas se refieren a "actos o negocios relativos al Derecho catalán" (art. 7.1) y que, consecuentemente, las respuestas a dichas consultas se contraen a la "interpretación y aplicación … del Derecho catalán" (art. 7.2). Por tanto, no está en cuestión de forma directa la interpretación y aplicación que del Derecho civil común y del Derecho mercantil corresponde realizar a la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino la interpretación y aplicación del Derecho civil especial de Cataluña. A lo que se añade que los perjuicios que pudieran derivarse de posibles colisiones entre las respuestas a las consultas que emitan, respectivamente, los indicados órganos del Estado y de la Generalitat serían meramente hipotéticos, máxime cuando el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en su caso impulsados por los Notarios y Registradores, siempre podrán, de apreciar tal colisión, elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del cauce previsto en el citado art. 103.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, las consultas correspondientes a tales supuestos, respuestas que les vincularán» (FJ 6).

Por tanto, a efectos de su encuadramiento competencial, su objeto ha de ponerse en conexión con el art. 129 EAC, que atribuye a la Generalitat «la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excep-

ción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado», incluyendo «la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña».

Hemos analizado in extenso este precepto estatutario en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76, reiterando que el art. 149.1.8 CE establece una garantía autonómica de la foralidad civil (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3). En lo que aquí interesa, señalamos además en dicha Sentencia que «[l]a competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE en relación con la "legislación civil" lo es "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", según dispone en su primer inciso aquel precepto constitucional. Ello implica que respecto de tales "derechos civiles, forales o especiales" determinadas Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su "conservación, modificación y desarrollo" y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad. Por ello, "la competencia exclusiva en materia de derecho civil" a que se refiere el art. 129 EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de "conservación, modificación y desarrollo" del derecho civil catalán que son "la medida y el límite primero de las competencias… atribuibles y ejercitables" por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8 CE (STC 88/1993, FJ 1)». Y, tras constatar que «el art. 129 EAC no deja de señalar los límites constitucionales a los que está en todo caso sometida la competencia autonómica en relación con el Derecho civil catalán», determinamos que dicho precepto estatutario «no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art. 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, "allí donde existan" (art. 149.1.8 CE).»

Con los contornos delimitados por la STC 31/2010, la competencia autonómica ex art. 129 EAC es en puridad exclusiva o, dicho en los términos utilizados por la misma Sentencia al analizar el art. 110 EAC, es un supuesto de «coextensión de la competencia y la materia in toto», que «no es contrario a la Constitu-

ción en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida» (FJ 59).

El contenido del precepto impugnado responde a este tipo de competencia exclusiva, y por ello su ejercicio puede adquirir un grado de intensidad en el que es constitucionalmente admisible la opción del legislador catalán en lo que concierne al carácter vinculante conferido a las consultas evacuadas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat.

f) El art. 7.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 supone, en suma, la manifestación del ejercicio de una competencia exclusiva de la Generalitat sobre su sistema privativo de Derecho civil, fundada en la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil establecida por el art. 149.1.8 CE, que ni afecta a la relación jerárquica de Notarios y Registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado ni condiciona, perturba, constriñe u obstruye el ejercicio de cualesquiera otras competencias estatales. En consecuencia, queda desestimada su impugnación.

2. Sentencias 18/2014, de 30 de enero de 2014; 75/2014, de 8 de mayo de 2014; 125/2014, de 21 de julio de 2014; 127/2014, de 21 de julio de 2014.

Competencias sobre legislación civil (parejas de hecho): inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por inadecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia

Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad 5657-2010 (STC 18/2014) y 5658-2010 (STC 75/2014). Sala Segunda. Cuestiones de inconstitucionalidad 1826-2011 (STC 125/2014) y 3809-2012 (STC 127/2014). Todas ellas planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, las tres últimas en la redacción dada por la Ley 10/2007, de 28 de julio.

3. Sentencias sobre requisitos de las parejas de hecho para el reconocimiento de la pensión de viudedad

3.1. Sentencia 40/2014, de 11 de marzo de 2014.

Principio de igualdad en la ley y competencias sobre seguridad social: nulidad del precepto legal estatal que, en el caso de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, remite a la legislación que estas aprueben la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad. Voto particular

Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 932-2012. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación con el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

[…]

(FJ) 5. Debemos plantearnos, no obstante, si, como sostienen el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, la justificación de la norma cuestionada se encuentra en el respeto a la competencia autonómica prevista en el art. 149.1.8 CE, relativa a la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Es cierto, que, conforme a consolidada doctrina, «la noción constitucional de "desarrollo" permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisible identificación de tal concepto con el más restringido de "modificación". El "desarrollo" de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada ratione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1; 31/2010, de 28 de junio, FJ 76).

Conviene hacer no obstante dos precisiones a efectos de valorar si la existencia de esa competencia autonómica proporciona justificación suficiente a la norma cuestionada. La primera es que la norma ahora cues-

tionada relaciona dos planos, las competencias autonómicas en materia de derecho civil con la existencia de normas de las Comunidades Autónomas que regulen las parejas de hecho, planos que no tienen por qué ser coincidentes ni suponen que dichas normas se fundan en la aludida competencia (al respecto, STC 81/2013, de 11 de abril, en relación con la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho). La segunda, relacionada con la anterior, es que la diferencia que introduce el precepto no se vincula estrictamente hablando con la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», sino con la existencia de legislación reguladora de las parejas de hecho en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido estatutariamente dicha competencia en el marco previsto en el art. 149.1.8 CE y con independencia de cuál sea el contenido material de dicha legislación. Es decir, la diferenciación que se introduce se formula con independencia de cuál sea el contenido concreto de dicha legislación de parejas de hecho y la eventual relación que pudiera tener con el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, atendiendo a su contenido, es claro que el precepto cuestionado no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho civil foral, lo que derivaría en diferencias consecuencia de la coexistencia de distintos derechos civiles en el ordenamiento español. En realidad se trata de una norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula, exclusivamente, la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social, la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables. Esto es, la finalidad de la norma es concretar los requisitos para acreditar la existencia de una unión de hecho a efectos de reconocer al superviviente el derecho a percibir una pensión de viudedad. Por tanto, como el Auto del Tribunal Supremo apunta, el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad, tal como ya hemos dejado sentado. Lo contrario conduce al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE. Con el precepto que enjuiciamos, el legislador introduce, siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación. Incluso, en cuanto la

norma estatal remite a las legislaciones autonómicas, podría entenderse que el Estado, con dicha remisión, está obviando las atribuciones que le confiere el art. 149.1.17 CE, ignorando que, como hemos declarado reiteradamente, las competencias tienen carácter irrenunciable [STC 228/2012, de 29 de noviembre, FJ 6 j) y las allí citadas].

En efecto, el art. 174 LGSS, tras la redacción dada a este precepto por la Ley 40/2007, ha establecido como posibles vías de acceso del miembro supérstite de la pareja a la pensión de viudedad, dos tipos de vínculo jurídico previo entre ambos: el matrimonio, o la pareja de hecho debidamente legalizada. Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2007, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación. Y eso es precisamente lo que hace el art. 174.3 LGSS: establecer la forma de acreditar los requisitos para el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, materia caracterizada por constituir «un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad» y «la prohibición de arbitrariedad» (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 4).

Por último, debemos señalar que, además de carecer de justificación suficiente, la aplicación del párrafo cuestionado puede conducir además a un resultado desproporcionado, pues dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión.

En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho.

(FJ) 6. Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere, en relación con el párrafo cuarto, la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho civil propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social. En conse-

cuencia, las conclusiones alcanzadas en el examen de constitucionalidad del inciso del precepto cuestionado (acreditación de la pareja de hecho), deben extenderse por vía de conexión o consecuencia, en virtud del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a todo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.

Por todo lo señalado, debemos estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE.

Llegados a este punto resulta necesario pronunciarse acerca de la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad que, siguiendo en este punto la doctrina recogida –entre otras muchas– en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art.9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.

1. Voto particular que formulan la Magistrada doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 932-2012.

2. Una vez determinada la discrepancia relativa al cumplimiento de los requisitos de aplicabilidad y relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad 932/2012, debemos argumentar nuestra disconformidad con los razonamientos que llevan al Pleno a estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación con el art. 174.3 LGSS, que, bajo determinadas condiciones, reconoce derecho a la pensión de viudedad al miembro sobreviviente de una pareja de hecho. El segundo inciso del art. 174.3 LGSS dice:

«En las Comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.»

La Sentencia de la que se discrepa considera que «existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación». Después de decir que el artículo cuestionado «no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil…», concluye que se trata de «[u]na norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula exclusivamente, la forma de acreditar los

requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social», como es la pensión de viudedad de las parejas de hecho. Concluye que teniendo esta naturaleza, la Ley general de la Seguridad Social «debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad». La Sentencia considera que el legislador introduce «una diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE» y el trato desigual que introduce el legislador constituye «un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación».

De aquí que la Sentencia llegue a la declaración de inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 174.3 LGSS, transcrito más arriba, porque considera que la desigualdad de trato respecto a quienes están sometidos a una legislación autonómica de una Comunidad con Derecho civil propio no es aceptable porque se trata de una norma de Seguridad Social, no civil, y no existe justificación suficiente sobre la desigualdad de trato.

3. Las razones de nuestra discrepancia son las siguientes:

1ª La Sentencia de la que se discrepa pone de relieve las diferencias de criterio existentes en las distintas Comunidades Autónomas entre ellas y con otras que no tienen competencias en materia civil, tema al que aludiremos más adelante. La pregunta no es si estas diferencias existen o no, sino, si produciéndose, son contrarias al principio de igualdad.

La jurisprudencia de este Tribunal ha mantenido la igualdad entre los sistemas civiles españoles, estatal y autonómico. La STC 226/1993, de 8 de julio, al tratar de la competencia del Estado en relación a la determinación de las reglas de la vecindad civil, señala que «la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación de aquellos ordenamientos ni provocar, en concreto, un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales en favor del Derecho civil general o común por vía de la alteración de las reglas generales del sistema de Derecho interregional. No cuesta admitir que, si tal cosa se hiciera, se vendría a menoscabar, de modo indirecto, la competencia autonómica sobre el respectivo ordenamiento civil y a contrariar, por lo mismo, la regla contenida en el art. 149.1.8 de la Constitución. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cuál sea la proyección propia de cada ordenamiento civil y en última instancia, un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo». Y añade que entre los límites constitucionales «es consustancial, por así decir, a la identidad misma de todo sistema de reso-

lución de conflictos de leyes que no parta –como no parte el nuestro– de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión» (cursivas añadidas), por lo que «se preserva de este modo –en palabras, ya citadas, de la STC 156/1993– "un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles" que coexisten en España» (fundamento jurídico 3) (STC 226/1993).

2ª El art. 174.3 LGSS se remite a una norma autonómica para determinar qué parejas de hecho van a ser beneficiarias de la prestación consistente en la pensión de viudedad. Ello sucede al decir que «En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica». Se trata de una norma que se remite a las leyes en vigor en las Comunidades Autónomas con Derecho propio, a quienes corresponde regular este tipo de uniones. Ya se ha señalado antes que la configuración del ordenamiento civil español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional, ni contraria al principio de igualdad por parte de este Tribunal. De este modo, la remisión efectuada por el artículo cuestionado a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio no produce una desigualdad contraria al art. 14 CE, puesto que se remite al estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil.

3ª En efecto, la norma reguladora de esta pensión prevé dos grupos, alternativos, de requisitos que debe acreditar la persona que demande el reconocimiento de la pensión de viudedad: (i) los que se establecen en el apartado primero del tercer párrafo del art. 147 LGSS, es decir, una convivencia de cinco años, acreditada en la forma establecida, que no tengan vínculo matrimonial y que no se hallen impedidos para contraer matrimonio; este grupo de requisitos se aplicará como regla general a aquellas parejas de hecho que no estén sujetas a ninguna norma autonómica, y (ii) la regla del inciso segundo de este art. 174.3 LGSS, que señala que las parejas que deban regirse según la norma autonómica, que haya aprobado la Comunidad autónoma con Derecho civil propio, de acuerdo con la que se exigirán los requisitos contemplados en la legislación que les sea aplicable a quienes reclamen la pensión de viudedad.

La falta de Derecho civil propio no impedirá a las parejas de hecho de otras Comunidades Autónomas acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 174.3 LGSS. La desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil propio, pero no cuando se aplica este Derecho para determinar quiénes tienen derecho a obtener dicha pensión y se aplican las reglas de su Derecho en la constitución y la acreditación de la pareja, que conforman su estatuto jurídico.

4ª En realidad, la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se refiere a aquellas otras Comunidades Autónomas que han regulado los efectos de las convivencias de hecho, pero que no tienen Derecho civil propio, como ocurre en el caso enjuiciado, en que la peticionaria está empadronada en la Comunidad Autónoma de Asturias. Este Tribunal ha dicho, en la STC 81/2013, que «Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatos en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre «legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.», de modo que «… como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo».

Por ello, la Sentencia relativa a la cuestión de inconstitucionalidad debería haber aplicado la doctrina de esta Sentencia y reconocer que, no teniendo Asturias Derecho civil propio, la peticionaria de la pensión de viudedad debería haber acreditado los requisitos generales establecidos en el art. 174.3 LGSS.

5ª El ordenamiento español no funciona como un sistema de compartimentos cerrados e incomunicados, porque las diferentes partes del mismo tienen un denominador común, que es la supletoriedad del Código civil (CC), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.3 CC, que dice que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes», lo que ocurre también en el art. 7.2 de la Ley general tributaria, materia en la que también rige el principio de igualdad. En aquellos casos en que se deba aplicar una legislación civil autonómica, el supletorio del derecho suplido no será el Código civil, sino el que deba aplicarse según las reglas de conflicto establecidas. Por ello, para saber cuándo existe una pareja de hecho por haberse legislado por parte de quien tiene la competencia para ello, deberá aplicarse la regla autonómica que determina su estatuto jurídico.

6ª Un nuevo argumento surge cuando se comprueban los efectos que la declaración de inconstitucionalidad

lidad de esta norma puede producir: efectivamente, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han regulado lo que debe considerarse como pareja de hecho con convivencia afectiva análoga a la matrimonial y han atribuido unos efectos a este tipo de unión. Si se aplican los requisitos establecidos en el art. 174.3, primer inciso, LGSS, ocurre que esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social. Hemos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada.

En consecuencia estamos disconformes con la Sentencia en el sentido siguiente:

1º Debería haberse admitido el óbice procesal planteado por el Fiscal General, en el sentido que no se cumplía la exigencia del juicio de aplicabilidad.

2º Con relación al fondo de la cuestión planteada, no debería haberse declarado la inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 174.3 LGSS, por las razones ya expresadas.

3.2. Sentencia 44/2014, de 7 de abril de 2014.
Principio de igualdad en la ley y competencias en materia de seguridad social: pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014); constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, establece el requisito de que sus integrantes no tengan vínculo matrimonial con otra persona

Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 5800-2011. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

[…]

(FJ) 3. Por otra parte, como ha quedado señalado anteriormente, en el Auto de planteamiento de la cuestión se expresan también por la Sala promotora sus dudas sobre la constitucionalidad del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, precepto que requiere, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, que los integrantes de la misma «no tengan vínculo matrimonial con otra persona», por considerar el órgano judicial que tal inciso podría resultar contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Ante todo, hemos de recordar a este respecto que el trato desigual, en

sí mismo considerado, no es necesariamente contrario a la Constitución, pues no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posea una justificación objetiva y razonable (por todas, STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 10). En este sentido, lo propio del juicio de igualdad, es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).

En el presente caso se comprueba, sin embargo, que la Sala proponente de la cuestión no ofrece un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad. En primer lugar, sostiene una diferencia de trato entre «parejas de hecho constituidas por uno o dos miembros con vínculo matrimonial vigente (sin derecho a prestación) y parejas de hecho en las que los dos miembros carecen de vínculo matrimonial vigente por haberse disuelto por divorcio (con derecho a pensión)». Si atendemos a la regulación del art. 174.3 LGSS, constatamos que no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. En efecto, en el párrafo cuarto del indicado precepto el legislador ha establecido las condiciones que han de cumplir las parejas de hecho para tener tal consideración a efectos de la regulación contenida en el apartado, disponiendo que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante». Esto es, el art. 174.3 LGSS condiciona

la existencia misma de la pareja de hecho, a los efectos de poder optar a obtener la pensión, al cumplimiento de un presupuesto previo de carácter subjetivo, consistente en que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona, y de una exigencia material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante. Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan esos precisos requisitos para su existencia, al margen de que el derecho a la pensión exija, además, la acreditación de la realidad de la pareja de hecho a través de un requisito formal, ad solemnitatem, consistente en la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y tales presupuestos suponen una opción libremente adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional. Téngase en cuenta que, como reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, el legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, regulación que encuentra sus límites en la propia esencia de la unión de hecho (STC 93/2013, FJ 8), lo que no quiere decir que el legislador deba otorgar igual tratamiento a todas las posibles situaciones de parejas de hecho.

El juicio comparativo no se postula, en definitiva, con referencia a grupos o categorías de personas que, encontrándose en una misma situación, resulten irrazonablemente diferenciados por el legislador, sino, antes al contrario, respecto a dos posiciones jurídicas diversas en las que, frente a la regulación legal, puede encontrarse un mismo individuo según haya decidido establecer una relación de hecho sin disolver el vínculo matrimonial que tenía previamente con otra persona o una vez que éste haya quedado extinguido.

Posteriormente, la Sala efectúa la comparación entre el régimen jurídico de la pensión de viudedad de las parejas de hecho (art. 174.3 LGSS) y el de la pensión de viudedad del que sea o haya sido cónyuge en casos de «separación y divorcio» (art. 174.2 LGSS). En suma, en este caso se pretenden contrastar dos situaciones que no resultan equiparables, a saber, la de la unión matrimonial y la de la unión de hecho, que conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal no resultan realidades equivalentes, pues mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2 CE), nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada

ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Existen evidentes diferencias entre ambas, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, e impiden su equiparación conceptual (STC 93/2013, FJ 5), ni siquiera bajo la invocación del art. 14 CE. No es posible afirmar tampoco, por consiguiente, desde esta otra perspectiva comparativa, la igualdad u homogeneidad de las situaciones ofrecidas de contraste en el Auto proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de situaciones personales enmarcadas en regímenes jurídicos diferenciados por su distinta naturaleza jurídica.

Ahora bien, con independencia de lo señalado en cuanto a la inadecuación de los términos de comparación propuestos por el órgano judicial para realizar el juicio de igualdad, la norma cuestionada responde, en cualquier caso, a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional. En efecto, en concordancia con lo manifestado en este proceso constitucional por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, el requisito discutido para ser beneficiario de la pensión de viudedad obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión. Y es que el apartado 2 del mismo art. 174 LGSS reconoce el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio, a favor de quien sea o haya sido cónyuge legítimo «siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente». Es decir, que las personas a las que se refiere el Auto de planteamiento de la cuestión, por no tener la consideración de pareja de hecho de conformidad con el apartado 3 debido a la subsistencia del vínculo matrimonial, quedarían amparadas en el supuesto del apartado 2, cumpliendo el resto de los requisitos generales, de manera que el régimen establecido por el legislador en el apartado 3 para las parejas de hecho tiene una justificación objetiva y razonable, en la medida en que tiende a evitar que pueda generarse doblemente el derecho a pensión de personas distintas debido a la no extinción del vínculo matrimonial.

Por todo ello, procede descartar que resulte contrario al art. 14 CE el inciso «no tengan vínculo matrimonial con otra persona» del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, como presupuesto para que se pueda ostentar la condición de pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la pensión de viudedad regulada en dicho precepto.

3.3. Sentencia 51/2014, de 7 de abril de 2014.

Principios de igualdad en la ley y de protección de la familia; competencias en materia de seguridad social: pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014); constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público.

Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 7142-2013. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, con relación a los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

[…]

(FJ) 3. Como ha quedado antes adelantado, en el Auto de planteamiento de la cuestión también se expresa por la Sala una razón añadida para dudar de la constitucionalidad del art. 174.3 LGSS, en tanto que considera que podría vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), así como los arts. 39.1 y 2 CE, la exigencia, prevista en su párrafo cuarto, de acreditar la existencia de la pareja de hecho mediante su inscripción en alguno de los registros específicos existentes o de su formalización mediante documento público.

Se hace preciso recordar, a este respecto, que el trato desigual por sí mismo considerado no es necesariamente contrario a la Constitución, pues no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable (por todas, STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 10). En este sentido, lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).

En el presente caso, el Juzgado proponente de la cuestión pone en duda la diferencia de trato normativo derivada de que las parejas de hecho hayan cumplido o no los requisitos formales de acreditación previstos en la Ley (inscripción en registro o constitución en documento público). Sin embargo, si atendemos a la regulación del art. 174.3 LGSS, constatamos

que no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. En efecto, en el párrafo cuarto del indicado precepto el legislador ha establecido las condiciones que han de cumplir las parejas de hecho para tener tal consideración a efectos de la regulación contenida en el apartado, disponiendo que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante». Esto es, el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.

Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional. En efecto, desde ese enfoque, al igual que reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, que el legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, cabe razonar ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

En suma, la norma cuestionada responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional. En efecto, el requisito discutido para ser beneficiario de la pensión de viudedad obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social. La constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad.

En consecuencia, por todo lo arriba expuesto, debemos afirmar que el apartado cuarto del art. 174.3 LGSS, en su inciso «[l]a existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

(FJ) 4. Tampoco se verifica la vulneración del art. 39 CE, apartados primero y segundo, que invoca asimismo el auto de planteamiento. Señaladamente porque, conforme a lo expuesto, es la libre opción de los convivientes de no formalización de su realidad familiar conforme a los criterios legales definidos la que determina la consecuencia denegatoria de la pensión solicitada, y no por tanto una decisión normativa contraria a las protecciones enunciadas en aquellas previsiones constitucionales, y porque, por lo demás, en cuanto a los hijos, como con acierto subraya el Fiscal General del Estado, la pensión de viudedad por su propia naturaleza no se dirige a paliar las necesidades de la descendencia, cumpliendo ese fin, propiamente, la de orfandad, efectivamente lucrada en el caso de autos por el hijo nacido de la unión de hecho.

3.4. Sentencia 60/2014, de 5 de mayo de 2014.
Principios de igualdad en la ley y de protección de la familia; competencias en materia de seguridad social: pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014); constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público (STC 51/2014). Voto particular

Sala Primera. Cuestión de inconstitucionalidad 6487-2011. Planteada por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por la diferencia de trato por razón del territorio que a efectos de acreditar el requisito de la exigencia de pareja de hecho, resulta de la remisión que el precepto legal realiza en su párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, diferencia que el órgano judicial considera que podría vulnerar el art. 14 en relación con el art. 139.1, ambos de la Constitución. Además, y con independencias de las diferencias territoriales apuntadas, el órgano judicial también cuestiona la constitucionalidad del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, en cuanto exige como requisito constitutivo para el acceso a la pensión de viudedad la inscripción en un registro de parejas de hecho o la constitución de la pareja mediante documento público, lo que a su juicio podría ser contrario al art. 14 CE por la distinción que se realiza a efectos de acceder a la pensión de viudedad entre parejas de hecho que se han formalizado y las que no lo han hecho.

En contra de la inconstitucionalidad del precepto se manifiestan, por los motivos que han sido expuestos en los antecedentes de esta Sentencia, el Fiscal General del Estado, el Abogado del Estado, y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

2. Comenzando nuestro examen por el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta por este Tribunal en la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, en la que lo hemos declarado inconstitucional y nulo por vulneración del art. 14 CE, en relación con

el art. 149.1.17 CE. En efecto, según hemos señalado en esta Sentencia, la norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas. A este respecto, precisamos que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer «con el más exquisito respeto al principio de igualdad» los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Lo contrario, conducía «al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE» (FJ 5). En suma, concluimos que «no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho» (FJ 5).

Se sigue de ello, que el párrafo quinto, del art. 174.3 LGSS cuestionado por el órgano judicial en este proceso constitucional ha sido expulsado del ordenamiento, una vez anulado por inconstitucional, lo que impone ahora apreciar, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión con relación al mismo (SSTC 86/2012, de 18 de abril, FJ 2, y 147/2012, de 5 de julio, FJ 3; y AATC 119/2013, de 20 de mayo, FJ único, y 140/2013, de 3 de junio, FJ único).

3. Como ha quedado antes adelantado, en el Auto de planteamiento de la cuestión también se expresa por la Sala una razón añadida para dudar de la constitucionalidad del art. 174.3 LGSS, en tanto que considera que podría vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la exigencia, prevista en su párrafo cuarto, de acreditar la existencia de la pareja de hecho mediante su inscripción en alguno de los registros específicos existentes o de su formalización mediante documento público.

Se hace preciso recordar, a este respecto, que el trato desigual por sí mismo considerado no es necesariamente contrario a la Constitución, pues no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente

iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable (por todas, STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 10). En este sentido, lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).

En el presente caso, el órgano judicial proponente de la cuestión pone en duda la diferencia de trato normativo derivada de que las parejas de hecho hayan cumplido o no los requisitos formales de acreditación previstos en la Ley (inscripción en registro o constitución en documento público). Sin embargo, como hemos tenido la oportunidad de indicar en la STC 51/2014, de 7 de abril, FJ 3, si atendemos a la regulación del art. 174.3 LGSS, constatamos que no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. En efecto, en el párrafo cuarto del indicado precepto el legislador ha establecido las condiciones que han de cumplir las parejas de hecho para tener tal consideración a efectos de la regulación contenida en el apartado, disponiendo que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante». Esto es, el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y todo ello presi-

dido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.

Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional. En efecto, desde ese enfoque, al igual que reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, que el legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, cabe razonar ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

En suma, la norma cuestionada responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional. En efecto, el requisito discutido para ser beneficiario de la pensión de viudedad obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social. La constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad.

Finalmente, el órgano judicial insta a que se aprecie la vulneración del art. 14 CE por traslación de lo mantenido en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que estimamos la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley como consecuencia de la denegación de una pensión de viudedad por falta de inscripción en el Registro Civil de un matrimonio canónico. Resulta inadmisible, sin embargo, la traslación de lo mantenido en esa Sentencia al presente proceso constitucional, en tanto que supondría identificar dos realidades jurídicas (matrimonio y convivencia extramatrimonial) que no resultan equivalentes y que están sometidas a un diverso régimen jurídico en materia de pensión de viudedad. Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, tal diversidad de tratamiento legal no re-

sulta incompatible con el principio de igualdad, en tanto en cuanto sólo el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), circunstancias que no son predicables de la unión de hecho more uxorio (por todas, STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 5). Nada se opone constitucionalmente a que, en definitiva, «el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida», lo que significa que «no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio» (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 3).

En consecuencia, por todo lo arriba expuesto, debemos afirmar que el apartado cuarto del art. 174.3 LGSS, en su inciso «[l]a existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

VOTOS PARTICULARES

1. Voto particular que formulan la Magistrada doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6487-2011.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de nuestros compañeros de Sala, discrepamos con la fundamentación jurídica de la Sentencia y con su fallo en cuanto ha desestimado el cuestionamiento del párrafo cuarto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). Esta discrepancia se fundamenta en las siguientes razones:

1. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, modificó la regulación entonces vigente de la pensión de viudedad en el art. 174 LGSS para reconocer esta prestación a las parejas de hecho. Dicha Ley estableció un doble régimen para la acreditación de la existencia de una pareja de hecho: (i) el que afectaba a los territorios sin Derecho civil propio, en que la acreditación se haría mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja (art. 174.3, párrafo cuarto, LGSS); y (ii) el que afectaba a los territorios con Derecho civil propio, en que la acreditación se llevaría a cabo conforme a lo que estableciera su legislación específica (art. 174.3, párrafo quinto, LGSS).

El Pleno de este Tribunal, mediante STC 40/2014, de 11 de marzo, declaró nulo el artículo 174.3, párrafo quinto, LGSS –el referido al modo de acreditación de la existencia de una pareja de hecho en los territorios con Derecho civil propio– argumentando que «no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho» (FJ 5). En el Voto particular que formulamos a aquella Sentencia ya expusimos las razones por las que consideramos que no se debería haber anulado dicho precepto.

No obstante, una vez anulada por este Tribunal Constitucional la regulación referida a los territorios con Derecho civil propio, el único sistema para acreditar la existencia de una pareja de hecho en cualquier territorio, tenga o no Derecho civil propio, es el establecido en el artículo 174.3, párrafo cuarto, LGSS. Por tanto, el juicio sobre la justificación objetiva, la razonabilidad y la proporcionalidad de dotar de un trato normativo diferenciado a las parejas de hecho según hayan o no cumplido la acreditación de su existencia conforme al sistema originariamente diseñado por el legislador para el territorio nacional en que no había Derecho civil propio –certificación de la inscripción en un registro o documento público en el que conste su constitución–, debe hacerse tomando también en consideración la existencia de territorios con un Derecho civil propio que han regulado la institución de las parejas de hecho en virtud de competencias que le están constitucionalmente reconocidas y que no tienen por qué responder ni quedar sometidos a esos medios de acreditación.

Este es un presupuesto que, sin embargo, ha sido obviado en esta Sentencia y que constituye un obstáculo insalvable para que podamos compartir su fundamentación y conclusión.

2. Desde la perspectiva de análisis que hemos apuntado, no podemos compartir la afirmación que se hace en la Sentencia, y que se toma como premisa lógica, de que el precepto cuestionado no establece una diferencia de trato entre parejas de hecho inscritas o constituidas en documento público y las que no, y que se fundamenta en que, a los efectos de la Ley, mientras que las parejas que estén inscritas o constituidas en documento público sí tienen la consideración de pareja de hecho, no sería así con las restantes.

Puede admitirse a efectos meramente dialécticos que la normativa en materia de Seguridad Social puede regular la prestación de la pensión de viudedad limitando el reconocimiento de ese derecho solo a las parejas de hecho que estén inscritas en un registro o constituidas en documento público. Sin embargo, no es posible asumir desde una perspectiva lógica que ello implique que no puedan existir para el ordenamiento jurídico otras parejas de hecho. Una cosa es el

medio de acreditación o prueba de una situación –en este caso una relación de convivencia análoga al matrimonio constitutiva de pareja de hecho– y otra que concurra esa situación o realidad subyacente cuya existencia se intenta acreditar. Esta afirmación es fácilmente comprensible si se repara, por ejemplo, en la actual regulación que de las parejas de hecho se realiza en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. El art. 234.1 de esa norma establece que «[d]os personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja establece en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo en común. c) Si formalizan la relación en escritura pública». En virtud de su reconocimiento como parejas de hecho, se establecen toda una serie de previsiones en relación con el régimen económico mientras dura la convivencia (art. 234.3), con los efectos por su extinción voluntaria (arts. 234.7 a 234.11) o por causa de muerte, en que el superviviente tiene incluso los derechos viudales familiares de los artículos 231.30 y 231.31 (art. 234.10). De ese modo, se pone de manifiesto que el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de parejas de hecho que no están inscritas en un registro o constituidas en un documento público a las que se reconoce plenos efectos civiles.

Por tanto, el punto de partida que planteaba el órgano judicial para dudar de la constitucionalidad del precepto cuestionado de que hay una diferencia de trato entre parejas de hechos según pueda acreditarse su existencia de una manera u otra no puede desecharse con la falacia de negar la condición de pareja de hecho a aquellas que por no estar inscritas en un registro o constituidas en un documento público quedan excluidas del derecho a la pensión de viudedad. Podrá negarse la pensión de viudedad a las parejas estables que conforme al Derecho civil propio catalán tienen esa consideración por mantener una convivencia de dos años ininterrumpidos o por haber tenido un hijo común durante la convivencia; pero, no podrá negarse que son parejas de hecho conforme al único Derecho civil que les es de aplicación.

3. A partir de lo anterior, tampoco puede compartirse la afirmación de la Sentencia de que limitar la prestación de viudedad a las parejas que puedan acreditar estar inscritas en un registro o constituidas en documento público con exclusión de todas las demás no sea una decisión que obedezca a un objetivo legítimo y que resulte idónea, necesaria y proporcionada.

Esta afirmación se fundamenta en la Sentencia en dos ideas: (i) la exigencia de acreditación de la convivencia mediante certificación de inscripción en un registro o su constitución en un documento público tiene el doble objetivo constitucionalmente legítimo de, por un lado, garantizar la seguridad jurídica, evitando el fraude en la atribución del derecho a la pensión de viudedad y, por otro, constatar el compromiso de conviven-

cia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad; y (ii) esta exigencia es un medio idóneo, necesario y proporcionado para la consecución de dichos objetivos.

Compartimos la idea de que son constitucionalmente legítimos tanto el fin de garantizar la seguridad jurídica como el fin de identificar las concretas situaciones merecedoras de protección a través de esta prestación de la Seguridad Social. Sin embargo, no resulta posible asumir que sea un medio necesario y proporcionado para la consecución de esos objetivos excluir con carácter absoluto cualquier otro medio de acreditación de la existencia de una pareja de hecho, incluyendo aquellos que han sido establecidos y desarrollados en los territorios con Derecho civil propio o que pudieran serlo en el futuro.

En efecto, el establecer un sistema limitado de acreditación de la existencia de una pareja de hecho a la inscripción en un registro autonómico o local o a su constitución en un documento público implica (i) condicionar, con carácter general, la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas o los Entes locales en el sentido de imponer el deber de implantar registros de parejas de hecho para posibilitar a los ciudadanos que residan en su territorio el acceso al cumplimiento de un requisito formal para obtener una prestación de la Seguridad social; y (ii) condicionar, con carácter más particular, la capacidad normativa de los territorios con Derecho civil propio en el sentido de que la regulación de supuestos de reconocimiento o acreditación de parejas de hecho distinto a los exclusivamente reconocidos en la normativa de la Seguridad Social pueda defraudar las legítimas expectativas de ciudadanos que teniendo el pleno reconocimiento jurídico como pareja de hecho de conformidad con el único Derecho civil que le es propio, incluso a los efectos de derechos viudales familiares, sin embargo, le sea negada esa realidad para acceder al derecho a la pensión de viudedad.

4. En conclusión, el razonamiento utilizado en la Sentencia hubiera resultado asumible en sus consecuencias en un contexto normativo como el diseñado originariamente por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que respondía a la existencia de territorios con Derecho civil propio que en el legítimo ejercicio de sus competencias podían regular las parejas de hechos sin que se les impusiera la existencia de registros públicos para su inscripción o su constitución en documento público. Sin embargo, la nulidad del art. 174.3, párrafo quinto, LGSS acordada por la STC 40/2014 vino a modificar ese marco normativo, de tal modo que la actual limitación de los supuestos de acreditación de la existencia de pareja de hecho a los que estén inscritas en un registro o constituidas en un documento público, excluyendo cualquier otros medio de prueba admitido en derecho o su acreditación de conformidad con lo establecido en la normativa de Derecho civil propio que resulte de aplicación, resulta desproporcionado.

Esta desproporción, en suma, es la que, a nuestro juicio, hubiera de-

bido llevar a declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, pues el desconocimiento del principio de diversidad de los derechos civiles propios, en que incurre, según entendemos, la STC 40/2014, contra la que en su momento formulamos Voto particular, en combinación con la doctrina seguida por la Sentencia mayoritaria, origina una discriminación cuyo origen dicastogénico en el propio Tribunal Constitucional no la hace menos digna de consideración.

4. Sentencia 98/2013, de 23 de abril de 2013. *Competencias sobre fundaciones y legislación civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la fusión de fundaciones (STC 341/2005)*

Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 4368-2007. Interpuesto por el Presidente de Gobierno en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de enero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

[…]

(FJ) 3. Tras el anterior repaso a nuestra doctrina constitucional, procede analizar la constitucionalidad de los apartados 1 y 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja, impugnados por el representante del Gobierno de la Nación.

Para un mejor encuadramiento competencial de las normas impugnadas, relativas a la rúbrica «Fusión», se reproduce el texto de los apartados 1 y 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja:

«1. Las fundaciones con fines análogos y siempre que no lo haya prohibido el fundador podrán fusionarse, previo acuerdo de los respectivos patronatos. Los acuerdos de fusión deberán comunicarse al Protectorado, acompañando memoria acreditativa de las circunstancias que aconsejan la fusión frente a otras posibles alternativas, e informando de las condiciones convenidas con las fundaciones afectadas.»

«3. Si por el fundador se hubiere prohibido la posibilidad de acordar la fusión de la fundación, ésta sólo podrá acordarse cuando sea la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación y previa autorización del Protectorado.»

Los apartados 1 y 3 del art 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja regulan la fusión de fundaciones. Sin embargo, divergen de lo dispuesto en la Ley de fundaciones, en primer lugar, al añadir como requisito que las fundaciones tengan fines análogos, no exigido por la ley estatal para que pueda tener lugar la fusión por acuerdo de los patronatos y, en segundo

lugar, permitir la fusión aun existiendo prohibición del fundador.

Dicho lo anterior, y en aras a su correcto encuadramiento competencial, hemos de recordar que ni el art. 148 ni el 149 CE contienen referencia expresa a las fundaciones. Sin embargo, ello no implica que del hecho de que los Estatutos de Autonomía hayan asumido, en favor de la respectiva Comunidad Autónoma, competencias exclusivas en materia de fundaciones, se pueda extraer la consecuencia de que alcancen a su entero régimen jurídico. La razón es clara: la competencia autonómica concurre con títulos competenciales exclusivos del Estado que inciden de forma directa sobre este tipo de persona jurídica. Concretamente en el supuesto planteado en este recurso, hemos de afirmar que al ser la fundación un derecho reconocido en el art. 34 CE, corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los fundadores en su ejercicio (art. 149.1.1 CE). Y lo mismo sucede con el establecimiento de las normas que en materia de fundaciones versen sobre sus aspectos civiles, porque la competencia legislativa corresponde al Estado, salvo que la Comunidad Autónoma tenga derecho civil propio en esta materia (art. 149.1.8 CE). En consecuencia, cabe afirmar, desde este momento, que la asunción estatutaria por la Comunidad Autónoma de La Rioja de competencia exclusiva en materia de fundaciones, no puede evitar su falta de competencia sobre legislación civil (STC 341/2005, de 21 de diciembre).

Llegados a este punto, resulta imprescindible determinar si las normas sobre la fusión de fundaciones poseen o no naturaleza civil para, en caso de que así sea, negar a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE, ya que carece de Derecho civil propio. Este Tribunal ha reiterado en las Sentencias que se han citado en el fundamento jurídico 2, que la fundación de carácter jurídico privado tiene su origen en un acto de la autonomía de la voluntad, y si bien la actuación de la administración pública en la vida de la misma es notoria e imprescindible, en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del derecho público y específicamente del derecho administrativo. El derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (art. 33 CE), ambas instituciones marcadamente de naturaleza jurídico privada. En síntesis, por lo tanto, cabe decir que el contexto constitucional en el que se inserta el derecho de fundación (art. 34 CE), refuerza uno de sus rasgos identificativos que es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5).

Es cierto, como argumenta el Letrado del Gobierno de La Rioja, que las fundaciones de carácter privado están sometidas, en algunos aspectos, a normas de Derecho público, pero ello no las convierte en una institución de Derecho público, tal como se deduce de los arts. 35 y siguientes del

Código civil y de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, especialmente de sus arts. 7 a 13 y 18 a 32, normas, todas ellas, que inciden en la esencia misma de la institución fundacional como vehículo de expresión de la voluntad del sujeto de vincular todo o parte de su patrimonio privativo a un fin de interés general. La fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5).

Sentado lo anterior, ya se habrá deducido que el problema constitucional que la regulación de la fusión de las fundaciones plantea es que –como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue– dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tiene en cuenta que las previsiones de los preceptos impugnados no son sino variaciones de las reglas equivalentes contenidas en la Ley estatal de fundaciones que, como hemos visto, reconoce su pertenencia a la disciplina civil.

Por los razonamientos expuestos, las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras. En materia de Derecho civil, el Estado ostenta, conforme al art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva, «sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de La Rioja, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.

4. Con lo expuesto hasta ahora bastaría para declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Sin embargo, y aunque sea a mayor abundamiento, hemos de recordar que, en este caso concreto, la Comunidad Autónoma de La Rioja no sólo se ha limitado a reproducir las normas estatales sobre fundaciones, lo que en cualquier caso conduciría igualmente a declarar su inconstitucionalidad, pues habrían sido dictadas sin ostentar la necesaria competencia legislativa, sino que, confrontando las citadas normas estatales sobre la fusión de fundaciones con los apartados 1 y 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja, se llega sin especial esfuerzo a la conclusión de que, además, éstas últimas vulneran los principios básicos sobre los que se asienta la normativa estatal.

En este sentido, recordemos que el tenor de los apartados 1, 2 y 4 del art. 30 de la Ley de fundaciones, regulador de la fusión de fundaciones, es el siguiente:

«1. Las fundaciones, siempre que no lo haya prohibido el fundador, podrán fusionarse previo acuerdo de los respectivos Patronatos, que se comunicará al Protectorado.»

«2. La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.»

«4. Cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiera prohibido. Frente a la oposición de aquélla, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.»

En lo que concierne al apartado 1 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja que exige que las fundaciones que vayan a fusionarse, por acuerdo de sus respectivos patronatos, cuenten con «fines análogos», se observa que la Ley de fundaciones no lo requiere, sino que, para la fusión basta con que no lo haya prohibido el fundador. La norma estatal sólo contempla este requisito en el caso de que, dada la incapacidad de alcanzar los fines fundacionales, la fusión sea requerida por el protectorado porque exista otra fundación «de análogos fines» que le haya manifestado su voluntad favorable a dicha fusión y siempre, además, que el fundador no lo hubiera prohibido (art. 30.4 de la Ley de fundaciones).

Se observa, pues, una significativa divergencia entre la legislación estatal y la autonómica, toda vez que la primera no exige que para que pueda producirse la fusión entre fundaciones, exista analogía de los fines que persigan las que pretenden fusionarse, cuando existe acuerdo de los respectivos patronatos. Por ello, y dado que dicha Comunidad Autónoma carece de competencia para establecer una regulación propia sobre un aspecto fundacional que forma parte de la legislación civil, cabe apreciar la inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja.

En segundo lugar, se advierte que el apartado 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja permite la fusión, a pesar de la prohibición del fundador, si es la única manera de evitar su liquidación. Por el contrario, la Ley de fundaciones, en aras al respeto de la voluntad del fundador, excluye toda posibilidad de fusión en los casos en que los que haya sido prohibido, independientemente de que la iniciativa la haya tomado el patronato o el protectorado (art. 30 apartados 1 y 4 de la Ley de fundaciones). Es claro, por tanto, que el apartado 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja invade de nuevo el título competencial reservado al Estado en materia de legislación civil y que el Estado ha ejercitado en el art. 30.1 y 4 de la Ley de fundaciones.

Por último, conviene advertir, como ya hicimos en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, que las cuestio-

nes relativas a la voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional y tienen naturaleza civil, por consiguiente, sólo podrán legislar sobre ellas aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexa. Por ello, contestando a las alegaciones del representante del Parlamento de La Rioja y del Letrado del Gobierno autonómico, hemos de afirmar que el hecho de que la Comunidad Autónoma de La Rioja haya asumido estatutariamente competencia legislativa en materia de fundaciones ex art. 18.1.4 EAR, no le habilita para legislar los aspectos civiles de las mismas, por lo que ya hemos dicho en relación a la competencia en derecho civil. En virtud de estas mismas consideraciones, en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, declaramos la inconstitucionalidad del art. 24.3 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones. Y estos mismos razonamientos, como apunta el Abogado del Estado, son aplicables a la normas sobre la fusión de fundaciones dictadas por la Comunidad Autónoma de La Rioja. Por consiguiente, debemos apreciar la inconstitucionalidad del apartado 3 del artículo 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja.

Esta conclusión conduce a estimar que las dos normas impugnadas por el Gobierno de la Nación no se adecuan al orden constitucional de distribución de competencias, por lo que procede declarar la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 3 del art. 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja.

5. Por lo demás, la apreciación de la anterior vulneración constitucional hace improcedente que entremos a considerar la alegación del Abogado del Estado referente a la violación del art. 149.1.1 CE. Al producir nuestra decisión la anulación de las normas impugnadas, resulta inútil cualquier consideración que aquí se pudiera hacer sobre si las mismas han respetado o no dicha competencia exclusiva del Estado.

NOTICIAS*

*NEWS**

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

A) *NEWS OF THE "JUSTICIA"(MEDIAEVAL ENTITY SIMILAR TO OMBUDSMAN) OF ARAGON*

1. Informe Anual del año 2013

Durante el año 2013, esta Institución ha tramitado un total de 2.560 quejas, un 10,8% más que el pasado año, en el que se instruyeron 2.309.

El número de quejas presentadas por ciudadanos residentes en Aragón fue de 2.329, de las que 1.856 se asociaron a Zaragoza y provincia, 312 a Huesca y provincia y 161 a Teruel y provincia. El número de quejas procedentes de personas residentes en otras Comunidades Autónomas sumó 56 y se recibió una queja de un ciudadano residente en el extranjero.

De nuevo debemos destacar que durante este año los efectos de la crisis social y económica han vuelto a tener su repercusión, tanto en el contenido como en el creciente número de quejas recibidas: por su orden, las materias en las que se ha detectado un mayor aumento de quejas son bienestar social, empleo público, economía y hacienda y trabajo.

En materia de Bienestar Social, el incremento de los expedientes ha sido notable, pues se ha pasado de tramitar 211 en 2012 a los 522 en 2013, la mayoría de los cuales hacen referencia a la solicitud de concesión o renovación de prestaciones y, concretamente, del ingreso aragonés de inserción.

En el área de Empleo Público, se han tramitado 216 expedientes frente a los 162 del 2012; el principal motivo común en muchas quejas ha sido la disminución de procedimientos de acceso al empleo público, consecuencia, en gran parte, de las medidas adoptadas en el sector público para la reducción del gasto. Únicamente en el ámbito de las contrataciones laborales de carácter temporal celebradas por entidades locales, particularmente al amparo de convenios de colaboración con las Diputaciones Provinciales para el fomento del empleo, se ha experimentado un aumento de quejas referentes al desarrollo de los procedimientos de selección; también en el ámbito local se ha constatado un retraso en la ejecución de ofertas ya aprobadas.

En el ámbito de la Economía y la Hacienda pública también se ha producido un incremento del número de quejas, ascendiendo los expedientes instruidos a 228, frente a los 202 del pasado año; muchas de ellas están relacionadas con los procedimientos de gestión y recaudación de las cuotas de los impuestos, tasas, precios públicos y contribuciones especiales. Otras hacen referencia especialmente a la ejecución de hipotecas, a los elevados tipos de interés, a la venta de participaciones preferentes por parte de Bancos y Cajas, embargos de bienes y salarios por deudas privadas, etc.

También se ha advertido un aumento (aún en menor medida) del número de quejas en la materia de Trabajo (de las 69 del pasado año a las 87 de 2013). Las dificultades de acceso al mercado laboral, las consecuencias de la falta de empleo y cuestiones relacionadas con el cobro del subsidio de desempleo son, entre otros, los temas objeto de queja en este ámbito.

Sanidad y Educación son otras de las áreas que concitan mayor número de quejas de los ciudadanos; en Sanidad se han recibido 150, frente a las 144 del pasado año. Las más frecuentes han sido las relativas a la prestación del servicio asistencial (listas de espera, retraso en tratamientos, posibles negligencias médicas, copago farmacéutico), así como las de reintegro de gastos y financiación de tratamientos, así como las que inciden en la asistencia psiquiátrica. El número de quejas recibidas en el área de Educación, viene prácticamente manteniéndose respecto del pasado año, de las 222 de 2012 a las 219 de 2013; la petición de una mayor dotación de medios, las becas de comedor y, en algunos casos, el acceso a la educación son algunos de los asuntos que se plantean en las quejas recibidas.

La sostenida situación de crisis reflejada en las quejas expresadas por la ciudadanía, mostró a esta Institución la necesidad de buscar el mayor acercamiento posible a las personas que se dirigen a la misma en busca de soluciones a algunos de sus problemas y, también, a aquellas otras personas que, por su especial situación (vulnerabilidad, falta de recursos, dificultades de acceso a la administración, lejanía espacial, dificultades de comunicación…) precisan que se les facilite la posibilidad de acceder a ella. Por esta razón, y desde el año 2010, el titular de la Institución viene desplazándose de forma habitual a las diferentes sedes de las Comarcas, habiendo visitado ya todas ellas y, algunas, en más de una ocasión; en el año 2013 se ha girado visita, además de a las tres capitales de provincia, a las comarcas de Campo de Borja, Campo de Belchite, La Jacetania, Sierra de Albarracín, Campo de Cariñena, Bajo Aragón-Caspe, Andorra-Sierra de Arcos, Hoya de Huesca, Cinca Medio, Aranda, Comunidad de Calatayud y Somontano de Barbastro. Dichas visitas son debidamente publicitadas con la finalidad de que toda persona o asociación que desee plantear sus pretensiones pueda hacerlo directamente mediante una visita presencial; el Justicia de Aragón recibió así a 150 personas y a 15 asociaciones.

De otra parte, también durante el año 2013 el titular de la Institución ha mantenido contacto directo con diferentes asociaciones, organizaciones no gubernamentales y agentes sociales que se dedican a las personas más afectadas por los efectos de la crisis, con la finalidad de profundizar en los problemas actuales de la ciudadanía y en las líneas de actuación para la búsqueda de soluciones estructurales que permitan crear expectativas reales de futuro para aquellas personas que lo necesitan.

Además, esta Institución ha visitado 32 centros de personas mayores, menores y discapacitados, con la finalidad de facilitarles la posibilidad de que expresaran directamente sus necesidades, problemas y pretensiones, propiciando un mayor acercamiento de estas personas a la Administración.

Del total de expedientes instruidos, esta Institución se ha dirigido en 1.101 ocasiones a la Administración autonómica (el pasado año fueron 756); en 663 veces, a la Administración local (el pasado año fueron 723), y en 82 casos, a la Administración del Estado (el año 2012, en 78 casos). 51 han sido las veces que esta Institución ha solicitado información a empresas que gestionan servicios públicos (el pasado año, 79), y en 11 asuntos las quejas hacían referencia a actuaciones llevadas a cabo por miembros de distintos colegios profesionales.

Como en años anteriores, el medio elegido mayoritariamente por las personas que han presentado quejas ha sido el presencial; 1.108 ciudadanos han sido atendidos en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel, en las visitas giradas a capitales de las comarcas y en las realizadas a centros asistenciales, asociaciones, residencias y organizaciones no gubernamentales, bien por los asesores o por el propio titular de la Institución. La cercanía y atención personalizada que ofrece esta forma de recoger sus peticiones y el hecho de que, en algunos casos, incluso se les pueda ofrecer la información que demandan, hacen que sea éste el medio idóneo de comunicación para la mayoría de quienes se dirigen a esta Institución. No obstante, continúa ascendiendo de forma notable el número de quejas recibidas vía e-mail, pues mientras en el año 2012 se presentaron 774, este año han sido 824.

Los expedientes que la Institución ha incoado de oficio impulsando su propia actividad han sido 68.

En cuanto al número de resoluciones dictadas, ha ascendido a 440, frente a las 393 del pasado año, lo que ha supuesto un incremente del 12%. De ellas, 418 han sido Sugerencias y Recomendaciones, y 22, Recordatorios de Deberes Legales.

A la fecha de elaboración del Informe, de las 418 han sido aceptadas 201, lo que supone un 48% del total. Se han rechazado 74, que representa el 18% del total, se hallan pendientes de respuesta 117 (el 28%), y no han obtenido respuesta alguna de la Administración 26, esto es, el 6% del total.

A lo largo de 2013 se han solucionado 962 casos por el mero ofrecimiento por parte de la Institución de la información que requerían a personas interesadas,

así como con la facilitación a las mismas de la información solicitada a las Administraciones públicas concernidas. En 216 ocasiones se ha solucionado el problema objeto de la queja tras la intervención o mediación de la Institución y en 39 supuestos se ha tenido conocimiento por la persona interesada de que dicho problema había sido resuelto. Si a estas cifras se le suman las sugerencias dictadas, los 24 informes emitidos y los 90 casos en los que se ha conferido el oportuno traslado a la Administración con la finalidad de acercar la pretensión ciudadana para resolverla, debe concluirse que durante 2013 se ha contribuido a resolver los problemas de las personas que han acudido a esta Institución en 1.710 casos.

En cumplimiento del mandato establecido en el Estatuto de Autonomía de Aragón y en la Ley Reguladora del Justicia de Aragón, esta Institución ha persistido en su labor de defensa del Estatuto de Autonomía, tutela del ordenamiento jurídico aragonés y difusión de nuestro Derecho y de nuestras instituciones. Para la consecución de esta tarea, el titular de la Institución ha pronunciado 17 conferencias, ha recibido la visita en la sede de 22 grupos de personas distintas, sumando el total de personas visitantes 633, a las que ha atendido personalmente.

Además, y junto a la labor editorial a la que hacemos referencia más adelante, deben citarse determinados actos especialmente significativos; así, en fecha 18 de enero de 2013, el titular de la Institución entregó el Informe Anual de 2012 al Presidente de las Cortes de Aragón, presentándolo ante el Pleno el día 1 de febrero de 2013.

El día 19 de febrero de 2013, el Justicia de Aragón compareció ante la Comisión de Comparecencias y Peticiones Ciudadanas para presentar el Informe Especial sobre el estado del empleo público en la Administración autónoma aragonesa; y en fecha 15 de octubre de 2013, volvió a comparecer para la presentación del Informe Especial sobre transparencia y buen gobierno en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En cuanto a las relaciones de la Institución con el resto de las Defensorías del país, ha de señalarse que el 22 de marzo de 2013, el Justicia asistió a la conferencia ofrecida por el Defensor del Pueblo Europeo en Madrid, participando el 27 de septiembre en la Jornada del XXX aniversario del Defensor del Pueblo de España y los días 30 y 31 de noviembre de 2013 en las XXVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo organizadas por el Diputado del Común de Canarias con el título «La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad a los cinco años de su entrada en vigor».

Aún debe hacerse referencia al número de consultas y visitas recibidas a lo largo de 2013 en la página web de la Institución, que ascendió a 846.070; las consultas fueron atendidas, bien con la propia información que se ofrece en la página web, bien mediante la contestación personal a quien las formuló. El país

de procedencia de la mayor parte de las visitas y consultas es España, seguido de Estados Unidos y de los países de la Unión Europea.

Por último, debe aludirse a que, de acuerdo con las políticas de contención del gasto público, el presupuesto de la Institución correspondiente al año 2013 ha disminuido en un 2,45% en relación al presupuesto total del año anterior.

2. Foro de Derecho Aragonés

El día 8 de octubre de 2013 se firmó por la Institución El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigesimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvo lugar durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 5 de noviembre de 2013 en Zaragoza: *Protección de los Bienes de Interés Cultural dentro y fuera de Aragón*, por el Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente, D. Rafael Santacruz Blanco y el Excmo. Sr. D. Hipólito Gómez de las Roces Pinilla.

— Día 12 de noviembre de 2013 en Zaragoza: *Arrendamientos urbanos y Derecho Aragonés,* por D. Gabriel García Cantero, D. Javier José Palazón Valentín y D. Diego Vigil de Quiñones Otero.

— Día 19 de noviembre de 2013 en Zaragoza: *Papel del propietario del suelo en la gestión urbanística,* por D. José Fernando Rubio Pérez, D. Ignacio Pemán Gavín e Ilma. Sra. Dª Pilar Lou Grávalos.

— Día 26 de noviembre de 2013 en Teruel: *Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia*, por Dª. María del Carmen Bayod López y D. Fernando Baringo Giner.

3. Becas para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés

En 2013, se ha dotado una nueva beca para la realización de estudios de Derecho aragonés, de un año de duración. Concluido el proceso de selección (previa convocatoria pública anunciada en el *Boletín Oficial de Aragón*), se ha adjudicado la misma a Dª Begoña Laiglesia Murillo.

El becario ha comenzado su actividad centrando su estudio en el análisis de la vivienda habitual y su tratamiento legal en materia de familia y sucesiones.

4. Publicaciones sobre Derecho Aragonés

• *Actas de los Vigesimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* en el que se recoge las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2012, sobre los temas siguientes:

— *«Valoración de bienes inmuebles por y ante la Administración aragonesa»***,** por D. Rafael Santacruz Blanco, D. Fernando Villaró Gumpert y Dª Mª Ángeles Ruiz Escrivá de Romaní.

— «*La reforma de la función pública en Aragón»,* por D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. José Manuel Aspas Aspas y D. Ignacio Murillo García-Atance.

— «*Custodia compartida en Aragón»,* por D. José Antonio Serrano García, D. Emilio Molins García-Atance y D. Manuel Ferrer Andrés.

— «*Efectos jurídicos de las parejas estables no casadas en Aragón,* por D. Javier Seoane Prado, D. Pedro Martínez Viamonte y Dª Sol Otto Oliván.

— Informe especial: *«Transparencia y Buen Gobierno en la Comunidad Autónoma de Aragón»*.

— *«El Justicia de Aragón en los anales del cronista Jerónimo Zurita (1548-1580). Unas notas de aproximación»*, cuyo autor es D. Guillermo Redondo Veintemillas.

— Reedición de la publicación «*Manual de Derecho civil aragonés (Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón (4ª Edición)»,* dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría y coordinada por Dª María Ángeles Parra Lucán.

— *«Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón»,* editada conjuntamente por el Gobierno de Aragón, las Cortes de Aragón y el Justicia de Aragón.

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

B) COURSES, TALKS AND SEMINARS ON CIVIL LAW OF ARAGON

1. Cursos en la Universidad de la Experiencia

Desde el curso 2001-2002, en el que se inauguró por primera vez en Zaragoza la llamada Universidad de la Experiencia, se contó con un curso de Derecho civil aragonés.

En la actualidad y por duodécimo año consecutivo, el Derecho civil aragonés sigue estando en la nómina de los cursos que allí se imparten y cada año con más alumnos y éxito.

En este curso 2014-2015 se ha seguido impartiendo el curso *El Derecho civil aragonés en el siglo XXI,* coordinado por la prof. Bayod, y en el que intervienen los profesores José Antonio Serrano García, Carmen Bayod, Alfredo Sánchez Rubio García, Mª Teresa Alonso Pérez, Elena Bellod Fernández de Palencia, Miguel Lacruz Mantecón. José Luis Argudo Périz, Aurora López Azcona, Marta Salanova Villanueva y la doctora María Biesa Hemández. Como en ediciones anteriores, la Sesión de clausura ha estado a cargo del Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente, Justicia de Aragón, institución que, además, colabora en la financiación de este curso.

2. Fallida XXV edición del curso de Derecho aragonés de la «Cátedra Lacruz Berdejo»

El Decreto 65/1990, de 8 de mayo, creó la Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, para impulsar la enseñanza y la investigación en las áreas del Derecho público y privado de Aragón. El 27 de junio de 1990, en aras al cumplimiento de dicho Decreto, se firmó entre la Diputación General de Aragón y la Escuela de Práctica Jurídica un convenio que dio origen al Curso de Derecho Aragonés, «Cátedra Lacruz Berdejo».

Desde 1990, han tenido lugar sucesivas ediciones, un total de veinticuatro.

En este curso 2014-2015 se hubieran cumplido las bodas de plata de este exitoso curso, reconocido como medio de acreditar ante la Comunidad Autónoma de Aragón el conocimiento del signo de identidad propio de nuestro antiguo Reino: el Derecho civil de Aragón. Las circunstancias económicas por las que esta pasando la población española han propiciado que este año no se hayan cumplido los mínimos de matrícula que hacen posible económicamente la impartición del curso.

El Director (Antonio Embid Irujo) y los responsables de las áreas (Jesús Delgado Echeverría, Manuel Contreras Casado e Ismael Jiménez Compaired), así como el profesorado que lo ha impartido, lamentan esta pérdida y quieren dar noticia de la misma, deseando que en sucesivos números de esta Revista podamos anunciar la XXV edición del curso, de momento: R.I.P.

3. Otros Cursos y actividades sobre Derecho civil aragonés y Derechos civiles territoriales españoles

a) *Conflitti collettivi e sistemi A.D.R. nel Mediterraneo*

En Cagliari, el 17 de enero de 2014, el profesor Dr. D. José Luis Argudo Périz, miembro del Grupo consolidado de la DGA S-29, sobre Investigación y Desarrollo

del Derecho civil de Aragón, que dirige el maestro Delgado intervino como experto en esta sesión organizada por el Ente di Formazione per Mediaytori di la Camera di Comercio de Cagliari y por el Observatorio Permante per le Terre Collettive de la Universtita di Trenlo-Fierenze, con el tema «La mediación y las cooperativas en Aragón. Los ademprios aragoneses».

b) *Estudios Políticos y Parlamentarios:* «Diálogos, Rey y Reino en la formación de los Fueros de Aragón»

La Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, celebró el miércoles 12 de marzo de 2014, a las 17 h. en el Palacio de la Aljafería de Zaragoza una sesión titulada *Diálogos. Rey y Reino en la formación de los Fueros de Aragón,* a cargo de los máximos expertos en la materia, los Dres. D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil y D. Jesús Morales Arrizabalaga. Profesor Titular de Historia del Derecho. La sesión estuvo moderada por Soledad Campo, Redactora de *Heraldo de Aragón.*

c) *VI Jornada «El Derecho foral aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos civiles»*

Un año más, la Dirección General de Desarrollo Estatutario organizó una Jornada que tuvo lugar el 8 de mayo de 2014 en la Sala Jerónimo Zurita del edificio Pignatelli.

El objeto de la misma fue analizar la evaluación del Derecho foral aragonés desde la promulgación de la Constitución española en 1978 hasta la elaboración del Código del Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril de 2011.

Para conseguir este objetivo se desarrollaron diversas ponencias, a saber: «Experiencia histórica y aspectos sociológicos sobre legítima y viudedad» a cargo del maestro Delgado Echeverría; «Límites al principio de libertad de testar; los derechos del cónyuge viudo en el derecho común, en Aragón y en otros derechos forales», por Pilar Palazón, Decana del Colegio de Registradores de Aragón; «Límites al principio de libertad de testar; la legítima en el derecho común, en Aragón y en otros derechos forales», por Tomás García Cano, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón y para finalizar intervino el Director General de Desarrollo Estatutario, D. José María Bescós con la ponencia «La Constitución y el Derecho foral aragonés; anteproyecto de ley de la Comisión aragonesa de derecho foral».

d) *Jubilación del maestro Delgado Echeverría y su nombramiento como Catedrático emérito de Derecho civil de la UZ*

El pasado 9 de junio de 2014, a las 12 h., en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, tuvo Lugar un Acto Académico, presidido por el Excmo. Sr. Rec-

tor de la UZ, en homenaje al catedrático de Derecho civil, prof. Dr. D. Jesús Delgado Echeverría, con motivo de su jubilación. En él intervinieron los profesores Dres. D. Rodrigo Bercovtiz-Rodríguez-Cano, catedrático de Derecho civil, que habló de «Jurisprudencia y seguridad jurídica»; D. Guillermo Fatás Cabeza, catedrático de Historia antigua y D. Joaquín Rams Albesa, catedrático de Derecho civil; que hablaron sobre «Los otros quehaceres de Jesús Delgado». En el acto intervinieron también. D. Javier López Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho y Dña. María Victoria Mayor del Hoyo, Directora del Dpt. de Derecho Privado.

Los impulsores de este homenaje fueron sus discípulos de Zaragoza, Dres. D. José Antonio Serrano García, Dña. Carmen Bayod López Acrd. Catedráticos de Derecho civil; Dña. Elena Bellod Fernández de Palencia, Dña. María Martínez Martínez, D. José Luis Argudo Périz, profs. Titulares de Derecho civil.

Al acto, además de otros discípulos del País Vasco, acudieron civilistas de toda España y representantes de las profesiones jurídicas aragonesas: Decanos de los colegios de Abogados, Notarios y Registradores, miembros de la judicatura y fiscalía de Aragón así como personalidades de las diversas instituciones aragonesas: el presidente de la Cortes de Aragón, D. José Ángel Biel; el Justicia de Aragón, D. Fernando García Vicente, el presidente del TSJA, D. Fernando Zubiri de Salinas, y algunos cargos más.

El Consejo de Gobierno de la UZ, por resolución de 10 de abril de 2014 acordó el nombramiento como profesor emérito del maestro.

e) *Presentación del Libro* «Relaciones entre padres e hijos en Aragón. ¿Un modelo a exportar?»

El pasado 26 de junio de 2014, en el antiguo Salón de Plenos de la Diputación Provincial de Zaragoza, se presentó el libro *Relaciones entre padres e hijos en Aragón. ¿Un modelo a exportar?,* coordinado por los profesores Dña. Carmen Bayod López y D. José Antonio Serrano García, que recoge las ponencias que, en mayo de 2013, fueron defendidas por diversos expertos en la materia en un Seminario que, con el mismo título, se desarrollo en la DPZ, bajo el auspicio de la Catedra Miguel del Molino de la Institución «Fernando el Católico».

El acto estuvo presidido por el vicepresidente de la referida Institución, e intervinieron, además de los coordinadores de la obra, D. Carlos Forcadell, Director de la Institución «Fernando el Católico» y el Dr. D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático emérito de Derecho civil.

f) *La UNED* y *el Derecho Civil Aragonés*

Las sedes de la UNED en Barbastro, Calatayud y Teruel, organizaron en 2014 sendos cursos dedicados al Derecho civil de Aragón.

Por un lado, en la XXV *Edición de los Cursos de Verano UNED 2014* se celebró en su sede de Barbastro, entre los días 30 de junio al 4 de julio de 2014, el curso *El Derecho civil foral de Aragón,* que estuvo dirigido por D. Carlos Lasarte Álvarez y Francisco Mata Rivas. Intervinieron, además del Dr. Lasarte, Catedrático de Derecho civil, y del Dr. Mata, Académico correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia Española; D. Luis Gil Nogueras, Magistrado-Juez y Académico de Jurisprudencia y Legislación; D. Mauricio Murillo García-Atance, Magistrado-Juez y D. José Luis Merino Fenández, Notario. El objeto del curso fue dar a conocer gran parte del Derecho civil de Aragón vigente, salvo el Derecho de sucesiones que deberá de ser objeto de otro curso monográfico en una futura edición. La asistencia al mismo posibilitaba obtener 1,5 créditos ECTS, para Grados, y 3 créditos de libre configuración para Licenciaturas, diplomaturas e Ingenierías.

El 20 de noviembre, en Calatayud, y el 27 de noviembre, en Barbastro, tuvieron lugar, dentro de los *Cursos de Extensión universitaria de la UNED* en sus tres sedes aragonesas, el *I Seminario de Derecho foral Aragonés: Persona y Familia,* dirigido por el Dr D. Carlos Lasarte Álvarez, Catedrático de Derecho civil y Director del Dpt. de Derecho civil de la UNED. En Calatayud, en la sala Gracián, se habló de «Independencia personal y mayoría de edad», por el Dr. Lasarte; de «La capacidad del menor mayor de catorce años y de la autotutela», por la Dra. López Azcona, Acr. Profesora Titular de Derecho civil UZ, y del «Consorcio conyugal y de la viudedad», por el notario y profesor de la UNED, Sr. Agustín Bonaga. En Barbastro, en la Sala Sender, intervino el Justicia de Aragón y se habló de «Autoridad familiar y Junta de parientes» (Dr. D. Francisco Mata Rivas, abogado y profesor de la UNED) y de «Custodia compartida» (Dr. Tena Piazuelo, Acr. Catedrático de Derecho civil UZ).

g) *Seminario Internacional De la enseñanza de la Ciencia del Derecho*

El referido Seminario se celebró los días 18 y 19 de septiembre de 2014 en la Universidad Carlos III de Madrid. En su seno, el profesor Delgado Echeverría, defendió la ponencia titulada *La invención del sello de la Facultad de Derecho de Zaragoza, 1906 Don Juan Moneva, el Derecho aragonés, la sociología y Joaquín Costa.*

h) *Coloquio Derecho Civil-Filosofía del Derecho:* «La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento»

El pasado 26 de septiembre de 2014, en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, se celebró el *Coloquio Derecho civil-Filosofía del Derecho: La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiemo,* cuya dirección científica estuvo a cargo del Dr. Delgado Echeverría, Catedrático emérito de la UZ y del Dr. Atienza Rodríguez, Catedrático de Filosofía del Derecho de la U. de Alicante; de la organización del mismo se ocupó la Institución «Fernando el Católico». La finalidad de la sesión fue propiciar un acercamiento y colaboración intelectual entre civilistas y filóso-

fos del Derecho de las universidades españolas. En el coloquio se analizó, desde diversas ópticas, este principio del Derecho, y se tuvieron en cuenta el pensamiento de Joaquín Costa y Federico de Castro sobre el mismo. En las diversas sesiones intervinieron, Isabel Lifante Vidal, (U. Alicante), Mari Paz García Rubio (U. Santiago de Compostela); Ángel Carrasco Perera (U. Castilla-La Mancha); Liborio Hierro (UAM). La Sesión concluyó con una mesa redonda en la que intervinieron los profesores, Delgado, Atienza, R. Bercovitz, J. J. Moreso y M. Castilla. El Coloquio fue un éxito de participación y gozó de gran altura intelectual tanto por parte de los ponentes como de los asistentes al mismo.

i) *Decimotercera Jornada Práctica sobre Derecho civil Foral del País Vasco*

La Academia Vasca de Derecho organizó en Bilbao, el pasado 27 de noviembre de 2014 una Jornada sobre *La Jurisprudencia civil vasca*. A dichas jornadas fue invitado el maestro Delgado Echeverría que intervino con una ponencia sobre «La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Derechos civiles forales o especiales».

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAPHY

A) RECENSIONES

A) REVIEWS

***Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mútua*. Directors Joan Egea i Fernández, Joseph Ferrer i Riba. Coordinadora Esther Farnós i Amorós. Ed. Atelier. Llibres Jurídics. Barcelona, 2014 (1.155 pp.) ISBN 978-84-15690-47-4.**

A) EL ORIGEN DE LA OBRA Y SU RAZÓN DE SER

La presente obra, tal y como explican los directores de la misma en el Prólogo que la precede, cuenta con unos solventes antecedentes y una contrastada calidad en razón del grupo de profesionales, de la academia y del foro, que la han confeccionado.

En efecto, los antecedentes de este volumen traen causa de los Comentarios al Código de familia y a las Leyes de uniones estables de pareja y de situaciones de convivencia de ayuda mutua, que vio la luz en el año 2000 por iniciativa del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. La buena acogida que tuvieron estos comentarios entre los diversos operados jurídicos contribuyó a que este equipo de profesionales abordara en 2009 el Comentario al Libro IV del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones, que también fue editado por Atelier.

Todo ello ha propiciado que en 2014 vea la luz este extraordinario Comentario al Libro II, Persona y Familia, del Código civil de Cataluña, presentando un comentario legal, artículo por artículo, en el que se tiene en cuenta la doctrina y la jurisprudencia relativa al mismo.

Ahora bien, estos Comentarios, desarrollados en el marco del Proyecto sobre «Reforma del Derecho de familia y análisis unitario de su régimen patrimonial. Atribución de derechos de propiedad, pretensiones compensatorias y atención a las necesidades a su disolución por crisis y por causa de muerte» (DER2011-27960) financiado por MINECO y dirigido por Josep Ferrer i Riba, son el segundo volumen de los dos que conformarán la presente obra; en concreto, y como indica su título, su contenido se corresponde a la regulación de los Títulos III (*La Familia*) y IV (*Las relaciones de convivencia de ayuda mutua*).

En efecto, este segundo volumen comienza su comentario en el art. 231-1 hasta el final del libro II (art. 240-7), incluidas las nueve Disposiciones Adicionales y las ocho Disposiciones Transitorias con las que se cierra este libro; el

comentario a los Títulos I y II (*La persona física* y *Las instituciones de protección de la persona*, respectivamente) se llevará a cabo más adelante.

La razón de comenzar por el segundo volumen de la obra responde, como explican Joan Egea y Josep Ferrer, a la mayor aplicación práctica y conflictividad judicial a que da lugar la materia que aquí se regula.

B) ESTRUCTURA DE LA OBRA

Como exponen los directores de la misma, la obra es un comentario, artículo por artículo, de todos aquellos que contienen los libros III y IV del Libro II del Código civil de Cataluña (arts. 231-1 al art. 240-7) así como de las ya referidas Disposiciones Adicionales y Transitorias.

Los comentarios van precedidos de un Prólogo, firmado por los directores de este volumen, y de unas Abreviaturas. Seguidamente comienza el comentario a cada uno de los artículos siguiendo la estructura del Código: Título III, *La familia*, y los siete capítulos que lo componen. La extensión a cada precepto es diversa pero compensada y atiende a la propia estructura y aplicación del mismo. No son unos comentarios breves, pero tampoco perdidos en el exceso, están en su justa medida, tanto para un uso doctrinal como forense.

El comentario al Título III, *La familia*, se desarrolla siguiendo el orden sistemático de los siete capítulos que lo integran, a saber: *Alcance de la Institución familiar*, Cap. I, que incluye cinco secciones en las que se aborda, El matrimonio: Disposiciones generales y efectos; Las relaciones económicas entre los cónyuges, en las que se atiende a los principios que las informa; los capítulos matrimoniales; las donaciones por razón de matrimonio, los derechos viduales familiares y, también, las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. El Cap. II regula los diversos *regímenes económicos* comenzando por el régimen legal de separación de bienes, el régimen de participación; la asociación a compras y mejoras; el agermanamiento; el pacto de convivencia y el régimen de comunidad. El Cap. III regula los *efectos de la ruptura de la convivencia: nulidad, divorcio y separación judicial*. Los efectos comunes a la ruptura de la convivencia se desarrollan en cuatro secciones: Disposiciones generales (Medidas provisionales, convenio regulador, mediación familiar, modificación de medidas); el cuidado de los hijos; la prestación compensatoria, y por último, en la sección cuarta, la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. El Cap. IV aborda en tres secciones, la *convivencia estable de pareja* (Disposiciones generales, extinción y efectos de la extinción), El Cap. V regula la filiación a través de tres secciones que responden a la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva; el Cap. VI, a través de cinco secciones, regula *la potestad parental* y, por último, el Cap. VII regula los *alimentos de origen familiar*. El Título IV, art. 240-1 a 7, regula las llamadas *relaciones de convivencia y ayuda mutua*. Por último, se comentan cada una de la *Disposiciones Adicionales* y *Finales* de este Libro II.

La parte final de la obra contiene una cuidada *Bibliografía* siguiendo el orden alfabético de los autores.

C) LOS AUTORES

Como indican los directores en el prólogo la obra ha sido posible gracias a la implicación, trabajo y buen hacer de todos los miembros que integran este grupo de investigación abanderados por Joan Egea y Joseph Ferrer; pero no sólo ellos han hecho posible la confección de este trabajo, ya que en este volumen se ha contado con la colaboración de cuarenta y cuatro especialistas, la mayoría del ámbito universitario pero también con contribuciones más que estimables de la práctica profesional notarial, registral y de la judicatura.

La obra ha sido coordinada por Esther Fanós i Amorós y han colaborado en la misma Laura Allueva, investigadora predoctoral y Sergi Morales, becario de investigación.

D) CONTENIDO Y VALORACIÓN

Estos comentarios a los capítulos III y IV del Libro II del Código civil de Cataluña presentan el rigor y el método que imprimen los directores de la obra así como todo el equipo de académicos y profesionales que han colaborado con ella.

En la misma se combinan el análisis exegético y dogmático de los preceptos y de las instituciones con la aplicación práctica de los mismos que se extrae de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Cataluña y de las Audiencias Provinciales catalanas; por ello presenta un inestimable valor para todos los operadores jurídicos, tanto investigadores como miembros del foro: jueces, fiscales, notarios registradores y abogados.

La obra está cuidada y tiene en cuenta las últimas novedades que han incidido en la familia no matrimonial a través de las recientes sentencias del TC en esta materia, en particular, la STC 93/2013, de 3 de abril por la que se declara inconstitucional buena parte de la Ley foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, aportando opiniones fundadas sobre la incidencia de dicha doctrina en la regulación catalana afirmando que el Código civil de Cataluña no vulnera la libertad consagrada en el art. 10-1 CE, al no establecer un régimen imperativo ni crear un estado civil entre los convivientes no casados, la regulación es eminentemente dispositiva y susceptible de ser excluida por la voluntad de los convivientes.

Para finalizar, a mi juicio, merece la pena destacar, las novedades que presenta el Título III del libro II, en lo que atañe a los pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial (art. 231-1) en los que se tiene en cuenta doctrina anglosajona y se cuenta ya con nutrida jurisprudencia; también la compensación económica por trabajo para la familia; la regulación del régimen de participación; los planes de parentalidad que tienen en cuenta también la custodia compartida, aun cuando, a diferencia de Aragón, no se la considera de preferente aplicación; y un largo, etc.

Todo este cuidado análisis en relación a estas novedades legislativas revelan que estamos ante una obra de necesaria lectura para todos los estudiosos y aplicadores del Derecho de familia en cualquier lugar del territorio nacional.

Carmen Bayod
Acr. Catedrática de Derecho civil

Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coords.): *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* Colección Actas. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014, 362 pp.

El Título II del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) regula las relaciones entre ascendientes y descendientes siguiendo la tradición propia del Derecho aragonés, que dejó al margen el sistema romano de patria potestad. La Sección 3ª del Libro I del CDFA titulada «Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo», en sus artículos 75 a 84, y los artículos 69 y 70 de la Sección 1ª, regulan las relaciones entre padres e hijos tras el cese de la convivencia respecto a la guardia y custodia de los hijos –mayores y menores– y el régimen de visitas. El contenido de esta regulación recoge algunos artículos procedentes de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, *de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres,* conocida como «Ley de custodia compartida» y de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de *Derecho de la persona.* Este libro pone de manifiesto que Aragón ha sido pionera y se plantea si ha servido de ejemplo para otras Comunidades Autónomas que están tratando de adoptar disposiciones normativas semejantes. En definitiva, si las relaciones entre padres e hijos en Aragón son un modelo a exportar.

Los nuevos modelos de familia y la complejidad entre los distintos miembros de la misma suponen auténticos retos, tanto en la convivencia diaria, como en el Derecho. Las distintas realidades familiares, unidas a la actual crisis económica impiden que muchas personas –jóvenes y no tan jóvenes– puedan vivir de forma independiente a su núcleo familiar, lo que constituye un problema que debía ser abordado. Sobre todo por dos principales diferencias con respecto a tiempos pasados: la permanencia en la vivienda familiar de los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad, y la ruptura de la convivencia de los padres cuando tienen hijos a cargo, ya sean menores o mayores de edad. Este libro recoge las ponencias impartidas por varios profesionales del Derecho de familia en la Institución «Fernando el Católico» en Zaragoza, los días 30 y 31 de mayo de 2013, en el marco del Seminario «Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?», y supone una obra imprescindible para entender la situación actual, cómo hemos llegado hasta ella y cuál puede ser la evolución jurídica en el futuro.

Si bien la obra no sigue una estructura de bloques separados en función de la temática de las intervenciones, se va a diferenciar en esta recensión entre aquellas ponencias que se refieren a los hijos menores de edad, y las que estudian el caso de los que ya han alcanzado la mayoría.

En la primera de las ponencias relativa a las relaciones paterno-filiales con hijos menores, el profesor José Antonio Serrano realiza un análisis jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que expone el régimen de guardia y custodia de los hijos y su régimen de visitas. Los tribunales dejan de otorgar la custodia individual por apelación del artículo 92 del Código Civil, debido a la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida regulada en el artículo 80.2 del CDFA. Siempre que no se demuestre cumplidamente que la custodia individual es más conveniente para el menor, según el caso concreto. Los presupuestos necesarios para la aplicación de la regulación aragonesa derivados del artículo 75 del CDFA son la ruptura de la previa situación de convivencia de los padres –estén casados entre sí, o se trate de una pareja estable no casada o mera pareja de hecho– y la existencia de hijos menores, incapacitados o mayores de edad sin recursos propios comunes a su cargo. En el segundo de los supuestos, el autor se plantea además la necesidad de dotar de vivienda y sufragar sus gastos de asistencia en los términos de los artículos 69 y 70 del CDFA. Por otra parte, se destaca la posibilidad de aplicar parcialmente la Sección 3ª del Libro I del CDFA relativa a los «Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo», a aquellos padres con hijos a cargo que nunca han convivido entre ellos en la forma requerida para ser pareja de hecho. Así las cosas, el autor cita a modo de ilustración la Sentencia STSJA 18/2013, de 25 de marzo, en la que no se aprecia fundamento para quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 75 CDFA los casos de ausencia de convivencia entre los padres y de estos conjuntamente con sus hijos, en lo que se refiere al derecho de los hijos a relacionarse con sus padres y el de estos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. Con todo, pese a la falta de convivencia permanece la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar y los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Porque la guardia y custodia genera el deber de criar y educar a los hijos, reguladas en virtud del principio del interés superior del menor o *favor filii,* recogidas en el Derecho internacional, nacional y aragonés (artículo 76 CDFA).

La profesora Aurora López Azcona aborda el análisis jurisprudencial de dos de los efectos más importantes que tienen lugar tras la ruptura de la convivencia de los padres con hijos menores: la atribución del uso de la vivienda familiar y los gastos de asistencia a los hijos. De hecho, el deber de crianza y educación de los hijos no cesa por la ruptura de convivencia de los padres, o porque éstos contraigan un nuevo matrimonio o constituyan una nueva pareja estable, tal y como se desprende del artículo 63 CDFA. Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, la autora expone que ésta viene condicionada por el concreto régimen de guardia y custodia que se adopte respecto de los hijos a cargo. El derecho aragonés vuelve a poner de manifiesto la importancia del principio *standum est chartae,* dada la prioridad reconocida por el artículo 77.5 CDFA a los acuerdos convenidos libremente por los padres. Sólo en defecto de pacto, advierte la autora que el juez decidirá sobre esta cuestión fijando los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, articulando el sistema judicial de venta y en su caso, regulando el ajuar familiar conforme al enunciado principio del interés superior del menor. Con todo, el uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional desvinculándose del Derecho Civil estatal. En relación a los gastos de asistencia de los hijos menores, la

máxima consiste en que la obligación de asistencia subsiste tras la ruptura de la convivencia de los padres. Así las cosas, ambos progenitores quedan vinculados a satisfacer los gastos clasificando cada contribución conforme al principio de proporcionalidad.

A continuación, la profesora Elena Bellod analiza el contenido y la finalidad que el legislador aragonés ha perseguido al establecer –en defecto de pacto– la custodia compartida frente a la individual como régimen de convivencia preferente entre padres e hijos. De hecho, la autora señala que el artículo 80.1 CDFA tiene por objeto garantizar el ejercicio de derechos y obligaciones en situación de igualdad. Apunta que lo ideal para la estabilidad del menor en un régimen de custodia compartida, sería que éste permaneciera siempre en el mismo hogar rotando los padres, no sin advertir que se requiere de una situación económica desahogada. Con la custodia compartida se pretende evitar que el menor tenga una relación lo más parecida posible a cuando sus padres estaban juntos. Con la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón y el artículo 80 CDFA, el legislador aragonés ha pretendido variar la situación previa que aplicaba subsidiariamente el Código Civil, en el que se admite la custodia compartida como régimen excepcional. Por último, la autora concluye enunciando los principios que el legislador aragonés ha seguido para regular la Sección 3ª del Libro I: la ruptura de convivencia no afecta al contenido de la autoridad familiar y el interés de los hijos menores presidirá las relaciones familiares.

Como alternativa al proceso judicial, el profesor José Luis Argudo trata la mediación familiar en las relaciones entre padres e hijos. Nacido como un proceso voluntario y extrajudicial se convirtió en un método de resolución de conflictos en los países anglosajones e Iberoamérica desde finales de los 60 y 70. El autor expone algunas de las ventajas que supone la mediación desde su llegada a España para todas las partes implicadas en el conflicto. Por ejemplo, la descongestión de tribunales y juzgados, la celeridad y economía de tiempo y dinero, todo ello garantizando «la protección del interés superior del menor». La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, dedicó en su Capítulo III un único artículo relativo a la mediación familiar en Aragón, y a posteriori, la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar en Aragón, reguló esta cuestión en exclusiva. El autor hace hincapié en la posibilidad que tienen los progenitores de acudir en primer lugar y de común acuerdo a la mediación familiar para resolver sus discrepancias. Ahora bien, resulta imprescindible, tal y como se desprende del artículo 78.4 CDFA, que los acuerdos de mediación familiar obtenidos entre los progenitores cuando se refieran a la ruptura de convivencia de los padres deben ser aprobados por el Juez. Por último, se destaca la importancia de la participación de los hijos en la mediación, siempre y cuando, eso sí, exista consenso parental al respeto así como pacto de confidencialidad y consentimiento informado.

La profesora Teresa Picontó trata el problema de las relaciones entre padres e hijos en la actualidad. Explica el sentido del concepto de «parentalidad» y analiza la implantación de la custodia compartida de los hijos como sistema novedoso, medida que el juez puede establecer incluso sin acuerdo de los padres,

salvo que entienda que esta medida no resulta conveniente y es contraria al interés del hijo. Se trata de una medida ciertamente compleja, como señala la autora, al indicar que la propia legislación estatal difiere respecto de las cuatro leyes de las comunidades autónomas existentes hasta la fecha. Otro punto de conflicto sumamente importante en relación con la custodia compartida es la escasa ayuda masculina en el hogar cuando la pareja convive, independientemente de la situación laboral del padre o de su nivel educativo. La ponencia concluye que el varón está en una posición de menor conocimiento, en la mayoría de los casos, respecto a cómo se debe criar y educar a sus hijos.

Respecto de los casos de los hijos mayores de edad, el resto de ponencias abordan el problema derivado de su permanencia en la vivienda familiar así como la crisis de convivencia entre padres e hijos en el ámbito penal.

Como señala la profesora María del Carmen Bayod, el hecho de que el hijo alcance la mayoría de edad no implica ningún cambio en el ámbito sociológico, pero jurídicamente tiene una gran relevancia. Entre otros, aparece el concepto de «crianza y educación» –regulado en el artículo 69 CDFA–, y el importante problema de establecer cuándo debe entenderse que el hijo mayor de edad ha completado su formación. En un clarificador análisis del artículo 69 CDFA y de los artículos relacionados con el mismo, la autora expone los antecedentes de este artículo, sus principales incógnitas a la hora de aplicarlo y analiza los conceptos relativos a los gastos de crianza y educación frente a la obligación de alimentos. Explica los problemas que pueden derivarse del citado precepto realizando una interpretación profunda de la norma y de cómo debe afrontarse su resolución. Por último, ofrece un interesante recopilatorio jurisprudencial de los recursos de casación interpuestos en relación con los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad que todavía no han finalizado su formación.

En la siguiente ponencia, el profesor Miguel Lacruz aborda el problema de la convivencia con hijos mayores de edad, en particular cómo deben hacerse valer las reglas de la casa y lograr así la contribución de los hijos. La cuestión es vital, puesto que los hijos mantienen el derecho a permanecer en el domicilio familiar, pero no existe posibilidad real de aplicar ninguna medida que asegure un comportamiento ejemplar por su parte, máxime al haber dejado de estar sujetos a la autoridad paterna. Todo ello en una situación que, como señala el autor, puede venir impuesta a los padres, pues la norma ampara al hijo mayor de edad que cumpla los requisitos necesarios para seguir viviendo con sus progenitores. El autor señala también la especial estructura familiar española, así como la comodidad de residir en el domicilio paterno. Fundamental resulta, en esta ponencia, la explicación de los distintos ámbitos y supuestos que pueden acontecer en las reglas de convivencia, estableciendo una sólida línea de actuación en la difícil frontera entre los derechos y deberes de los padres y los de los hijos mayores de edad.

El profesor Ángel Bonet realiza un análisis comparativo entre el artículo 69 CDFA y el artículo 93.2 del Código Civil, examinando tanto el texto de ambos como los pronunciamientos jurisprudenciales que han tenido lugar. En su ponencia se estudia la complejidad de los problemas de legitimación de las partes

respecto a las pretensiones de alimentos, de educación y de crianza que tengan los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores, así como sus consecuencias. Con claridad y profundidad, el autor explica los distintos supuestos que pueden producirse y analiza una cuestión crucial y siempre compleja, como es la respuesta a la pregunta de si, en consideración de los artículos que analiza, nos encontramos ante un concurso de acciones o de normas.

El Fiscal de la Comunidad Autónoma de Aragón, Carlos Sancho Casajús, realiza un estudio minucioso de las crisis de convivencia en las relaciones paterno-filiales desde el ámbito penal. En primer lugar, enuncia las principales diferencias entre la violencia doméstica y de género, para abordar, en segundo término, los requisitos que distinguen el delito de maltrato familiar simple y el habitual. Además, hace hincapié en otras figuras delictivas tipificadas en el Código Penal, como son los delitos de amenazas y coacciones y la influencia de éstas sobre las crisis de convivencia entre padres e hijos. El autor analiza también el alcance de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de los delitos de violencia de género y doméstica, y cómo afecta esta suspensión en el incremento de los casos de agresiones de hijos a padres. Expone igualmente las medidas de seguridad fundamentadas en su peligrosidad y el delito de obstrucción a la justicia. Por último, es de especial relevancia la referencia que el Fiscal ofrece del «castigo» de la violencia doméstica que contiene la Ley penal del menor, estableciendo diferencias entre los menores de edad y mayores de dieciséis años y los menores de edad que son mayores de catorce pero menores de dieciséis.

Finalmente, el magistrado Luis Ignacio Pastor explica los efectos que pueden derivarse de la regulación aragonesa respecto de la convivencia entre los hijos mayores de edad y los padres. El autor destaca que son pocos los problemas nuevos que se producen entre los hijos que siempre han residido con sus padres y han tenido una convivencia normal, así como la dificultad práctica –imposibilidad, más bien– de imponer a un mayor de edad la obligación de obedecer a sus padres, siendo que tal obligación ya no existe. Así mismo, resultan muy interesantes sus notas jurisprudenciales, en una ponencia que termina intentando dar respuesta en sus conclusiones a la pregunta planteada en el título del Seminario y de la obra aquí analizada. El autor afirma que, en su opinión, «*la respuesta a si el modelo aragonés es exportable puede ser afirmativa en los extremos tratados, siempre, claro está, con las debidas adaptaciones que corresponda en los otros ordenamientos jurídicos*».

Lascorz Collada, María-Cruz y Tenas Alós, Miguel Ángel
Personal Investigador en Formación, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza

B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

B) BIBLIOGRAPHY REPERTOIRE

IV. OBRAS GENERALES, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

1. Obras colectivas

Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, 362 pp.

En la Colección de Actas de la IFC se publican las Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la sede de la Institución los días 30 y 31 de mayo de 2013.

Respecto de la crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven, José Antonio Serrano García se ocupa de la guarda y custodia y el régimen de visitas, y Aurora López Azcona de la atribución del uso de la vivienda familiar y de los gastos de asistencia a los hijos.

De los gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados y sus límites, así como de las diferencias con los alimentos legales entre padres e hijos, escribe Mª del Carmen Bayod López; Miguel Lacruz Mantecón reflexiona sobre la convivencia con los hijos mayores de edad, su deber de contribución y de respeto a las reglas de la casa, planteándose la pregunta de ¿cómo hacerlas valer? De los aspectos procesales de las pretensiones de alimentos, educación y crianza de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores trata la ponencia de Ángel Bonet Navarro.

La cuestión de la mediación familiar en las relaciones entre padres e hijos es abordada por José Luis Argudo Périz; Teresa Picontó Novales, desde el campo de la sociología jurídica, hace una exposición general de las relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI.

El libro recoge también algunas intervenciones de varios miembros de las mesas redondas: Elena Bellod Fernández de Palencia (hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos), Carlos Sancho Casajús (crisis de convivencia padres-hijos: ámbito penal) y Luis Ignacio Pastor Eixarch (convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del Código de Derecho Foral de Aragón).

4. Manuales y obras generales de Derecho foral

Fernández de Bilbao y Paz, Jesús Javier: *Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*. Núm. 3 de la colección *Lanbideak Bilduma* de la Academia Vasca de Derecho, 2014.

Busto Lago, J. M. (director), Álvarez Lata, N., Peña López, F.: *Curso de Derecho Civil de Galicia*, Ed. Atelier, 2015, 480 pp.

Urrutia Badiola, Andrés Mª: *Diccionario terminológico de Derecho Civil Foral Vasco,* Núm. 4 de la colección *Lanbideak Bilduma* de la Academia Vasca de Derecho, 2014.

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. Temas comunes a todos los Derechos forales

1.4. *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

Yzquierdo Tolsada, Mariano: «¿Cómo queda el Derecho civil español tras la sentencia del "Estatut"? Diálogo entre tres civilistas a propósito de la STC 31/2010, de 28 de junio», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 3747-3782.

1.6. *Problemas de Derecho interregional*

Calatayud Sierra, Adolfo: «Derecho interregional, Código civil y Reglamento europeo de sucesiones», en *Revista Jurídica del Notariado*, números 86-87, julio-septiembre 2013, pp. 479 a 508.

El autor comienza resaltando la importancia del denominado Derecho interregional, sujeto al principio de unidad de régimen jurídico y, por tanto, enteramente excluido de la legislación autonómica, cuya regulación se contiene en el Título Preliminar del Código civil (reformado en 1990), en la que se nota una falta de adecuación para responder a las necesidades creadas por la creciente complejidad de las normativas civiles territoriales. La pregunta clave es: ¿En qué manera afecta el Reglamento europeo 650/2012, relativo a las sucesiones, a nuestro Derecho interregional? La respuesta no es fácil.

En principio, como el Reglamento no afecta a los conflictos internos, tendremos un doble sistema de resolución de conflictos de leyes en Derecho sucesorio: el externo del Reglamento para los conflictos de leyes de diversos Estados y el interno del Título Preliminar del Cc. para los conflictos entre las diversas legislaciones civiles españolas. La convivencia de los dos sistemas no será fácil al no ser sencillo deslindarlos con nitidez y fijar en qué casos nos encontramos ante un tipo de conflictos y cuándo en otros. Además, en los casos en que resulte de aplicación el Reglamento sucesorio y conforme a él quede determinada la ley española, se hace preciso decidir, de acuerdo con su art. 36, cuál de las diversas leyes sucesorias españolas es la que debe regir.

Para profundizar en la materia, el autor examina las reglas de funcionamiento del Derecho interregional sucesorio y después las diferencias del sistema de

solución de conflictos que establece respecto de las que proporciona el Reglamento europeo. A continuación intenta fijar las relaciones entre uno y otro sistema y, sobre todo, delimitar sus respectivos ámbitos de actuación.

A la vista de los problemas que plantea la convivencia de dos sistemas diferentes de solución de conflictos de leyes en materia sucesoria, considera el autor que lo mejor que podría hacer el legislador español es someter los conflictos internos a las normas del Reglamento europeo, conforme a lo previsto en su art. 38, y dejar claro, en la correspondiente ley, cuál de los diversos Derechos sucesorios españoles debe aplicarse cuando la ley designada por el Reglamento europeo sea la española; en este punto, cree el autor que debe mantenerse la opción por la vecindad civil del causante.

2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e instituciones del Reino de Aragón

2.7. *Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)*

Redondo Veintemillas, Guillermo: *El Justicia de Aragón en los Anales del cronista Jerónimo Zurita (1548-1580). Unas notas de aproximación*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013.

El Prof. Redondo analiza en esta publicación los factores que determinaron la creación del mito que rodeó a la figura del Justicia de Aragón. Buena parte del estudio está dedicado a la llamada «Carta intimada» que Juan Ximénez de Cerdán, que había sido Justicia, entre 1390 y 1423, dirigió a uno de sus sucesores, Martín Díez de Aux, que lo fue a partir de 1434. La carta que, como señala el Prof. Redondo Veintemillas, tiene mucho de autobiográfica, estaba destinada a justificar su gestión, pues había sido cesado por Alfonso V. Comoquiera que en ella reúne una serie de fábulas sobre el origen del Justiciazgo, su influencia fue muy grande en autores posteriores. En el libro que estamos comentando se incluye una reproducción facsimilar del original conservado en la Biblioteca General Universitaria de Zaragoza, correspondiente a la edición realizada por Paulus Hurus en 1496. La Carta intimada está fechada en Agón (Zaragoza), el 25 de febrero de 1435.

3. Aragón: desde los Decretos de Nueva Planta al Apéndice de 1925

Delgado Echeverría, Jesús: «La invención del sello de la Facultad de Derecho. Don Juan Moneva, 1906», en *Miscelánea de estudios en Homenaje a Guillermo Fatás Cabeza*, IFC, Zaragoza, 2014, pp. 215-224.

Sello donado a la Facultad por el señor Moneva en 1906, que parece ser su inventor y más que probable diseñador; la sencilla letra carolina elegida para la leyenda inscrita en el libro de fueros del sello puede estar inspirada directamente en la de los manuscritos pinatenses que la Facultad adquirió por aquellas fechas. Se señalan también las relaciones de los profesores de la Facultad con el

Derecho aragonés, por el que la Facultad «vela constantemente» y al que se considera legitimado, adicionalmente, por la moderna Sociología (declaración contenida en un informe de 1904). El lema del sello es *De consuetudine Regni... et de foro stamus chartae*, como expresión de la libertad civil y emblema del Derecho foral aragonés, porque entonces esta es la inteligencia y significado habitual del brocardo entre los juristas aragoneses de todas las orientaciones ideológicas y políticas, y con ello quieren, adoptándolo, mostrar su sentimiento de veneración y defensa del Derecho foral propio.

Vicente y Guerrero, Guillermo*: Del orgulloso forismo al foralismo tolerado.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.

La obra ofrece un análisis de la atmósfera política, de la fundamentación jurídica y del contenido normativo de los Decretos de Nueva Planta, así como de «la reacción que adoptó la historiografía jurídica aragonesa ante ese intolerable proceso de imposición normativa castellana».

La obra también analiza el contexto ideológico y político en el que se desarrolló la primera guerra civil de la historia de España, la Guerra de Sucesión (1700-1715), que enfrentó a los territorios de la Corona de Aragón con los de Castilla, aliados estos con la Francia borbónica.

El trabajo de Vicente hace hincapié precisamente en ese proceso de imposición de la cultura, el derecho y las instituciones castellanas sobre Aragón, lo que supuso un absoluto vuelco en la forma de vida de los aragoneses a lo largo ya de todo el siglo XVIII. En especial, el libro analiza la pérdida de todas las instituciones políticas de la región, las Cortes, el Justicia, el Gobierno... así como la llegada de autoridades castellanas para regir las nuevas instituciones en sustitución de los jueces y políticos aragoneses.

4. Leyes civiles aragonesas

4.3. *Autonomía: conservación, modificación y desarrollo*

Bayod López, María del Carmen: «El Derecho civil aragonés en el siglo XXI: tradición y modernidad. El Código del Derecho Foral de Aragón», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi , 2014, pp. 525-550.

Completo y bien documentado estudio de presentación a la comunidad jurídica española del Código del Derecho foral de Aragón. Se da cuenta detallada del proceso que ha conducido a su aprobación, con una pausada y reflexiva derogación mediante leyes especiales preparadas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de partes importantes de la Compilación, para finalmente refundirlas con la adición del Título Preliminar de la Compilación y el contenido de otras dos leyes (parejas de hecho, «custodia compartida») fruto de proposiciones de ley de los Grupos parlamentarios.

La refundición se ha hecho con una técnica muy depurada, haciendo uso moderado de la facultad de armonizar, regularizar y aclarar los textos legales objeto de refundición, de lo que informa con precisión la autora, así como de las disposiciones transitorias también refundidas.

El trabajo termina con unas breves reflexiones sobre el Derecho civil aragonés del siglo XXI.

Moreu Ballonga, José Luis: «Una reflexión sobre el llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 2143 a 2187.

En este nuevo trabajo, que está estructurado en 4 apartados (1. El llamado «Código de Derecho Foral» (CDFA) y otras dos leyes posteriores; 2. Las fuentes del Derecho en el CDFA; 3. Valoración técnica e ideológica del CDFA; 4. Enseñanzas de la experiencia legislativa del CDFA para una posible reforma del Código civil español), su autor insiste y reitera sus ideas críticas sobre las reformas recientes del Derecho civil aragonés que, por ello, no considera un modelo a seguir en una posible reforma del Código civil español. En su opinión la amplia y expansiva reforma del Derecho civil aragonés ha dejado pendiente, entre otras varias deficiencias y decisiones que critica, su modernización ideológica y su adaptación a la sociedad actual aragonesa.

6. Persona y familia

6.1. *En general*

Callejo Rodríguez, Carmen: «Consecuencias del impago de la pensión compensatoria sobre la pensión de viudedad, pactos sobre su cuantía y pensiones de complacencia», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2014.

La necesidad de ser acreedor de la pensión compensatoria al tiempo del fallecimiento del causante para lucrar la pensión de viudedad por personas separadas judicialmente y divorciadas (ex art. 174.2 LGSS), plantea la cuestión de determinar si es preciso que la pensión compensatoria se esté percibiendo de forma efectiva en ese momento, o, en su defecto, se haya reclamado judicialmente, cuestión de gran trascendencia en cuanto el incumplimiento del pago de la pensión compensatoria impediría el acceso a esta prestación social. Por otra parte, la limitación en la cuantía de la pensión de viudedad al importe de la pensión compensatoria, puede llevar a pactar una pensión mayor a la que realmente las partes tienen intención de pagar y exigir, con el objetivo de obtener para el acreedor de la pensión una prestación de viudedad mayor a la que realmente correspondería obtener. Este trabajo afronta el estudio de estas cuestiones y sus respuestas por nuestros tribunales.

6.2. *Edad. Incapacidad e incapacitación*

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: «Sentencia (del Pleno) del Tribunal Constitucional 236/2012, de 13 de diciembre (RTC 2012, 236). La protección patrimonial de las personas con discapacidad». En *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 92, 2013, pp. 599-614.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier: «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 744, 2014, pp. 1585-1610.

En el presente trabajo, que no olvida la regulación aragonesa, se pone de manifiesto cuál es el régimen jurídico de la prestación del consentimiento para la realización de actuaciones sanitarias sobre personas con discapacidad que han sido incapacitadas. En ese régimen ocupa un papel destacado la intervención de los guardadores legales de los incapacitados, tanto titulares de la autoridad familiar o patria potestad como tutores, e incluso curadores y aun los guardadores de hecho en ciertas circunstancias. Se hace referencia tanto al sistema general de prestación de dicho consentimiento como a los regímenes especiales para los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo y esterilización, aplicación de las técnicas de reproducción asistida, realización de ensayos clínicos e investigaciones biomédicas y práctica de trasplantes.

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

Argudo Périz, José Luis: «Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 273 a 298.

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos que está regulada, en el ámbito competencial del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, en la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorpora definitivamente al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En el ámbito competencial autonómico, muchas Comunidades Autónomas han aprobado leyes sobre mediación familiar.

En Aragón, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, refundida en 2011 en el Código del Derecho Foral de Aragón, ha sido el detonante de la necesaria regulación legal. La DF 2ª da un plazo de tres meses para que el Gobierno remita a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley de Mediación Familiar. Mientras tanto en la DT 2ª (7ª del CDFA) se establece un régimen provisional de mediación familiar que viene a completar la regulación contenida en el art. 4 (actual art. 78 CDFA). Aunque la vigente Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar

de Aragón, se aprobó después del Código del Derecho Foral de Aragón, sin embargo, entró en vigor el 8 de abril de 2011, por tanto antes que él. El régimen provisional ha quedado sustituido por el definitivo y parece que el art. 78 CDFA ha quedado tácitamente derogado por los contenidos de la nueva Ley.

La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar en Aragón, regula exclusivamente la mediación familiar y como servicio social especializado. En el estudio se analiza su contenido y estructura, así como el servicio social especializado de mediación familiar; también el concepto, conflictos y principios de la mediación familiar; el ámbito de aplicación territorial de la Ley, los mediadores familiares y el proceso de mediación; las especialidades de la mediación intrajudicial y los acuerdos de mediación. En particular la mediación familiar puede ser de utilidad para alcanzar un acuerdo en materia de guarda y custodia de los hijos: pero la incidencia de la mediación familiar, a través de los servicios intra y extraprocesales, no llega al 10 % de casos (7.73 % en los años 2011 y 2012). De momento su importancia es escasa. También hay división de opiniones sobre la participación de los hijos en el proceso de mediación de ruptura de la convivencia de los padres.

Bayod López, Mª del Carmen: «Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 119 a 201.

En la sociedad actual los hijos mayores de edad continúan viviendo con los padres y a su cargo durante muchos años. Las respuestas de los legisladores no son las mismas. En Aragón el precepto más relevante es el art. 69 CDFA sobre gastos de los hijos mayores o emancipados, que desvincula estos gastos del derecho del hijo a reclamar alimentos y los considera una prórroga excepcional y limitada del deber de crianza y educación, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia del TSJA. Se da cuenta de sus antecedentes. El precepto tiene su fundamento en el deber de asistencia entre padres e hijos.

La aplicación de la norma exige que el hijo sea de vecindad civil aragonesa o, si se desconoce la vecindad, que su residencia habitual esté en Aragón (arts. 16.1 y 9.4 Cc.). Además es necesario que el hijo no haya completado su formación (que no incluye estudios de master, doctorado, MIR, FIA, preparación de oposiciones, especialización, etc.; la formación termina con un título que habilite para trabajar) y no tenga recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educción («hijos mayores de edad en aprendizaje»). Dándose estos requisitos el deber sólo es exigible en la medida en la que sea razonable exigirles su cumplimiento y sólo por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. No siendo necesario esperar a que el hijo alcance la independencia económica.

El deber de crianza y educación de los hijos en aprendizaje se mantiene sin solución de continuidad al llegar a la emancipación o mayoría de edad y com-

prende los derechos-deberes de «proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades» y «educarlos y procurarles una formación integral», pero no se extiende a los derechos-deberes de «tenerlos en su compañía» y «corregirlos» que están ligados al ejercicio de la autoridad familiar. Pero los padres pueden imponer a los hijos el lugar de prestación de este deber. Si falta la convivencia entre los padres, son aplicables las reglas de contribución a los gastos de asistencia a los hijos del art. 82 y por relación con éste las reglas de los arts. 80 y 81. El hijo, durante la vida en común, debe respetar a sus padres y tiene el deber de contribuir equitativamente, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares (arts. 58, 70 y 187 CDFA).

Bellod Fernández de Palencia, Elena. «Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 321 a 328.

Aragón en esta materia ha sido pionera y, además, ejemplo para el Estado y otras Comunidades Autónomas que están imitando la regulación aragonesa. La autora destaca el objeto y finalidad de la regulación aragonesa, así como los derechos y principios que la presiden. Su aplicación requiere la vecindad civil del hijo, y cabe su aplicación retroactiva (DT 6ª). Seguidamente responde brevemente a las siguientes preguntas: ¿Qué es la custodia compartida?, ¿qué se pretende conseguir a través de la custodia compartida?, ¿en qué sentido considera la ley que la custodia compartida es preferente?, ¿cuál es el interés del menor a tener en cuenta por el juez?

Bonet Navarro, Ángel: «Las pretensiones de alimentos, educación y crianza de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 237 a 271.

El art. 69 CDFA, norma primaria, distingue entre los gastos de crianza y educación del hijo mayor o emancipado amparados por la legislación aragonesa, de un lado, y los alimentos entre padres e hijos mayores de edad, en toda la extensión reconocida por el Código civil, de otro. De lo dispuesto en el art. 82.1 y 2 CDFA se desprende la legitimación del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad o emancipado para reclamar la contribución del otro progenitor a los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA.

La norma del art. 93 II Cc., de naturaleza secundaria, tiene por objeto conseguir en los procesos matrimoniales la eficacia de las normas primarias de los alimentos de los arts. 142 y ss. del Código civil. Pero en los procesos matrimoniales con hijos de vecindad civil aragonesa, el juez al dictar la sentencia, ajustándo-

se al principio de congruencia, deberá pronunciarse en la sentencia fijando, en su caso, el montante pedido en la demanda o en la reconvención para la contribución del otro progenitor a los gastos de crianza y educación del hijo mayor o emancipado, ajustándose a la norma de los arts. 69 y 82.2 CDFA; mirando a las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos disponibles por los padres.

Además, el derecho a reclamar los alimentos le corresponde al hijo mayor o emancipado (art. 69 CDFA) incluso cuando no quepa reconocerle el derecho de crianza y educación por no concurrir las circunstancias del art. 69.1 CDFA.

Pero no es lo mismo pedir gastos de crianza y educación que alimentos legales, son dos objetos distintos susceptibles de introducir en el proceso y las acciones pueden ser compatibles separada, simultánea o sucesivamente (hay concurso de acciones).

Fuentes Giménez, José A.: «Custodia compartida: algunos aspectos fiscales», en *Diario La Ley*, núm. 8337, 2014.

El autor hace un recordatorio sobre algunos aspectos que tienen que ver con la posibilidad de los padres separados o divorciados, al hacer su declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, de optar por la tributación conjunta con sus hijos menores en caso de existencia de un régimen de custodia compartida.

Lacruz Mantecón, Miguel L.: «Convivencia con hijos mayores de edad. Contribución de los hijos y reglas de la casa ¿Cómo hacerlas valer?», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 203 a 235.

En el art. 70 CDFA recibe un tratamiento específico la convivencia entre padres e hijos mayores de edad, inexistente en otros Códigos que sólo prevén la figura de los alimentos. Es una convivencia que los padres no pueden imponer, pero sí los hijos por la vía del art. 69 CDFA (gastos de formación) o de los alimentos legales, y que en la práctica es muy frecuente. En comparación con la convivencia con hijos menores de edad, con la mayoría de edad desaparece la autoridad familiar, el deber de obediencia, el derecho a ser oído y el interés superior del menor. Persiste el deber mutuo de respeto, ayuda y asistencia (art. 58 CDFA), dentro del deber de asistencia están los gastos de formación del 69 CDFA y los alimentos legales, debiendo el hijo mayor a cargo contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Son hijos mayores de edad pero sin autonomía económica y, por ello, con cierta dependencia personal. «Niño mayor» o « hijo mayor protegido». También puede ser una convivencia entre personas con autonomía económica, desconectada del art. 69 CDFA y de los alimentos entre padres e hijos.

La dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres que tienen derecho a llevar su propia vida (derecho al libre desarrollo de la personalidad). La dirección familiar conllevará decisiones y establecimiento de reglas, puntuales las primeras y duraderas las segundas. Si no hay motivos para la reclamación de alimentos se puede decidir que el hijo abandone el hogar familiar. Las reglas pueden estar referidas a aspectos convivenciales o económicos y los hijos deben cumplirlas si son razonables, aunque también pueden optar, si su economía se lo permite, por marcharse de casa para no cumplirlas. La satisfacción de los gastos de crianza y educación o de los alimentos legales puede condicionarse al cumplimiento de las reglas de la casa. Concluida la formación y no estando justificada la reclamación de alimentos, la exigencia de cumplimiento de las reglas de los padres es más contundente, debiendo ser acatadas por el hijo, o si son desobedecidas cabe recurrir a la expulsión del hijo del domicilio familiar. El desahucio por precario parece el cauce adecuado (art. 250.1.2º Lec.). Otra cosa es la contribución a los gastos domésticos, en el caso de que el hijo obtenga rendimientos de bienes propios o ingresos del trabajo personal: la obligación de contribuir puede ser exigida por los padres ante los tribunales si el hijo se niega a cumplir las reglas de contribución por ellos establecidas (art. 250.1.1º Lec.).

El art. 70 CDFA trata de establecer un modelo de convivencia en la que los hijos mayores respeten las normas que para la misma impongan sus padres, así como participen en los gastos que la convivencia hace comunes.

López Azcona, Aurora. «Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 87 a 118.

En esta ponencia se analizan, con un enfoque esencialmente jurisprudencial, dos efectos o consecuencia de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos menores: la atribución del uso de la vivienda familiar y los gastos de asistencia a los hijos.

La vivienda familiar (vivienda habitual de la familia), cuyo título de disfrute (propiedad, usufructo, arrendamiento) pertenezca a uno o ambos padres, tendrá el destino que los progenitores acuerden y, en su defecto, lo decidirá el juez conforme a lo dispuesto en el art. 81 CDFA. El fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos menores es el superior interés del menor y el deber de crianza y educación de los padres (art. 65.1.b CDFA).

En todo caso la atribución del uso a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal (art. 81.3) para no perjudicar el derecho del otro, lo que requiere el señalamiento de un plazo, sin posibilidad de prórroga, para dotar de certeza al límite temporal. En todo caso debe quedar garantizado el derecho de habitación de los hijos menores. Otra novedad es que cuando el uso de la vivien-

da sea a título de propiedad de los padres (de ambos padres como bien consorcial: no en otros casos), el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares (art. 81.4): la venta sólo puede ser necesaria en los supuestos de custodia compartida, pues en los de individual la venta de la vivienda dejaría sin contenido al art. 81.1, y siempre que, dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al juzgador, considere que la venta es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. Al destino del ajuar familiar atiende el art. 81.5.

En el análisis de los gastos de asistencia de los hijos menores, el punto de partida es que la obligación de asistencia subsiste tras la ruptura de la convivencia y vincula a ambos progenitores. Ambos padres contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos tanto a los gastos ordinarios como a los extraordinarios necesarios, para los no necesarios hay otras reglas (a falta de acuerdo entre los progenitores, responde exclusivamente el progenitor que ha decidido su realización: art. 82.4); para los ordinarios, hay que atender también a los recursos del hijo, y parece que, con mayor motivo, en los extraordinarios necesarios. La precaria situación económica de un padre puede justificar una reducción de la pensión de asistencia a los hijos, pero nunca una exoneración del deber de los padres de cubrir el mínimo vital indispensable para el sustento de los hijos.

Entre los gastos ordinarios de asistencia, con base en el art. 65.1.b y c, se incluyen los de alojamiento, manutención, educación, vestido y los sanitarios cubiertos por un seguro. La contribución de los padres viene determinada por el concreto régimen de custodia, individual o compartida. En ésta lo normal es que no se fije una pensión de alimentos y que cada progenitor atienda a los que se generen durante sus periodos de custodia. No obstante, para los gastos ordinarios distintos de los de manutención y alojamiento (alimentación, habitación, higiene personal y gastos de bolsillo), tales como la ropa, los de la guardería o colegio, otras actividades de los hijos, etc., suele abrirse una cuenta común a la que cada uno contribuye aplicando el principio de proporcionalidad. En algunos casos se impone una pensión de alimentos al progenitor con mayores posibilidades económicas en los periodos en los que la custodia corresponde al otro. En la custodia individual, el progenitor no custodio ha de pagar la pensión mensual de alimentos a los hijos que se fije, actualizable anualmente por referencia al IPC, y modificable por la concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5).

Martínez de Morentín Llamas, María Lourdes: «Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro», en *Revista de derecho privado,* año 97, mes 3, 2013, pp. 41-76.

A veces la obstaculización o incluso privación del derecho de visita por el progenitor custodio produce graves daños, por no decir irreversibles, para la relación afectiva entre el padre no custodio y el hijo. En este trabajo se hace un examen de estos daños desde el punto de vista del padre perjudicado.

Pastor Eixarch, Luis Ignacio: «Convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del Código del Derecho Foral de Aragón», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 353 a 362.

Interesantes notas pensadas para introducir el debate en la Mesa Redonda sobre las relaciones personales y económicas entre los padres y los hijos mayores de edad que siguen conviviendo con ellos, a partir de lo dicho en los arts. 69 y 70 CDFA. En el ámbito jurídico, ante una situación de conflicto o, simplemente, de defectuosa convivencia, la única solución factible será la decisión unilateral de los padres, o del padre con el que convivan, de acordar el término de la convivencia, incluso de manera forzosa para el hijo generador del problema.

Del plano económico se ocupa el art. 69, que fija unos requisitos para que tenga lugar el mantenimiento de la obligación de los padres de seguir costeando los gastos de crianza y educación necesarios hasta que el hijo mayor complete su formación; cuando estos requisitos dejan de darse, termina el mantenimiento de la obligación de los padres y, en todo caso, a los 26 años (salvo pacto o decisión judicial distinta). Una vez extinguida no cabe nuevo nacimiento de esta obligación. La jurisprudencia ha señalado que el mantenimiento de esta obligación es una excepción a la regla general, que no depende de la independencia económica, pues se extingue por haber terminado la formación o por integrarse en el mercado laboral y que, una vez extinguida, no se rehabilita ni se inicia de nuevo aunque el hijo tenga menos de 26 años. En caso de falta de convivencia entre los padres, su contribución a estos gastos puede establecerse en el pacto de relaciones familiares (art. 77.2.d); a falta de pacto, el juez establecerá la cantidad a abonar por los padres para los gastos de asistencia de los hijos a cargo (art. 82.1), hijos a cargo entre los que se incluyen los mayores en formación del art. 69. Los procedimientos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para dilucidar las medidas judiciales sobre las relaciones familiares de los padres con hijos a cargo se adaptarán a las especialidades de los arts. 77.2.d y 82 del CDFA. No hay problemas de legitimación: el progenitor con el que quede el hijo mayor puede reclamar por sí, como derecho del que él mismo es titular, la pensión.

Es una valiosa aportación del CDFA la creación de un espacio entre los 18 y los 26 años de edad que, sin solución de continuidad y sin necesidad de acudir a la reclamación judicial, asegura a los hijos mayores la posibilidad de terminar su adecuada formación antes de entrar en el mundo laboral.

Picontó Novales, Teresa: «Relaciones entre padres e hijos en el siglo XXI», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 299 a 320.

Desde el ámbito de la sociología jurídica se destaca la importancia que ha adquirido el concepto de «parentalidad», de relación paterno-filial, en las políticas familiares, que se ha independizado y reforzado de la relación de pareja de los progenitores gracias, sobre todo, al principio del superior interés del hijo. Pese al divorcio o separación de los padres, la relación de ambos con sus hijos permanece. De ahí que en muchos países (Francia, Italia, Portugal, Reino Unido, etc.), y en algunas Comunidades Autónomas de España (Aragón, Valencia) las leyes establezcan una fuerte presunción a favor de la custodia compartida alterna de los hijos después de la ruptura de la convivencia de los padres. Los hijos tienen derecho a sus dos progenitores y cada uno de éstos debe implicarse para el bien de sus hijos. En la constitución y ruptura de la pareja la autorregulación es un principio básico, mientras que en las relaciones con los hijos el control judicial es más riguroso para garantizar su mejor interés.

Es cierto, sin embargo, que en la sociedad española el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito familiar está todavía lejos de consolidarse en aspectos como el reparto de las tareas y cargas domésticas y familiares, así como en el ejercicio de la crianza y educación de los hijos, antes y después de la ruptura de la convivencia de los progenitores. El papel de la mujer en la familia mediterránea sigue siendo muy destacado, siendo capaz de conciliar la vida familiar y laboral, mientras que el varón muchas veces sigue siendo el que se limita a aportar los recursos económicos. Los cambios hacia una mayor igualdad de género son lentos y desiguales. Por otra parte, los jóvenes, de ambos sexos, siguen viviendo con sus padres hasta edades elevadas con escasa participación en las tareas domésticas.

En un contexto así, cree la autora que las leyes de igualdad o paritarias no garantizan por sí mismas la igualdad de responsabilidades, en otras palabras, «no hace que los hombres sean competentes de repente». Por ello, el modelo de preferencia o de presunción de la custodia compartida no es el adecuado para todos los casos. La custodia compartida es el ideal para los hijos dado que posibilita el desenvolvimiento de sus relaciones con ambos progenitores, pero requiere de especial dedicación y empeño por parte de los padres varones, quienes por encima de cualesquiera otros intereses deben velar por el bienestar emocional y físico de sus hijos.

Serrano García, José Antonio: «Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 13 a 85.

A partir de lo dicho por la jurisprudencia del TSJA se construye el régimen de la guarda y custodia y el derecho de visitas en Aragón. Se fijan los presupuestos necesarios para que resulte de aplicación la regulación aragonesa, se indica la finalidad de ésta, así como los derechos, principios y cargas que presiden las relaciones de los padres separados con sus hijos menores de edad.

Respecto de la guarda y custodia, se señalan los procedimientos para fijarla, los sistemas posibles, con sus modalidades, la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida y la interpretación jurisprudencial de dicha preferencia legal: la custodia compartida es el sistema que como regla mejor recoge el interés de los menores; tiene como presupuesto la aptitud y capacidad de ambos padres para atender al hijo; no necesita ser probado como el más conveniente; la oposición de uno de los padres, sus malas relaciones o su manera diferente de entender la vida no son base suficiente para destruir la preferencia legal; la preferencia legal sólo se excepciona si se justifica suficientemente que la individual es más conveniente.

La custodia individual se contempla como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida: requiere practicar la prueba necesaria para conocer qué es lo mejor para el menor; valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas; acordar la custodia individual sólo cuando esté suficientemente acreditado que es lo más conveniente para el menor y motivar adecuadamente la decisión atendiendo a los factores del art. 80.2.

Se señalan las precisiones que sobre los factores del art. 80.2 ha introducido la jurisprudencia, también sobre el principio de no separación de los hermanos y la exclusión legal de la guarda y custodia por violencia doméstica o de género.

El apartado final se ocupa del régimen de visitas, como derecho-deber de padres e hijos menores de visitarse y relacionarse personalmente, extensible a la relación personal del menor con sus abuelos y otros familiares y allegados. Este derecho-deber existe también cuando los padres del menor no conviven, en cuyo caso su concreta articulación va unida al sistema de guarda y custodia establecido. Se describe el régimen mínimo de visitas habitual.

Serrano García, José Antonio: «La preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 3349-3370.

En Aragón, en virtud de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo (refundida en los arts. 75 a 84 CDFA), se ha pasado de la preferencia legal por la custodia individual, normalmente a favor de la madre, por aplicación del art. 92 Cc., a la preferencia legal por la custodia compartida, mientras no se demuestre que la individual es más conveniente. Tras hacer la presentación de la nueva regulación aragonesa y ponerla en relación con los principios y naturaleza de la relación paterno-filial, se da cuenta de la concreta plasmación legal de la preferencia por la custodia compartida, así como de la interpretación jurisprudencial que ha recibido, las primeras sentencias de casación y apelación que han acordado la custodia compartida y sus modalidades de ejercicio, para terminar aportando alguna información sobre extremos conexos a la custodia compartida: el régimen de visitas del progenitor no custodio, el destino de la vivienda familiar, la contribución a los gastos de asistencia a los hijos.

El artículo es un extracto de la primera parte de la ponencia del autor en el Foro de Derecho Aragonés de 2012.

Sancho Casajús, Carlos: «Crisis de convivencia padres-hijos: ámbito penal», en Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (coordinadores): *Relaciones entre padre e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 329 a 351.

Violencia doméstica y violencia de género. Diferencias entre ellas desde la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005, que crea los juzgados de violencia contra la mujer, con competencia tanto penal como civil.

Art. 153 Cp.: delito de maltrato familiar simple. Cualquier agresión o malos tratos que realice el varón a su mujer (esposa o exesposa, o compañera sentimental o excompañera sentimental o novia o exnovia) se castiga siempre como delito con todas las consecuencias que ello implica: detención policial, posibilidad de prisión provisional al llevar pena de prisión y estar específicamente previsto en el art. 503.1.3º Lecrim., eventual tramitación por juicio rápido. Del delito de maltrato familiar habitual se ocupa el art. 173.2 Cp.

De los delitos de amenazas y coacciones de violencia doméstica y de violencia de género tratan los arts. 171.4, 5, 6 y 172.2 Cp. Otro aspecto importante para luchar contra la delincuencia de violencia de género y de violencia doméstica es la posibilidad de pedir la pena accesoria de alejamiento del art. 57 Cp., que es una pena accesoria impropia pues no la llevan aparejada otras penas, sino algunos delitos, y además su duración no depende de la pena principal, sino que tiene una duración autónoma.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de violencia de género y de violencia doméstica la prevén los arts. 83 y 84 Cp. Las posibles medidas de seguridad están contenidas en los arts. 101 a 105 Cp., y los delitos de obstrucción a la justicia en el art. 464 Cp.

Finalmente se hace una breve referencia al «castigo» de la violencia de género y violencia doméstica en la Ley Penal del Menor cuando los hechos criminales han sido cometidos por los delincuentes juveniles (14-17 años): principios de flexibilidad, acusatorio y de proporcionalidad; medidas a imponer en las faltas; delitos en los que se puede imponer el internamiento en régimen cerrado; delitos de homicidio.

6.5. *Relaciones tutelares y parentales. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores*

Barrio Gallardo, Aurelio: «La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 465-485.

García Cantero, Gabriel: «Anotaciones a la tutela de menores», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi , 2014, pp. 1447-1468.

Parra Lucán, Mª Ángeles: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (S. de Salas Murillo, Coord.), Dyhinson, S. L., Madrid, 2013, págs. 211 a 264 (= en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coord.), Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 2483-2509).

Interesante y completo estudio de la guarda de hecho referido de manera principal a la regulación del Código civil, pero que tiene también muchas y oportunas referencias a la guarda de hecho en los Derechos civiles de Aragón y Cataluña.

6.6. *Régimen económico conyugal*

Medrano Sánchez, Juan Ignacio: «El pasivo del consorcio conyugal aragonés», en *Revista jurídica del notariado*, núm. 86-87, 2013, pp. 665-731.

Exposición de conjunto, y de altura, del pasivo del consorcio conyugal regulado en el Código del Derecho Foral de Aragón («deudas comunes y privativas»: arts. 218 a 226), buscando la interconexión de los planteamientos doctrinales con los procesales y prácticos. El autor llega a la conclusión de que la distinción doctrinal entre la relación interna y externa no es fácilmente trasladable a la regulación legal y, en definitiva, acaba produciéndose un alto grado de intercambiabilidad entre los supuestos de pasivo provisional y definitivo, lo que explica en buena medida las dificultades con que los operadores jurídicos se enfrentan al pasivo del consorcio. El autor defiende la aplicación del art. 541.3 Lec. también a las deudas privativas nacidas una vez disuelto el consorcio y mientras permanezca en la indivisión, con la posibilidad del acreedor privativo que ha embargado la cuota consorcial de un partícipe de forzar la liquidación y división del consorcio para que el embargo recaiga sobre los bienes adjudicados al partícipe deudor.

7. Sucesiones por causa de muerte

7.2. *Sucesión testamentaria*

7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

Verdera Izquierdo, Beatriz: «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 744, 2014, pp. 165-1660.

Aunque sin referencias específicas al Derecho aragonés, este artículo aborda un tema sumamente problemático en la práctica jurídica como es la nulidad

testamentaria derivada del deterioro o falta de capacidad de personas ancianas que les dificulta o impide expresar su última voluntad. La importancia y oportunidad del tema justifican su estudio en una sociedad con una creciente población anciana.

7.4. *Fiducia sucesoria*

Escolán Remartínez, Amadeo: *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna.* Aranzadi, 2013, 294 pp.

La Editorial Aranzadi, de la mano de un profesor de la Facultad de Estudios Sociales de la Universidad de Madrid Alfonso X El Sabio, ha publicado en diciembre de 2013 un libro sobre la Fiducia Sucesoria Aragonesa. Con esta publicación se completa un estudio anterior que con el título de «Antecedentes de la Fiducia Sucesoria Aragonesa» el mismo autor publicaba en la Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales «Saberes».

En este libro se realiza un estudio en profundidad a lo largo de 294 páginas sobre la Fiducia Sucesoria Aragonesa desde sus orígenes a finales del siglo XI y su evolución hasta la actualidad, con especial atención al tratamiento y problemática fiscal hoy día en la Comunidad Autónoma de Aragón.

VI. OBRAS AUXILIARES

2. Juristas aragoneses

Vicente y Guerrero, Guillermo (coord. y ed. lit.): *El renacimiento ideal. La pedagogía en acción de Joaquín Costa.* Actas del congreso celebrado en Zaragoza del 12 al 15 de diciembre de 2011. IFC, Zaragoza, 2014, 318 pp.

Entre las ponencias que se publican en las Actas destacamos, por su relación con el Derecho, las siguientes: José Antonio Escudero, «Joaquín Costa y la Historia del Derecho», pp. 13-26; Juan Francisco Baltar Rodríguez, «Costa, la Historia del Derecho y el verdadero empleo de sus fuerzas», pp. 27-39; Guillermo Vicente y Guerrero, «La filosofía jurídica de Joaquín Costa y su defensa del Derecho aragonés frente al código único castellano», pp. 41-69; Fernando García Vicente, «Joaquín Costa. Un polifacético intelectual aragonés», pp. 71-94.

José Antonio Serrano García

JURISPRUDENCIA*

*JURISPRUDENCE**

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD y SERRANO, se da cuenta de las resoluciones sobre Derecho civil aragonés del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, se extractan sus principales aportaciones, se construye con ellas un índice por materias con los sumarios de las resoluciones referenciadas en cada número de la Revista y, finalmente, se añade el índice acumulado de la jurisprudencia referenciada en los sucesivos números de la Revista.

Solo se publican algunas de las resoluciones referenciadas, las que a juicio de la Redacción presentan mayor interés doctrinal; de éstas, las de TSJA se publican íntegras, mientras que las de Audiencia o Juzgado solamente sus fundamentos de derecho.

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2014)

A) DECISIONS OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF ARAGON (2014

1

NÚM. 1

S. TSJA 1/2014, de 10 de enero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de fundamento de la custodia individual: ***Ni la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar ni las conclusiones del informe de la psicóloga aparecen como elementos de juicio suficientes para obtener la consecuencia jurídico legal de contrariar el régimen de custodia compartida ordenado en el art. 80.2 CDFA. Lo que resulta de los hechos probados es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar, interés evidente en el cuidado de la niña, y ésta está bien adaptada a su entorno y situación familiar. Voto particular.***

Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres: ***La dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el art. 80.2.2.e del CDFA.***

Principio de interés superior del menor: ***El aseguramiento de la mejor atención del interés del menor es sin duda principio general de orden público a valorar en cada caso (STS 25 abril 2011). Ahora bien, no basta su mera invocación genérica para motivar de modo suficiente la decisión jurisdiccional de que se trate, sino que deben definirse las razones concretas por las que la mejor atención del niño requiere, en cada caso concreto, la adopción de unas u otras medidas determinadas. Además, en Derecho aragonés, a diferencia del Derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, ha definido que la custodia compartida tiene carácter preferente. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, y de esa concreción legal explícita debe partir la decisión judicial. Por vía de excepción, en aten-***

ción a los criterios que la norma establece, puede fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Voto particular.

Valoración de la prueba: ***Debe deslindarse con precisión cuál es el material probatorio presente, labor exclusiva del Tribunal de Apelación, y cuál, en cambio, la norma jurídica que, ante lo acreditado, sea realmente de interpretación y aplicación, función ésta revisable en casación. Cita la sentencia TS 28 diciembre 2012 (recurso 765/2012). Pero la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación: el aseguramiento de la mejor atención del interés del menor (STS 757/2013, de 29 de noviembre). Voto particular.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80.2 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a diez de enero dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 28/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de abril de 2013, recaída en el rollo de apelación número 50/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 723/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. E. A. S., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Yolanda Martínez Chamarro y dirigido por la Letrada Dª Eva Mª Parra Ruiz, y como parte recurrida Dª S. G. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigida por el letrado D. Ángel Castán Garciñuno.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Yolanda Martínez Chamarro, actuando en nombre y representación de D. E. A. S., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª S. I. G. A. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *«que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y en su virtud tenga por formulada demanda solicitando la modificación de medidas aprobadas mediante sentencia de fecha 3-11-2004, dictada por ese Juzgado, en sede de autos de Juicio Verbal núm. 950/04, y en su día, previos los trámites legales, incluido el recibimiento del pleito a prueba, que desde ahora mismo se interesa, se dicte Sentencia mediante la cual, estimando en su caso de que se oponga a la demanda, por la que se declare la modificación de las estipulaciones primera a sexta, ambas incluidas, del Convenio Regulador de fecha 1-9-04, en el siguiente sentido: A: Noelia permanecerá con cada uno de sus padres periodos quincenales alternos, las recogidas de la niña se realizarán a las 20 horas de cada domingo en cada uno de los domicilios, debiendo acudir a recoger a la niña el progenitor que no la tenga bajo su guarda y custodia ese periodo quincenal. Asimismo Noelia estará con el progenitor que no tenga la guarda y custodia ese periodo quincenal el fin de semana correspondiente a la primera semana del periodo quincenal desde la salida del colegio o desde las 17 horas del viernes, hasta las 20 horas del domingo, y los jueves de cada semana, desde la salida del colegio o desde las 17 horas, hasta las 20 horas, debiendo acudir el progenitor que no tenga bajo su guarda y custodia esa semana a la niña a cada uno de*

los domicilios. Si el fin de semana coincide con algún puente o festivo, el régimen de visitas y de custodia, se extenderá a todos los días comprendidos en el mismo. Regulándose los siguientes periodos vacacionales: 1: Vacaciones de verano: Se dividirán en dos periodos de idéntica y similar duración y Noelia pasará con el padre la mitad y con la madre la otra mitad de dicho periodo. A) Del 1 al 15 de Julio y del 1 al 16 de Agosto. B) Del 16 al 31 de Julio y del 17 al 31 de Agosto. 2: Vacaciones de Navidad: Noelia permanecerá cada año los días señalados con cada uno de sus padres. A) Noche Buena y Navidad. C) Noche Vieja, Año Nuevo y día de Reyes. 3: Vacaciones de Semana Santa: Noelia permanecerá cada año con uno de los padres, comprendiendo este periodo única y exclusivamente de jueves santo a domingo santo. En todos los periodos señalados los años pares elegirá el padre y los impares la madre. Durante las vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas. B: Cada uno de los padres contribuirá al 50% en la alimentación de Noelia y gastos necesarios para su mantenimiento y educación, así como en los gastos extraordinarios.» Por otrosí la parte solicitó la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma, lo que hizo, solicitando: *«…que se desestime íntegramente la demanda, debiendo sustituir las medidas adoptadas por el Juzgado al que respetuosamente me dirijo en Juicio Verbal núm. 950/2004, con excepción de los gastos extraordinarios a tenor de la nueva clasificación existente en el art. 8 de la Ley 2/2010»*. Por otrosí solicita la práctica de diversas pruebas.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha diecisiete de octubre de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *«Fallo: Que debo estimar y estimo en lo sustancial la demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso de juicio verbal sobre guarda y custodia y alimentos, deducida por la Procuradora Dª Yolanda Martínez Chamarro, en nombre y representación de D. E. A. S., contra D. S. I. G. A., representada por el Procurador D. Emilio Pradilla Carreras, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el cuatro de noviembre de dos mil doce, la guarda y custodia de la hija común, Noelia A. G., sea ejercida de forma compartida, por periodos iguales y alternos de Dos Semanas, por, ambos progenitores, D. S. I. G. A. y D. E. A. S., conforme al Plan de Relaciones Familiares presentado en el escrito de demanda, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. A partir del día señalado (4/11/2012), regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente: — Los fines de semana alternos, coincidiendo siempre con el primero de los fines de semana de la estancia de la menor con el padre o con la madre, desde la salida del Colegio –o a las 17:00 horas, si se tratara de periodos vacacionales, o de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente–, hasta las 20:00 horas del domingo inmediato siguiente, y una tarde a la semana (preferiblemente martes o miércoles, salvo pacto o acuerdo entre los progenitores), desde la salida del Colegio, hasta las 20:30 horas, en que deberá ser la menor reintegrada al domicilio que le corresponda. — En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares. — Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con*

cada uno de los progenitores en las fechas señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares. — Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares. Si procediera, por no estar expresa o especialmente previsto, la alternancia en la preferencia de la elección del turno, corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares. Ambos progenitores sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, educación obligatoria, y de recreo o entretenimiento de la menor correspondientes a las épocas que la niña permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, pudiendo, de común acuerdo, abrir una cuenta única, de cotitularidad compartida, en la que depositarían las cantidades necesarias, –en la proporción que asimismo en su caso acordaren– para la atención de los gastos referidos. Los gastos extraordinarios necesarios, se abonarán por mitad, y los gastos extraordinarios no necesarios, se regirán por lo establecido en el artículo 82.4, inciso final, del CDFA. El progenitor que tenga en cada momento la custodia de la hija, deberá tener en su poder todos los documentos de la menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe medico o tratamiento que tuviera prescrito. En lo que resultaran de aplicación, se consideraran vigentes las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio, en todo aquello que no se oponga a lo que en la presente resolución se acuerda. Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales».

Cuarto: Dª S. I. G. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado de Primera Instancia, confiriendo traslado a las otras partes, oponiéndose al mismo la representación de D. E. A. S. e impugnando la sentencia dictada el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, en fecha 24 de abril de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: *«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. S. I. G. A. y la impugnación del Ministerio Fiscal, uno y otra contra Don E. A. S. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17 octubre de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 16, de los de Zaragoza, debemos revocar la citada resolución, manteniendo como mantenemos el sistema de custodia individual a favor de la madre y el resto de las medidas acordadas en el juicio verbal de alimentos y guarda y custodia núm. 950/04 del Juzgado de instancia, en el caso de la pensión de alimentos con sus respectivas actualizaciones y en el caso de las visitas con precisión de que Noelia permanecerá con la madre los periodos lectivos entre semana, a excepción de dos tardes entre semana, una de ellas con pernocta, siempre que el padre tenga disponibilidad laboral y pueda hacerse cargo personalmente de su hija, compartiendo ambos progenitores el tiempo restante de los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como puentes escolares, festividades y periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, divididas estas últimas por quincenas alternas–. Sin imposición de las costas en ninguna de las instancias».*

Quinto: La representación legal de D. E. A. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en los siguientes motivos: *«Primero: Por infracción procesal al amparo de lo preceptuado en el art. 469.1.4º, por vulneración de los arts. 218.2, 348, 316.1 2, 137 de la LEC y 24 de la Constitución. Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, art 2.2 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.*

Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 art. 2.2 y art. 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.4 del Código del Derecho Foral de Aragón».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por providencia de 17 de julio pasado se acordó lo siguiente:

«La sentencia de segunda instancia, dictada en fecha 24 de abril de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ha sido recurrida en casación por la defensa de don E. A. S., si bien en el recurso se formula un primer motivo de infracción procesal, al amparo de art. 469.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se observa la siguiente causa de inadmisión:

El expresado motivo de infracción procesal se fundamenta en la vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1.2 y 137 LEC, y del art. 24 de la Constitución, y aunque la parte razona inicialmente que el trámite de un recurso extraordinario no constituye una tercera instancia, y que solo excepcionalmente se permite la impugnación cuando se demuestre un error patente o una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba, lo cierto, sin embargo, es que al desarrollar el motivo, y atendidos los concretos extremos analizados por el recurrente, lo que parece plantear la parte es su mera discrepancia con la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida, como en una instancia más, por lo que puede concurrir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, procede dar el trámite previsto en el artículo 473 de la Ley procesal, poniendo de manifiesto a las partes la referida circunstancia a fin de que en el plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen procedentes».

Las partes presentaron los escritos, evacuando el trámite anterior, y el Ministerio Fiscal y la recurrida alegaron que se debía inadmitir el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal; la representación de la recurrente reiteró la conveniencia de su admisión.

Por Auto de 13 de septiembre de 2013, se acordó: *«Primero: Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. E. A. S. Segundo: No admitir el motivo primero del recurso. Tercero: Admitir los motivos segundo y tercero del recurso. Cuarto: Dar el traslado establecido en el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito, respecto a los dos motivos admitidos, en el plazo de veinte días.»*

Conferido el traslado acordado, las partes presentaron sus escritos de alegaciones, el Ministerio Fiscal en apoyo al recurso de casación y la parte recurrida oponiéndose a la estimación del recurso.

En fecha 24 de octubre, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013.

Al inicio de las presentes actuaciones fue nombrado Ponente de las mismas el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance; en fecha 19 de noviembre, habiendo cesado el Magistrado Ponente y tomado posesión D. Javier Seoane Prado, quién se hizo cargo de sus ponencias, se acordó suspender el señalamiento; en fecha 2 de diciembre se acordó señalar para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2013.

Tras la deliberación y no estando de acuerdo el Ponente con la mayoría, se hace cargo de la ponencia el Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, anunciando Voto particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Fundamentos de derecho

Primero: Aun cuando, sin duda por error material no subsanado en forma, el Fundamento de Derecho primero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 en este procedimiento se remite como precedente suyo a sentencia dictada en procedimiento de divorcio, lo que resulta de las actuaciones es que los litigantes no contrajeron matrimonio, y que la sentencia precedente real de este recurso fue dictada el día 3 de noviembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia 16 en procedimiento verbal sobre aprobación de aspectos reguladores de la ruptura como pareja estable no casada de los litigantes. En tal resolución, se acordó, entre otras medidas ahora irrelevantes, que la custodia de la hija menor del matrimonio, nacida el día 24 de enero de 2003, sería individual a cargo de la madre.

Incoado por iniciativa del padre el presente procedimiento de modificación de las medidas acordadas en la resolución antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia de 17 de octubre de 2012 en la que, estimando en lo esencial la demanda, acordó el cambio del régimen de custodia individual a cargo de la madre por el de custodia compartida.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 24 de abril de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimó el recurso presentado y, revocando la sentencia apelada, estableció que el régimen a observar sería el de custodia individual de la menor y a cargo de la madre.

Contra la anterior sentencia se formula por el padre el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

Segundo: Inadmitido a trámite el primer motivo de casación por auto de esta Sala de 13 de septiembre de 2013, restan por tratar los motivos de impugnación segundo y tercero de los planteados por el recurrente.

El motivo segundo se fundamenta en la denunciada infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Civil Aragonés (CDFA en adelante) y en él, la parte recurrente, tras recoger doctrina sentada por esta Sala en aplicación del citado artículo, y exponer el resultado de la prueba y valoración de ella hecha en la sentencia recurrida, concluye entendiendo que debe mantenerse la custodia compartida como régimen de aplicación para el cuidado de la hija menor.

Dado que el motivo de recurso presentado, como evidencia la parte recurrida, contiene referencias a la realidad fáctica sentada por la sentencia impugnada, debe valorarse como cuestión previa reiterada en sentencias varias del Tribunal Supremo que el recurso de casación viene configurado en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como medio de corrección de la aplicación jurídica de la norma que haya podido hacerse en la sentencia impugnada, con exclusión, por tanto, salvo contadas excepciones que no son al caso, de la posibilidad de entrar a nueva valoración del acervo probatorio obrante en los autos. Hacerlo de otro modo supondría convertir la casación en una tercera instancia, con plenitud de conocimiento de la cuestión, lo que queda claramente excluido por el texto legal. Tal y como indica, con claridad ejemplificativa la sentencia 270/2013 del Tribunal Supremo de 6 de Mayo cuando expone:

«(…) La jurisprudencia de esta Sala, en sentencias que por su abundancia y reiteración es innecesario precisar, ha declarado que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación no constituyen una tercera instancia que permita exigir la total revisión fáctica y

jurídica de las cuestiones litigiosas, como si esta Sala fuera un tribunal de apelación. Por el contrario, es un grado de enjuiciamiento jurisdiccional «limitado y peculiar», que exige que la recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone porqué se ha infringido, para que este Tribunal cumpla la función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema.»

Tercero: De lo expuesto deriva la exclusión de pronunciamiento ahora respecto de las referencias que contiene el motivo de recurso en intento de sustituir la valoración probatoria hecha en la sentencia recurrida por la del impugnante. Lo que no impedirá, sin embargo, valorar las alegaciones hechas sobre las consecuencias jurídicas obtenidas en la sentencia recurrida como derivadas de la realidad fáctica, y de la aplicación a ella de la normativa de aplicación. Porque debe deslindarse con precisión cuál es el material probatorio presente, labor exclusiva del Tribunal de Apelación y cuál, en cambio, la norma jurídica que, ante lo acreditado, sea realmente de interpretación y aplicación, función ésta revisable en casación. O, como con claridad señala la sentencia del Tribunal Supremo del recurso de casación, de 28 de diciembre de 2012 (recurso 765/2012) *«si queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias, sucede lo contrario con el recurso procesal, bien que limitadamente, en el sentido de que la revisión de la valoración de los medios de prueba sólo cabe si concurre el supuesto descrito en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que los hechos –necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos– constituyen el enunciado de las normas jurídicas que a ellos se quiere aplicar, razón por la que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que forman parte como supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista.

Además, en ocasiones, el enunciado de la norma está integrado no sólo por hechos, sino también por reglas o conceptos necesitados de una definición previa o integración para poder averiguar su sentido.

Por ello, un enjuiciamiento sobre el fondo puede exigir, en la operación que se ha denominado descriptivamente de incesante ir y venir de los hechos a la norma y a la inversa, además de una correcta fijación de los hechos relevantes para afirmar o negar la consecuencia jurídica pretendida –a cuyo fin no sirve, por lo dicho, el recurso de casación y sí, limitadamente, el de infracción procesal–, la práctica de otra serie de operaciones lógicas que, ajenas a lo que se conoce como valoración de la prueba, generan juicios de valor que aportan criterios adecuados para la identificación del enunciado de la norma sustantiva, las cuales son propias de la interpretación o integración de ésta –para las que puede servir el recurso de casación y no el otro–.»

De modo que, conforme a la legislación y Jurisprudencia expuesta, en este caso, como en otros resueltos por ese Tribunal, la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación. Como resume el Tribunal Supremo en la reciente sentencia 757/2013, de 29 de noviembre, reiterando otras anteriores, y en materia concreta de custodia de menores:

«(…) A) La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los

hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 22 de julio 2011 RC.813/2009 y STS de 21 de julio de 2011 RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste. (…)»

Cuarto: En cuanto al fondo del segundo motivo del recurso de casación, no ofrece duda que el aseguramiento de la mejor atención del interés del menor, que la sentencia recurrida invoca como razón final de su conclusión, es sin duda, principio general de orden público a valorar en cada caso en que las normas legales o las decisiones jurisdiccionales deban regular o resolver sobre cualquier situación en que pueda verse implicado un menor de edad. Como resume, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011, recordada luego en otra posteriores:

«La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (Ver STS de 11 de febrero de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.»

Ahora bien, no basta la mera invocación genérica del principio jurídico de atención especial al interés del menor para motivar de modo suficiente la decisión jurisdiccional de que se trate, sino que deben definirse las razones concretas por las que la mejor atención del niño requiere, en cada caso concreto, la adopción de unas u otras medidas determinadas. Los criterios a seguir no siempre vienen determinados en la norma de aplicación, como ocurre en derecho común, cuando se trata de determinar el régimen de custodia a establecer respecto del menor, de modo que ha sido constante jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha establecido las razones principales a atender, completando así la regulación contenida en los artículos 90 y 94 del Código Civil y, entre ellos, en lo referente a posible establecimiento de custodia compartida, el artículo 92.5. Así el Alto Tribunal, en la sentencia antes citada 757/2013, de 29 de noviembre, recordando otra, señala:

«(…) *Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 de octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que «(…) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (…) De estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otra personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven» (…)».*

Quinto: En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al

tratar del régimen de custodia a establecer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (…)». No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (…)».

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto.

Sexto: En el caso de autos, la sentencia recurrida, conforme a la fijación de hechos que establece, considera que son elementos de juicio suficientes para excepcionar a la custodia compartida la dificultad que el trabajo del padre conlleva para compatibilizar la vida laboral y familiar, y la ponderación que hace la psicóloga, cuya identidad no consta, sobre que el padre carece de un planteamiento adaptado a las necesidades de la menor ya que, según recoge la sentencia, «dice (la psicóloga) que la solicitud paterna de que su hija permanezca con él en periodos quincenales alternos responde más a sus necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de él como adulto que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana de la menor o una alternativa que permite la cobertura de carencia afectivas y de cuidado que se puedan resolver con el nuevo sistema, detectándose carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad, planificación de la organización futura de recursos cotidianos para satisfacer adecuadamente las necesidades de Noelia».

Respecto de la posible incompatibilidad de la vida familiar y laboral por parte del padre, los datos que recoge la sentencia son que es militar, con destino en la C. de P. M. y S. del B. de la U. M. de E., con puesto de trabajo en Base Aérea de Zaragoza. Su función, en el destino actual, conlleva la sujeción a necesidades del servicio propias del cargo, por lo que, en el año 2012, estuvo fuera de Zaragoza, por razones de trabajo, y según los datos recogidos en la sentencia, un total de 16 días.

Ciertamente, la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón

del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el artículo 80.2.2 e) del CDFA.

En relación con la prueba consistente en informe de la psicóloga, la sentencia recurrida recoge de modo descriptivo y acrítico la cita de parte del informe hecho por la perito. Según lo que expone la sentencia, las menciones del informe tampoco son concluyentes respecto de qué motivos concretos llevan a la psicóloga a deducir que debe excepcionarse la custodia compartida. Porque, aparte de la subjetiva conclusión de la propia psicóloga, lo cierto es que la generalidad e inconcreción de las razones que aporta y carencias a que se refiere impiden concluir que el padre no pueda atender debidamente a la hija de 10 años, sin perjuicio, claro está, de que, si las hipotéticas previsiones que sobre fallos en la organización futura, o respecto de que vaya a atenderse más a sí mismo que a la menor se materializaran, podría valorarse la modificación del régimen.

En definitiva, los hechos que como probados se recogen en la sentencia apelada no aparecen como elementos de juicio suficientes para obtener la consecuencia jurídico legal de contrariar el régimen de custodia compartida ordenado por el artículo 80.2 del CDFA. Es más, según resulta de lo expuesto al lado de las anteriores consideraciones en la propia resolución, lo que resulta es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar de quien es hoy su pareja estable, y evidencia su interés en hacer más compatible su trabajo con el cuidado de la niña mediante el cambio reciente de destino.

Y, es más, consta que la propia menor está «bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional, como a nivel educativo y de crianza. A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno de sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus respectivos entornos (…) sin que exista problema alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores (…).»

En conclusión, no cabe estar a que los hechos descritos en la sentencia apelada permitan la aplicación de la excepción a la custodia compartida prevista en el artículo 80.2, por lo que procede estimar el motivo de recurso que así lo alegaba y casar la sentencia por tal razón, estándose, en cambio, a lo acordado por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que ordenó la fijación del régimen de custodia compartida legalmente previsto para casos como el presente.

Séptimo: La estimación del motivo de casación antes tratado hace irrelevante entrar a resolver sobre el motivo tercero del recurso de casación, por contener idéntica pretensión estimatoria del recurso que la ya obtenida.

Octavo: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, vistas las dudas que ha ofrecido la cuestión y que ha dado lugar al dictado en la instancia de sentencias divergentes, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

Vistos los preceptos citados, la Sala, observando lo prevenido en el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha resuelto dictar el siguiente fallo,

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don E. A. S. contra la sentencia dictada el día 24 de abril de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo acordado en la sentencia anterior, se estará al fallo de la sentencia dictada el día 17 de octubre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, con la salvedad de que será el propio Juzgado el que fijará, en ejecución de sentencia, la fecha concreta de los efectos de la guarda y custodia compartida que se acuerda y que inicialmente señaló en su sentencia para el día 4 de noviembre de 2012.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido.

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

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado al que se adhiere la Magistrada Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

Voto Particular

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado al que se adhiere la Ilma. Sra. Dª Carmes Samanes Ara.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones de discrepancia que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho.

Fundamentos de derecho

Primero: Acepto los fundamentos primero a cuarto y octavo de los la sentencia mayoritaria, el tercero con las matizaciones que se contienen en los fundamentos de derecho que siguen. Por el contrario, he de discrepar con los fundamentos de derecho quinto a séptimo.

Segundo: El interés superior del menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos».

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de

21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en parecidos término SSTC 298/1993, 187/1996, y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los casos Rahimi c. Grèce y Lyubenova c. Bulgarie.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las núm. 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable.

Tercero: Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Comparto la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedite la observancia de tal principio a ninguna otra consideración.

Como resulta del mismo precepto, el juez aragonés, como el de derecho común, ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta y no jerarquizada de factores a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema preferente el que mejor se acomoda al interés del menor.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

Esto es, la norma aragonesa pone al juez en la situación de partida de considerar que la custodia compartidaes la que mejor atiende a la necesidades de menor a la hora de tomar la decisión sobre qué sistema se conviene mejor con las circunstancias del caso concreto, pero ello en modo

alguno implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, como podría concluirse de la opinión mayoritaria cuando dice en el fundamento de derecho núm. 5:

«No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (…)».

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S núm. 579/2011, de 22 de julio, sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

Cuarto: La opinión mayoritaria justifica la facultad de revisión en casación de la decisión tomada por la sala de apelación en la dicotomía cuestión de hecho cuestión de derecho y su significado en la labor de subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable, especialmente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Sin embargo, creo que el enfoque adecuado no éste, sino el de la posibilidad de control de la facultades discrecionales que la ley otorga a los tribunales de instancia para decidir el caso concreto.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Así lo ha entendido este Tribunal en SS núm. 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa»»

En parecidos términos se pronuncian las SS núm. 228/2010, la núm. 578/2011, o la núm. 373/2013, de 31 de enero de 2013.

No lejos de tal planteamiento se encuentra este TSJ, en cuanto destaca el componen-

te valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal. Así en la S núm. 36/2013, de 18 de julio, con cita de otra muchas que la preceden:

«d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFA–.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Esto es, lo que corresponde al recurso de casación en velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, y no otra consideración.

Quinto: En el presente caso, la sala sentenciadora no se ha apartado del criterio legal establecido en el art. 80 CDFA, pues parte de la preferencia en abstracto del sistema de guarda y custodia compartida y razona suficientemente la concurrencia de circunstancias de hecho en el caso concreto que, de acuerdo con los criterios legales de determinación del interés legal del menor, determinan que el sistema de guarda que mejor lo satisface es el que establece, salvaguardado el derecho de comunicación entre padre e hijo con el sistema de visitas que dispone.

En consecuencia, la sala de apelación ha hecho uso de una facultad discrecional para optar motivadamente por una de las opciones de custodia de la hija menor de los litigantes que ha de quedar al margen del control por la vía del recurso extraordinario de casación, que no puede servir como una tercera instancia para decir el caso concreto.

Sexto: En cualquier caso, aun cuando ello no fuera entendido así, y se considere que la valoración concreta del interés del menor atendidas las circunstancias de hecho concurrentes en el particular supuesto contemplado entra dentro del ámbito de revisión propio del recurso de casación, discrepo de la opinión mayoritaria con el mismo respeto que en mi discrepancia anterior.

Son hechos declarados por la sentencia recurrida, que han de quedar incólumes al haber sido inadmitido el recurso por infracción procesal en el que se tachaba de arbitraria la valoración de la prueba realizada en la instancia por auto de 13-9-2013 los que siguen:

«Actor y demandada (D. Eduardo y Dª Sara) mantuvieron una relación de convivencia, como pareja estable no casada, que cesó en febrero de 2004. El 24-1-2003 nació Noelia, que quedó bajo guarda y custodia de la madre, con contactos con su padre través del régimen de visitas establecido en el convenio regulador suscrito, sistema este que se ha desarrollado regularidad y ausencia general de problemas. Ampliado hace tres años con la pernocta los miércoles en el domicilio paterno, al plantearse el procedimiento –julio 2011– se volvió, al acordado, adaptándose las visitas y su duración a disponibilidad laboral del padre.

Noelia se encuentra bien adaptada a su entorno y situación familiar y tiene adecuadamente satisfechas sus necesidades tanto de tipo emocional, como a nivel educativo y de crianza A nivel familiar conserva una imagen positiva de cada uno sus progenitores y mantiene buenas relaciones con sus

respectivos entornos, habiéndose visto inmiscuida en tensión y diferencias existentes entre ambos progenitores a raíz el procedimiento judicial entablado, del que se le hecho participe, especialmente por parte del padre, que transmitido a su hija la idea de que puede tomar decisiones con respecto a con quien vivir. En cuyo sentido, sin que exista problema alguno con su madre ni oposición a seguir con ella, manifiesta su preferencia de permanecer por semanas alternas con cada uno de sus progenitores, echando de menos sobre todo la noche del miércoles que antes pasaba en su casa no entendiendo por qué ahora ya no puede hacerlo.

La Sra. G., de 42 años, ha sido, desde la separación personal, encargada de la organización y cuidados cotidianos de su hija, que tiene su vida estructurada junto a su madre los dos hermanos habidos en su nueva unión, Jorge y Violeta, de 7 y 5 años de edad, con los cuales Noelia tiene un fuerte vínculo afectivo y emocional. Doña Sara tiene una empresa limpieza, con seis empleadas, trabaja de lunes a viernes en horario de mañana, lo que le permite compatibilizar su trabajo y el cuidado de sus hijos. Vive en T. de S.L.

Y el Sr. A., de 42 años, es C. –B. A. de Zaragoza, Carretera Aeropuerto–, puesto que, abarcando su área de intervención Cataluña, Aragón y Navarra, implicaba su desplazamiento a Jaca varias semanas en invierno, la realización de cursos y maniobras y que en cualquier momento pudiese ser llamado para algún suceso, excepto en períodos vacacionales. A partir del 6-6-12, para poder conciliar su vida familiar y laboral, pasó a la Compañía de Plana Mayor y Servicios del Batallón; en los periodos quincenales alternativos en los que tenga su hija a su cargo puede ausentarse de su destino el tiempo necesario para recogerla en el Colegio, «atendiendo en todo caso las necesidades del servicio»; y se restringen –no se dice en que términos– las actividades que supongan su ausencia de Zaragoza en las citadas quincenas. Tiene dos viviendas, una de ellas, en C/ … –Barrio Jesús–, con tres habitaciones, a la que proyecta trasladarse cuando termine su amueblamiento y reforma –no se ha comunicado variación en este sentido–, pero en la fecha de emisión del informe residía en el domicilio de su pareja, doña Belinda F. –Plaza …, entre Cuellar y Tenor Fleta–, que, aparte cocina y baño, tiene una habitación y un salón, en el que se ha habilitado una parte, aislándola con una cortina, para que Noelia la ocupe los días en que está con su padre. La Sra. F., de 38 años, trabaja de comercial en horario de mañana y tarde, cuenta con el apoyo de su madre, que está jubilada, y tiene un hermano casado y con un hijo. El Sr. A. tiene dos hermanos, uno en Jaca, separado, con un hijo, y otro en Zaragoza, casado y con dos hijas, desconociéndose en que medida podría disponer de ellos el Sr. A. en la cobertura de cualquier eventualidad.

Las dificultades que el apelado tenía por razón de su trabajo, una de las razones que la Psicóloga evaluó en su informe, no favorable a la guarda compartida solicitada, parecen haberse suavizado a partir de junio de 2012 con su paso a la C. de P. M. y S., pero no desaparecido, quedando siempre condicionada la deseable flexibilidad a «las necesidades del servicio», razón segura de su intervención en el incendio de … (Valencia) el 29-6-12; en otro en … (Valencia) del 30-6 al 4-7-12; en … (Gerona) del 22 al 27 julio; en … (Navarra) el 21 y 22-8-12; y los días 17 y 18 de diciembre «en un Curso de …».

En el presente caso, la Sala se ha ocupado de razonar el porqué de su decisión, que no es otro que el criterio legal de preservar el interés de menor como guía para decidir el sistema adecuado para su guardia y custodia.

Y ello partiendo de los hechos tenidos como probados valorados a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA, en particular los establecidos en letras b), d) y e), y de los mencionados en sus apartados 3 y 4.

Así, la Audiencia señala cómo ha sido acreditada la plena integración de la menor en la nueva familia constituida por Dª Sara, y la falta de toda prueba sobre igual aspecto en relación con el entorno del padre; los informes técnicos que afirman que la petición de custodia compartida por el padre responde más a sus necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de él como adulto; y los informes recibidos de los mandos del actor, que revelan su plena disponibilidad para el cumplimiento de sus deberes militares, que le han exigido desplazamientos incluso tras su nuevo destino en la P. M. de S., obtenido el día 6-6-2012.

Por lo demás, la Sala se atiene a las conclusiones alcanzadas por los dos informes técnicos emitidos en el seno del procedimiento de modificación de medidas, pues tanto el sicológico como el social concluyen la conveniencia del mantenimiento de la custodia individual de la madre con régimen de visitas para el padre.

Séptimo: Finalmente, y como criterio complementario, la Sala arguye el criterio legal de la no separación de los hermanos que recoge el apartado 4 del art. 80 CDFA también a favor de la custodia individual de la madre.

El recurrente admite en el segundo de sus motivos de casación que la STJA núm. 39/2012 ha sentado como criterio que, aun cuando el mandato va dirigido principalmente a la no separación de los hermanos de doble vínculo habidos durante la convivencia a que se pone fin, ello no impide que el mantenimiento de las relaciones entre los hermanos de un solo vínculo habidos en la convivencia posterior de uno de los progenitores con un tercero no deba ser tenido en cuenta a la hora de decidir sobre el régimen de la custodia que ha de regir tras la ruptura, y, en el presente caso, no ha habido más que un descendiente en la pareja que formaron en su día los litigantes, la menor de cuya guarda se trata, y tras la separación de los padres tan sólo la madre ha tenido hijos, los dos a que se ha hecho referencia y con los que la niña ha convivido fraternalmente hasta la modificación de medidas acordada en la sentencia de primera instancia, por lo que también esta circunstancia ha de venir en apoyo de la decisión que discute el recurso.

En consecuencia, comparto el criterio de que la salvaguarda del interés de la menor Noelia se traduce en el caso concreto, y de acuerdo con los criterios sentados en el art. 80 CDFA, en el sistema de guarda individual de la madre, por lo que no es de apreciar la infracción legal que se denuncia en el motivo.

Octavo: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente:

Fallo

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su ecabezamiento.

2

NÚM. 2

S. TSJA 2/2014 de 13 de enero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Custodia individual de un progenitor frente a otro: ***Se rechaza el motivo de infracción procesal alegado porque no se aprecia que exista una valoración ilógica o irracional de la prueba practicada. Nos encontramos ante un supuesto de custodia individual de un progenitor frente a otro, pues ninguno de ellos solicita la atribución de custodia compartida ni ha sido considerada conveniente en las instancia. En la atribución de la custodia individual de un menor a favor de uno u otro de los progenitores no hay criterio preferente sino que los tribunales, valorando la prueba practicada, señalarán cuál de ellos debe ejercer dicha guarda y custodia. Para ello atenderán, evidentemente, a los factores señalados en el art. 80.2 pero no para exceptuar el régimen preferente de custodia compartida sino para valorar tales factores respecto a cada uno de los progenitores individualmente.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80.2 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 35/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 11 de junio de 2013, recaída en el rollo de apelación número 160/2013, dimanante de autos núm. 992/2012 de Medidas relativas a hijos no matrimoniales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Fernando Luis D. M. representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Morellón Usón y dirigido por el Letrado D. Óscar Ruiz-Galbe Santos, y como parte recurrida Dª Ana A. N., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Eugenia Lostal Prada y dirigida por la Letrada Dª Mª José Andrés Rotellar, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

[…]

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Morellón Usón, en nombre y representación de D. Fernando Luis D. M., contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2013, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

3

NÚM. 3

S. TSJA 3/2014 de 15 de enero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente. ***El desarrollo prácticamente total del motivo se halla destinado a discutir las conclusiones alcanzadas por el dictamen llevado a cabo por el equipo sico-social adscrito a los juzgados de***

familia, y la valoración de dicho dictamen por la sala sentenciadora, lo que no tiene cabida en el recurso de casación en el que está prohibido hacer supuesto de la cuestión. La sentencia recurrida hace expresa referencia a circunstancias que, valoradas a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA, justifican cumplidamente la decisión denegatoria de la custodia compartida que se pedía en la demanda.

Disposiciones citadas: ***Art. 80.2 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 33/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de mayo de 2013, recaída en el rollo de apelación número 92/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 774/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Pedro B. B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigido por el Letrado D. Antonio Torrús Ruiz, y como parte recurrida Dª Luján-Tatiana M. B., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y dirigida por la Letrada Dª Gloria Labarta Bertol, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[…]

4

NÚM. 4

A. TSJA de 27/1/2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Atribución del uso de la vivienda familiar: Falta de legitimación para recurrir: ***El recurrente en casación fue parte en el previo proceso matrimonial en el que se estableció el uso de la vivienda por parte de la que fue su consorte. La sentencia de la Audiencia afirma que la vivienda que fue familiar fue adjudicada en subasta pública a un tercero, que es el actual propietario de la misma, por lo que declara acreditado que el inmueble de referencia no es de la titularidad del recurrente, ni éste ostenta ningún derecho sobre él. En esta situación se aprecia por el TSJA falta de legitimación del recurrente para interponer el recurso de casación, por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre. La prolongación o no del derecho de uso de la que fue vivienda familiar por parte de la que fue su consorte no le afecta a él dado que, como hemos dicho, la extinción de dicho derecho no supondría una facultad de uso, derecho posesorio o de otra clase, a favor del demandante y ahora recurrente.***

Disposiciones citadas: ***Art. 81 CDFA.***

Ponente: ***Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

5

NÚM. 5

S. TSJA 11/2014 de 17 de febrero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Derechos y principios: Derecho de los padres a la igualdad: ***El trato igual de los progenitores, recogido como premisa fundamental de la legislación aragonesa en el art. 75.2 CDFA, no permite concluir que sólo la custodia compartida garantiza su cumplimiento, ya que la concreción del principio de igualdad se coordina para cada supuesto concreto con el juego de otros fundamentos legales básicos, entre los que se encuentra el esencial de estar al interés del menor al tiem-***

po de fijar el régimen de custodia aplicable, y el art. 80, dentro del pleno respeto al principio de igualdad del art. 76.3.b, prevé también la posibilidad de que se fije un régimen de custodia individual.

Guarda y custodia de los hijos: Función del recurso de casación: *La parquedad de la referencia al informe valorado por la resolución, así como la omisión de cita de los informes psiquiátrico y psicológico obrantes en las actuaciones, exige valorar ahora su contenido, no para determinar los hechos acreditados y resolver en sede casacional como si de una sentencia de instancia se tratara, pero sí dentro de la función que corresponde a esta Sala de valorar si la sentencia fue ajustada a la norma de aplicación y, dentro de este marco competencial, si se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida. Hecha esta valoración, la Sala niega que la relevancia del informe valorado por la resolución impugnada pueda ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del art. 80.2.f CDFA, excluir el régimen preferente de custodia compartida. Voto particular.*

La conflictividad entre los progenitores: *Ha sido reiteradamente señalado por el TS (por ej., S. 29/11/2013) y por esta Sala (por ej., S. 9/2/2012), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. En el caso no se acredita que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; nada dice la sentencia sobre si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos, y sobre todo y más importante, nada recoge que permita entender que la deficiente relación entre los padres vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida.*

La opinión de los hijos: *La opinión de la menor, que no desea introducir cambios en sus condiciones de vida cotidiana, debe ser tomada con prudencia. No puede ser en modo alguno determinante su opinión respecto de lo que, en conjunto, puede resultarle realmente más beneficioso, dado que a los 7 años difícilmente puede llegar siquiera a colegir las bondades que pueda tener un régimen de custodia u otro, y nada sabe de la regulación legal. Si su manifestación fuera acompañada de datos o razones concretas que pudieran valorarse, debería estudiarse su real relevancia. Pero su mera opinión, manifestada de forma tan genérica e imprecisa, como lo es en un entorno de crisis convivencial de sus progenitores, y sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña, dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.*

Principio de no separación de los hermanos*: Se recuerda lo dicho en la STSJA 27/11/2012: el art. 80.4 CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo. Y se añade: Es deseable el fortalecimiento de la relación fraternal, y también, por supuesto, entre hermanos que no sean de doble vínculo, pero la apreciación de la relevancia que a efectos del establecimiento de la custodia del hijo común debe darse a la relación familiar con su nuevo medio hermano, no corresponde establecerla por observancia del art. 80.4, sino, en su caso, por el resto de preceptos contenidos en el propio art. 80.*

Valoración de la prueba practicada: *La sentencia impugnada omite cualquier referencia a tres de los informes obrantes en las actuaciones; al no haber sido articulado*

recurso por infracción procesal, se mantiene la validez de lo actuado, pero no cabe obviar la omisión de tales informes porque precisamente una parte del resultado de un informe pericial psicológico ha sido elemento determinante de que se excluya el establecimiento del régimen legal preferente de custodia compartida. Señala el TS (por todas, S 19/7/2012) que cuando se trata de resolver cuestión en que están en liza los derechos constitucionales previstos en el art. 39 de la Constitución, se hace preciso que la Sala de Casación integre en lo necesario el resultado probatorio, lo que, en este caso, implica completar la relevante omisión de confrontación de todo lo informado por cada uno de los peritos intervinientes.

Disposiciones citadas: ***Arts. 75, 76, 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a diecisiete de febrero dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 37/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 9 de julio de 2013, en el rollo de apelación número 183/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 762/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Manuel P. O., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz García-Escudero Domínguez y dirigido por la Letrada Dª Mª de los Ángeles Laguna Bernal, y como parte recurrida Dª María Vanesa R. C., representada por el Procurador de los Tribunales D. José María Ángulo Sainz de Varanda y dirigido por el letrado D. José Alfonso De Miguel Pérez, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz García-Escudero Domínguez, actuando en nombre y representación de D. Manuel P. O., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª Mª Vanesa R. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se acuerde:

«A) La atribución de la guarda y custodia de la menor Candela P. R. a mi representado y padre de la niña con la modificación de las medidas inherentes que le sean oportunas conforme al Pacto de Relaciones Familiares que se acompaña como Anexo I,

B) Y subsidiariamente y para el supuesto de no estimarse la anterior petición, se acuerde la guarda y custodia Compartida de la menor entre sus progenitores, con la modificación de las medidas inherentes que le sean oportunas conforme al pacto de relaciones familiares que se acompaña como Anexo II.

C) Y subsidiariamente y en el caso de no estimar ninguna de las peticiones anteriores se solicita la ampliación del régimen de visitas actual a favor de mi representado, de manera que pueda visitar además a su hija la tarde del miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada de la menor al colegio al día siguiente y asimismo las visitas del fin de semana en lugar de finalizar el domingo a las 20,30 finalicen al día siguiente a la entrada de la menor al colegio.

Igualmente deberá acordarse lo siguiente para este supuesto:

— Que el cumpleaños del padre y día del padre la menor lo pasará con el padre, y el día del cumpleaños de la madre y el día de la madre lo pasará con la madre, desde la salida del colegio o desde las 10 horas si fuera festivo y en ambos casos hasta las 21,30 horas, reintegrando a la menor al domicilio en el que pernocte.

— Respecto al día del cumpleaños de la menor si fuera lectivo el progenitor que ese día no le corresponda la custodia de la menor podrá estar con la menor y comer con ella, desde la salida del colegio al mediodía hasta la entrada de nuevo. Y si fuera festivo se dividirá el día en dos periodos, el primero desde las 10,00 hasta las 16 horas y desde entonces hasta las 21,30 horas el segundo; el progenitor que tenga la custodia ese día le corresponderá el primer periodo y al otro el segundo.

— En caso de existencia de un acontecimiento familiar la menor pasará el día con el progenitor que tenga dicho acontecimiento, entendiéndose como tal celebración (cumpleaños, aniversarios, bodas, comuniones, bautizos etc.) de familiares cercanos tales como abuelos, hermanos, tíos, primos.

— Que ambos progenitores deberán informarse recíprocamente de todos aquellos aspectos sanitarios, médicos (ordinarios o de urgencia) que afecten a la menor, comunicando las fechas de revisión médica.

— Que ambos progenitores deberán informarse recíprocamente de todas actividades escolares, excursiones, boletines informativos, notas, reuniones con profesores, y actividades lúdicas en las que los padres puedan participar o acompañar a los menores.

— Que ambos progenitores deberán permitir el contacto telefónico entre el no custodio y la menor, al menos una vez al día en horario de 20 a 21 horas.

D) En cualquiera de los tres casos anteriores, se condene en costas a la contraparte si se opusiera a ambas peticiones.»

Por otrosí se solicitó la práctica de prueba, y aportó dos Planes de Relaciones Familiares.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma, lo que hizo dentro de plazo y contestó, solicitando que se dictase sentencia «por la que desestime íntegramente la demanda, acordando mantener lo dispuesto en el Convenio aprobado judicialmente, con la modificación relativa al régimen de visitas establecida por Sentencia núm. 407/09, de 14 de julio de 2009, aclarada por Auto de 1 de septiembre del mismo año, con expresa imposición de las costas a la parte actora.»

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha veintiuno de diciembre de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que debo estimar y estimo en parte la demanda de modificación de medidas, deducida por la Procuradora Dª Ana Beatriz García-Escudero Domínguez, en nombre y representación de D. Manuel P. O., contra Dª María Vanesa R. C., representada por el Procurador D. José María Angulo Sainz de Varanda, declaro haber lugar a la misma en su primera petición subsidiaria, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el día cuatro de marzo de dos mil trece (que corresponderá al padre, hasta el día once del mismo mes), la guarda y custodia de la hija común, Candela P. R., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenito-

res, Dª María Vanesa R. C. y D. Manuel P. O., por periodos iguales y alternos de Una Semana (desde el lunes a la hora de salida del Colegio, hasta el lunes siguiente, a la hora de comienzo de las clases), manteniéndose vigente hasta la señalada fecha el actual sistema de guarda y custodia y visitas. Los cambios de convivencia tendrán lugar los lunes de cada semana, en el Colegio, donde deberá ser recogida por el progenitor con el que vaya a residir la menor en el concreto periodo semanal que se inicia, y donde la dejará al lunes siguiente. Si el lunes que corresponda el inicio del régimen de convivencia con uno u otro progenitor fuera no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente, la recogida de la menor tendría lugar en el domicilio en el que en ese momento residiera la menor, a las 11:00 horas, o a la que de común acuerdo adoptado en interés de la menor, los progenitores pudieran establecer, antes de las 20:00 horas de lunes correspondiente en cualquier caso.

A partir del primer fin de semana siguiente al día señalado para el comienzo de la efectividad del sistema de guarda y custodia compartida que aquí se establece (4/03/2013), regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate, no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente:

— Una tarde a la semana (preferiblemente martes o miércoles, salvo pacto entre los progenitores, y en cualquier caso el miércoles a falta de acuerdo), desde la salida del Colegio, hasta las 20:30 horas, en que deberá ser la menor entregada en el domicilio que le corresponda.

— En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares. Desde que la menor cumpla los diez años de edad, o en cualquier momento anterior, siempre que medie mutuo acuerdo al respecto, los padres podrán, con el acuerdo de ambos, dividir por meses el periodo vacacional de verano.

— Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que la hija cada año esté con cada uno de los progenitores en las fecha señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

— Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

Si procediera, por no estar expresa o especialmente previsto, la alternancia en la preferencia de la elección del turno, corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

Como contribución de los progenitores a los gastos de la hija, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que la niña permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, debiendo el padre ingresar la cantidad de ciento cincuenta euros (150 euros) mensuales, en las condiciones, periodicidad y criterios de actualización determinados en la Sentencia dictada en el juicio verbal, para atender los demás gastos ordinarios del menor (o parte pro-

porcional de los mismos), tales como abono de las actividades extraescolares, reposición del material escolar durante el curso, y otros de similar naturaleza y finalidad.

Los gastos extraordinarios necesarios, se abonarán por mitad, y los gastos extraordinarios no necesarios, se regirán por lo establecido en el artículo 82.4, inciso final, del CDFA.

El progenitor que tenga en cada momento la custodia de la hija, deberá tener en su poder todos los documentos de la menor como pasaporte, DNI, Libro de Familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento que tuviera prescrito, o copia auténtica de los mismos.

En lo que resultaran de aplicación, se consideraran vigentes las medidas en su día adoptadas por la Sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil siete, dictada en el procedimiento de juicio verbal, seguido ante este Juzgado de Primera Instancia bajo el núm. 868/07, por la que se aprobaba el convenio regulador propuesto por las partes, con las modificaciones introducidas por la Sentencia de catorce de julio de dos mil nueve, aclarada por Auto de uno de septiembre del mismo año, en todo aquello que no se oponga a lo que en la presente se acuerda, o sea consecuencia directa y necesaria de ello.

Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

Cuarto: D. José Mª Angulo Sainz de Varanda, Procurador de los Tribunales y de Dª Vanesa R. C. interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, confiriendo traslado a las otras partes, oponiéndose al mismo la parte contraria e impugnándolo el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, y previa exploración a la menor, en fecha 9 de julio de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña María Vanesa R. C. contra D. ManueL P. O. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 21 de diciembre de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 16, de los de Zaragoza, debemos revocar la citada resolución y, desestimando la demanda de D. Manuel P. O., acordamos el mantenimiento del convenio regulador aprobado por sentencia de 26 de septiembre de 2007 (autos 868/07 del Juzgado de instancia), con la modificación relativa al régimen de visitas establecida por sentencia núm. 407/09 de 14 de julio 2009, aclarada por auto de 1 de septiembre del mismo año, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.»

Quinto: La representación legal de D. Manuel P. O. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, basándolo en los siguientes motivos:

La infracción que se denuncia consiste en la inaplicación de lo establecido en los siguientes artículos del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA):

1º) Artículo 75.2 por el que se regula el derecho de los progenitores a unas relaciones continuadas de estos con sus hijos, mediante la participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de la autoridad familiar. Asimismo pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

2º) Artículo 80.4 según el cual, «salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

3º) Artículo 80.2 que establece el criterio preferente de custodia compartida teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores que en el mismo se contienen.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por Auto de 4 de noviembre de 2013 se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso planteado confiriéndole traslado a las partes contrarias para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días, lo que hicieron dentro de plazo, considerando el Ministerio Fiscal que debía estimarse el recurso y declarar la custodia compartida y oponiéndose el demandado al recurso planteado de contrario. Por providencia de 11 de diciembre de 2013, se señaló para votación y fallo el día 22 de enero de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: Por sentencia dictada el día 26 de septiembre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia 16 de Zaragoza aprobó el convenio regulador propuesto por las partes al tiempo de la extinción de su relación sentimental, fruto de la cual había nacido el día 5 de noviembre de 2005 una hija, Candela.

Presentada por el padre la demanda que encabeza este procedimiento, de modificación de las medidas establecidas en 2007, y en solicitud de fijación del régimen de custodia compartida, el mismo Juzgado dictó sentencia el día 21 de diciembre de 2012 en la que, tras exponer las distintas circunstancias concurrentes de conformidad con la previsiones contenidas en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA, en adelante), terminaba estimando en parte la demanda de modificación presentada, de modo que estableció el régimen de custodia compartida de ambos progenitores respecto de la hija menor.

La anterior resolución fue apelada, en recurso que fue estimado por la sentencia ahora recurrida en casación dictada el día 9 de julio de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que acuerda el mantenimiento del convenio regulador aprobado por la sentencia inicial del Juzgado de 26 de septiembre de 2007 y, por tanto, fija como régimen de custodia de la menor el de custodia individual a cargo de la madre.

Segundo: El motivo primero del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se fundamenta en la infracción del principio de igualdad de los progenitores en las relaciones familiares y participación en la crianza y educación de los hijos, con base en que considera el recurrente que sólo la custodia compartida garantiza el cumplimiento de tan básico principio.

El trato igual de los progenitores, recogido como premisa fundamental de la legislación aragonesa en el artículo 75.2 del CDFA, no permite la conclusión obtenida por el recurrente como fundamento de su recurso, ya que, como resulta de la regulación posterior contenida en la Sección 3ª que encabeza tal norma, la concreción del principio de igualdad se coordina para cada supuesto concreto con el juego de otros fundamentos legales básicos, entre los que se encuentra, en lo que ahora interesa, el esencial de estar al interés del menor al tiempo de fijar el régimen de custodia aplicable. En consecuencia, el legislador, dentro del pleno respeto al principio de igualdad, prevé la posibilidad

de que se fije un régimen de custodia individual como el acordado en la sentencia recurrida. Por tanto, no cabe estimar que exista infracción del artículo 76 en su relación con los preceptos relativos a la custodia del menor, cuando el artículo 80 autoriza el régimen de custodia individual establecido en la sentencia recurrida.

Debe, por tanto, desestimarse el primer motivo de recurso.

Tercero: El motivo segundo del recurso se articula por denuncia de infracción del artículo 80.4 del CDFA, al entender el recurrente que el fallo recurrido implica la separación de la niña, hija común de los litigantes, de su hermano menor, fruto de una relación del padre posterior a la que es objeto del litigio.

Como ya indicó sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2012 (recurso 32/2012). «El precepto establecido en el art. 80.4 del CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas.»

Ciertamente, es deseable el fortalecimiento de la relación fraternal a que hace referencia el recurrente, y también, por supuesto, entre hermanos que no sean de doble vínculo, pero la apreciación de la relevancia que a efectos del establecimiento de la custodia del hijo común de los litigantes debe darse a la relación familiar con el nuevo hermano, surgida después de la crisis convivencial de los progenitores, no corresponde establecerla por observancia del artículo 80.4, sino, en su caso, por el resto de preceptos contenidos en el propio artículo 80 y a que luego se hará referencia.

En consecuencia, no infringido por la sentencia el artículo 80.4, por no ser aplicable, procede desestimar el motivo de recurso que se fundaba en tal norma.

Cuarto: El tercer motivo de recurso se formula por infracción del artículo 80.2 del CDFA, al considerar la parte recurrente que no ha sido respetada la preferencia que establece tal norma de la custodia compartida sobre la custodia individual, pues, en tesis del impugnante, ninguno de los factores previstos en tal precepto para poder acordar la custodia tan solo a favor de la madre determina que deba excluirse el cuidado compartido de la menor.

Con carácter previo a resolver el concreto motivo de recurso debe hacerse mención a que, como pone de manifiesto el recurrente, la sentencia impugnada omite cualquier referencia a tres de los informes obrantes en las actuaciones: dos practicados a instancia del demandante-apelante por el médico especialista en psiquiatría, Sr. L., y otro, el evacuado a petición de la demandada-apelada por la psicóloga Sra. C. No ha sido articulado por la parte actora motivo de recurso por infracción procesal por lo que no cabe efectuar pronunciamiento sobre si tal ausencia total de referencia a estos tres informes podría constituir motivo de anulación de la sentencia por falta de motivación.

Manteniendo, por tanto, la validez de lo actuado, no cabe, sin embargo, obviar la omisión de la sentencia respecto de tales informes. Porque, como resulta de la fundamentación de la resolución recurrida, precisamente una parte del resultado de un informe pericial psicológico ha sido elemento determinante de que se excluya el establecimiento del régimen legal preferente de custodia compartida.

Al respecto, dada la relevancia de las cuestiones objeto de enjuiciamiento debe estarse a lo señalado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 19 de julio de 2012 en recurso 1029/2011 y las que en ella se citan) cuando indica que cuando se trata de resolver, como ocurre ahora, cuestión en que están en liza los derechos constitucionales previstos en el artículo 39 de la Constitución, se hace preciso que esta Sala de Casación integre en lo necesario el resultado probatorio, lo que, en este caso, implica completar la relevante omisión de confrontación de todo lo informado por cada uno de los peritos intervinientes, como se hará en la medida en que sea preciso para la mejor atención del concreto interés del menor en el presente caso.

Quinto: Como se deduce de lo indicado pormenorizadamente en la sentencia dictada por el Juzgado, todos menos uno de los factores que de modo expreso recoge como atendibles el artículo 80.2 del CDFA muestran la conveniencia de la custodia compartida: la edad de la niña no aparece como obstáculo; ambos progenitores son idóneos social y económicamente; pueden conciliar perfectamente su vida laboral con el cuidado de la hija; se está en presencia de aptitud personal de ambos progenitores para atención de la menor; y padre y madre tienen apoyo familiar y recursos sociales en los que está integrada la niña.

Al lado de lo anterior destaca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y recurrida, en contra ahora de estar a la custodia compartida, que en la exploración de la menor llevada a cabo en segunda instancia la niña manifestó que no deseaba introducir modificaciones en sus condiciones cotidianas de vida. Esta opinión de la menor, como la propia sentencia indica, debe ser tomada con prudencia. Evidentemente, es lógico que una menor que se encuentra bien con su madre y su padre prefiera evitar todo cambio en su régimen de vida. Ahora bien, no puede ser en modo alguno determinante su opinión respecto de lo que, en conjunto, puede resultarle realmente mas beneficioso, dado que a los siete años difícilmente puede llegar siquiera a colegir las bondades que pueda tener un régimen de custodia u otro, y nada sabe de la regulación legal. Si su manifestación fuera acompañada de datos o razones concretas que pudieran valorarse, debería estudiarse su real relevancia. Pero su mera opinión, manifestada de forma tan genérica e imprecisa, como lo es en un entorno de crisis convivencial de sus progenitores, y sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña, dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente a la custodia compartida.

Sexto: Siendo así jurídicamente irrelevante en este caso el resultado del factor de opinión de la menor previsto en el artículo 80.2 b), y resultando los demás factores favorables al respecto al régimen de la custodia compartida, inicialmente debería estarse a tal régimen, salvo que estén presentes otros elementos de relevancia que aconsejen la custodia individual.

Al amparo de la previsión genérica del artículo 80.2 f), y en todo caso para asegurar la mejor atención posible en cada caso a favor del menor, es posible valorar otras circunstancias de especial relevancia para decidir el régimen de convivencia y, dentro de tal posibilidad legal, al declinar estar a la custodia compartida, la sentencia recurrida valora dos cuestiones: la elevada tensión y conflictividad que preside la relación entre los progenitores, y la consideración recogida en uno de los informes psicológicos obrantes en autos que, según cita la sentencia, «recomienda que Candela permanezca con su madre, que dice es

la figura principal de referencia del mundo afectivo de la menor».

Sobre la primera de tales circunstancias, ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 2013, en recurso 494/2012) y por esta Sala (así, por ejemplo, sentencia de 9 de febrero de 2012 en recurso 26/2011), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. Y en el presente caso no existe motivo para apreciar algo distinto a lo sentado por tal jurisprudencia. Porque la sentencia no recoge como acreditado que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; no determina tampoco si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos; y porque, sobre todo y más importante, la mejor atención de la niña no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida.

Séptimo: La segunda circunstancia que la resolución impugnada valora para excluir el sistema de custodia compartida se basa en la recomendación de uno de los informes psicológicos obrantes en las actuaciones. En la sentencia se hace referencia a él de modo parcial, descriptivo, y sin especial valoración de su contenido o de las causas de la recomendación que contiene de que la menor permanezca con la madre. Por otro lado, en orden a determinar si la conclusión de la perito evidencia alguna circunstancia tan jurídicamente relevante como para excluir el régimen preferente de custodia, debe tenerse también en cuenta que, como ya se adelantó, son varios los informes obrantes sobre la cuestión y que, de ellos, tan solo el psicológico de referencia y el efectuado por asistente social son citados en la sentencia. La parquedad de la referencia al informe valorado por la resolución, así como la omisión de cita de los informes psiquiátrico y psicológico obrantes, exige valorar ahora su contenido, no para determinar los hechos acreditados y resolver en sede casacional como si de una sentencia de instancia se tratara, pero sí dentro de la función que corresponde a esta Sala de valorar si la sentencia fue ajustada a la norma de aplicación y, dentro de este marco competencial, si se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida.

El informe recogido en la sentencia, efectuado por psicólogo cuya identificación no consta, a salvo de la denominación que emplea la informante como «Psicóloga número 8», ha sido verificado por profesional adscrita a los Juzgados de Familia. De él, la sentencia recurrida destaca, respecto del padre: «la actitud del padre, excesivamente centrado en sus necesidades y en el conflicto personal con la Sra. R., le impide considerar las necesidades de la menor de forma independiente». A ello añade la sentencia, como antes ya se indicó, que «(el informe psicológico) recomienda que Candela permanezca con su madre, que dice es la figura principal de referencia del mundo afectivo de la menor». Concretada así la razón de la recomendación en la apreciación personal de la psicóloga sobre la actitud del padre, finalmente es esta la causa que cobra suficiente relevancia como para dar lugar al establecimiento del régimen legalmente situado en segunda lugar, de custodia individual. Pero, en contra de tal conclu-

sión, debe valorarse que en el resto del propio informe, al lado de esta afirmación negativa respecto del padre, las demás son de carácter positivo a favor de su aptitud, idoneidad y medios de que dispone para el cuidado de la niña. Y, en segundo lugar, es también de considerar que todos los demás informes no comparten la conclusión del mencionado en la sentencia, pues ni siquiera el confeccionado por psicóloga por encargo de la madre hace ninguna referencia a una posible actitud negativa del padre, pues se apoya sólo en considerar que la custodia compartida puede establecerse si hay acuerdo entre los progenitores, y no en otro caso.

Al lado del informe psicológico que recoge la sentencia, también valora la resolución el efectuado por la asistente social, también sin identificar, salvo la referencia a ser «Trabajadora Social A» adscrita al Juzgado de Familia. Refiere la sentencia que «la Trabajadora Social, que no se pronuncia por uno u otro sistema (de custodia), dice que tanto el Sr. P. como la Sra. R. son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de Candela, y que ambos pueden conciliar perfectamente la vida laboral y familiar, contando para ello con recursos económicos suficientes y una amplia red de apoyo».

Por su parte, el informe evacuado por el Dr. L. el día 18 de junio de 2012, no mencionado en la sentencia, respecto de la afirmación recogida en el informe evacuado por la psicóloga número 8, de mayor preocupación del padre de sus sentimientos y necesidades que de los de su hija, indicó: «No logro adivinar a través de qué exploración psicológica se ha podido llegar a esas conclusiones». Expone cómo la niña en ocasiones cita como padre al que es actual esposo de la madre, y cómo y por qué el informante no ha sacado la conclusión de que el padre piense más en sí mismo que en su propia hija.

El informe efectuado por el mismo Dr. L. el día 27 de julio de 2012, también omitido en la sentencia, recoge por qué considera el informante que existe una peligrosa trayectoria hacia el secuestro emocional o síndrome de alienación parental.

Y por último, el informe efectuado a instancia de la demandada por la psicóloga Sra. C. el día 30 de agosto de 2012, tampoco referenciado en la sentencia recurrida, indica «la niña tiene bien asumidas las dos figuras parentales de referencia, identificando de forma adecuada a sus dos progenitores, con los que mantiene un vínculo afecto adecuado. No se ha detectado en la menor ningún tipo de distorsión afectiva ni de rechazo hacia la figura paterna». Explica por qué no cabe dar relevancia especial a que la niña mencione como padre a persona distinta del recurrente, y concluye que «este tipo de custodia (la compartida) debe establecerse a partir de una serie de acuerdos de los padres, no de los desacuerdos que existen en la actualidad», y por tal razón, entiende mejor el establecimiento de la custodia individual.

Octavo: La obligada exposición en esta sentencia de los distintos extremos de los informes, obrantes, junto con las consideraciones antes efectuadas sobre el informe psicológico valorado en la sentencia recurrida, evidencia, en fin, que la relevancia que otorga la sentencia recurrida a este último informe no puede ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del artículo 80.2 f) el CDFA, excluir el régimen preferente de custodia compartida. Porque la contradicción entre las conclusiones de unos y otros, la duda sobre el inicio de una trayectoria de alienación parental de la niña, las confusiones que la propia menor tiene sobre quién es realmente la figura patena, o el apoyo del último informe únicamente en la consideración, contraria a la previsión

legal, de que la custodia compartida sólo en caso de acuerdo de los padres debe hacerse, impiden aceptar, como hace la sentencia recurrida, que sea claro en este supuesto que exista una circunstancia de especial relevancia que dé lugar a excluir el régimen preferente.

El interés del menor, que de modo genérico cita la sentencia como motivo último de razonamiento, debe así ser integrado en este caso concreto mediante las valoraciones expuestas ante la situación específica que se presenta. Y, con ello, no existente razón jurídicamente aceptable para excluir el régimen preferente de custodia compartida, debe estarse a él, por lo que procede la estimación del recurso de casación, y la anulación de la sentencia recurrida. Y actuando esta Sala como tribunal de instancia por consecuencia de la estimación del recurso, no se observa motivo para modificar los razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos fundamentos son ajustados al texto legal, por lo que no existe razón para modificarlos ni, por ello, para alterar su Fallo.

Noveno: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dado que la demanda es finalmente estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer condena a su pago.

Vistos los preceptos citados, la Sala, observando lo prevenido en el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha resuelto dictar el siguiente fallo.

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Manuel P. O. contra la sentencia dictada el día 9 de julio de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo acordado en la sentencia anterior, se estará al fallo de la sentencia dictada el día 21 de diciembre de 2012 por el Juzgado de primera Instancia número 16 de Zaragoza.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Dése su destino legal al depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado e Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

Que formulan los Magistrados Ilmos. Sres. D. Javier Seoane Prado y Dª Carmen Samanes Ara.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamentamos tener que formular voto particular a la sentencia de fecha 17 de febrero de 2014, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que basamos en las razones expuestas a continuación.

Aceptamos el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

Fundamentos de derecho

Primero: Aceptamos los fundamentos primero a tercero de los la sentencia mayoritaria.

Segundo: El interés superior del menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos».

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en parecidos términos SSTC 298/1993, 187/1996, y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los casos Rahimi c. Grèce y Lyubenova c. Bulgarie.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las núm. 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable.

Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

Tercero: El tercer motivo del presente recurso de casación se formula por infracción del artículo 80.2 del CDFA, al considerar la parte recurrente que no ha sido respetada la preferencia que establece tal norma de la custodia compartida respecto de la custodia individual, pues, en tesis del impugnante, ninguno de los factores previstos en tal precepto para poder acordar la custodia tan solo a favor de la madre determina que deba excluirse el cuidado compartido de la menor.

Entendemos que el precepto del artículo 80.2 no prevé *factores para poder acordar la custodia individual*. El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a

la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Pero el precepto referido no enumera ni tasa excepciones al régimen preferente de custodia compartida, ni da indicaciones sobre qué circunstancias y de qué entidad constituyen inconvenientes para acordarla. Ni siquiera los aludidos factores son exhaustivos, ya que en la letra f) se alude a *cualquier otra circunstancia* de especial relevancia. Esto es algo completamente lógico, pues sólo el juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto, puede decidir qué es lo más adecuado. Pues cabe, incluso, que circunstancias análogas afecten de distinto modo a un menor que a otro, en función de la personalidad de éste, para lo que será de especial trascendencia la valoración de la prueba pericial. Por eso estimamos que, si el artículo 80.2 permite al Juez acordar la custodia individual cuando considere que así se protege mejor el interés del menor que con la compartida, y si aquel resuelve en tal sentido apreciando cabalmente que así lo aconsejan las circunstancias que rodean al caso, no se vulnera el precepto.

No podemos compartir, por ello, la afirmación que se hace en la sentencia de la mayoría (Fundamento séptimo) en el sentido de que la Sala de casación debe examinar si la sentencia recurrida *se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida.* O la que, en idéntico sentido, y a propósito de los informes periciales, se hace en el Fundamento octavo: …*impiden aceptar, como hace la sentencia recurrida, que sea claro en este supuesto que exista una circunstancia de especial relevancia que dé lugar a excluir el régimen preferente.* Y tampoco aceptamos que esta Sala de casación deba valorar el contenido de los informes periciales (ni del resto de las pruebas en las que se basó la sentencia impugnada, como la exploración de la menor) ni siquiera al amparo de la doctrina establecida en la STS de 19 de julio de 2012 y las que en ella se citan, ya que no se atisba aquí atentado alguno a los derechos constitucionales del menor.

Cuarto: Compartimos la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedite la observancia de tal principio a ninguna otra consideración.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

Quinto: La divergencia entre los miembros de la Sala se produce por la falta de acuerdo en torno a la posibilidad de control casacional de esa determinación –realizada por el tribunal de instancia– de lo que en el caso concreto resulta más conveniente al interés del menor.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mis-

mo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. Así lo ha entendido este Tribunal en SS núm. 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

Ello está en línea con la postura que, en relación con la revisabilidad en casación de la significación jurídica que extrae el juzgador de los hechos probados (o la de los conceptos jurídicos indeterminados) ha mantenido el Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos en los que ha entendido que aquella consiste en una valoración de la razonabilidad del juicio del juzgador *a quo*, en lo que denomina *criterio de buen sentido* (STS de 29 de junio de 2010 y las ahí citadas). Así, en ocasiones ha señalado que, cuando se trata de juzgar la trascendencia de los hechos declarados probados por la sentencia impugnada es posible en tales casos el control en casación, si bien a los efectos de apreciar la posible incoherencia o falta de racionalidad de las conclusiones obtenidas en la instancia (véanse SSTS de 15 de noviembre de 2010 y 30 de octubre de 2008 a propósito del incumplimiento de las obligaciones, o 4 de marzo de 2009 en relación con la calificación de los contratos). En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

En parecidos términos se pronuncian las SSTS núm. 228/2010, la núm. 578/2011, o la núm. 373/2013, de 31 de enero de 2013.

En resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se ha evidenciado en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. Así, SSTSJA de 27 de febrero de 2013, 8 de febrero de 2012, 1 de febrero de 2012, 19 de octubre de 2012. Con claridad se expresó en la de 17 enero 2012:

El interés del menor será apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, por lo 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.

La sentencia núm. 36/2013, de 18 de julio, con cita de otras muchas que la preceden destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal:

«d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en

interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFA–.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Sexto: En consecuencia, lo que corresponde a la Sala de casación es velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, y no otra consideración. Por ello, el examen que aquella ha de realizar, sobre si la sentencia que acuerda la custodia individual se ha ajustado a la norma que sólo lo permite si resulta lo más conveniente al interés del menor, debe limitarse a la razonabilidad y coherencia lógica de la conclusión alcanzada a partir de la base fáctica. Aunque el criterio valorativo del tribunal de instancia aparezca (desde la perspectiva, siempre más alejada del caso, del tribunal de casación) como discutible, sólo si es arbitrario debería poder ser sustituido. Pues la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida; no, sobre el fondo del asunto. No es el litigio lo que se somete a tales tribunales, sino la decisión tomada por la Audiencia. Y, –hemos de insistir en ello– en la medida en que la ley le confiere un margen discrecional, y aquélla no actúa con arbitrariedad al moverse dentro de ese margen, no es posible apreciar violación de ley. Aquí, la calificación de los hechos, aun siendo una operación jurídica, es el resultado de la convicción del Juez. En el caso que nos ocupa, esa convicción alcanzada por el tribunal de instancia se sustenta sobre las circunstancias concurrentes, explicitadas en la sentencia y que le han llevado a la conclusión de que en el caso el interés del menor queda más protegido con la custodia individual. Consideramos, por ello, que si la Sala entra a valorar la trascendencia o el alcance de esas circunstancias desciende a las particularidades del supuesto controvertido y, por ende, suplanta la labor de aquel.

Séptimo: En el presente caso, la sala sentenciadora no se ha apartado del criterio legal establecido en el art. 80 CDFA, pues parte de la preferencia en abstracto del sistema de guarda y custodia compartida y, a partir de la valoración de las pruebas practicadas (que no ha sido tachada de irracional o arbitraria mediante la formulación del motivo correspondiente de infracción procesal) razona suficientemente la concurrencia de circunstancias de hecho en el caso concreto que, de acuerdo con los criterios legales de determinación del interés legal del menor, determinan que el sistema de guarda que mejor lo satisface es el que establece.

En consecuencia, la sala de apelación ha hecho uso de una facultad discrecional para optar motivadamente por una de las opciones de custodia de la hija menor de los litigantes que ha de quedar al margen del control por la vía del recurso extraordinario de casación, que no puede servir como una tercera instancia para decidir el caso concreto.

Octavo: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente:

Fallo

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su encabezamiento, en Zaragoza a veinte de febrero de dos mil catorce.

NÚM. 6

6

A. TSJA de 28 de febrero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Valoración de la prueba practicada: ***La jurisprudencia establece que «la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria e ilógica ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y, en tal caso, habrá de plantearse a través del art. 469.1.4º Lec. como vulneración del art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad y arbitrariedad» (STS 29/7/2011, entre otras).***

Disposiciones citadas: ***Arts. 24 CE, 469.1.4º Lec.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.***

NÚM. 7

7

S. TSJA 12/2014 de 4 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Derechos y principios: Derecho de los padres a la igualdad: ***El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuge en las relaciones parentales; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o la madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor. Lo que el art. 14 CE impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificada. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior. No se vulnera el principio de igualdad, constitucionalmente, cuando se da un trato diferenciado por razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las personas (STC, Pleno, 27/5/1993).***

Guarda y custodia de los hijos: Función del recurso de casación: ***La parte recurrente no interpone motivo por infracción procesal, como pudo hacerlo, de modo***

que las referencias a la valoración de la prueba practicada en autos no pueden ser objeto de consideración por esta Sala. El recurso de casación tiene una función preferentemente nomofiláctica, como control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico sustantivo y para la fijación de jurisprudencia, de modo que no resulta posible en el ámbito de este recurso extraordinario realizar una nueva valoración de la prueba o sustituir la fijación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, puesto que el recurso de casación constituye un nuevo grado de jurisdicción pero no una tercera instancia (transcribe, en este sentido, STS 15/1/2014). Siendo así, es necesario partir de los hechos que la sentencia impugnada considera acreditados.

Informes de especialistas: ***El art. 80.3 CDFA no constituye una norma de carácter sustantivo, sino adjetiva o instrumental, en cuanto permite al juez utilizar y valorar determinados medios probatorios de relevancia para que pueda adoptar una decisión conforme a derecho.***

Interpretación de la ley: ***La regulación aragonesa de la guarda y custodia de los hijos es de reciente promulgación y ha sido más tarde –en el año 2011– integrada en el texto refundido del Código Foral, de modo que no es preciso atender al canon sociológico de interpretación de la ley (conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada: art. 3.1 Cc.), para realizar una correcta interpretación de la norma que, insistimos, permite en determinados casos un régimen de custodia individual de los hijos menores.***

Naturaleza de la custodia compartida: ***La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor.***

Preferencia de la custodia compartida: ***El art. 80.2 establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores.***

Prueba de que la custodia individual es más conveniente: ***La muy joven edad de Adrián (tiene 2 años) constituye un elemento a considerar para que se mantenga el cuidado de su madre; por otra parte, la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternos, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 14 CE, 80 CDFA, 3.1 Cc.***

Ponente: ***Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a cuatro de marzo de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 41/2013 interpuesto contra la

sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de septiembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 356/2013, dimanante de autos de Divorcio 357/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrente, D. José Luis G. M., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la Letrada Dª Olga Antón Molina, y como parte recurrida Dª Andrea C. B., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Sonia García de Val y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Rebeca Naudín Ayesa, actuando en nombre y representación de D. José Luis G. M., presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros demanda de divorcio contra Dª Andrea C. B. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia decretando:

«La disolución del matrimonio formado por D. José Luis G. M. y Dña. Andrea C. B.: Y como medidas inherentes se solicita:

— Autoridad familiar: La autoridad familiar del hijo del matrimonio será compartida por ambos progenitores.

— Guardia y custodia: Se solicita se fije el sistema de custodia compartida de la siguiente forma:

— Hasta que el menor comience el último curso del ciclo escolar de infantil: Se solicita que las estancias consistan en un régimen de tres periodos semanales, el primero desde el lunes a las 10,00 horas hasta el miércoles a las 10,00 horas, el segundo, desde el miércoles a las 10,00 horas hasta el viernes a las 10,00 horas y el tercero desde el viernes a las 10,00 horas hasta el lunes a las 10,00 horas; sucediéndose los progenitores en el disfrute de cada periodo de custodia, de modo que, cada semana, un progenitor disfrutará del primer y tercer periodo, y a la semana siguiente disfrutará del segundo periodo.

— A partir de que el menor comience el último curso del ciclo escolar infantil: se solicita que las estancias consistan en semanas alternas de domingo a domingo a las 20,00 horas; fijando un día entre semana para el progenitor que no esté ejerciendo durante la semana la custodia (el miércoles desde salida del centro escolar hasta las 20,00 horas): Régimen de vacaciones: Vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo en caso de desacuerdo los años pares el padre y los años impares la madre, y comunicándolo al otro progenitor con al menos un mes de antelación.

Vacaciones de verano: Incluirán los meses de julio y agosto; el primer grupo incluirá desde el día 1 de Julio a las 10 horas hasta el día 15 de Julio a las 20,00, y del día 31 de Julio a las 20,00 horas hasta el día 15 de Agosto a las 20,00 horas; y el segundo grupo incluirá desde el día 15 de Julio a las 20 horas hasta el día 31 de Julio a las 20,00, y desde el día 15 de Agosto a las 20,00 horas hasta el día 31 de agosto a las 20,00 horas.

Vacaciones escolares de Navidad:

Se dividen en dos períodos:

1º: Desde el día 23 de Diciembre a las 10,00 horas hasta el día 31 de Diciembre a las 10,00 horas.

2º: Desde el día 31 de Diciembre a las 0,00 horas hasta el día 6 de Enero a las 20,00 horas.

Vacaciones escolares de Semana Santa:

Mientras el menor no comience su vida escolar se regirán por el régimen ordinario de custodia; y una vez el menor comience su vida escolar se dividirán en dos periodos, y se repartirán por mitades e iguales partes; el primero comenzará a las 20,00 horas del último día clase y el segundo periodo finalizará a las 20,00 horas del día anterior a la reanudación de las clases escolares. El cambio de turno se realizará a las 12,00 horas del día intermedio de las vacaciones si el número de días no lectivos es impar; y el cambio de turno se realizará a las 20,00 horas del último día de la primera mitad cuando el número de días no lectivos sea par.

Durante las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa se suspende el régimen ordinario de custodia (salvo lo solicitado para el periodo de Semana Santa mientras el menor no haya comenzado su ciclo escolar); si el periodo de custodia compartida quedara interrumpido por el inicio de un periodo vacacional se entiende finalizado cualquiera que haya sido su duración; una vez finalice cualquier periodo vacacional se entregará el niño al otro progenitor, que continuará en su compañía en régimen de custodia compartida, cualquiera que sea el tiempo que reste hasta la finalización de su estancia.

Las entregas se realizarán en el domicilio del progenitor donde se encuentre el menor en el momento de hacer el cambio.

— Gastos de asistencia del hijo: Para el concepto de gastos de asistencia del hijo el Sr. G. abone mensualmente la cuantía de 150€ y la Sra. C. abone mensualmente la cantidad de 250€ mensuales, y ello en la cuenta corriente aperturada a tal efecto en Iber-Caja, a efectos de cubrir los gastos relativos a la ropa, medicación, productos de higiene del menor, material escolar. Dichas cantidades deberán ser ingresadas dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se deberán actualizar conforme la variación del IPC o índice que lo sustituya el día 1 de mayo de cada año, de manera automática, siendo la primera revisión del día 1 de Mayo de 2013.

Mientras esté en su compañía el hijo, cada progenitor deberá satisfacer los gastos de manutención y habitación del menor.

Asimismo se solicita que con cargo a la cuenta aperturada para el gasto del menor, deberán tener disposición ambos progenitores para adquirir los bienes de uso corriente que necesite el menor, como cualquier otro gasto ordinario de los no enumerados en el que ambas partes estén de acuerdo. Cada progenitor deberá comunicar al otro, mensualmente, una liquidación detallada de las disposiciones que haya efectuado de la cuenta, con justificación de cada disposición. En caso de no justificar cualquier disposición, deberá reintegrar la cantidad correspondiente.

Se solicita que en lo que respecta a los gastos extraordinarios necesarios serán abonados en una proporción del 45% por el Sr. G. y el 55% por la Sra. C.; en el caso de que no fueran necesarios y si no media acuerdo entre las partes, se solicita sean sufragados por el progenitor que haya decidido efectuarlos.

— Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y autorización de venta: Se solicita la extinción de la atribución del uso de vivienda familiar sita en Ejea de los Caballeros (Zaragoza), C/ … que fue adjudicada a la Sra. C. en Procedimiento de Medidas, solicitando la autorización judicial de venta de la vivienda.

Se solicita que hasta la fecha que se proceda a la venta o liquidación de la vivienda el préstamo hipotecario sea asumido por mitades e iguales partes.

— Asignación compensatoria: No procede fijación de cuantía en concepto de

asignación compensatoria, al tener ambos cónyuges ingresos propios.

— Uso del vehículo familiar: Se solicita se fije la atribución del uso del vehículo familiar marca BMW matrícula … a favor de D. José Luis G. M., y ello en tanto se produzca la disolución de condominio del mismo.»

Solicitando por otrosí la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda.

El Procurador de los Tribunales Sr. Gascón Marco en nombre y representación de Dª Andrea C. B., presentó escrito contestando a la demanda planteada de contrario, solicitando se dictase resolución por la que se acordase el divorcio de los cónyuges estableciendo las siguientes medidas definitivas:

«a) Se otorgue la guardia y custodia del hijo menor Adrián a la madre, Doña Andrea C. B., siendo la autoridad familiar compartida.

b) Se establezca un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta el domingo a las 20,00 horas; la tarde de los miércoles desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta las 20,00 horas, en las semanas en que disfrute del fin de semana con su hijo, y las tardes de los martes y jueves desde la salida de la guardería, colegio o las 17,00 horas y hasta las 20,00 horas, en las semanas en que no disfrute del fin de semana con su hijo.

Este régimen se suspenderá en vacaciones, que se repartirán al 50% entre ambos progenitores, correspondiendo elegir los años pares al padre y los impares a la madre.

c) Se fije en concepto de alimentos para el hijo común la suma de 250€ mensuales a abonar por Don José Luis G. M. dentro de los 5 primeros días de cada mes y que se actualizarán conforme al IPC anualmente.

c) La obligación de pago de los gastos extraordinarios del hijo común al 50% entre ambos progenitores.

d) Se otorgue el uso del domicilio familiar a Doña Andrea C. B. y al hijo común, y ello hasta la completa liquidación del consorcio.»

Solicita por otrosí la práctica de diversas pruebas.

Tercero: Previos los trámites legales y practicadas las pruebas que fueron admitidas, el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por José Luis G. M. contra Andrea C. B., y declaro la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre ambos en Ejea de los Caballeros el 9 de junio de 2007, y acuerdo las siguientes medidas:

— Se atribuye a ambos litigantes la autoridad familiar compartida de su hijo Adrián.

— Se atribuye al hijo menor, Adrián, el uso del que fue domicilio familiar, sito en C/…

— Se establece un sistema de custodia compartida por semanas alternas. El cambio semanal se efectuará el domingo a las 17,00 horas, debiendo el progenitor al que le finalice el periodo de custodia abandonar el domicilio familiar a dicha hora, y entrando entonces el otro progenitor.

El régimen comenzará a regir a partir del domingo 12 de mayo de 2013. Ese día

se procederá tal y como se expone en el fundamento noveno de esta resolución.

Durante la semana, el progenitor no custodio podrá estar en compañía de su hijo dos días. A falta de acuerdo, estos días serán los martes y los jueves, de 17,00 a 20,00 horas. La semana que el padre trabaje en el turno de tarde, se sustituirá esta visita por la tarde del sábado de la misma semana, desde las 17,00 a las 20,00 horas. Si la madre trabaja alguna de las tardes en que le corresponde visita, podrá optar por sustituir ambas tardes entre semana por la tarde del sábado de 17,00 a 20,00 horas. A efectos de cumplimiento de las visitas, ambos progenitores deberán comunicarse recíprocamente sus turnos de trabajo con la suficiente antelación.

Las entregas y recogidas del menor se harán siempre en el domicilio familiar.

Las vacaciones se organizarán de la siguiente manera:

Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen ordinario de custodia, cualquiera que sea el momento de la semana en que se inicie el periodo vacacional, y aunque ello suponga recortar un periodo ordinario de custodia.

El período de vacaciones de verano incluirá tan solo los meses de julio y agosto, y se dividirá en dos grupos:

— El primer grupo incluirá desde el 1 de julio a las 10,00 horas hasta el 15 de julio a las 20,00 horas, y del 31 de julio a las 20,00 horas hasta el 15 de agosto a las 20,00 horas.

— El segundo grupo incluirá desde el 15 de julio a las 20,00 horas hasta el 31 de julio a las 20,00 horas y desde el 15 de agosto a las 20,00 hors hasta el 31 de agosto a las 20,00 horas.

Los años pares, el padre será quien elija el período que vaya a estar en compañía de su hijo; los años impares, la elección corresponderá a la madre.

No obstante lo anterior, hasta que el menor cumpla tres años, no se aplicará el anterior sistema, sino que los progenitores, continuarán el mismo sistema de alternancia semanal en la custodia, pero sin las visitas intersemanales. Se considera período de vacaciones de verano y, por lo tanto, sin visitas intersemanales, el comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos: el primero desde el día 23 de diciembre a las 10 horas hasta el 31 de diciembre a las 10,00 horas y el segundo desde este momento hasta el 6 de enero a las 20,00 horas. A falta de acuerdo, los años pares, el padre será quien elija el período que vaya a estar en compañía de su hijo, y los años impares, la elección corresponderá a la madre.

Las vacaciones de Semana Santa, mientras el menor no comience su vida escolar, se regirán por el régimen ordinario de custodia. Una vez se inicie la vida escolar del menor, las vacaciones dividirían en dos mitades, correspondiendo al padre elegir los años pares y a la madre los años impares.

Finalizado cualquier periodo vacacional, se producirá el cambio de período de custodia y uso del domicilio, respetando los días y horas que se han expuesto. Se reanudará entonces el periodo ordinario de custodia, cualquiera que sea el día de la semana, aunque resulte un periodo de custodia más corto que de ordinario.

La tarjeta sanitaria y el DNI del menor, en el caso de que lo tuviese, deberán estar en posesión del progenitor que ejerza la custodia en cada momento.

— El Sr. G. deberá contribuir al sostenimiento de los gastos de asistencia al hijo menor con la cantidad de 170 euros mensuales, y la Sra. C. con la cantidad de 230

euros mensuales. Esta cantidad deberá actualizarse conforme a la variación del IPC o índice que lo sustituya el día 1 de mayo de cada año, de manera automática, siendo la primera revisión el 1 de mayo de 2013. Los litigantes deberán ingresar estas cantidades en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta cuya apertura se acordó en medidas provisionales.

Mientras esté en su compañía, cada progenitor satisfará los gastos de manutención y habitación del menor.

En la cuenta referida se cargarán todos los gastos ordinarios del hijo menor (ropa, medicamentos, productos de higiene, etc.). Asimismo, con cargo a esta cuenta, de la que deberán tener poder de disposición ambos progenitores, se adquirirán los bienes de uso corriente que necesite el menor, tales como ropa o material escolar. Además, con cargo a esta cuenta podrá hacerse cualquier gasto ordinario en el que ambos progenitores estén de acuerdo. Cada progenitor deberá comunicar al otro, mensualmente, una liquidación detallada de las disposiciones que haya efectuado de la cuenta, con justificación de cada disposición. En caso de no justificar cualquier disposición, deberá reintegrar la cantidad correspondiente. Serán a cargo de esta cuenta los gastos de suministro de la vivienda: electricidad, agua y vertidos y gas.

Los gastos extraordinarios necesarios serán abonados en una proporción del 45% el Sr. G. y el 55% la Sra. C.. En el caso de que no se trate de gastos necesarios, los gastos extraordinarios serán sufragados por el progenitor que haya decidido efectuarlos, si no media acuerdo entre las partes.

Se desestima la petición formulada por el Sr. G. en relación con el vehículo familiar.

No se hace expresa imposición de costas.»

Por la representación legal de la Sra. C. se solicitó aclaración y/o subsanación y complemento de la sentencia anterior, en lo relativo al uso del domicilio familiar proponiendo la siguiente redacción:

«Se atribuye al hijo menor, Adrián, el uso del que fue domicilio familiar, sito en C/ …, y ello hasta el día que cumpla los 3 años de edad. En ese momento, cada progenitor deberá proveer al hijo de la oportuna vivienda, costeada por su cuenta.»

Conferido traslado a la otra parte, el Juzgado de Primera Instancia dictó Auto en fecha 21 de mayo de 2013 acordando estimar la petición formulada por la Sra. C. de aclarar la sentencia dictada en el procedimiento en el sentido que se indicó en el fundamento jurídico segundo de dicha resolución.

Cuarto: Interpuesto por el Procurador Sr. Gascón Marco en nombre y representación de Dª Andrea C. B. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose al recurso planteado.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, con fecha 17 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda dictó sentencia cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dª Andrea C. B. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros, el 26 de abril de 2013, debemos revocar y revocamos la misma parcialmente, atribuyendo a la madre la guarda y custodia individual del hijo menor, con autoridad familiar compartida estableciendo-

do el régimen de visitas estipulado en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución y manteniendo el sistema de vacaciones fijado en la Sentencia de instancia.

Se atribuye a la madre e hijo el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación definitiva de la sociedad conyugal.

Se establece a cargo del padre una pensión alimenticia de 250€ mensuales, pagadera los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Los gastos extraordinarios del menor se abonarán por mitad por los progenitores.

Se mantienen los restantes pronunciamientos que no se opongan a la presente resolución.

No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada.»

Quinto: La Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. José Luis G. M. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo: primer motivo, en inaplicación del art. 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA); segundo motivo, en inaplicación del art. 80.3 y con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; tercer motivo, inaplicación del art. 76.3 b) del CDFA, y con el artículo 14 de la Constitución Española y cuarto motivo, inaplicación del art. 80.2 del CDFA y con el artículo 3.1 del Código Civil.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto por el que, declarada la competencia de la Sala, se admitió a trámite el recurso de casación, no dando lugar a la práctica de la prueba documental solicitada; conferido traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal del recurso, presentaron los correspondientes escritos de oposición.

En fecha 8 de enero de 2014 la Sala, habiendo sido solicitada la celebración de vista y considerando necesaria la misma, se señaló su práctica el día 5 de febrero de 2014, a las 9,30 horas, en que se llevó a cabo con el resultado que obra en las actuaciones.

Fundamentos de derecho

Antecedentes procesales

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros se interpuso demanda de divorcio por la representación de D. José Luis G. M. contra Dª Andrea C. B., en la que se solicitaba una sentencia por la cual se acuerde la disolución del matrimonio y, entre otras medidas, la guarda y custodia compartida del hijo común Adrián. Tras la tramitación del proceso, la sentencia de 26 de abril de 2013 acordó la estimación parcial de la demanda, declaró la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre los litigantes y, como medidas derivadas, atribuyó a ambos la autoridad familiar respecto de su hijo Adrián, al que se atribuyó el uso del domicilio familiar, estableciendo un sistema de custodia compartida por semanas alternas. La fundamentación jurídica para adoptar esta decisión expresaba que «*el beneficio que para el menor supone la custodia compartida se encuentra en el mantenimiento del contacto del hijo con los progenitores, de una forma parecida, de modo que no pasa a existir en su vida una figura parental principal y otra secundaria*». Tras el examen de la prueba practicada, concluía que «*en el caso que nos ocupa no concurren elementos suficientes que desvirtúen la aplicación de la regla general establecida en el Código de Derecho Foral. Es más, entiendo que la custodia individual a favor de cualquiera de los progenitores puede ser incluso perjudicial para el menor*» –Fundamento de Derecho Octavo–.

Segundo: La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de Dª Andrea C. B. Tras el trámite pertinente, recayó sentencia de 17 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó el recurso de apelación y, revocando en parte la sentencia impugnada, atribuyó a la madre la guarda y custodia individual del hijo menor, con autoridad familiar compartida y estableciendo un régimen de visitas respecto del progenitor no custodio y reparto del tiempo de vacaciones.

Las razones que condujeron a la estimación del recurso se centran en los siguientes argumentos: a) los niños deben mantener la mayor estabilidad en sus rutinas y condiciones de vida de pernocta y domicilio, no resultando beneficioso un sistema alterno de custodia que mantenga al menor en ámbitos separados sin comunicación; b) existe una escasa disponibilidad laboral del padre que le impide ejercer de forma real y personal los cuidados habituales del niño; c) es procedente, en beneficio del menor y para procurarle su estabilidad y correcto desarrollo, otorgar a la madre su custodia individual, por estimarla mas beneficiosa para los intereses del niño, al margen de las expectativas o deseos particulares de los progenitores.

Motivos del recurso

Tercero: Frente a dicha sentencia la representación de Don José Luis G. M. ha interpuesto el presente recurso de casación, fundado en cuatro motivos, para concluir solicitando de esta Sala que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y en su lugar acuerde la confirmación en todos sus términos de la sentencia dictada por el Juzgado de Ejea.

El motivo principal es el primero, que denuncia la infracción del art. 80.2 del CDFA, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida. Los restantes abundan en la misma consideración, añadiendo pormenores relativos a la infracción de otros preceptos constitucionales o legales. Centraremos el examen de las cuestiones debatidas en el primero de los motivos de recurso, sin perjuicio de hacer referencia especial a los restantes.

Examen del primer motivo

Cuarto: El primer motivo de recurso se fundamenta en la infracción del art. 80.2 del CDFA, entendiendo el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial lo ha incumplido, al no aplicar el criterio preferente de custodia compartida respecto al hijo común Adrián. En el planteamiento y desarrollo del motivo se refiere al preámbulo de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, cuyo texto ha sido posteriormente incorporado al citado Código. Expone seguidamente la necesidad de que el Juez adopte la guardia y custodia compartida, como norma imperativa, para satisfacer así el interés superior del menor. Examina la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada y alega que, con el fallo recaído en la misma, no se produce la igualdad en las relaciones familiares y que las pruebas aportadas por su parte van en contra de la atribución de la custodia individual a favor de la madre, pruebas que no son valoradas ni tenidas en cuenta por la Sala.

Concluye afirmando el criterio preferente de la guardia y custodia compartida, la excepcionalidad de la atribución de dicha guarda a uno solo de los progenitores, y que el único factor contemplado, referente a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, ha sido inadecuadamente analizado por la Audiencia.

Quinto: Para el examen del motivo hemos de partir de la naturaleza y función del recurso interpuesto. La parte recurrente no interpone motivo por infracción procesal, como pudo hacerlo, de modo que las referencias a la valoración de la prueba practicada en autos no pueden ser objeto de consideración por esta Sala.

El recurso de casación tiene una función preferentemente nomofiláctica, como control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico sustantivo y para la fijación de jurisprudencia, de modo que no resulta posible en el ámbito de este recurso extraordinario realizar una nueva valoración de la prueba o sustituir la fijación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, puesto que el recurso de casación constituye un nuevo grado de jurisdicción pero no una tercera instancia. Como ha expuesto reiteradamente el Tribunal Supremo, «*la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho y el carácter extraordinario del recurso de casación, al que se reserva el examen de la correcta aplicación del derecho sustantivo a la cuestión de hecho, ha sido subrayado por la LEC, de cuyo régimen se deduce que todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal, dentro de los estrechos cauces en que por la vía de este recurso se admite la revisión de los hechos que considera probados la sentencia recurrida*» –sentencia de 15 de enero de 2014, núm. 3/2014, y las en ella citadas–. Siendo así, es necesario partir de los hechos que la sentencia impugnada considera acreditados.

En cuanto al fondo, es cierto que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores.

La sentencia recurrida parte de los siguientes hechos, que considera relevantes para la decisión adoptada:

a) La joven edad del menor Adrián, nacido el 22 de mayo de 2011, que en la fecha de la resolución tenía dos años de edad recién cumplidos;

b) El menor no estaba en tal fecha escolarizado, aunque los progenitores habían decidido inscribirlo en una guardería el próximo curso escolar, por lo que se desconocían los horarios que mantendrá el niño;

c) Existe una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores;

d) La madre vive sola en la vivienda familiar, trabaja de enfermera con un régimen de turnos que le permiten cuatro días seguidos de descanso y que puede flexibilizar con sus compañeros de trabajo, gozando del apoyo de familiares, en especial de sus padres;

e) El padre tiene una escasa disponibilidad laboral que le impide ejercer de forma real y personal los cuidados habituales del niño.

Sexto: Partiendo de tales hechos, no puede estimarse el primer motivo de recurso, ya que la Audiencia Provincial no ignora el criterio de adopción preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 del CDFA sino que, en ejercicio del margen de discrecionalidad que el legislador atribuye a los tribunales de instancia, ha decidido fundadamente que en el

caso de autos la custodia individual a favor de la madre satisface el interés superior del menor, con mayor efectividad que el de custodia compartida propugnado por el recurrente.

Debe significarse, además, que la muy joven edad de Adrián constituye un elemento a considerar para que se mantenga bajo el cuidado de su madre y que la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternados, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado. La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor.

Examen del segundo motivo

Séptimo: El motivo segundo se interpone por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, en infracción del principio de seguridad jurídica. Invoca la parte recurrente los arts. 80.3 del CDFA y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo plantea «en íntima conexión con el anterior». Para su consideración hemos de remitirnos a las consideraciones que se han efectuado anteriormente, relativas a la invocada vulneración del art. 80.2 del CDFA añadiendo: a) que el precepto del Código aragonés a que se refiere el recurrente no constituye una norma de carácter sustantivo, sino adjetiva o instrumental, en cuanto permite al juez utilizar y valorar determinados medios probatorios de relevancia para que pueda adoptar una decisión conforme a derecho: *«Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores»;* b) que la referencia al art. 217 es materia procesal, solo introducible en recursos extraordinarios por vía de infracción procesal, en los términos del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su Disposición Final 16ª, vía no utilizada en este caso; c) que la norma regula las consecuencias de la falta de prueba de determinados hechos, «*Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones»,* pero en el caso de autos la Audiencia Provincial ha declarado unos hechos como probados y extraído de ellos la consecuencia jurídica, conforme a la norma sustantiva; d) las restantes alegaciones del recurrente inciden directamente en la valoración de la prueba practicada, lo que no es posible dada la vía de recurso utilizada.

Examen del tercer motivo

Octavo: El tercer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 76.3 b) del CDFA, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, por inaplicación del criterio de adopción preferente de custodia compartida, en infracción del principio de igualdad. El desarrollo del motivo, además de incidir en las cuestiones anteriormente planteadas, y a las que hemos dado respuesta en los precedentes apartados, expresa que el cambio

de custodia favorece a la madre pero supone desigualdad con respecto al padre, lo que determina una situación de desequilibrio y desigualdad.

El motivo no puede prosperar. El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales, y así constaba en el propio enunciado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, actualmente incorporada al CDFA; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o la madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor.

Lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior.

No se vulnera el principio de igualdad, constitucionalmente, cuando se da un trato diferenciado por razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las personas. Como acertadamente expresaba el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, «el desarrollo argumental del recurrente llevaría a la prohibición de cualquier custodia individual», y esta forma de argumentar por parte del recurrente pugna con la doctrina del Tribunal Constitucional recaída al respecto: «*no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una determinada materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable; pues como regla general el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable; prohibiendo el principio de igualdad, en suma, aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos o razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados*» –Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno, de 27 de mayo de 1993, núm. 176/1993–.

Por ello el motivo se desestima.

Examen del cuarto motivo

Noveno: El cuarto motivo del recurso invoca inaplicación del art. 80.2 del CDFA en relación con el artículo 3.1 del Código Civil, por inaplicación del criterio de adopción preferente de custodia compartida, en infracción de la realidad social y de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este mismo tribunal.

El motivo ha de ser desestimado, pues la cita de las sentencias que se realiza en su desarrollo jurídico no permite apreciar que en este caso se haya producido la infracción legal denunciada, única que puede ser objeto de la pretensión casacional.

En cuanto a la interpretación de las leyes conforme «*a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*», constituye un mandato del legislador, contenido en el Código Civil, tendente a lograr una aplicación de la ley acorde con las cambiantes relaciones sociales y culturales, y dirigido especialmente a los supuestos en que la decisión ha de adoptarse aplicando leyes antiguas, que no han adaptado su redacción al paso de los años.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2012, núm. 348/2012, recuerda que: «*La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico en la interpretación de las leyes –si bien debe ser utilizado con ponderación según afirman las sentencias 927/2007 de 26 noviembre, y 954/2008, de 17 de octubre–. Dicho canon exige la constante adaptación de la interpretación de la norma a la evolución de los valores sociales en cada momento histórico y, como no podía ser de otra manera, a los cambios legislativos*».

Pero en el caso de autos la ley aragonesa es de reciente promulgación y ha sido más tarde –en el año 2011– integrada en el texto refundido del Código Foral, de modo que no es preciso atender a esa prevención para realizar una correcta interpretación de la norma que, insistimos, permite en determinados casos un régimen de custodia individual de los hijos menores, como se ha realizado fundadamente en la sentencia de la Audiencia Provincial.

En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Pronunciamiento sobre costas

Décimo: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, pero existiendo decisiones de signo contrario en las instancias y en atención a la complejidad fáctica y jurídica del caso no procede hacer imposición de costas en este recurso, conforme permite el art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y normas de general aplicación.

Fallamos

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Luis G. M. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de septiembre de 2013, que confirmamos.

No hacemos imposición de las costas causadas por el recurso.

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

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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

NÚM. 8

S. TSJA 13/2014 de 13 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Doctrina jurisprudencial: ***El criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida (art. 80.2 CDFA), como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo que la custodia individual sea más conveniente (STSJA 8/2/2012). Como consecuencia de lo anterior, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará (Ss. 18/4/2012, 27/11/2012). Desde el pleno respeto a los hechos probados, debe el TSJA examinar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente el principio del interés del menor, que es el principio rector en la interpretación de las normas relativas a la guarda***

y custodia, partiendo de que en la legislación aragonesa, a diferencia del Código civil, la custodia compartida es el sistema preferente, por ser el que mejor defiende el interés del menor. También el TS entiende que el régimen de custodia compartida salvaguarda mejor el interés de los menores (SS 29/4/2013, 19/7/2013).

El arraigo social y familiar de los hijos: ***La constatación de que la referencia para la estabilidad del menor es su madre –lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella– y la posible alteración de su vida y costumbres por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual.***

El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación: ***En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida (STSJA 27/11/2011). En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia. La estabilidad de los niños si continúan a cargo de su madre (SSTS 19/7/2013, 12/12/2013) o la conflictividad entre los padres (SSTS 7/6/2013, 22/7/2011), como los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores, sólo serán relevantes si perjudican el interés del menor.***

Función del recurso de casación: ***El Tribunal Supremo considera ajustado a la función casacional revisar el modo de aplicación del principio de protección del interés del menor por los tribunales de instancia mediante el enjuiciamiento en esta sede del ajuste de sus resoluciones al interés del menor. La revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse (…) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SS TS 21/7/2011, 22/7/2011, 9/3/2012, 31/1/2013). El fin último de la norma (art. 92 Cc.) es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este. El interés del menor constituye una cuestión de orden público que se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS 31/1/2013, 11/2/2011, 25/4/2011).***

Disposiciones citadas: Art. 80 CDFA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a trece de marzo de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 40/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26 de julio de 2013, recaída en el rollo de apelación número 165/2013, dimanante de autos núm. 772/2011 de Modificación de Medidas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Guillermo S. S. representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigido por la Letrada Dª Xenia Cabello Cánovas, y como parte recurrida Dª Nuria M. M., represen-

tada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Ángeles Ruiz Viarge y dirigida por el Letrado D. Felipe Mateo Bueno, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Ana Silvia Tizón Ibáñez, actuando en nombre y representación de D. Guillermo S. S., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª Nuria M. M. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase Sentencia por la que, estimando la presente demanda, se modifique las medidas vigentes sustituyéndolas, en lo referente al régimen de visitas, guarda y custodia, pensión de alimentos y uso del domicilio, por las contenidas en el siguiente Pacto de relaciones familiares:

«1: La autoridad familiar y la guarda y custodia sobre el menor. Será compartida por ambos progenitores, estableciéndose el siguiente régimen de convivencia para que Guillermo se relacione con cada uno de sus progenitores:

El menor estará con su padre meses alternos desde las 20 horas del último día del mes a las 20 horas del último día del mes siguiente.

El menor estará con su madre meses alternos desde las 20 horas del último día del mes a las 20 horas del último día del mes siguiente.

La entrega del niño se producirá en el domicilio del progenitor que haya tenido la custodia en el periodo anterior, o donde éste determine, siempre con suficiente antelación.

En defecto de acuerdo debe establecerse un régimen de visitas para el progenitor no custodio consistente en los miércoles desde la salida del colegio (en su caso 17:30 horas) hasta las 20 horas y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20 horas. Deberán respetarse, en su caso, las actividades extraescolares que hayan acordado los padres conjuntamente. La entrega del niño se producirá en el domicilio del progenitor custodio actual, o donde éste determine, siempre con suficiente antelación.

Las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y El Pilar se repartirán por mitades. Los meses de julio y agosto se repartirán entre los progenitores por quincenas pudiendo ser la elección entre primeras quincenas y segundas quincenas. En caso de discrepancia la elección de los periodos correspondientes la efectuará el padre en los años pares y la madre en los impares. Estos periodos vacacionales interrumpirán el régimen de custodia, es decir, el progenitor no custodio antes del periodo vacacional, pasará a ser custodio después del periodo vacacional. Los periodos vacacionales mencionados (excepto los meses de julio y agosto) comienzan a la salida del colegio del último día antes de las vacaciones y termina a las 20 horas del último día de vacaciones escolares, momento en que será recogido (si es el caso) por el progenitor custodio en la siguiente semana.

Fuera de los periodos vacacionales mencionados, las festividades entre semana serán disfrutadas por el menor con el progenitor al que corresponda la custodia en ese mes, no procediendo visita intersemanal en estos días, caso de tratarse de un miércoles.

2. Participación en los gastos. Cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios que se generen cuando el menor se encuentre con ellos, debiendo abonar

D. Guillermo a Dª Nuria la cantidad de 150 euros en los meses que el niño se encuentre con su madre.

Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por ambos progenitores. Para poder atender a los gastos que no sean estrictamente de alimentación o cuidado cuando esté el hijo con su padre o con su madre, se propone que en la cuenta común a nombre de los dos progenitores estos ingresen cada uno mensualmente la cantidad de 100€, y en esta se domicilien esos gastos del menor. No obstante, esa cantidad se revisará anualmente conforme a los gastos acordados por ambos progenitores; si hubiera un gasto puntual, o el saldo resultara insuficiente, cada uno de los progenitores ingresará en esa cuenta el 50% de la cantidad.

3. Destino de la vivienda y del ajuar familiar: No existe vivienda conyugal.

4. Liquidación del régimen económico matrimonial. Habiéndose pactado el régimen económico de separación absoluta de bienes constante matrimonio, no existen bienes comunes por lo que no procede disolución ni liquidación alguna.

Y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre el abono de las costas causadas, debiendo soportar cada parte las causadas a su instancia.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal emplazándolos para que comparecieran en autos en tiempo y forma haciéndolo dentro de plazo y oponiéndose a la misma, y solicitando la demandada que, previo los trámites legales, se dictase sentencia, por la que se desestime en todas sus partes, la demanda interpuesta de adversa, no dando lugar las modificaciones pretendidas de cambio de guarda y custodia compartida, manteniéndose vigentes las medidas acordadas por las partes en Convenio de divorcio de fecha 20 de diciembre de 2007 ratificado que fue por ambos padres a presencia judicial y aprobado por Sentencia de 14 de marzo de 2008, Convenio que debe ser considerado como el Pacto de Relaciones Familiares. Por otrosí, solicitó la práctica de prueba documental. Compareció en tiempo y forma el Ministerio Fiscal.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«*Fallo: Que debo estimar y estimo en lo sustancial la demanda de modificación de las medidas adoptadas por la Sentencia de fecha 14/03/2008 dictada por este Juzgado, en el procedimiento de divorcio de muto acuerdo señalado con el núm. 47/08, deducida por la Procuradora Dª Ana Silvia Tizón Ibáñez, en nombre y representación de D. Guillermo S. S., contra Dª María Nuria M. M., representada por la Procuradora Dª María Nieves Omella Gil, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud acuerdo que en lo sucesivo, y con efectos desde el uno de febrero de dos mil trece, la guarda y custodia del hijo común, Guillermo S. M., sea ejercida de forma compartida, por ambos progenitores, Dª María Nuria M. M. y D. Guillermo S. S., por periodos iguales y alternos de Un Mes, manteniéndose vigente hasta la señalada fecha (1/02/2013) el actual sistema de guarda y custodia y visitas, conforme a lo acordado en la Sentencia de divorcio. Dicha alternancia se adaptará durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano a lo acordado en relación a tales periodos.*

A partir del día señalado, y teniendo en consideración lo que al respecto se dejó dicho en el párrafo primero in fine del FD Cuarto de esta resolución, regirá como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, en el periodo de que se trate no tenga bajo su custodia al menor, el siguiente:

— Los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida de la menor del Colegio –o a las 17:00 horas, si coincidiera en periodos vacacionales, o se tratara de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente–, hasta las 20:00 horas del domingo inmediato siguiente, y dos tardes a la semana (que, a falta de acuerdo entre los progenitores, serán martes y jueves, desde la salida del colegio y hasta las 20:30 horas, en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda, uniéndose al día inmediato anterior, o posterior, los puentes escolares. En las semanas que al progenitor no custodio en el periodo que se trate no le corresponda la convivencia con el hijo, uno de los dos días que corresponde la visita entre semana (los jueves, a falta de acuerdo), lo será con pernocta, de forma que lo recogerá en el Colegio a la hora antes señalada, reintegrándolo al mismo Centro escolar al día siguiente. Si el jueves correspondiente, o el viernes fueren no lectivos conforme al Calendario escolar, la recogida y entrega tendría lugar en el domicilio del menor.

— En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de la forma que en años impares, el padre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, y con la madre las segundas quincenas de los mismos meses, siendo al contrario en años pares.

— Las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fecha señaladas de Navidad. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

— Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las 12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años impares y la madre en años pares.

Si procediera, por no estar expresa o especialmente previsto, la alternancia en la preferencia de la elección del turno corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

Corresponderá al padre el primer periodo de convivencia con el menor. Los cambios de convivencia (excepto para el caso del primer periodo de convivencia del sistema de guarda y custodia compartida que se establece) tendrán lugar los días 30 del mes que corresponda,(en febrero, el último día del mes, sea de 28 o de 29 días, y el resto de los meses de intercambio, sean de 30 o de 31 días), siempre –con independencia de si rige horario de mañana y tarde, o solo de mañana– a la hora de salida del Colegio del menor –donde será recogido por el progenitor al que le corresponda iniciar el periodo de convivencia con el niño–, o, en su defecto –por coincidir en periodos vacacionales, o tratarse de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente–, a las 17:00 horas, que deberá ser entregado en el domicilio del padre o de la madre donde vaya a residir el menor en el concreto periodo que se inicie.

Como contribución de los progenitores a los gastos del hijo, ambos sufragarán los gastos ordinarios de alimentación, vivienda, vestido, y de recreo o entretenimiento del menor en las épocas que el niño permanezca con cada uno de ellos, sin perjuicio de los reintegros que entre ellos procedan, debiendo el padre ingresar la cantidad de Doscientos Euros (200€) mensuales, en las condiciones, periodicidad y criterios de actualización determinados en la Sentencia de divorcio, para atender los demás gastos ordinarios del menor (o parte proporcional de los mismos), tales como abono de las actividades extraescolares, reposición del material escolar durante el Curso, y otros de similar naturaleza y finalidad.

Los gastos extraordinarios necesarios que la salud, educación o formación integral de la menor demandaren en cada momento, se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los gastos extraordinarios no necesarios conforme a lo legalmente establecido, de forma que se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuer-

do, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

El progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento que tuviera prescrito.

En lo que resultaran de aplicación, se considerarán vigentes las restantes medidas acordadas en la sentencia de fecha 14/03/2008 dictada por este Juzgado, en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo señalado con el núm. 47/07, en todo aquello que no se oponga o contradiga a lo que en la presente resolución se acuerda, o sea consecuencia necesaria y directa de ello.

Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tizón, presentó escrito en fecha 17 de diciembre de 2012, interesando la aclaración y rectificación de la sentencia en los términos que consta en autos y previa contestación de la otra parte, se dictó Auto de fecha 21 del mismo mes y año, acordando no haber lugar a rectificar y aclarar la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012, dictada en este procedimiento.

Tercero: Interpuesto por la Procuradora Sra. Omella Gil en nombre y representación de Dª María Nuria M. M. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, se llevó a efecto la prueba solicitada que fue admitida, con el resultado que consta en las actuaciones.

Con fecha 26 de julio de 2013 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª Nuria M. M. frente a la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis, en autos de modificación de medidas núm. 772/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, desestimamos la demanda de modificación de medidas acordadas por la sentencia de 14 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis, que se mantienen con las siguientes modificaciones:

— El régimen de visitas a favor del actor será el siguiente: Viernes a la salida del menor del colegio o a las 17 horas, si coincidiera en periodo de vacaciones o se tratara de día no lectivo conforme al Calendario Escolar vigente, hasta la entrada del colegio o 10 horas de la mañana en su caso del lunes. Los denominados puentes escolares se unirán al fin de semana que corresponda semanalmente el menor en compañía del progenitor al que le esté asignado el fin de semana siendo las condiciones de entrega y recogida las mismas pero correspondientes al día anterior o posterior en su caso.

Igualmente disfrutará dos tardes a la semana, que a falta de acuerdo entre los progenitores será de martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 el primer día y desde la salida del colegio hasta la mañana siguiente el segundo, si los días no fueran lectivos las entregas y recogidas serán en el domicilio materno, quedando suprimidos estos días en caso de coincidencia con puentes escolares en los supuestos anteriormente mencionados.

Las vacaciones de verano se dividirán en dos periodos, desde el último día lectivo del mes de junio hasta el 31 de julio a las 10 horas; y desde esta fecha al primer día lectivo del mes de septiembre. Durante este año regirá el sistema actual, teniendo efectividad el nuevo régimen a partir del verano siguiente.

En cuanto al periodo de vacaciones de Navidad y Semana Santa se estará al sistema fijado en la Sentencia apelada.

Respecto al procedimiento de elección de los turnos la preferencia del mismo corresponderá al padre en años impares y a la madre en años pares.

— La pensión alimenticia a cargo de D. Guillermo Serrano Salas queda fijada en 650 euros mensuales a partir de la próxima mensualidad del mes de septiembre.

— Los gastos extraordinarios se devengarán por los progenitores en la proporción del 80% el actor y 20% la demandada.

Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en ambas instancias.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.»

Cuarto: La representación legal de Dª Nuria M. M. solicitó subsanación de la sentencia al observar: «que no aparece reflejado en el fallo que la pensión se debe actualizar anualmente, atendiendo a los IPC, no dándose lugar a la subsanación por auto de 3 de septiembre de 2013.

La Procuradora Sra. Tizón Ibáñez en nombre y representación de D. Guillermo S. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolos, el primero, en aplicación del artículo 82 del CDFA y 146 del Código Civil; el segundo, al amparo del art. 76.2 y 80.2 del CDFA.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Sección Segunda acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 31 de octubre pasado se dictó providencia del siguiente tenor:

«Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D. Guillermo S. S. contra la sentencia de 19 de julio de 2.013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión el motivo de infracción procesal por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 473.2 LEC, óigase a las partes para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de la siguiente posible causa de inadmisión:

Se formula un único motivo de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación del artículo 8 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, artículo 82 del Código Foral de Aragón y artículo 146 del Código civil, y error en la valoración de la prueba. En tal formulación se acumula una cita de infracciones heterogéneas tanto de naturaleza procesal como sustantiva, lo que no tendría cabida en un motivo de infracción procesal (causa de inadmisibilidad del artículo 473.2.1º en relación con el artículo 469.1 LEC). Sin embargo, no se articula un motivo de casación en relación con la denunciada infracción de error en la prueba, sobre la pensión de alimentos. Finalmente, el supuesto error de valoración parece apoyarse en las apreciaciones de la parte sobre los recursos de los progenitores y no en pruebas objetivas que puedan avalar el supuesto error, con la consecuencia de arbitrariedad, irracionalidad o falta radical de lógica, lo cual podría constituir causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 473.2.2º LEC por carecer manifiestamente de fundamento.

En cuanto a la aportación con el escrito de recurso de un documento consistente en unas hojas del periódico Heraldo de Aragón, no se admite por no resultar pertinente, ni existir trámite previsto en el recurso de casación para la aportación documental ni la práctica de prueba, dada su naturaleza de recurso extraordinario –no tercera instancia– cuya única finalidad es la de revisar el ajuste a derecho de la sentencia recurrida. En consecuencia, devuélvase el documento a la parte.»

Las partes presentaron sus alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal, por su parte, «que se debe inadmitir el REIP, por carecer manifiestamente de fundamento:

II.1. En el REIP, el recurrente mezcla indebidamente cuestiones procesales de valoración de la prueba propias de este recurso extraordinario procesal (STS 544/2012, 25 septiembre, FJ 2) con valoraciones o calificaciones jurídicas del Art. 82 CDFA «principio de proporcionalidad» en los «Gastos de Asistencia a los hijos» que es propio del RC, pero este recurso no ha sido interpuesto por supuesta infracción del citado Art. 82 CDFA, ya que el único RC interpuesto es por el motivo de infracción del Art. 80.2 CDFA: no reconocimiento de la custodia compartida del hijo común.

II.2: El REIP por vulneración del Art. 24 CE no tiene su anclaje en un correlativo RC (eventual infracción del Art. 82 CDFA), por lo que no tiene competencia funcional el TSJAr (art. 73.1.a Ley Orgánica del Poder Judicial y Disp. Final Decimosexta.1.1ª LEC).»

Por Auto de fecha 5 de diciembre de 2014 la Sala acordó:

«1: Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación y del motivo de infracción procesal.

2: Admitir a trámite el recurso de casación en su único motivo.

3: Inadmitir el motivo de infracción procesal.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida en los términos prevenidos en el artículo 485 LEC para que en el plazo de veinte días pueda formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.»

La parte contraria presentó su escrito de alegaciones en apoyo de sus pretensiones y por su parte, el Ministerio Fiscal, consideró: «Que se debiera estimar el recurso de Casación Foral, Casar la sentencia de la AP Zaragoza 413/2013, 26 julio, declarando la custodia compartida del hijo menor Guillermo, hoy de 7 años de edad (nacido el 28 de octubre de 2006) (Art. 487.3 LEC): tal como la había configurado el Juzgado de Familia núm. 16 de Zaragoza, en su citada Sentencia 624/2012, 21 noviembre.»

Y no habiéndose solicitado la celebración de vista y no considerándola conveniente la Sala, se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1: Del matrimonio entre actor y demandada celebrado el 21 de octubre de 2005 nació un niño, Guillermo, el 28 de octubre de 2006.

2: En autos de divorcio de mutuo acuerdo recayó sentencia de 14 de marzo de 2008 en la que la guarda y custodia del hijo quedó atribuida a su madre.

3: El 8 de septiembre de 2011 presentó el padre la demanda de modificación de medidas de la que deriva el presente recur-

so solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida del hijo común.

Segundo: La sentencia de 21 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 estimó en lo sustancial la demanda y estableció la custodia compartida del menor por períodos mensuales con efecto a partir del 1 de febrero de 2013, fijando una pensión a cargo del padre de 200 euros mensuales.

La sentencia basaba su decisión en que no se había acreditado inconveniente por razón de la edad del menor o de que fuera a carecer de arraigo social o familiar en el entorno donde residirá en cada momento con cada progenitor. Y, fundamentalmente, en la opinión del menor expresada ante la psicóloga adscrita al Juzgado quien afirmaba en su informe que *«tiene una buena vinculación afectiva tanto con su madre como con su padre y con las familias extensas de ambos, que está adaptado a la situación porque habla indistintamente cuando está con papá y con mamá, facilitando toda explicación sobre lo que hace con uno y otro, hecho que indica que vive su situación de forma normalizada, y que la madre entiende que los contactos frecuentes entre padre e hijo son positivos y necesarios para Guillermo, añadiendo que el menor se va muy contento con su padre y vuelve satisfecho deseando volver a estar con él»*.

Se refería la sentencia también a la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad del hijo y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, reseñando del informe psicológico que *«ambos progenitores reúnen unas buenas condiciones y recursos personales para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria»*.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, fue estimado por la sentencia de 26 de julio de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el sentido de mantener la custodia individual a cargo de la madre con régimen de visitas de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del centro escolar, y dos tardes durante la semana, la segunda de ellas hasta la mañana siguiente.

En el fundamento cuarto de la sentencia se recoge el contenido del informe psicológico en el sentido ya reseñado sobre la positiva y estrecha relación con el padre alcanzada a partir de los encuentros y visitas establecidos judicialmente. Respecto al padre destaca del informe que verbaliza un discurso preestablecido dando respuestas repetitivas y poco concisas a lo que se le preguntaba, y que presenta un estilo educativo indefinido y transmite desconocimiento de pautas y rutinas cotidianas acordes a la edad y circunstancias de su hijo. Del informe reitera también la sentencia la satisfactoria relación del niño con su padre desarrollada durante las estancias con él, así como las buenas condiciones y recursos personales de ambos progenitores para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria, si bien entiende que la madre está en mejor disposición de proporcionar al menor la seguridad y estabilidad que necesita para su mejor desarrollo. Considera que no se deduce que el padre haya tomado conciencia de las adaptaciones en su vida presente y futura necesaria para asumir la corresponsabilidad total en la educación y crianza del hijo, siendo necesario que se implique activamente y en mayor medida como paso previo necesario a la custodia compartida.

Se refiere la sentencia a la constancia en autos de informes psicológicos aportados por la parte actora y ratificados en la vista, si bien afirma que parece evidente la mayor relevancia del informe técnico realizado por el Gabinete adscrito al Juzgado, que se ha entrevistado con ambos progenitores y de cuya objetividad o imparcialidad

no existe motivo alguno para dudar. Y se inclina por la recomendación de este informe que, aun observando en ambos progenitores buenas condiciones y recursos por el cuidado del hijo, estima que la progenitora proporciona al menor una seguridad y estabilidad más adecuada para su desarrollo.

Finalmente, se refiere la sentencia recurrida a que se ha aportado en segunda instancia un informe del Colegio en el que cursa sus estudios el niño del que se deduce una buena evolución escolar del mismo. Dice la sentencia que no puede deducirse del informe un relación causa-efecto entre la evolución académica del menor con la forma de custodia fijada, que a partir del mes de febrero pasó a ser compartida, y siguen existiendo algunas carencias en áreas relativas a la confianza y autoestima y una dificultad en la adaptación a situaciones nuevas, de donde se concluye en la necesidad de no introducir en el menor cambios demasiado sensibles que pudieran afectar a su estabilidad por lo que se establece la custodia individual materna con un amplio régimen de visitas como forma de custodia más adecuada en beneficio del hijo común.

Tercero: El motivo único del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 76.2 y del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) en relación con el artículo 217 de la LEC.

Afirma la parte recurrente que el interés del menor, que la sentencia recurrida invoca para establecer la custodia individual, es tenido en cuenta por el legislador al señalar en el artículo 80 CDFA que se protege mejor mediante la custodia compartida, de tal forma que solo en casos concretos y por las razones expuestas en la propia norma podrá excepcionarse. Considera que no existe en la sentencia recurrida expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que al no hacerlo así infringió el artículo 80.2 del CDFA.

El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación partiendo del criterio legal preferente de la custodia compartida. Destaca del informe psicosocial la buena relación afectiva del menor con ambos progenitores y con la familia extensa de los dos, así como las buenas condiciones y recursos personales de los padres para la crianza del hijo. Pese a ello, le resulta llamativo al Ministerio Fiscal que el informe psicológico aconseje la custodia individual manteniendo al padre como visitador amplio de fines de semana alternos.

Cuarto: Todas las partes en el presente procedimiento, y las sentencias del Juzgado y de la Audiencia recuerdan la doctrina sentada por esta Sala en aplicación del artículo 80 del CDFA.

Decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), con referencia a otras anteriores sobre esta materia, que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

Como consecuencia de lo anterior, expresábamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012 (recurso 31/2011), reiterada en la de 27 de noviembre de 2012 (recurso 32/2012), que «*siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará*».

Desde el pleno respeto a los hechos que en las sentencias de instancia y apela-

ción se consideran probados, debe esta Sala examinar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente el principio del interés del menor, que el Tribunal Supremo considera con relevancia, desde el punto de vista del interés casacional, para la revisión en este recurso extraordinario de la aplicación de los criterios legales tendentes a su protección.

Así, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el interés del menor se erige en el principio rector en la interpretación de los preceptos del Código civil (señaladamente el artículo 92), reiterando (STS 1ª, Pleno, de 31 de enero de 2013, núm. 823/2012, recurso 2248/2011) que *«la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (…) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 de marzo, con cita de la 579/2011, de 22 de julio y 578/2011, de 21 de julio».*

Y continúa*: «La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este».» (…). Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)».*

Con mayor razón debemos reafirmar tales principios rectores en la interpretación de las normas relativas a la guarda y custodia de los menores, partiendo de que en la legislación aragonesa, a diferencia del Código civil, se establece un criterio legal preferente, el de la custodia compartida, como el que mejor defiende el interés del menor.

Persiguiendo la mejor aplicación de este principio la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun sin precepto en el Código civil que regule como preferente el régimen de custodia compartida, se pronuncia ya reiteradamente en la misma línea de considerar que este principio se consigue por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, lo que determina en dichos supuestos la adopción del régimen de custodia compartida por salvaguardar mejor el interés de los menores. Lo expresa así su sentencia núm. 495/2013, de 19 de julio de 2013, recurso 2964/2012, interpretando el artículo 92.8 del Código civil:

«La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC art. 5 EDL 1889/1 art. 6 EDL 1889/1 art. 7 EDL 1889/1 art. 92 EDL 1889/1 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que

se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

El Tribunal Supremo considera ajustado a la función casacional revisar el modo de aplicación de este principio por los tribunales de instancia mediante el enjuiciamiento en esta sede del ajuste de sus resoluciones al interés del menor.

Respecto a los informes psicológicos que fijan como guía rectora de su actuación la estabilidad de los niños si continúan al cargo de su madre, aunque se aprecie que ambos progenitores están en buenas condiciones para afrontar convenientemente la educación y crianza de sus hijos, dice la citada sentencia de 19 de julio de 2013:

«Pues bien, lo que la sentencia dice es que tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que «esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos», añadiendo que «para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores».

Y para el caso concreto que examina en el recurso de casación, añade:

La sentencia omite otras cosas. Omite que los hijos «tienen un vinculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos», sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.

Por consiguiente, como dice el informe del Ministerio Fiscal, «la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado». La solución aplicada en la resolución recurrida ha tenido en cuenta un solo parámetro, y no otros que aparecen como hechos probados, «imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, para aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.»

En el caso que examinamos la sentencia recurrida, de igual forma, funda su decisión de forma exclusiva en el informe de la psicóloga adscrita al Juzgado, que igualmente fue la base de la decisión del Juzgado, si bien en sentido contrario. Ya se ha

reflejado el contenido de dicho informe que reconoce la buena relación del niño con su padre, alcanzada a partir de las visitas establecidas judicialmente, la buena vinculación afectiva con ambos progenitores de los que se afirma (de ambos) que reúnen buenas condiciones y recursos personales para afrontar la crianza de su hijo de forma satisfactoria. De la opinión del menor se dice, según el informe, que va muy contento con su padre y vuelve satisfecho y deseando volver a estar con él.

Se recoge en el informe psicológico el inconveniente de que el padre presenta un estilo educativo indefinido y transmite desconocimiento de pautas y rutinas cotidianas acordes a la edad de su hijo, precisando implicarse más activamente como paso previo necesario a la custodia compartida. Ello determina al tribunal de apelación a no introducir en el menor cambios sensibles que puedan afectar a su estabilidad y a mantener el sistema de custodia individual.

Respecto al seguimiento de esta idea de la protección de la estabilidad del menor por encima de cualquier otra consideración, el Ministerio Fiscal expresa de manera gráfica que parece que el informe psicológico busca padres (varones) perfectos e ideales que después de la ruptura matrimonial ya sean conocedores de todas las técnicas educativas del progenitor perfecto sin valorar las necesidades afectivas del hijo, del propio padre y de la igualdad en las relaciones parentales.

En el recurso de casación 32/2011 de esta Sala, en el que se debatía la custodia de un menor de seis años de edad, la sentencia del Juzgado otorgó la custodia compartida, que fue revocada después por la dictada por la Audiencia Provincial por los cambios que se introducirían *«alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables»*, separándolo además de su hermano de madre de casi dos años de edad. En nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2011 que puso fin a ese recurso de casación decíamos:

«Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el precepto legal que se invoca en el motivo, y que ha sido efectivamente infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.

La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.»

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013, núm. 761/2013, recurso 774/2012, ante la afirmación de la sentencia de apelación de que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas, dice que se omite que durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida. Y concluye:

Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegu-

rar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.

En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia, según hemos visto. Así lo expresa, respecto a otro de los aspectos que suelen ser tenidos en cuenta para negar la conveniencia del cambio al régimen de custodia compartida, como es el de la conflictividad en la relación entre los progenitores, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012, citada de la de 17 de diciembre de 2013, recurso 2645/12:

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

Lo mismo debe afirmarse respecto a los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores: que solo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

Así, en el supuesto que nos ocupa la sentencia recurrida recoge el contenido del informe del Colegio del menor tras el cambio a custodia compartida del que se deduce una buena evolución escolar del mismo, aunque se afirma en la sentencia que no es la misión del mismo establecer una relación causa-efecto entre dicha evolución y el cambio al régimen de custodia compartida desde febrero de 2013. Parece que, al menos, el cambio no ha sido negativo y ello por sí solo, conforme a lo expuesto sobre el valor que ha de darse a la modificación en la vida de los menores, debe ser considerado favorablemente.

Los anteriores razonamientos resultan de aplicación al presente supuesto pues la constatación de que la referencia para la estabilidad del menor es su madre –lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella– y la posible alteración de su vida y costumbres por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual.

En definitiva, los criterios expresados en la sentencia recurrida no justifican que en el presente caso, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores y de la buena relación con el progenitor derivada de una adecuada atención del régimen de visitas, se hayan observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida, por lo que debe considerarse que ha resultado infringido el artículo 80.2 del CDFA.

Quinto: Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia, acuerda confirmar íntegramente el fallo de la sentencia recaída en primera instancia, que estimó en lo sustancial la demanda interpuesta, por cuanto aplicó correctamente las normas citadas en los

precedentes fundamentos y resolvió conforme a ellas las pretensiones deducidas.

Sexto: De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo S. S. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: Se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de fecha 21 de noviembre de 2012.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, satisfaciendo cada parte las suyas.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Hágase entrega al recurrente del depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular los Magistrados Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado e Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

Que formulan los Magistrados Ilmos. Sres. D. Javier Seoane Prado y Dª Carmen Samanes Ara.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamentamos tener que formular voto particular a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2014, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que basamos en las razones expuestas ya en los votos que formulamos contra la sentencias dictadas en los RRC núm. 14, 19, 28 y 37/2013, a los que nos remitimos.

Sólo cabe añadir, en esta particular ocasión, nuestro desacuerdo con el razonamiento que se contiene en el último de los párrafos del fundamento núm. cuarto de la sentencia, en el que se dice:

«En definitiva, los criterios expresados en la sentencia recurrida no justifican que en el presente caso, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores y de la buena relación con el progenitor derivada de una adecuada atención del régimen de visitas, se hayan observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida, por lo que debe considerarse que ha resultado infringido el artículo 80.2 del CDFA.»

Y discrepamos con dicha afirmación, en tanto que entendemos que el elenco abierto de factores que contempla el art. 80.2 del CDFA no se halla establecido en favor de uno de uno u otro sistema de custodia, sino a fin de que el juzgador los tenga en consideración a la hora de formar juicio sobre si el sistema que mejor se conviene con el interés superior del menor es el de custodia compartida o el individual, por lo que difícilmente puede entenderse que hay infracción de dicha norma en los casos en que, como en el presente, el razonamiento del tribunal de apelación se refiere expresamente a dichos factores para justificar la atribución de la custodia individual.

En consecuencia, a nuestro parecer, debería dictarse el siguiente:

Fallo

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2013, dictada por la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos los magistrados expresados en su encabezamiento, en Zaragoza a 18 de marzo de 2014.

9

NÚM. 9

S. TSJA 14/2014 de 19 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Violencia doméstica o de género: ***La doctrina sentada por la STSJA 28/2013 conduce derechamente a la desestimación del único motivo de casación hecho valer en el recurso (que alega la infracción por inaplicación del art. 80.6 CDFA), pues al tiempo en que fue dictada la sentencia hoy recurrida no se hallaba pendiente el proceso penal seguido contra ella, sino que había sido terminado por sentencia firme condenatoria, sin que el juez sentenciador hubiere considerado procedente, en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80.6 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

10

NÚM. 10

S. TSJA 15/2014 de 28 de marzo de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Infracción procesal: Incongruencia de la sentencia: ***De acuerdo con el art. 218.1 Lec., la causa de pedir no la integran sólo los hechos alegados, sino esos hechos enmarcados en la calificación jurídica establecida por la parte. El juzgador puede rectificar o suplir la alegación de la parte en lo referente al elemento puramente normativo; tal es lo que indica el inciso final del 218.1: aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Pero no puede variar el punto de vista jurídico o fundamentación jurídica, que hace que la concreta tutela solicitada sea esa y no otra distinta. El respeto a la causa de pedir así delimitada es lo que determina la congruencia de la sentencia. Lo ilustra la STS 18/6/2012 que se transcribe.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Alimentos legales: incongruencia: ***La regulación de los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y la de los alimentos legales de los arts. 142 y ss. del Código civil pueden configurar distintas causas de pedir, ya que, siendo distintos sus presupuestos, cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores continúen sufragando sus gastos de crianza y educación, y tenga sin embargo derecho a la prestación de alimentos entre parientes. Pero de ello no se deduce que, si no concurre el supuesto de hecho contemplado en el artículo 69, pueda aplicarse en todo caso la regulación del Código con tal de que se den los presupuestos que ahí se prevén. Tanto la reconvención, como la oposición a ella y la sentencia de primera instancia se fundamentan en la aplicación del art. 69 CDFA. Por ello, al haber aplicado la sentencia de apelación los arts. 142 y ss. del Código civil, ha***

alterado los términos del debate y le ha causado indefensión a la recurrente, ya que no ha tenido ocasión de alegar y probar los hechos que determinarían la improcedencia de aplicar dicha regulación (más exigente) y contraatacar argumentando lo conveniente a su defensa.

Razonabilidad: ***El deber de sufragar los gastos de crianza y educación, que establecen los arts. 65 y concordantes del CDFA, no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. En el caso de que las relaciones entre padre e hija sean malas, o inexistentes, o de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable exigir el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 218.1 Lec., 69 CDFA, 142 y ss Cc.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a veintiocho de marzo dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 49/2013 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 10 de octubre de 2013, en el rollo de apelación número 361/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1073/11 y medidas provisionales 4/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes recurrente/recurrido, Dª Mª Isabel C. P., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, y D. Roberto L. R., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Artazos Herce y dirigido por el Letrado D. Javier Lasheras San Martín.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Artazos Herce, actuando en nombre y representación de D. Roberto L. R., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª María-Isabel C. P. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que «estimando la demanda interpuesta declare que se modifican los efectos fijados por la Sentencia de Divorcio de 30 de noviembre de 2007 dictada en autos de divorcio contencioso número 791/2007 y por la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de diciembre de 2008, dictada en rollo de apelación 226/2008, y que revocó en parte aquella, en los siguientes términos:

1: (Efecto 7) Se suprima la pensión de alimentos para la hija Irene que el Sr. L. viene pagando, si la menor insiste en este procedimiento en que no quiere relacionarse con su padre, y en caso de mantenerse la misma, de forma subsidiaria a ello, se reduzca a 100,00 euros mensuales.

2: (Efecto 8) Se acuerde que se exima al Sr. L. de pagar los gastos extraordinarios de la hija Irene.

3: (Efecto 9) Se suprima la pensión compensatoria que el Sr. L. debe pagar a la Sra. C. desde fecha de esta demanda.

Con condena en costas de este procedimiento a la demandada.»

Por otrosí solicitó la modificación provisional de las medidas definitivas, así como la práctica de diversas pruebas entre ellas la exploración de la menor.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, y respecto a la prueba propuesta, por providencia se acordó la exploración de la menor, entre otras.

Dentro de plazo compareció la demandada, oponiéndose en parte en parte a la presentada de contrario y formulando demanda reconvencional, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que:

«1: Acuerde suprimir la pensión compensatoria que el actor abona a la Sra. C.

2: Acuerde la extinción y supresión de la pensión de alimentos que la Sra. C. abona por su hijo Marcos.

3: Se mantengan el resto de medidas vigentes.»

Solicitó por otrosí que se llamase al proceso al hijo mayor de los litigantes D. Marcos y diversa prueba.

Admitida a trámite la reconvención, se dio traslado de la misma por diez días, contestando la representación legal del Sr. L. R. solicitando:

«1: Tener a esta parte por allanada a la pretensión de supresión de pensión compensatoria, y a tal efecto dicte auto inmediato acordando la supresión de la misma. Ello con imposición de costas a la demandada reconviniente por litigar con temeridad y mala fe al oponerse a la supresión de la pensión compensatoria de nuestra demanda y a la vez reconvenir pidiendo la supresión de la pensión compensatoria.

2: Tener a esta parte por opuesta a la supresión de pensión de alimentos para el hijo Marcos, y, en su día, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que desestime tal petición de la reconvención, con imposición de costas a la reconviniente.»

Admitida la contestación a la demanda y el allanamiento en las peticiones mencionadas, y practicada la prueba solicitada que fue admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por la Procuradora Dª Isabel Artazos Herce, en nombre y representación de D. Roberto L. R., contra Dª María Isabelle C. P., representada por la Procuradora (sic) D. Juan Manuel Andrés Alamán, declaro no haber lugar a la misma, y en su virtud absuelvo a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidos. Sin especial pronunciamiento en materia de las costas procesales de esta instancia.

Que debo estimar y estimo la demanda reconvencional deducida por el Procurador D. Juan Manuel Andrés Alamán, en nombre y representación de Dª María Isabelle C. P., contra D. Roberto L. R. representado por la Procuradora Dª Isabel Artazos Herce, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud, con efectos desde el mes completo siguiente a la fecha de la presentación de la demanda reconvencional, una vez subsanado el defecto procesal advertido de la providencia de catorce de febrero de dos mil doce, conforme al escrito presentado por la demandante de reconvención con fecha 15/02/2012, se deja sin efecto la pensión de alimentos que la ma-

dre, Dª María Isabelle C. P., venía obligada a abonar en beneficio del hijo mayor de edad del matrimonio, Marcos L. C. Todo ello con expresa imposición de las costas de la reconvención a la parte demandada de reconvención.»

En fecha 12 de abril de 2013, se dictó auto acordando:

«Integrar la Sentencia dictada en estos autos, conforme a lo que a continuación se hace constar:

— En el párrafo segundo del FD Primero, se añade: … quedando igualmente como cuestión controvertida la solicitud de la parte actora, demandada de reconvención, de que se suprima su contribución a los gastos extraordinarios de la hija Irene L. C.

— Se añade un nuevo párrafo al FD Tercero, con el siguiente contenido:

«o la misma argumentación ha de reproducirse para desestimar lo solicitado por el actor, demandado reconvencional, en relación a la supresión de su contribución a los gastos extraordinarios de la hija, solicitud que, en cualquier caso, carece en la demanda de una fundamentación fáctica específica, por lo que ha de ser subsumida en los razonamientos anteriores, e igualmente desestimada.»

Durante la tramitación del presente procedimiento en dicho Juzgado, aparece la intervención del Ministerio Fiscal por ser la hija menor de edad, hasta la notificación de la sentencia y el auto posterior, alcanzado la mayoría de edad en fecha 30 de abril, por lo que, a partir de esa fecha, deja de intervenir el Ministerio Fiscal.

Tercero: La Procuradora de los Tribunales Sra. Artazos Herce, en nombre y representación de D. Roberto L. R., presentó recurso de apelación contra la sentencia y su auto aclaratorio confiriendo traslado a la otra parte, que contestó oponiéndose al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, en fecha 10 de octubre de 2013 la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Roberto L. R. frente a la Sentencia dictada en fecha 28 de Febrero de 2013 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de Zaragoza en los autos de Modificación de Medidas núm. 1.073/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de que la pensión a cargo de Dª María-Isabel C. P. a favor del hijo común, Marcos, queda fijada a partir del próximo mes de Noviembre en la cantidad de 400,-€/mensuales (cuatrocientos euros mensuales), todo ello sin hacer especial declaración sobre las costa ocasionadas en ambas instancias.

Se confirma la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos.»

A petición de la representación legal de D. Roberto L. R. se dictó auto aclaratorio de la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, acordando: «Aclarar la Sentencia de esta Sala núm. 469/13 de fecha 10 de Octubre de 2013, en los términos indicados en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución.»

Cuarto: La representación legal de Dª María Isabel C. P., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolo en los siguientes motivos:

«Primero: Se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 218.1 de dicha norma adjetiva, con vulneración del deber

de congruencia en su vertiente de incongruencia extra petita, y ello al haberse desestimado la supresión de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad Marcos con fundamento en causa de pedir distinta de la planteada por la parte defensora del mantenimiento de dicha pensión, infracción que se denuncia al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Segundo: Se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 317 6º, 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como con el artículo 218.2 de dicha norma adjetiva, por la existencia de error patente o notorio e inobservancia de prueba legal y tasada así como por falta de motivación suficiente, infracción que se denuncia al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

En cuanto al recurso de casación: «Primero: Se alega la infracción del artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón y la interpretación que del mismo ha dado ese Excmo. Tribunal en numerosas resoluciones que se citarán a lo largo del motivo: Segundo: Se alega la infracción del artículo 152, ordinales 3º y 5º, del Código civil en relación con el artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón: Tercero: Se alega la infracción del artículo 149 del Código Civil en relación con el artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón: Cuarto: Se alega la infracción de los artículos 146 y 147 del Código Civil en relación con el artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.»

Por su parte, la representación procesal de D. Roberto L. R., presentó recurso de casación contra la sentencia y auto dictados por la Audiencia Provincial, «al amparo del art. 3 de la Ley de Casación Aragonesa y el 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea el artículo 69.1 del CDFA».

Una vez se tuvieron por interpuestos dichos recursos, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por Auto de 9 de enero de 2014 se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite los recursos planteados confiriéndo traslado a las partes contrarias para que formalizasen su oposición en el plazo de veinte días, lo que hicieron dentro de plazo, oponiéndose ambos al planteado de contrario.

Por providencia de 20 de febrero, se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: En la demanda de modificación de medidas presentada por Don Roberto L. R. se solicitó la supresión de la pensión de alimentos que el actor venía abonando para la hija común Irene o, subsidiariamente, la reducción de su cuantía, así como la supresión de la pensión compensatoria acordada a favor de la madre. Ésta se allanó a la segunda pretensión, oponiéndose a la primera. Además, reconvino en solicitud de que se acordara la extinción de la pensión que ella misma venía abonando para su hijo Marcos, de veintitrés años.

La sentencia de primera instancia, dictada tras el auto de allanamiento parcial, desestimó la demanda inicial y estimó la reconvencional. Recurrida la sentencia por el padre, la sentencia de apelación estimó en parte el recurso y revocó la anterior en el sentido de fijar la pensión a favor

del hijo y a cargo de Dª María Isabel C. en 400 euros mensuales. Argumentó así:

«*Respecto al primer apartado de recurso* (supresión de la pensión para Irene), *obviamente, debe ser desestimado, siendo el deber de prestar alimentos a los hijos/as menores de edad consustancial a la patria potestad (…) no puede justificarse su supresión en una nula relación paterno-filial ni tampoco puede alcanzarse la misma resolución extintiva por el hecho de que la hija Irene haya alcanzado recientemente la mayoría de edad, pues dicha obligación aludida sigue vigente a pesar de haber llegado la hija a la mayoría al no haberse completado su formación continuando conforme el artº. 69 del Código de Derecho Foral de Aragón el deber de costear los gastos de crianza y educación. Continuando la hija sus estudios de bachillerato es razonable que se mantenga la pensión fijada en su momento sin que tampoco exista base alguna para su reducción, teniendo en cuenta que no han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento para su fijación, sin que el cambio de colegio sea relevante, teniendo en cuenta la edad de la menor, sus mayores necesidades y el futuro acceso, en su caso, a estudios universitarios y las posibilidades económicas del apelante (…).*

En cuanto a la supresión de la pensión alimenticia del hijo común, Marcos, éste vive con su madre (en realidad, con su padre) *teniendo en la actualidad 23 años, abandonado los estudios en su momento y habiendo trabajado sin alcanzar empleo fijo, encontrándose en la actualidad sin trabajo, es decir, el hijo mayor de edad no se encuentra en fase de completar sus estudios ni en período de formación, supuesto de hecho base para la aplicación del art. 69 del C.D.F.A. debiéndose aplicar los arts. 142 a 153 del Código Civil, así lo tiene declarado la S.T.S.J.A de 21-03-2012 y la más reciente de 16-06-2013, por lo que concurriendo las circunstancias de necesidad en el alimentista, no existiendo una falta de diligencia en la búsqueda de empleo por éste, ni dándose ninguno de los supuestos de extinción del art. 152 del C.C., procede mantener la pensión que, sin embargo, teniendo en cuenta la actual situación del hijo antes mencionado, y lo dispuesto en el art. 147 del C.C., procede reducir a la cantidad de 400 €/mensuales*».

Segundo: Recurso de Doña María Isabel C. P.

En el primero de los motivos de infracción procesal se alega la del artículo 24 CE y del artículo 216 en relación con el 218.1, ambos de la LEC, por vulneración del deber de congruencia al haberse desestimado la supresión de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad con fundamento en causa de pedir distinta de la planteada por la parte que pidió el mantenimiento de dicha pensión.

En relación con este motivo, la contraparte plantea su inadmisibilidad al no haber solicitado la recurrente ante la Audiencia Provincial la aclaración o corrección de la sentencia. Ciertamente, el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011 establece (punto 12) que se inadmitirá el motivo «cuando se haya omitido el deber de agotar todos los medios posibles para su denuncia o subsanación de la infracción o defecto procesal (art. 470.2 LEC en relación 469.2 LEC). En este caso de inadmisión se incluye la alegación de falta de motivación (art. 469.2 LEC), de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios «in iudicando» o «in procedendo» de la sentencia recurrida si no se ha solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (arts. 214 y 215 LEC)».

Ahora bien, es lo cierto que el vicio de incongruencia que aquí se denuncia en modo alguno hubiese podido ser corregido por la vía de aclaración o complemento de la sentencia, puesto que lo que se manifiesta por la parte no es una mera incongruencia omisiva o falta de exhaustividad, sino una incongruencia por cambio de la causa de pedir, no subsanable a través del

remedio que proporciona el artículo 215.2 LEC. En consecuencia, dicha alegación de la recurrida no puede acogerse.

Tercero: Expone la representación de D. Roberto en su escrito de oposición al recurso de Dª María Isabel, que no se comprende dónde está la incongruencia, afirmando que conforme a los principios «iura novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi ius», los tribunales están facultados para resolver las contiendas conforme a la norma pertinente aunque no haya sido alegada por las partes. Ello, siempre que no se altere lo pedido por las partes ni la causa de pedir, constituida ésta, tal como lo mantienen las SSTS de 9 de febrero y 7 de junio de 1990, no por la fundamentación jurídica de la demanda sino por los supuestos fácticos en que se apoya la acción ejercitada.

Las sentencias que cita la parte son anteriores a la vigente LEC, cuyo artículo 218.1 permite al tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, pero sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

Así, explica la Exposición de Motivos de la LEC: *…no se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela; si bien ello no es obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir.*

Esto nos da la pauta para situar los citados brocardos dentro de los límites adecuados. La observancia de la norma del 218.1 evita vulneraciones a los principios dispositivo y de defensa, y no permite ya afirmar, sin más, que los tribunales tienen la libertad de aplicar el derecho que se corresponda con los hechos alegados, como se venía entendiendo por cierta jurisprudencia anterior a la LEC 2000. De acuerdo con el repetido precepto, la causa de pedir no la integran sólo los hechos alegados, sino esos hechos enmarcados en la calificación jurídica establecida por la parte. El juzgador puede rectificar o suplir la alegación de la parte en lo referente al elemento puramente normativo; tal es lo que indica el inciso final del 218.1: *aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.* Pero no puede variar el punto de vista jurídico o fundamentación jurídica, que hace que la concreta tutela solicitada sea esa y no otra distinta. El respeto a la causa de pedir así delimitada es lo que determina la congruencia de la sentencia.

Ilustrativa resulta, a los efectos que nos ocupan, la STS de 18 de junio de 2012. Ahí se razona:

«En cuanto a la jurisprudencia, antes ya de entrar en vigor la LEC de 2000 esta Sala rechazaba que la causa de pedir estuviera integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, por causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00) en rec. 3651/96 y 24-7-00 en rec. 2721/95), los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada (STS 16-11-00) en rec. 3375/95), o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (SSTS 20-12-02) en rec. 1727/97 y 16-5-08 en rec. 1088/01).

De ahí que, ya bajo el régimen de la LEC de 1881, ya bajo el de la LEC de 2000, no se admi-

ta la introducción de cuestiones nuevas presentándolas como puramente jurídicas (STS 10-10-02 en rec. 629/97); se considere un cambio de demanda prohibido por la ley reclamar en principio una cantidad como exigible para, luego, acabar pidiendo que se fije un plazo para su pago (STS 22-5-03 en rec. 2983/03); o en fin, no se admita que en fase de conclusiones se invoque el art. 262 LSA de 1989 como fundamento de la responsabilidad de los administradores sociales demandados cuando la demanda no se hubiera fundado en el mismo (STS 5-11-04 en rec. 2957/98). Más en particular sobre el juicio de retracto, la STS 7-3-03 (rec. 2474/97) apreció incongruencia en una sentencia de apelación porque, computado el plazo de caducidad por el juez de primera instancia incluyendo los días inhábiles, el demandante alteró luego el día alegado en su demanda como inicial y el tribunal de apelación admitió esta modificación.

La causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia (STS 7-10-02 en rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

(…).

Y más adelante, esa misma sentencia puntualiza:

«*Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio iura novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01, rec. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa (…)*».

Cuarto: En la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2013 citada en la que aquí se recurre, así como en otras anteriores, se han señalado las diferencias entre la pensión por alimentos legales y los gastos de crianza y educación. También se ha aludido en esas resoluciones a los distintos presupuestos que determinan la aplicabilidad del artículo 69 CDFA por un lado y la de los 142 y siguientes del Código civil, por otro. Una y otra regulación pueden configurar distintas causas de pedir, ya que –siendo, como decimos, distintos sus presupuestos– cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores continúen sufragando sus gastos de crianza y educación, y tenga sin embargo derecho a la prestación de alimentos entre parientes. Pero de ello no se deduce que, si no concurre el supuesto de hecho contemplado en el artículo 69, pueda aplicarse en todo caso la regulación del Código con tal de que se den los presupuestos que ahí se prevén.

Frente a lo que aquí ha sucedido, en el supuesto examinado en la referida sentencia de 17 de junio de 2013, y como se puso de relieve en su Fundamento sexto, la demanda no se amparaba en el artículo 69 CDFA sino en la regulación de alimentos entre parientes del Código; congruentemente, la sentencia de primera instancia resolvió con base en los artículos 142 a 153, que consideró de aplicación al caso, y lo mismo hizo la sentencia de apelación (no obstante la cita que contenía, a modo de argumento de refuerzo, al artículo 69 CDFA).

En el caso presente, y tal como pone de relieve la recurrente, la reconvención que solicitaba la supresión de la pensión de

alimentos del hijo mayor de edad, se amparó, según se indicaba en los fundamentos de derecho, en el Código de Derecho Foral de Aragón. Y los hechos en los que se basó tal pretensión fueron: que la pensión para Marcos fue establecida en base a los supuestos estudios universitarios que iba a seguir, y sin embargo no sólo no había seguido tales estudios sino que los de bachillerato que desarrollaba lo hacía con nulo aprovechamiento, y que los abandonó en 2008 incorporándose al mercado laboral. La parte reconvenida se opuso en esos mismos términos de debate, aduciendo que, en aplicación de los preceptos de los artículos 58, 69 y 70 de dicho cuerpo legal, no procedía la supresión de alimentos propugnada, sin que se hiciera alusión alguna a la regulación del Código civil, ni a la procedencia del abono de una cantidad en concepto de alimentos entre parientes.

La sentencia de primera instancia estimó la reconvención después de exponer la doctrina de esta Sala en relación con el artículo 69 CDFA, siendo el fundamento esencial de la estimación que, teniendo ya el hijo veintitrés años, no se había acreditado que se encontrara realizando estudios superiores o de formación profesional.

En el recurso de apelación se afirmó que *no cabe duda de que para el límite legal de los 26 años que la norma considera como normal para adquirir la formación, a Marcos le faltan más de tres. Y por ello, se debe concluir que está en formación y que es razonable mantener la pensión.* Frente a ello, la apelada y ahora recurrente en casación se empleó en razonar sobre la no concurrencia de las circunstancias exigidas en el artículo 69.

Acierta, por tanto, la recurrente, cuando arguye que al haber aplicado la sentencia de apelación los artículos 142 y siguientes del Código civil, ha alterado los términos del debate y le ha causado indefensión, ya que no ha tenido ocasión de alegar y probar los hechos que determinarían la improcedencia de aplicar dicha regulación (más exigente) y contraatacar argumentando lo conveniente a su defensa.

Quinto: Procede, en consecuencia, la estimación del motivo y la revocación de la sentencia en este punto.

Conforme a lo previsto en la regla 7ª de la Disposición Adicional Decimosexta LEC, la Sala, de estimar el recurso por el motivo 2º del apartado 1º del art. 469 dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación.

En el caso presente, la solución no puede ser en modo alguno distinta a la adoptada en la sentencia dictada en primera instancia. Ésta, como ha quedado indicado, dejó sin efecto la pensión que venía abonando al hijo por no estar acreditados los presupuestos exigidos por el art. 69 CDFA, lo que resulta ajustado a derecho, y en consecuencia se mantiene.

Con ello, resulta ya innecesario pronunciarse sobre el segundo de los motivos de infracción procesal y sobre los motivos de casación, en cuanto se dirigen asimismo a postular la supresión de los alimentos fijados a favor del hijo Marcos o, subsidiariamente, a que se acuerde la prestación de la pensión en el domicilio de la madre o a la reducción de la cuantía.

Sexto: Recurso de Don Roberto L. R.

Como motivo único, denuncia la parte infracción por interpretación errónea del artículo 69.1 del CDFA, que exige razonabilidad para mantener la pensión de alimentos. A juicio del recurrente, no es razonable exigir al obligado a prestar alimentos que siga costeándolos en el caso de que el hijo perceptor, mayor de 18 años, no quiera tener relación de ningún tipo con el progenitor que ha de satisfacerlos. Alude, en apoyo de su tesis, al artículo 152 del Cc

que contempla como una de las causas de extinción de la obligación de alimentos el caso de que el alimentista hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación, entre las que está el maltrato de obra o injuria grave al ascendiente.

El deber de sufragar los gastos de crianza y educación, que establece los artículos 65 y concordantes del CDFA, no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. Sucede, además, que en la sentencia recurrida no se encuentra referencia alguna, como tampoco en la de primera instancia, a la existencia de maltrato de obra o injuria grave por parte de la hija al padre; en realidad, ni siquiera se da como probado que las relaciones entre padre e hija sean malas, o inexistentes. En el caso de que pudiera haber base para entenderlo así acreditado, o de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable exigir el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

Séptimo: Estimado el recurso de Dª Isabel, no procede hacer condena en las costas correspondientes, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

La desestimación del recurso de D. Roberto comporta la condena al mismo de las causadas por dicho recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallo

Primero: Declaramos haber lugar al recurso por motivo de infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Dª Isabel C. P. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 10 de octubre de 2013, aclarada por auto de 16 del mismo mes y año, en cuanto estima parcialmente el recurso de la contraparte.

Dictando nueva sentencia, estimamos la reconvención deducida por la representación de Dª Isabel y confirmamos el fallo recaído en primera instancia.

Segundo: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Roberto L. R.

Tercero: No hacemos expresa imposición de las costas causadas por el recurso de Dª Isabel C. P.

Imponemos a D. Roberto L. R., las costas causadas por la interposición de su recurso de casación.

Cuarto: En cuanto a los depósitos constituidos, procédase conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

11

NÚM. 11

A. TSJA de 25 de abril de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: Casación foral: Interés casacional: ***La recurrente interpone recurso de casación por la vía del interés casacional, pero no justifica la existencia de dicho interés que, dada la vía elegida, constituye un presupuesto de recurribilidad. La parte recurrente, al formular alegaciones a la providencia por posible inadmisión del recurso de casación aporta copia de dos sentencias del Tribunal Supremo sobre extensión y duración de la pensión compensatoria. Dice el TSJA que, aunque diésemos por buena la aportación de las copias en este momento, como pretende la parte, sucede que no sólo dichas sentencias versan sobre precepto no aragonés (por más que el art. 97 Cc. y el 83 CDFA sean semejantes), sino que el recurso no expresa cuál es la común ratio decidendi de aquéllas y la que se recurre, que justifique por qué ésta se opone a las de contraste. Y no puede este Tribunal suplir la actividad de la parte en este sentido, pues es carga del recurrente justificar el interés casacional en el escrito de interposición.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 83 CDFA, 97 Cc.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.***

12

NÚM. 12

S. TSJA 16/2014 de 9 de mayo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcional: ***Como ya hemos declarado en nuestra sentencia de 20 de abril de 2012 y otras posteriores, el criterio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos (art. 82.1 CDFA) o para la relación entre necesidades de los hijos, sus recursos y los de sus padres para atender a los gastos ordinarios de aquéllos (art. 82.2 CDFA) no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. En el caso, la desigualdad de los ingresos mensuales de padre (1500) y madre (908) es clara y de entidad y no consta que haya otros recursos económicos (la proporcionalidad está referida a los recursos económicos y no sólo a los ingresos) de la madre u otras cargas para el padre que puedan justificar la contribución igualitaria, de manera que no se respeta el principio de proporcionalidad.***

Disposiciones citadas: ***Art. 82 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 5/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de noviembre de 2013, en el rollo de apelación número 451/2013, dimanante de autos de Divorcio 699/12 y medidas provisionales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, Dª Mónica Z. C., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Andrés Isiegas Gerner y dirigida por el Letrado D. Juan Manuel Piazuelo Martínez, y como parte recurrida D. Miguel Ángel C. G., representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Guerrero Ferrández y dirigido por la Letrada Dª Eva Vera Andrés, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

[…]

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Pro-

curador de los Tribunales D. José Andrés Isiegas Gerner, actuando en nombre y representación de Dª Mónica Z. C., contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en recurso de apelación núm. 451/13 que casamos en parte.

Segundo: Declaramos que la contribución a los gastos de asistencia, tanto ordinarios como extraordinarios, de la hija menor de los litigantes lo será en una proporción del 60% para el padre y el 40% para la madre.

Confirmamos la sentencia recurrida en los restantes pronunciamientos.

Tercero: No hacemos expresa imposición de las costas del recurso.

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

Habiéndose estimado el recurso, devuélvase el depósito a la parte que lo constituyó.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

13

NÚM. 13

S. TSJA 17/2014 de 15 de mayo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada: ***Es criterio jurisprudencial reiterado el que señala que la apreciación de la prueba es función privativa de los órganos de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación sobre el particular del recurrente, a no mostrarse absurdo, ilógico, desorbitado o infractor de singulares preceptos valorativos de prueba. A partir del resultado probatorio, la sentencia recurrida resuelve que, en el caso, lo más conveniente al interés de los menores es atribuir su custodia a la madre, con lo que se ajusta a la previsión del art. 80.2 CDFA. Y tal apreciación, que la norma deja en manos del juzgador de instancia, debe respetarse en casación salvo que aparezca como manifiestamente desafortunada o arbitrario, lo que aquí no sucede.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80.2 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 10/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación número 506/2013, dimanante de autos de Divorcio 71/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrente, D. José Isidro G. S., representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gascón Marco y dirigido por el Letrado D. Joaquín Guerrero Peyrona, y como parte recurrida Dª Ana Irama Z. R., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Bericat Nogue y dirigida por la Letrada Dª Gloria Labarta Bertol, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

[…]

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm.

10/2014, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Gascón Marco en nombre y representa D. José Isidro G. S., contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de fecha 20 de diciembre de 2013, condenando en costas a la parte recurrente.

14

NÚM. 14

S. TSJA 18/2014 de 23 de mayo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Medidas judiciales: Modificación: ***El art. 79.5 CDFA tiene su correspondencia en el art. 91 Cc. respecto del cual los tribunales han establecido como doctrina que para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar; b) Que dicha modificación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida y haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas; c) Que tal cambio se estable o duradero, con carácter de permanencia; d) Que la alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación. La exigencia de la alteración sustancial de circunstancias tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica.***

Relativas a menores: modificación: ***En las medidas relativas a menores no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso (art. 76.2 CDFA). Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor (art. 79.5 CDFA; STSJA 17/2013, de 13/3: entendió bastante para dar lugar al cambio pretendido el hecho de que la menor hubiere pasado de niña –10 años– a adolescente –14 años cumplidos–). En el presente caso, de la valoración de la prueba resulta que el interés del menor en el momento actual requiere el régimen de visitas ampliado aprobado, por lo que hay que entender que concurre causa o circunstancia relevante que justifica la modificación del régimen de visitas que venía acordado. Voto particular.***

Respecto de las medidas adoptadas en relación a los hijos menores, y por el impacto que en ellas tiene el principio de interés del menor que informa nuestro ordenamiento de familia, una tendencia jurisprudencial entiende que tal principio no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias, mientras que la otra tendencia, seguida por la Secc. 2ª AP de Zaragoza, entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias (STS 761/2013, de 12/12). El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc. [»alteración sustancial de circunstancias»] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de «concurrencia de causas o circunstancias relevantes», lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Voto particular: ***La tesis de la mayoría, de que baste la mera alegación del interés***

del menor para legitimar el cambio de medidas, contradice la dicción literal de la norma (arts. 79.5 CDFA, 775.1 Lec.), desatiende de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (S 15/2014, de 10/2), altera la doctrina sostenida por esta Sala del TSJA (ss. 42/2013, de 3/10, 17/2013, de 13/3), y posibilita una práctica procesal contraria al texto legal, e indeseable en sus efectos, de dar lugar a sucesivas e injustificadas pretensiones de modificación de medidas bajo la invocación genérica del principio general del interés del menor.

Disposiciones citadas: ***Arts. 79.5 CDFA, 775.1 Lec.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

En Zaragoza, a veintitrés de mayo de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 3/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de noviembre de 2013, aclarada por auto de 27 del mismo mes y año, recaídos en el rollo de apelación número 425/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 513/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, Dª Mª Pilar M. L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Magro Gay y dirigida por la Letrada Dª Xenia Cabello Cánovas, y como parte recurrida D. Manuel A. S., representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ruiz Ramírez y dirigido por la Letrada Dª Cristina Sinués Balaguer, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales D. Carlos Ruiz Ramírez, actuando en nombre y representación de D. Manuel A. S., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª María Pilar M. L. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución acordando sustituir las medidas anteriores por las siguientes:

«1: Fijar la guarda y custodia a favor del padre.

Subsidiariamente, y para el caso de no estimar conveniente la custodia a favor del padre, se acuerde fijar un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores. La duración de las estancias para cada progenitor será trimestral, haciéndolo coincidir con trimestres naturales.

2: En relación con el régimen de visitas para el progenitor no custodio, deberá ser versus contrario al fijado en la Sentencia de Divorcio para el momento en que el menor cuente con 6 años de edad.

3: En relación con la pensión de alimentos para el menor, en el caso de conceder la custodia a favor del padre, deberá la madre satisfacer los cinco primeros días de cada mes a la cuenta que designe el padre la cantidad de 300 euros mensuales.

En el caso de estimar su Señoría la custodia compartida, ambas partes deberán ingresar en una cuenta común, la cantidad de 100 euros mensuales, los cinco primeros días de cada mes, siendo de cuenta del padre custodio los gastos de alimentación.

En relación con los gastos extraordinarios, en uno y otro caso, deberán ser satisfechos por partes iguales.

4: En relación con la atribución del uso de domicilio familiar, deberá ser atribuido al padre.

Con carácter subsidiario, y para el caso de que su Señoría estime conveniente asignar el uso de la vivienda en un sentido distinto a lo solicitado en el párrafo anterior se solicita que se fije una limitación temporal de la atribución de dicho uso a favor de la Sra. M. no superior a 12 meses.

5: Fijar como lugar de entrega y recogida del menor para los fines de semana un Punto de Encuentro Familiar, no así para los días de visita intersemanales.»

Solicitando por otrosí la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda. Compareciendo la Procuradora de los Tribunales Sra. Magro Gay, en nombre y representación de Dª María Pilar M. L. contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia acordando:

«1: Se desestime íntegramente la misma, con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento y expresa imposición de costas al demandante.

2: Subsidiariamente para el supuesto que se estime parcialmente la demanda interpuesta, y la revocación de la sentencia de instancia en lo que concierne a las medidas:

1º. Para el supuesto que se acuerde limitar el derecho del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor del hijo común Lucas y la madre, se acuerde elevar la pensión por alimentos con cargo al padre en la cantidad de 900 euros mensuales, debiendo ser los gastos extraordinarios abonados al 50% entre ambos litigantes.

2º. Se acuerde con el mantenimiento del régimen de visitas existente a favor del padre en la resolución cuya modificación se pretende, fijándose que las recogidas del menor se lleven a cabo a la salida del centro escolar, o en su defecto en caso de no ser posible y al igual que la recogida el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza tanto en días intersemanales como en fines de semana y vacaciones.»

Solicitando por otrosí la práctica de prueba.

Previos los trámites legales, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ruiz Ramírez, en nombre y representación de D. José Manuel A. S. frente a Dña. Mª Pilar M. L., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 21 de enero de 2010 en autos núm. 1337/2009 en los siguientes términos:

1º Se modifica el régimen de visitas del Sr. A. con el hijo menor Lucas en cuanto a los siguientes extremos:

— Los fines de semana se iniciarán el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 h hasta el lunes a la entrada del colegio, o en su defecto a las 10,00 h.

— Los jueves desde la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 h hasta el viernes a la entrada del colegio, o en su defecto a las 10,00 h.

Cuando no tengan lugar a la entrada o salida del colegio, las entregas y recogidas del menor Lucas se llevarán a cabo en el Punto de Encuentro Familiar núm. 2 de Zaragoza, sito en Ctra. de Madrid Km 315,7; L.P. 1 A, teléfono 976 344115.

2º Se limita la atribución a la Sra. M. del uso y disfrute del domicilio familiar

sólo en c/ … hasta el próximo día 30 de noviembre de 2012, fecha en la que la Sra. M. y las personas que con ella convivan habrán tenido que dejar la misma libre y a disposición de los propietarios.

Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tercero: Interpuesto por la Procuradora Sra. Magro Gay en nombre y representación de Dª María Pilar M. L. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal oponiéndose ambos.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, se dictó sentencia en fecha 26 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos: que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dª Pilar M. L. frente a la Sentencia de fecha 10 de junio de 2013 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas núm. 513/12, debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2013, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos: Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.»

Habiéndose advertido un error material, por Auto de 27 del mismo mes y año, se aclaró el mismo, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar la aclaración advertida de oficio modificando la parte del fallo donde dice: "debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2013, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos" debe decir "debemos revocar y revocamos dicha resolución tan solo en que la atribución del domicilio familiar a favor de la recurrente será hasta el 30 de junio de 2014, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos"».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Sra. Magro Gay en nombre y representación de Dª María Pilar M. L., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en: «A) Motivo primero: Del improcedente establecimiento de una ampliación del régimen de visitas del hijo común Lucas a favor del padre. De la infracción del artículo 76.3 y 79.2 y 5 del CDF en relación con los artículos 90, 91 y 100 del Código Civil y artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y B) Motivo segundo: De la improcedente limitación del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar de la infracción del artículo 81 del Código de Derecho Foral en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó providencia en fecha 30 de enero de 2014 en la que se acordaba lo siguiente:

«El recurrente funda el segundo de los motivos del recurso de casación, que justifica por interés casacional de acuerdo con el n° 3 del art. 477.3 LEC, en la infracción de los arts. 81 CDFA y del art. 217 LEC, sin discutir que se ha producido una alteración de circunstancias en lo que se refiere a la medida de atribución temporal del domicilio familiar.

El indicado motivo segundo se funda en normas heterogéneas y en él se mezclan consideraciones de hecho y de derecho.

Lo anterior puede suponer que concurra causa de inadmisión del motivo, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pone de manifiesto a las partes con el fin de que en plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen convenientes.

Impugnación: contra esta resolución cabe interponer, ante esta Sala, recurso de reposición, en el plazo de cinco días, a contar desde el siguiente al de su notificación.»

Presentadas las alegaciones por las partes, en fecha 13 de marzo de 2014, se dictó auto por el que se acordó inadmitir el segundo de los motivos de casación y declarar competente a la Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite en cuanto al primero de los motivos invocados, confiriendo traslado por 20 días a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para oposición.

Dentro de plazo, presentaron sus correspondientes escritos, considerando el Ministerio Fiscal «que no se infringen los preceptos citados en el motivo de recurso y que procede la desestimación de este motivo de recurso de casación.»

En fecha 16 de abril, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 7 de mayo de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: D. José Manuel formuló demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de 21 de enero de 2010, recaída en el procedimiento núm. 1337/2009 seguido ante el juzgado de primera instancia núm. 6, que decretó su divorcio de Dª María Pilar.

Pretendía con carácter principal la sustitución del sistema de guarda del hijo común, Lucas, nacido el día 10-12-2006 con síndrome de Down, atribuido a la madre, por el de custodia individual en su favor, y, subsidiariamente, el de custodia compartida, todo ello con la consiguiente repercusión en la pensión alimenticia a su cargo, y en la atribución del uso de la vivienda familiar concedida a la madre.

Como cambio de circunstancias que justificaba la pretensión de modificación sostenía que Dª María Pilar obstaculizaba el desarrollo del régimen de visitas establecido, y que incumplía indebidamente su facultad de guarda, pues dejaba al menor al cuidado de su abuela. Asimismo, sostuvo que la demandada había introducido a su nueva pareja en el domicilio familiar, propiedad del actor y sus hermanos en proindivisión.

La sentencia de primer grado sostiene que no se ha producido alteración alguna en las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio en lo que se refiere a la facultad de guarda, pues no lo es la mala relación entre los padres que dificulta el desarrollo de las visitas, y no se ha acreditado que el menor fuera confiado a su abuela, por lo que denegó la modificación del sistema de guarda y del importe de la pensión alimenticia.

Sin embargo sí da lugar al cambio del régimen de visitas, que amplía en lo que considera conveniente en función de la prueba practicada.

Por otro lado, y en relación al domicilio, entiende que la introducción en él de la nueva pareja de Dª María Pilar supone un cambio de circunstancias, y que ni el actor ni sus hermanos guardan ninguna obligación para con él, por lo que decide limitar en el tiempo la atribución del uso de la vivienda, y fija como día final de tal atribución el día 30-11-2013.

Recurrida dicha sentencia por la demandada, la sección segunda de la AP de Zaragoza revocó la misma en el solo extremo de aplazar el límite de atribución del

uso de la vivienda familiar al día 30 de junio de 2014, y la confirmó en el resto de los pronunciamientos.

En lo que se refiere al régimen de visitas, ampliado por el juzgador de primer grado a los lunes de los fines de semana y a la pernocta del jueves con supresión de la tarde del lunes, arguye:

«No consta acreditado en modo alguno que este aumento de visitas que en lo sustancial viene a coincidir con lo recomendado por el informe pericial sicológico (folios 231 y ss) sea perjudicial para el menor y que exista falta de implicación por parte del recurrido en las visitas de su hijo.

Por otro lado, la ampliación de las visitas viene a ser recomendado por todos los informes periciales, no obstante, la supresión de una de las tardes viene derivada de la extensión hasta el lunes de la visita de fin de semana y la pernocta intersemanal viene aconsejada para evitar el desplazamiento del menor, así lo razona de manera acertada la Sentencia de instancia»

Y por lo que toca al domicilio familiar, la Sala, tras recordar la decisión del legislador aragonés plasmada en el art. 81.2 CDFA de limitar la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura, y que la misma pertenece proindiviso a D. José Manuel y sus hermanos, dice:

«En el presente supuesto debe valorarse la titularidad de la vivienda, la conveniencia de la apelante con otra persona con la que compartirá gastos, los propios ingresos (674€ mensuales) de aquella y la pensión que abona el demandante (500€ mensuales) igualmente los ingresos de este, sobre los 1.500€ mensuales, por lo que expuesto parece razonable limitar el uso del domicilio familiar … no obstante, teniendo en cuenta la edad del menor y que no es urgente la necesidad de vivienda por parte del recurrido, en beneficio de la estabilidad de aquel parece razonable que el uso se limite hasta la finalización del curso escolar, es decir, hasta el día 30 de junio de 2014…»

Segundo: La recurrente interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2 y 3 LEC. Afirma el interés casacional en que las normas que dice infringidas por la resolución impugnada, los art. 76.3, 79 apartados 2 y 5 y 81, todos ellos del CDFA que pone en relación con los arts. 217 LEC y 90, 91 y 100 del CC, no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial al respecto.

El recurso invoca dos motivos. El segundo de los motivos de casación, dirigido a combatir la decisión sobre la vivienda, fue inadmitido por auto de 13 de marzo de 2014. El primero discute la ampliación el régimen de visitas por dos razones o submotivos, la primera, que no concurre alteración alguna de circunstancias que permita la modificación de la sentencia de divorcio, la segunda, porque entiende que el régimen de visitas instaurado es perjudicial para el menor.

Tercero: Entrando a conocer ya del motivo que persiste tras el filtro de la admisión, es preciso señalar que la segunda de las razones o submotivo en que se apoya adolece de los mismos defectos que dieron lugar a la inadmisión del primer motivo de casación.

En efecto, es de apreciar en la exposición de las mismas la heterogeneidad de argumentos, cita de preceptos diversos sin relación alguna entre ellos y de otros que quedan extramuros del control por la vía de casación, como ocurre con el art. 217, según ha tenido ocasión de señalar el TS desde el auto de 27 de noviembre de 2001, y contenido exclusivamente fáctico, pues se dirigen a combatir la valoración de la prueba efectuada en la instancia por la vía errónea del recurso de casación por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso, restringido a preceptos sustantivos, y no procesales, cuya infracción puede ser alegada por la única vía de la infracción procesal, que no ha sido hecha valer en el presente caso.

El motivo ha de ser rechazado, por ende, en todo aquello que incurre en el defecto que se señala.

Por tanto, el objeto del recurso queda restringido al primero de los razonamientos o submotivos que contiene, esto es, que ha sido concedida una modificación de medidas sin que primero el Juzgado y después la Sala hayan concretado cuál es la alteración de circunstancias que permite la revisión de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio.

Cuarto: De acuerdo con el art. 79.5 CDFA:

«Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida».

El precepto tiene su correspondencia en el art. 91 del CC, en el que, tras indicar la obligación del juez de determinar, en defecto de pacto, las medidas que hayan de sustituir a las provisionalmente adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, dispone que:

«Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

En atención a esta regulación, los tribunales han venido estableciendo como doctrina la de que, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Son exponentes de esta doctrina las SS AP Madrid, Sec. 22.ª, 28/2014, de 14 de enero; AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 99/2014, de 18 de febrero; AP Cádiz, Sec. 5.ª, 600/2013, de 13 de diciembre; o AP A Coruña, Sec. 4.ª, 48/2013, de 13 de febrero; doctrina de la que se ha hecho eco la AP de Zaragoza en sentencias como la SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 400/2013, de 23 de julio, o la que ahora es objeto del recurso que estudiamos.

En estas últimas sentencias se dice:

«La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran estable-

cidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, núm. 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes».

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así (SAP de A Coruña, secc. 4ª núm. 379/2012, de 27 de septiembre).

No obstante, en lo que se refiere a las medidas adoptadas en relación a los hijos menores, y por el impacto que en ellas tiene el principio de interés del menor que informa nuestro ordenamiento de familia, pueden ser detectadas dos tendencias. Para una primera tal principio no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias en los términos que han quedado señalados. Por el contrario, una segunda tendencia entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso, de tal forma que basta con que se aprecie que dicho interés reclama la modificación de medidas para que la misma haya de ser acordada sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias. Tal divergencia ha dado lugar al planteamiento de diversos recursos de casación por interés casacional ante el Tribunal Supremo (RRC 822/2008, 1768/2010, 1942/2011 y 2680/2012).

La secc. 2ª de la AP de Zaragoza se ha inclinado por la segunda de las posturas en sus SS 614/2006 y 51/2007, en las que se dice, con cita de la SAP de Madrid de 27/11/2001, que:

«si el superior interés del menor demanda en un momento determinado una medida de protección del mismo, su adopción judicial no puede supeditarse, al contrario de lo que acaece en otros supuestos que no afectan a un menor, a la concurrencia y acreditación rigurosa de una alteración sustancial de los factores que determinaron el establecimiento de la medida que ahora se intenta cambiar, cualitativa o cuantitativamente»

Que tenga conocimiento esta Sala, de los recursos de casación antes mencionados en los que se plantea la divergencia de criterio entre las AAPP, tan sólo ha el último ha llegado a sentencia, la núm. 15/2014, de 10 de febrero, que no contiene un pronunciamiento claro sobre la cuestión, pues si bien afirma que en principio la doctrina del «favor filii» no puede ser utilizada como argumento recurrente para soslayar la falta de acreditación de la alteración de las circunstancias, matiza tal afirmación cuando se refiere a medidas relativas a aspectos sujetos a continuos cambios.

Pese a que la cuestión no había sido planteada frontalmente por la parte recurrente, puede ser traída a colación para ilustrar la cuestión de que tratamos la STS núm. 761/2013, de 12 de diciembre (RC 774/2012), dictada en un procedimiento de modificación de medidas en el que uno de los progenitores reclamaba la modificación de la custodia individual a la compartida. En dicha sentencia el TS no discute la afirmación que pone en boca de la sala de apelación de que no había habido cambio de circunstancias, y sin embargo da lugar a la modificación de medidas que aquélla rechaza por la sola consideración de que la sala no había valorado convenientemente el interés del menor.

Quinto: Como ha quedado en evidencia, el art. 79.5 CDFA no emplea las misma expresión que el art. 91 CC [*«alteración sustancial de circunstancias»*] para establecer el presupuesto que permite la modifica-

ción de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de *concurrencia* de *«causas o circunstancias relevantes»*, lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos».

Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor, como lo muestra el mismo precepto que analizamos, cuando indica que:

«En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida»

Sexto: Pues bien, en el presente caso, tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, y resulta de lo razonado en las sentencias de instancia, de la valoración de la prueba, que no puede ser discutida en esta sede casacional, resulta que el interés del menor en el momento actual requiere el régimen de visitas ahora cuestionado, según ha sido acreditado por los dictámenes periciales obrantes en autos, por lo que no cabe sino entender que se está en el caso de concurrencia de causas o circunstancias relevantes que justifican la modificación del régimen de visitas que venía acordado, por lo que se halla completamente justificada su modificación en los términos fijados en la sentencia combatida.

Es cierto que nuestra sentencia núm. 42/2013, de tres de octubre, dictada en el recurso 22/2013, que se enfrentaba a un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior, hemos dicho que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA, no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia, sino que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia núm. 17/2013 de 13 de marzo, en el Recurso 55/2012, y en aquella ocasión se otorgó el cambio pretendido porque se entendió bastante para dar lugar a él el hecho de que la menor hubiere pasado de niña (10 años) a adolescente (14 años cumplidos).

Procede en consecuencia desestimar el motivo de casación.

Séptimo: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego, así como la novedad de la cuestión planteada, aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

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

Fallamos

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2013, dictada por la SEC. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto al criterio mayoritario de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 23 de mayo de 2014 en recurso de casación número 3/2014, y al amparo de lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de enjuiciamiento civil.

No existe disconformidad alguna con lo recogido en los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, primero, segundo y tercero de la resolución. Se discrepa, sin embargo, parcialmente, del contenido de los Fundamentos de Derecho cuarto, quinto y sexto, en las consideraciones que incluyen relativas a no ser necesario el cambio relevante de las causas o circunstancias que se tuvieron en su momento en cuenta para dar lugar, en resolución posterior, a la modificación de las medidas establecidas por decisión judicial en caso de ruptura de convivencia de padres con hijos menores a su cargo.

Fundamentos Jurídicos

Primero: La sentencia de la que se discrepa parte de entender que basta con que se aprecie interés del menor para dar lugar a la modificación de las medidas previamente establecidas en resolución judicial para regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. En consecuencia con tal tesis, desestima la primera de las razones o submotivos que alegaba el recurrente en el primer motivo del recurso en contra de la sentencia recurrida, basado en que ni había sido acreditada por el demandante la alteración de las circunstancias que justificaba el cambio de las medidas anterior, ni las sentencias dictadas en la instancia habían hecho mención alguna a cuál era la causa o alteración de circunstancias relevantes concurrentes para justificar la modificación del régimen de visitas del menor con la madre impuesta por la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial.

Segundo: La nueva doctrina sentada en la sentencia, de ser bastante la invocación del principio de interés del menor para dar lugar a un cambio de medidas, es justi-

ficada en la sentencia tras la exposición de la que entiende son dos tendencias mantenidas por Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, y de la inclinación de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la segunda de las posturas. Estas tendencias son, según se expone en la sentencia, las siguientes:

«(…) Para una primera tal principio (el de interés del menor) no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias en los términos que han quedado señalados. Por el contrario, una segunda tendencia entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso, de tal forma que basta con que se aprecie que dicho interés reclama la modificación de medidas para que la misma haya de ser acordada sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias. Tal divergencia ha dado lugar al planteamiento de diversos recursos de casación por interés casacional ante el Tribunal Supremo (RRC 822/2009, 1768/2010, 1942/2011 y 2680/2012). La secc. 2ª de la AP de Zaragoza se ha inclinado por la segunda de las posturas en sus SS 614/2006 y 5/2007 (…).»

Es de considerar, y este es el motivo de formular el presente voto particular, que tal tesis, de que baste la mera alegación del interés del menor para legitimar el cambio de medidas, contradice la dicción literal de la norma, desatiende la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, altera la doctrina sostenida por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y posibilita una práctica procesal contraria al texto legal, e indeseable en sus efectos, de dar lugar a sucesivas e injustificadas pretensiones de modificación de medidas bajo la invocación genérica del principio general del interés del menor.

Tercero: En lo que se refiere a la contravención de la norma, el texto del Código Civil que cita la sentencia objeto de desacuerdo indica: «artículo 91: (…) Estas medidas (las adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges) podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». Esta norma no resulta de aplicación al caso presente, en que se está ante matrimonio sometido al régimen legal propio de Aragón, pero su cita es necesaria, en la medida en que viene referenciada en la sentencia objeto de discrepancia, y es la base jurídica que da lugar al dictado de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la propia sentencia.

Por su parte, el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón, de plena observancia en el caso de autos, ordena: «Las medidas (acordadas en defecto de acuerdo de los padres para regir las relaciones familiares) aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes (…)»

Por otro lado, y ahora desde el aspecto que legitima la acción procesal dirigida a la modificación de las medidas previamente acordadas, el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también de aplicación en los procesos seguidos en Aragón, prevé que «los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas».

Como se observa, los tres preceptos citados exigen que para poder dar lugar a la modificación de las medidas previamente acordadas debe haber un cambio de la situación que fue tenida en cuenta en su momento, cuando fueron judicialmente decididas. La causa de tal regulación no ofrece duda que tiene en cuenta el principio del interés del menor afectado y, precisamente, por su pleno respeto, tanto el legislador nacional como el auto-

nómico, no dejan al albur de una de las partes el poder interesar el cambio de lo previamente resuelto. Y las tres normas, que no se considera estén necesitadas de especial interpretación, exigen preceptivamente, sin excepción, el cambio de circunstancias. Bajo calificativo de sustancial en el caso del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, o del epíteto de relevante en el supuesto del Derecho Aragonés.

Es tal regulación legal la que se considera infringe el sostenimiento de la tesis de no ser preciso tal cambio de circunstancias que mantiene la sentencia objeto de desacuerdo.

Cuarto: También la interpretación jurisprudencial mantenida de modo constante por el Tribunal Supremo abunda en la exigencia legal expuesta de ser necesario un cambio de circunstancias para poder dar lugar a la modificación de las medidas acordadas. Ejemplo de ello son las resoluciones dictadas en los recursos de casación a que se refiere la propia sentencia de que se discrepa, exclusión hecha, por tanto, del recurso 822/2008, puesto que no se trata de recurso de casación, sino de recurso de queja.

El primero de los recursos de casación de interés, entre los referidos en la sentencia como presentados ante el Tribunal Supremo por vía de interés casacional (recurso número 1768/2010), fue inadmitido a trámite por auto del Tribunal dictado el día 5 de julio de 2011, en el que, literalmente, se indica que la sentencia recurrida aplica la doctrina del propio Tribunal Supremo sobre el favor filii y considera que «no ha quedado acreditado que se hayan producido alteraciones sustanciales que indiquen que sea más beneficioso para la menor alterar el régimen de visitas que venía disfrutando». En consecuencia con tal afirmación de haber sido correcto exigir el cambio de circunstancias, y con las demás contenidas en el propio auto, el Tribunal Supremo considera inexistente interés casacional.

El segundo de los recursos a observar de los referenciados (casación 1942/2011) fue igualmente inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo, en auto de 8 de mayo de 2012. En el recurso planteaba la parte recurrente la existencia de dos doctrinas distintas de las Audiencias Provinciales: la de ser bastante la invocación del favor filii para solicitar el cambio de medidas y la de ser preciso que haya cambio de circunstancias. Al respecto, el Tribunal Supremo, en el mencionado auto, indica que la sentencia recurrida «concluye que no ha acreditado el hecho esencial de la pretensión, cual era un cambio de facto de la guarda y custodia de los menores, de manera que tiene en cuenta ambos criterios, el de favor filii y el del cambio sustancial de las circunstancias, a la hora de adoptar su decisión, sin hacer prevalecer a uno frente al otro». En este mismo auto, y respecto del conflicto entre criterios de Audiencia provinciales que alegó el recurrente, el Tribunal Supremo indica «que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el interés casacional que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental (…) En el presente caso no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente (…).

Si los anteriores autos son claros respecto de la necesidad de acreditación del cambio de circunstancias y artificiosidad de la alternatividad excluyente de favor filii versus cambio de circunstancias, el tercero de los recursos de casación referidos en la sentencia objetada y atendible ahora (Casación número 2680/2012) es

determinante al respecto. En él fue dictada la reciente sentencia 15/2014, de diez de febrero, en la que el Alto Tribunal expresa: «(…) la doctrina del "favor filii" (…) no puede ser utilizada como argumento recurrente para soslayar la falta de acreditación de la alteración de las circunstancias bajo cuya influencia se pactó el convenio regulador de la separación, que es lo que determinó la estimación del recurso de apelación. Lo que se revisa no es una decisión judicial por el simple hecho de que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que se acordó, sino su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se pactó, o, por lo mismo, por una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge (…)».

Y luego, en referencia a la cuestión sobre prevalencia del principio del favor filii sobre aplicación estricta de los condicionamientos para la posible modificación de medidas, y por los que se exige un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, concluye: «En definitiva, y como con reiteración ha declarado esta Sala, el pretendido conflicto jurídico, no es real sino artificioso, no apreciando contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada, sin que, además, la parte haya concretado el cómo, por qué y en qué sentido se ha producido la vulneración de esta doctrina, pues nada se dice al respecto, y en consecuencia no ha justificado la presencia del interés casacional en la resolución del recurso, prefiriendo acudir a la pretendida infracción de una doctrina, dimanante del principio de protección integral del menor recogido en el artículo 39 de la Constitución, que por su generalidad rara vez podrá servir por sí sola para justificar la presencia de interés casacional».

La sentencia del Tribunal Supremo 761/2013, de 12 de diciembre, citada también en la resolución de que se discrepa, casa la sentencia recurrida, porque no atendió al cambio de circunstancias que había tenido lugar. En tal sentido, literalmente, indica: «(…) Pues bien, lo que la sentencia dice es que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con generoso régimen de visitas. La sentencia reconoce también que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida. (…)».

Quinto: La reiterada doctrina del Tribunal Supremo expuesta, sobre insuficiencia de la invocación del favor filii como motivo de cambio de las medidas adoptadas, y sobre la necesidad de existencia de variación de las circunstancias tenidas en cuenta para poder modificar el régimen de relaciones familiares judicialmente antes acordadas, ha sido también la sostenida, en aplicación del derecho aragonés, por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como lo evidencia el contenido de las sentencias que cita la propia resolución discrepada y que tienen relación con la cuestión.

Así, la sentencia de esta Sala 42/2013, de 3 de octubre (casación 22/2013) señaló: «(…) los interesados en la modificación del régimen de custodia que fueran establecidas en el momento inicial de regulación de la situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, debe alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas. Así lo indicó la sentencia dicta-

da en este procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia y, luego, la ahora recurrida, que asume plenamente los motivos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y recoge que el régimen de custodia debe establecerse al margen de meras conveniencias de los progenitores. (…)».

Y la sentencia 17/2013, de 13 de marzo, al tratar de la incidencia del derecho transitorio del Código de Derecho Foral Aragonés respecto de la innecesariedad de acreditar la modificación de circunstancias durante un plazo de tiempo, indicó: «pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida: a dicha revisión, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 del CDFA. Por tanto, la norma contenida en la Disposición Transitoria no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, como parece entender la recurrente cuando afirma que la pretensión es extemporánea, sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias.»

Una y otra de tales sentencias evidencian así la jurisprudencia hasta ahora mantenida por este Tribunal, acorde con la expuesta propia del Tribunal Supremo, de ser preciso un cambio de circunstancias para poder acordar la modificación de las medidas judiciales previamente instauradas para regular las relaciones familiares en casos de crisis de convivencia.

Sexto: La regulación y doctrinas jurisprudenciales expuestas sobre necesidad del cambio de circunstancias para poder modificar las medidas adoptadas son observadas por la sentencia ahora recurrida, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Así resulta de lo expuesto en su Fundamento de Derecho segundo, donde, por referencia al Código Civil, resalta que «La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias (…) transcendentes (…), permanente o duradera (…)» Y por referencia al Código de Derecho Foral de Aragón, señala que «(…) las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes». Atendida así la regulación legal y doctrina jurisprudencial por la sentencia recurrida, sobre necesidad de cambio de circunstancias, no es dable al recurrente hacer cuestión de ellas.

Tampoco cabe aceptar que pueda ser modificada la conclusión que se obtiene en la sentencia recurrida de que sí se ha tenido en cuenta el cambio de las circunstancias familiares, pues, aun sin citar expresamente que tal modificación haya tenido lugar, es evidente que parte de ella, cuando entra a considerar los hechos después de haber explicado que es preciso el cambio, y cuando está a la situación actual de la familia, con superación de la que se tuvo en cuenta cuando se dictó la sentencia que fijó las primeras medidas.

Séptimo: En consecuencia con lo expuesto, el submotivo del recurso referido a si hubo o no cambio de circunstancias familiares debe ser rechazado. Pero no por posible controversia respecto de la necesidad o no de modificación de medidas, ya que la sentencia recurrida respetó plenamente la legalidad y doctrina aplicable al respecto. El recurso debe ser desestimado por la pretensión que contiene de nueva valoración del resultado probatorio y de los hechos que la sentencia impugnada consideró, pues esta era realmente la causa del recurso presentado, que utilizó la cuestión tratada, de si es preciso que haya mo-

dificación de circunstancias, artificiosamente, como mero instrumento procesal para pretender pronunciamiento de si fue correctamente valorada la prueba documental obrante.

En consecuencia con ello, se comparte el fallo dictado de desestimación del recurso, pero no el cambio de la doctrina sentada hasta la fecha por este Tribunal, en respeto de la legalidad aplicable y en coherencia con la doctrina del Tribunal Supremo, sobre necesidad de cambio relevante de las circunstancias para poder dar lugar a la modificación de las medidas judicialmente establecidas en un momento anterior como reguladoras de la relación familiar en crisis.

Voto particular que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch en Zaragoza a veintiséis de mayo de dos mil catorce.

15

NÚM. 15

S. TSJA 19/2014 de 26 de mayo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Medidas judiciales: Modificación: ***La DT 6ª CDFA no se opone a que puedan ser formuladas demandas de modificación de medidas que tengan por objeto el cambio del sistema de guarda de menores una vez transcurrido el plazo en ella señalado (STSJA 17/2013), pero hay que respetar el art. 79.5 CDFA, que no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc., sino una más flexible («causas o circunstancias relevantes»), lo que se explica porque las medidas del art. 79.5 son todas ellas relativas a menores (SSTSJA 8 y 10/2011). En el caso que nos ocupa ha quedado acreditado que el régimen de custodia compartida es el más adecuado al interés del menor en este momento, y ha habido un relevante cambio que se concreta en la diferente edad del menor, que ha pasado de un año de edad a siete al tiempo en que se pronuncia la presente resolución, por lo que no cabe entender que se haya vulnerado el art. 79.5 CDFA por haber accedido a un cambio de medidas sin que concurra una alteración sustancial de circunstancias.***

Disposiciones citadas: ***Art. 79.5, DT 6ª CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 13/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 21 de enero de 2014, recaída en el rollo de apelación número 587/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 874/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, Dª María Milagros, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida D. Roque, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Uriarte González y dirigido por la Letrada Dª Altamira Gonzalo Valgañón, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[…]

Fallamos

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2014, dictada por la SEC. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

16

NÚM. 16

S. TSJA 21/2014 de 6 de junio de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Atribución del uso de la vivienda familiar: La equidad: ***En interpretación del art. 3.2 Cc. la jurisprudencia ha señalado que la equidad a que se refiere la norma no constituye sino un criterio general de interpretación y dulcificación del derecho que no puede fundamentar por sí sola una resolución, a no ser que la propia ley se remita expresamente a ella (SSTS 16/10/1990, 29/12/1998, 23/12/2002), y es precisamente ello lo que se solicita de esta Sala de casación (que, por no ser de aplicación el art. 81 CDFA, la contienda sobre la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad se decida de acuerdo con criterios de equidad) en contra de lo dispuesto en la norma del art. 3.2 Cc. y en la jurisprudencia que la interpreta y aplica, por lo que tal pretensión se halla destinada al fracaso.***

RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Atribución del uso de la vivienda familiar: Limitación temporal: ***En la sentencia de divorcio se decidió la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge a quien fue confiada la custodia de los entonces tres hijos menores (el padre), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA, y se estableció en ella el siguiente límite temporal: «hasta el momento en que los hijos dejen de vivir con el padre o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio»; criterio que fue consentido por ambas partes, por lo que ha alcanzado fuerza de cosa juzgada. Ahora los tres hijos son mayores de edad, el chico tiene vida independiente, y las dos chicas cursan estudios en Valencia donde vive su madre. Entiende la Audiencia de Teruel que la atribución del uso de la vivienda familiar al padre, conforme a la establecido en la sentencia de divorcio, no cesa por el cambio temporal de residencia por motivos de estudio. Fuera de ese período formativo, las hijas viven en compañía de su padre.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 3.2 Cc., 81 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 8/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 7 de noviembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 76/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 604/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, Dª Mª Victoria P. G., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª de los Ángeles Prieto Sogo y dirigida por la Letrada Dª Enma Ramón Bautista, y como parte recurrida D. José Y. D., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Jiménez Millán y dirigido por el Letrado D. Jorge-Miguel Ochoa y de la Red.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[…]

Fallamos

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha

7 de noviembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en el Rollo núm. 76/2013.

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.

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

17

NÚM. 17

S. TSJA 22/2014 de 11 de junio de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Custodia individual: ***El art. 81 CDFA establece una serie de reglas para la determinación del progenitor que queda en uso de la vivienda familiar, de las que la primera y principal es la de mantener su posesión a favor de aquel de los padres al que corresponda la custodia individual de los hijos. Este principio general, primero y fundamental a atender, es acorde con la regulación contenida en el art. 82 sobre la obligación de contribución de los progenitores a la asistencia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia, independiente de su edad, y con los arts. 65.a y 69, sobre obligaciones generales derivadas del deber de crianza, sean los descendientes mayores o menores de edad. El juez no ha considerado necesario para unas adecuadas relaciones familiares, además de fijar un límite temporal, proceder a la venta de la vivienda, puesto que el Juzgado estimó que la situación de la esposa e hijos mayores sigue requiriendo el mismo respaldo que se les dio en su día con la atribución del uso de la vivienda. La decisión no es arbitraria, irracional o fruto de grave error ni infringe el art. 81 CDFA.***

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: ***Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del padre recurrente y de que recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos. Igualmente no hay motivos para modificar la asignación compensatoria a favor de la esposa, porque la sentencia recurrida considera acreditado que se mantiene el desequilibrio económico entre las partes.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 81, 82 y 83 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a once de junio dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 17/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de enero de 2014, en el rollo de apelación número 573/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 8/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Antonio D. B., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Belén Gómez Romero y dirigido por el Letrado D. José Antonio López Pinillos, y como parte recurrida Dª Sofía F. C., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Susana Hernández Hernández y dirigida por el letrado D. José Antonio Parroqué Lázaro.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Belén Gómez Romero, actuando

en nombre y representación de D. José Antonio D. B., presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio contra Dª Sofía F. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se acuerde la modificación de medidas establecidas en la sentencia de 10 de junio de 2009, debiendo adoptarse las siguientes:

«1º: En relación con la pensión de alimentos para los hijos comunes Sofía y Jesús Antonio, se modifique en el sentido de declarar extinguida la pensión por alimentos de la hija Sofía, o subsidiariamente, reducirla a la cantidad de 100 euros mensuales en tanto en cuanto siga percibiendo ingresos propios procedentes de una actividad laboral, y de reducir la pensión por alimentos del hijo Jesús Antonio a la cantidad de 200 euros mensuales, a pagar dentro de los cinco primeros días de cada mes los doce meses del año, mediante ingreso en la cuenta bancaria que designa la Sra. F., siendo dicha cantidad revisada anualmente según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en su día le sustituya, y ello con efectos desde el mes de diciembre de 2012, incluido.

2º: En relación con la pensión compensatoria de la Sra. F., se modifique en el sentido de declarar extinguida la pensión compensatoria de la Sra. F. con efectos desde el mes de diciembre de 2012.

3º: En relación con la atribución del uso del domicilio conyugal y ajuar doméstico en exclusiva a la Sra. F., se modifique en el sentido de autorizar la venta inmediata de la vivienda familiar sita en Zaragoza, Avda. …, junto con la plaza de garaje y el trastero, por el precio que de común acuerdo fijen los copropietarios, o en su defecto, en el precio que se establezca por un perito en caso de desacuerdo. Y subsidiariamente, para el caso de mantenimiento de la atribución de uso en exclusiva a la Sra. F. procede fijar un límite temporal a dicha atribución de uso exclusivo de seis meses, o alternativamente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad consorcial.

4º: Y en relación con la forma de pago del préstamo hipotecario del Banco Santander que grava la vivienda familiar, se modifique en el sentido de acordar que la Sra. F. abone íntegramente el importe de los recibos mensuales del préstamo hipotecario sin perjuicio del derecho de reembolso correspondiente en el momento de la liquidación de la sociedad consorcial.»

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales y la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma. Habiéndose solicitado por la demandada el beneficio de justicia gratuita y la designación de Abogado y Procurador de oficio, se suspendió el plazo, que se alzó cuando le fueron designados.

Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, y solicitando la práctica de prueba.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de dos mil trece, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Estimo parcialmente la petición de modificación de medidas formulada por D. José Antonio D. B. contra Dña. Sofía F. C. Por tanto:

1: La pensión alimenticia de los hijos dependientes desde esta mensualidad de septiembre queda fijada en 300 euros mensuales por cada uno.

Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta designada al efecto por Dña. Sofía.

Se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

2: Queda sin efecto la asignación compensatoria desde este mes de septiembre, en el que ya no será exigible.

3: La demandada e hijos continuarán en el uso de la vivienda hasta el último día de diciembre de 2017. A falta de acuerdo deberán abandonarlo al concluir el plazo fijado.

4: El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda común, desde esta mensualidad de septiembre, se satisfará por mitad.

5: No hago especial pronunciamiento sobre costas.»

Cuarto: Tanto la representación procesal de Dª Sofía F. C. como la de D. José Antonio D. B. presentaron recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco en base a los hechos y fundamentos que expresaron en sus escritos, y admitidos dichos recursos, se confirió traslado de los mismos a la parte contraria, oponiéndose al presentado de contrario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Quinto: Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 28 de enero pasado cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Antonio D. B. y estimando parcialmente el deducido por Dª Sofía F.C., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, revocándola únicamente en que la pensión compensatoria fijada en su momento se reduce a 300 euros mensuales, teniendo una duración limitada de cinco años, confirmando la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos.»

Sexto: La representación legal de D. José Antonio D. B. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de infracción procesal y casación, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal: «Motivo primero: al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba e infracción de ley por vulneración en el proceso civil de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución: Motivo segundo: al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.» Y, en cuanto a la casación, «Primer motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 82, apartado 2, del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con la contribución de los padres a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia: Segundo motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 83, apartados 4 y 5 del CDFA en relación con la extinción de la asignación compensatoria. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia: Tercer motivo: al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005,

de las Cortes de Aragón por infracción de ley por vulneración del artículo 81, apartados 3 y 4, del CDFA. Y al amparo del artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de las Cortes de Aragón por presentar interés casacional al tener la normativa aplicable menos de cinco años de vigencia.»

Séptimo: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver. Por auto de 7 de abril pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición, presentando su escrito, dentro de plazo oponiéndose al mismo.

Por providencia de 21 de mayo pasado, se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2014.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Fundamentos de derecho

Primero: En sentencia dictada el día 10 de junio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, don José Antonio D. B. y doña Sofía F. C., que habían contraído el día 11 de agosto de 1990 y en el que habían nacido dos hijos: Sofía, el día 24 de abril de 1992, y Jesús Antonio, el día 26 de diciembre de 1994.

Apelada la anterior sentencia, el día 8 de abril de 2010 fue resuelto el recurso de apelación presentado, que fue estimado en parte. De modo que, en lo que ahora interesa, las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia matrimonial quedaron entonces concretadas del siguiente modo: la madre fue encargada de la guarda y custodia de los dos hijos; la pensión de alimentos se fijó en 1.000 euros/mes por hijo; fue establecida asignación compensatoria a favor de la madre por importe de 600 euros/mes; el uso de la vivienda familiar quedó a favor de la madre e hijos; y el pago del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda lo afrontaría el padre.

Incoado por iniciativa de don José Antonio D. el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en las mencionadas resoluciones, el mismo Juzgado citado dictó sentencia de 10 de septiembre de 2013, que fue apelada en recurso que la Audiencia Provincial estimó parcialmente en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 28 de enero de 2014. De manera que las relaciones familiares quedan establecidas hacia el futuro en la siguiente forma: la pensión por alimentos de los hijos será la de 300 euros/mes por cada hijo; la asignación compensatoria a favor de la madre, de 300 euros/mes; continuarán en el uso de la vivienda habitual la madre e hijos hasta el día 31 de diciembre de 2017; y el pago del préstamo hipotecario que sigue gravando la vivienda familiar lo harán por mitades ambos progenitores.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

Segundo: Ambos motivos de infracción procesal pivotan sobre la misma cuestión que ha sido parte del objeto del procedimiento, como lo es la acreditación de la situación económica del recurrente. El primer motivo lo hace sobre la base de entender que existe error en la apreciación de la prueba, y en el segundo se esgrime la falta de motivación de la sentencia

recurrida cuando valora los datos obrantes en autos para llegar a la conclusión de las posibilidades económicas del recurrente. Vinculación de ambos motivos que aconseja su tratamiento conjunto, con el fin de evitar una indeseable dispersión de los razonamientos a exponer al respecto.

Con su demanda, y luego en el acto del juicio, el recurrente aportó numerosos documentos consistentes en extractos bancarios de varias entidades en que mantiene cuentas abiertas. No concretó en la instancia, ni lo hace en el escrito de interposición del recurso de casación, cuáles sean los rendimientos concretos de las inversiones con que cuenta en la actualidad, y tampoco aportó en sus escritos de alegaciones datos concretos sobre sus posibles ingresos actuales, derivados de las inversiones que tiene o puede tener a pesar de haber disminuido su patrimonio por sucesivas pérdidas.

El recurrente, al tratar de sus posibles ingresos, únicamente expone en su escrito de recurso, como ya hizo en el recurso de apelación, la afirmación de que sólo percibe como ingreso la cantidad de 426 euros mensuales. A ello añade la cita de diversas cifras sobre pérdidas y gastos, cuyo resultado final no ofrece, que son relativas siempre a disminuciones patrimoniales padecidas y, en ningún caso, a patrimonio restante y rentas que puede obtener del capital del que dispone.

Ante tal ausencia de datos, alegaciones y consiguientes acreditaciones concretas de la parte recurrente, no cabe estimar que, como imputa a la sentencia objeto de recurso, adolezca esta resolución de falta de motivación, ya que no correspondía al órgano judicial suplir la omisión de una de las partes en la exposición concreta de hechos y su prueba que, conforme a los artículos 399.3 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, era carga del actor aportar. Y no sólo sobre el patrimonio que no tiene, sino, sobre todo, respecto del importe de lo que realmente ingresa por todos los conceptos, para poder así estar a la necesaria valoración de la proporcionalidad al establecer las pensiones a favor de los hijos, y del posible desequilibrio económico que justifica la asignación compensatoria a favor de quien fue su cónyuge.

Ciertamente, es poco concreta la mención contenida en la sentencia de estar a la prueba que resulte de los folios 242 y siguientes de las actuaciones. Pero de la generalidad de la expresión empleada no cabe deducir, como hace el impugnante, que la sentencia cometa error porque sólo valore las cifras aportadas correspondientes a periodos de los años 2007 y 2008, inmediatos a cuando el actor había ingresado una importante cantidad de dinero. Porque la comprobación del contenido de los folios 242 a 497 evidencia que en ellos se recogen movimientos bancarios hasta el año 2012, que incluyen múltiples ingresos y pagos, por transferencia, domiciliación o en metálico. Por tanto, no se puede concluir que exista el error imputado a la resolución recurrida, pues, aun dentro de la generalidad de su razonamiento, contiene referencia al periodo del año 2007 al año 2012, y no sólo respecto de los años 2007 y 2008, como sostenía el recurrente.

Por otro lado, de la aportación parcial de cifras que contiene el recurso de casación, resulta que el total inicial de que disponía el actor en el año 2009, en que se presenta la demanda de divorcio, era de 1.021.720,58 euros. Manifiesta que esta suma ha sido disminuida en: 218.155,34 euros por gastos; en 218.878,42 euros por cargas familiares; en 355.814 euros por pérdidas en inversiones. Total disminución de 792.847,76 euros.

El resto, por tanto, son 228.872,80 euros, aproximadamente.

No da razón ni explicación el recurrente del destino de esta cantidad. Tampoco explica qué destino dio a las transferencias y extracciones de metálico que se deducen de los documentos ya mencionados, especialmente de las que fueron más próximas al día 2 de enero de 2013, en que se presentó la demanda de modificación de medidas rectora de este procedimiento. Sumas que son de elevado importe en no pocos casos como sucede, por ejemplo, con los abonos de 26.920 euros, 7.630,68 euros ó 9.065,31 euros del mes de febrero de 2012, o la retirada en efectivo de 30.000 y 11.850 euros efectuada en marzo de 2012, que dejó el saldo de la cuenta de «Banca Cívica» en 19,91 euros.

Por tanto, en modo alguno cabe estimar que exista error en la valoración de la prueba o falta de motivación en la sentencia cuando se duda o, dicho de otro modo, no se considera acreditado, que el único ingreso del recurrente sea, como él afirma y pretende, la suma de 426 euros al mes. En consecuencia, los dos motivos del recurso por infracción procesal deben ser desestimados.

Tercero: Al igual que sucedía con el recurso por infracción procesal, los dos primeros motivos del recurso de casación guardan una estrecha relación entre sí que justifica su tratamiento conjunto: ambos parten de la base común de considerar el recurrente que ha sido indebidamente apreciado el nivel de ingresos que realmente tiene, con la consecuencia que expone en el motivo primero de no haber sido observada la proporcionalidad exigida por el artículo 82.1 del CDFA al establecer la pensión a favor de los hijos, y la derivación recogida en el motivo segundo de no haber sido valorada la desaparición del desequilibrio económico exigido por el artículo 83 del CDFA, al tiempo de establecer y mantener la asignación compensatoria entre cónyuges.

Como se trató en el estudio de los motivos del recurso por infracción procesal, no cabe estimar que la sentencia recurrida yerre cuando entiende que el nivel de ingresos del recurrente no es el de 426 euros por él pretendido, ya que no hay claridad sobre la política inversora del actor y no puede estarse a que se encuentre en situación de ruina absoluta.

Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del recurrente y de que, como ya se apuntó, recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos. Por el contrario, se estima que la fijación de la pensión en la cantidad de 300 euros/mes por cada hijo atiende con claridad a la actual situación económica que cabe deducir en la persona del actor y recurrente, respeta la proporcionalidad de su contribución con la situación económica de la madre, que no consta tenga o haya tenido trabajo remunerado estable, y es acorde a las necesidades de los hijos, ambos en fase de formación, estudiantes, que no trabajan por cuenta ajena.

Tales términos son igualmente de valorar al tiempo de establecer la asignación compensatoria a favor de quien fue la esposa del demandante, puesto que, conforme al hecho que la sentencia considera acreditado de mantenerse el desequilibrio económico entre los demandantes, no existen motivos para modificar la suma de 300 euros que, como asignación, estableció la sentencia recurrida.

Cuarto: El tercer motivo de casación formulado se sustenta en la consideración del recurrente de que la sentencia impugnada ha infringido los apartados 3 y 4 del

artículo 81 del CDFA, por cuanto ha mantenido la atribución del uso de la vivienda que fue hogar familiar a favor de la madre, con quienes conviven los hijos, a pesar de que éstos son ya mayores de edad.

El artículo 81 del CDFA, bajo el epígrafe de «Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar» establece una serie de reglas para la determinación del progenitor que queda en uso de la vivienda familiar, de las que la primera y principal es la de mantener su posesión a favor de aquel de los padres al que corresponda la custodia individual de los hijos. Este principio general, primero y fundamental a atender, es acorde con la regulación contenida en el artículo 82 del CDFA sobre obligación de contribución de los progenitores a la asistencia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia, independientemente de su edad, y con los artículos 65 a) y 69 del CDFA, sobre obligaciones generales derivadas del deber de crianza, sean los descendientes mayores o menores de edad.

La regla expuesta de atribución del uso de la vivienda familiar a quien esté encargado de la custodia de los hijos puede ceder en aquellos casos en los que el Juez considere que es necesario para unas adecuadas relaciones familiares el proceder a la venta de la vivienda. Esta consideración judicial, en atención a la prueba practicada y valorada, no ha tenido lugar en este procedimiento, puesto que el Juzgado estimó que la situación de la esposa e hijos sigue requiriendo el mismo respaldo que se les dio en su día, con la atribución del uso de la vivienda. Y la sentencia recurrida, dictada por la audiencia Provincial, hace propia la decisión acordada discrecionalmente por el Juez y ante las circunstancias concretas de la familia.

Las citadas conclusiones, basadas en las pruebas practicadas, que conllevan la atribución a la madre del uso de la vivienda, no existe motivo para que ahora sean alteradas, ante la reproducción en sede casacional de similares argumentos que los que se presentaron en la demanda y recurso de apelación, puesto que no aparece en modo alguno que la decisión final esté teñida de arbitrariedad, irracionalidad o error grave o infrinjan el artículo 81 del CDFA. En consecuencia, procede la desestimación del tercero de los motivos del recurso de casación presentado.

Quinto: Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas por el presente recurso, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José Antonio Domínguez Blasco contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 28 de enero de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

18

NÚM. 18

A. TSJA de 27 de junio de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Juicio de proporcionalidad: ***El juicio de proporcionalidad para determinar la cuantía de la contribución de los progenitores a la manutención de los hijos es competencia de los tribunales de instancia, conforme a su ponderada discrecionalidad, lo que en principio no es revisable en casación. En estos términos se expresa la STS 741/2013, de 20/11, en materia de pensión compensatoria, pero con criterio aplicable a los alimentos; y la Sentencia de esta Sala de 20/4/2012, referida estrictamente a la contribución para alimentos.***

Disposiciones citadas: ***Art. 82 CDFA.***

Ponente: ***Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

19

NÚM. 19

S. TSJA 23/2014 de 24 de junio de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Violencia doméstica o de género: ***En la sentencia de divorcio se acordó que la madre se hace cargo de la guarda y custodia del hijo. Ambas sentencias dictadas en la instancia valoraron en el momento de su pronunciamiento que estaba en trámite causa penal seguida contra el esposo, por denuncia de agresión formulada por la esposa, con la consiguiente imposibilidad de atribución de custodia del menor al padre ex art. 80.6 CDFA. El efecto producido por la posterior sentencia penal, que pone fin a la causa penal, no es que deba darse lugar, por su incorrección, a la casación de la sentencia impugnada y, consiguientemente, entrar a resolver ahora sobre el tipo de custodia a establecer, sino que es haber dado lugar a un cambio sustancial de los hechos que pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo del dictado de las sentencias de instancia, modificación esencial de la realidad fáctica producida después del término de la instancia que faculta a las partes para solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio, si así conviene a su derecho.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80.6 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a veinticuatro de junio dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 9/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación número 322/2013, dimanante de autos de Divorcio 154/12, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Carlos A. D. S., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Luisa Hueto Sáenz y dirigido por la Letrada Dª Margarita de los Ríos Alonso Buenaposada, y como parte recurrida Dª Diana Patricia R. A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Cruz Cañas Pozo y dirigida por el letrado D. Juan Carlos Royo Banzo, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Mª Cruz Cañas Pozo, actuando en nombre y representación de Dª Diana Patri-

cia R. A., que tiene reconocido el beneficio de Justicia Gratuita, presentó demanda de divorcio contra D. Carlos A. D. S. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que se estime íntegramente la demanda y se acuerden las siguientes medidas definitivas:

«1: Que se declare que los cónyuges indicados puedan vivir separados y cese la presunción de convivencia.

2: Que el régimen económico vigente a partir de la demanda es el legal de separación de bienes.

3: Que se revoque los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

4: Guarda y custodia. Debe mantenerse la atribución a la madre acordada en el auto de medidas civiles dictado por el Juzgado de Violencia, manteniendo la patria potestad compartida a favor de ambos progenitores.

5: Que el uso del domicilio conyugal, sito en Zaragoza calle, de Zaragoza, se otorgue a Dª Diana Patricia R. A. y su hijo, y que el esposo resida en un domicilio diferente, acordando lo procedente para la aplicación de esta medida.

6: Visitas: Respecto al régimen de visitas, el padre podrá relacionarse con la hija común:

A) fines de semana alternos, sábados y domingos, sin pernocta, desde las 10,00 h. hasta las 20,00 h, con entrega y recogidas del hijo a través del Punto de Encuentro Familiar, siempre que éste se encuentre lejos del domicilio de la madre para evitar el incumplimiento de la orden de alejamiento en vigor.

B) mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

C) los jueves por la tarde, desde la salida del colegio con recogida en el mismo hasta las 20,00 h. con entrega en el Punto de encuentro Familiar.

El periodo vacacional se elegirá de común acuerdo, en su defecto el padre elegirá los años pares y la madre los impares; en todo caso mes y medio antes de su inicio. La entrega y recogida de la menor se hará en el domicilio de la esposa.

7: Obligación del esposo de abonar una pensión de alimentos de doscientos cincuenta euros (250,00€) mensuales, mediante ingreso en la cuenta corriente que la demandante designe a tal efecto, en los primeros cinco días de cada mes, cantidad que, en cualquier caso, deberá actualizarse con efectos de uno de enero de cada ejercicio conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo oficial que lo sustituya.

8: El esposo ha de hacer frente a la obligación de pago de los vencimientos de la hipoteca y del préstamo personal, hasta su cancelación.

Las costas del juicio se impondrán a la parte demandada si viniera a oponerse con evidente temeridad o mala fe a la solicitud de divorcio o a las medidas a adoptar, todo ello conforme a lo prevenido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por otrosí solicita el recibimiento a prueba, anticipando la solicitud de informe psicosocial.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma. Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de con-

trario, oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia estimando «la demanda interpuesta por la actora en cuanto a la solicitud de disolución del matrimonio por causa de divorcio y se desestime la demanda en cuanto a las medidas solicitadas de contrario como consecuencia de dicha disolución y, se deberán acordar las siguientes:

1: Se atribuya la guarda y custodia del menor, Raúl nacido en Zaragoza el día 23 de septiembre de 2007, al padre, Carlos A. D. S., compartiendo ambos progenitores la Autoridad Familiar o Patria Potestad.

2: Se establezca como régimen de vistas que Diana Patricia R. A. podrá relacionarse con su hijo, el jueves de todas las semanas, desde la salida del colegio, con recogida en éste hasta la mañana del viernes, con devolución en el centro escolar y, fines de semana alternos desde el jueves a la salida del colegio, con recogida en el centro escolar hasta la mañana del lunes siguiente, debiendo ser reintegrado por la madre al Centro educativo. Los puentes se unirán al fin de semana correspondiente.

El régimen vacacional, teniendo tal consideración será el fijado al efecto a efectos escolares por la Comunidad Autónoma de residencia del menor, se distribuirá entre ambos progenitores por partes iguales, pudiendo elegir el padre los años impares y la madre los pares.

3: Se fija la obligación de Diana Patricia R. A., de abonar, en concepto de alimentos para su hijo menor, la cantidad de 100.-€ (cien euros) mensuales, actualizables conforme a IPC e ingresados dentro de los 10 primeros días de cada mes, en la cuenta que el padre designe.

Si en el futuro la madre percibiera ingresos superiores a los 1.000 € mensuales, sin necesidad de modificación de medidas, se fija como que deberá satisfacer al padre la suma de doscientos cincuenta euros mensuales, con las mismas condiciones de abono antes referidas.

4: Los gastos extraordinarios necesarios para el hijo se satisfarán por ambos padres por partes iguales. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido realizar el gasto.

5: Se atribuye a Carlos A. D. S., el uso del domicilio familiar sito en la calle…, así como el uso del vehículo matrícula… asumiendo él los gastos derivados de la utilización de los mismos.

6: Las cargas y gravámenes existentes en el matrimonio serán satisfechos por ambos por mitad.

7: El cambio de residencia del menor deberá ser consensuado entre ambos progenitores y, en caso de discrepancia, sometido a criterio judicial.»

Alternativamente y subsidiariamente solicitó la custodia compartida y la aprobación del Pacto de relaciones familiares aportado.

Tercero: El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que debo decretar y decreto la disolución por divorcio del matrimonio formado por Diana Patricia R. A. y Carlos A. D. S., celebrado en Zaragoza el 7 de febrero de 2004, y se fijan las siguientes medidas con relación a Raúl, nacido en Zaragoza el 23 de septiembre de 2007:

1) Atribuir su guarda y custodia a Diana Patricia R. A.. La autoridad familiar será compartida por ambos progenitores.

2) Se establece como régimen de visitas ordinario: el de fines de semana alternos

desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17 horas, hasta el lunes a la entrada al colegio, en su defecto, a las 10 horas. Los puentes se unirán al fin de semana correspondiente.

Además, durante la semana el padre podrá estar con su hijo los martes y jueves de todas las semanas desde la salida del colegio o, en su defecto, desde las 17 horas, hasta las 20 horas. Las entregas y recogidas que no puedan verificarse en el centro escolar, se realizarán en el PEFZ. Líbrese el oportuno oficio.

Con relación a los periodos vacacionales, tienen tal consideración los fijados como tales a efectos escolares en la correspondiente Comunidad Autónoma de residencia del menor y se distribuirán por mitad entre ambos progenitores. En caso de desacuerdo sobre el periodo escogido, le corresponde prioridad de elección a la madre en años impares y al padre en años pares. La comunicación del periodo escogido deberá verificarse con 15 días de antelación con carácter general, a excepción de la distribución de vacaciones durante el periodo estival, que deberá comunicarse a la otra parte con 30 días de anticipación. Los periodos vacacionales de verano serán por quincenas.

3) Se atribuye a Carlos A. D. S., el uso del domicilio familiar sito en la c/… así como el vehículo...

4) Fijar como pensión de alimentos a favor del hijo, a cargo de Carlos A. D. S., la cantidad de 100 euros mensuales, cantidad que deberá abonarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la madre y que será objeto de actualización automática a primeros de enero, conforme al último IPC publicado a la fecha de la actualización, sin necesidad de previo requerimiento.

Los gastos extraordinarios necesarios del hijo se abonarán por iguales partes y los no necesarios conforme a los acuerdos que alcancen ambos progenitores o, en otro caso, le corresponderá su abono a aquel de ellos que decida su realización.

5) Las cargas y gravámenes existentes en el matrimonio serán satisfechos por ambos por mitad.

6) Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial. En la administración de los bienes comunes deberán observarse las reglas que han regido durante la relación matrimonial.

No procede especial pronunciamiento de las costas causadas.»

Cuarto: Tanto la representación procesal de Dª Diana Patricia R. A. como la de D. Carlos A. D. S., que tiene concedido el beneficio de Justicia Gratuita, presentaron sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 en base a los hechos y fundamentos que expresaron en sus escritos, y admitidos dichos recursos, se confirió traslado de los mismos a la parte contraria, oponiéndose al presentado de contrario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Quinto: Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 20 de diciembre pasado cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación de doña Diana Patricia R. A. y Don Carlos A. D. S. contra la sentencia de 8 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer número 1 de esta ciudad, en el curso del expediente de divorcio número 154/2012 instado por la apelante doña Patricia contra don Carlos, al que el presente rollo se contrae, que se confirma íntegramente sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada.»

Sexto: La representación legal de D. Carlos A. D. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso por infracción procesal y casación, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal: «ex Art. 469.1.4º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: Vulneración en el proceso civil del contenido de los artículos 317.1, 319.1, 217 y 348, y de derechos fundamentales reconocidos en el Art. 24 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la precitada ley procesal, y con ello error en la valoración de la prueba.»

Respecto al recurso de casación: «Primero: Ex Art. 2.2 de la Ley 4/2005 de 14 de Junio sobre Casación Foral Aragonesa en relación con el Art. 251.7ª y 477.2.3º y 3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: por cuanto la resolución del Recurso presenta interés casacional: Segundo: Ex Art. 466 y 477.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: por infracción de precepto legal»; invocando como infringidos los arts. 76 y 80.6 y 80.2 del CDFA.

Séptimo: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se acordó respecto de los documentos aportados con el recurso, procediendo a la unión a los autos de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 dictada el día 5 de diciembre de 2013 y devolver el relativo al informe del Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza.

Por providencia de 27 de febrero se acordó:

«1: Según indica la parte recurrente, el recurso por infracción procesal se presenta con base en «que se proceda a la admisión de la prueba que, en esta instancia, mediante otrosí del presente recurso se va a solicitar».

Tiene por objeto concreto la aportación de nuevos documentos, consistentes en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Zaragoza el día 5 de diciembre de 2013 e informe del día 30 de noviembre de 2013 del Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza.

La pretensión sostenida en el recurso no se encuentra entre los motivos previstos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como propios del recurso por infracción procesal, por lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 473.2.1º, parece procedente su inadmisión. Todo ello sin perjuicio de que estar a lo resuelto sobre admisión o no de los documentos por providencia dictada en el presente rollo el día 26 de los corrientes.

2: El motivo segundo del recurso de casación presentado no se funda en la posible infracción por la sentencia recurrida de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, pues se limita a exponer los preceptos que son de aplicación respecto de las argumentaciones recogidas en el recurso por infracción procesal y en el motivo primero del propio recurso de casación. En consecuencia, es improcedente su admisión.

3: Con carácter previo a resolver sobre la posible inadmisión del recurso por infracción procesal y del motivo segundo del recurso de casación, y de conformidad con lo establecido en los artículos 473.2 y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este Tribunal.»

Transcurrido el plazo, presentó únicamente alegaciones el Ministerio Fiscal, quien manifestó que procedía la inadmi-

sión tanto del recurso extraordinario de infracción procesal como del motivo segundo del de casación.

Por auto de 28 de marzo pasado, la Sala acordó declarar su competencia para el conocimiento de los recursos planteados y la inadmisión del recurso por infracción procesal, así como la del segundo motivo del recurso de casación, admitiendo a trámite el primero de los motivos de este último recurso, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición.

La representación procesal del recurrente presenta escrito aportando documentación, del que se da traslado a las partes por cinco días presentando escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal.

A la admisión del motivo primero del recurso, presenta sus alegaciones el Ministerio Fiscal, dentro de plazo, considerando que debiera estimarse el recurso de casación, y casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza declarando la custodia compartida del menor.

Por providencia de 4 de junio de 2014, se señaló para votación y fallo el día 11 del mismo mes y año.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Fundamentos de derecho

Primero: Por sentencia dictada el día 8 de abril de 2013 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Zaragoza acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, que se había contraído el día 7 de febrero de 2004, en el que nació un hijo, Raúl, el día 23 de septiembre de 2007.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 20 de diciembre de 2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso presentado, de forma que, finalmente, las relaciones familiares fijadas para el matrimonio disuelto son las siguientes: la madre se hace cargo de la guarda y custodia del hijo, con régimen de visitas por el padre en fines de semana alternos y dos días entre semana; el uso del domicilio familiar se atribuye al padre; la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor del hijo se fija en 100 euros/mes.

Ambas sentencias dictadas en la instancia valoraron en el momento de su pronunciamiento que estaba en trámite causa penal seguida contra el esposo, por denuncia de agresión formulada por la esposa. Esta circunstancia, en el momento presente ha dejado de existir, puesto que el día 5 de diciembre de 2013 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal número 9 de Zaragoza que puso fin al procedimiento penal, tal y como queda acreditado en el trámite del recurso de casación, por aportación probatoria documental que procede admitir y considerar, conforme a los artículos 271.2 y 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En concreto, resulta que el día 9 de octubre de 2012 la esposa formuló denuncia por agresión contra el esposo, cuya instrucción correspondió al Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Zaragoza.

El día 22 de noviembre de 2012 fue presentada la demanda de divorcio rectora de este procedimiento, en el que fue dictada sentencia por el Juzgado antes citado el día 8 de abril de 2013. Apelada tal resolución, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza señaló el día 17 de diciembre de 2013 para votación y fallo. Precisamente este mismo día fue cuando el demandado conoció el contenido de la sentencia condenatoria antes mencionada y dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Zaragoza el día 5 de diciembre de 2013.

Segundo: El motivo de recurso de casación que ha sido admitido a trámite fundamenta su petición en la consideración de que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 80.6 del CDFA y doctrina de esta Sala dictada en su interpretación (sentencia 28/2013, de 2 de julio) y, en consecuencia, solicita el establecimiento del régimen de custodia compartida que la sentencia impugnada denegó por observancia del precepto indicado.

En contra de lo que expone el recurrente, lo cierto es que tal norma fue debidamente aplicada, ya que, en el momento de dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial, debió estarse a la imposibilidad de atribución de custodia del menor al padre recogida en el artículo 80.6 del CDFA, porque estaba incurso en un procedimiento penal por delito contra la madre.

La circunstancia sobrevenida al dictado de la resolución ahora impugnada, de haberse puesto fin a la causa penal, no convierte en incorrecta la sentencia recurrida, ya que, en atención a las circunstancias que debieron valorarse, en el momento de su deliberación, votación y fallo, fue plenamente ajustada a derecho.

La consecuencia del dictado de sentencia por el Juzgado de lo Penal, poniendo fin al procedimiento penal, no es, por tanto, la pretendida por el recurrente de que deba darse lugar, por su incorrección, a la casación de la sentencia impugnada y, consiguientemente, entrar a resolver ahora sobre el tipo de custodia a establecer. El efecto producido por la posterior sentencia penal es haber dado lugar a un cambio sustancial de los hechos que pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo del dictado de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial. Modificación esencial de la realidad fáctica a resolver que, al producirse después del término de la instancia, no puede ser valorada ahora, en sede del recurso de casación, limitado, conforme al artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la valoración de la corrección o no del derecho observado en la resolución recurrida.

No cabe obviar, además, que caso de darse lugar a la pretensión del recurrente, de entrar a conocer esta Sala de Casación sobre las nuevas cuestiones de hecho que las sentencias de la instancia no pudieron tener en cuenta, se daría lugar a una valoración ex novo de los datos fácticos presentes, lo que, además de suponer la asunción por esta Sala de funciones que legalmente no tiene encomendadas, implicaría sobre todo, privar a las partes de su derecho a los recursos de apelación y casación que sobre la decisión judicial inicial pueden interponer.

Tercero: La conclusión que conllevan las anteriores consideraciones es, por tanto, y siguiendo la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo en casos semejantes (así sentencia 258/2011, de 25 de abril y a la citada en ella, de 14 de abril de 2011) la de desestimar el recurso presentado. Lo que tiene lugar sin perjuicio de la facultad reconocida a las partes de poder solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio ante las nuevas circunstancias presentes, si así conviene a su derecho.

Cuarto: La desestimación del recurso presentado no debe suponer en ese caso la imposición de costas al impugnante, habida cuenta de que su interposición no obedece tanto a incorrección de la sentencia recurrida, sino a la existencia de un nuevo hecho que, por circunstancias ajenas al recurrente, ha sobrevenido al dictado de la sentencia combatida, convirtiendo así en cuestión novedosa la realidad fáctica y el derecho de aplicación, lo que generó dudas de hecho y derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos A. D. S. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 20 de diciembre de 2013 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, sin hacer expresa imposición del pago de las costas causadas en el presente recurso.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición del recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

20

NÚM. 20

S. TSJA 24/2014 de 25 de junio de 2014

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: Asignación compensatoria: No prorrogable: ***Se reitera que, en lo esencial, la asignación compensatoria no tiene una naturaleza y finalidad diferente a la del art. 79 Cc.: permitir superar el desequilibrio económico que la ruptura produzca a uno de los dos, en relación con la situación existente durante la convivencia SSTSJA 4/1/2013, 13/7/2012, 30/12/2011). Para la valoración de ese desequilibrio sirve la doctrina del TS (SS 3/10/2011, 27/6/2011, 3/10/2008). El desequilibrio se aprecia en el momento de la ruptura y las circunstancias tenidas en cuenta en ese momento determinan su cuantía y duración. Las prórrogas de una asignación por desequilibrio temporal no responden a su naturaleza y finalidad. La situación de desequilibrio y su modo de corrección no es prorrogable sino que, como establece la ley, está sometida en su caso a revisión o extinción conforme a los cambios de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura. Si se señala una asignación compensatoria con posibles prórrogas en función de la situación (de desempleo) 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.***

Disposiciones citadas: ***Art. 83 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a veinticinco de junio de dos mil catorce. En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 21/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 17 de diciembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 484/2013, dimanante de autos de divorcio núm. 740/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes/recurridos, D. Jose Miguel representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Magro Gay y dirigido por la Letrada Dª Eva Vera Andrés y Dª Otilia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Fernando Terroba Mela y dirigida por la Letrada Dª Marta Gil Gimeno, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales D. Juan Terroba Mela, actuando en

nombre y representación de Dª Otilia, presentó demanda de divorcio contra D. José Miguel en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que reconociendo la ruptura del matrimonio existente entre las partes, se aprueben las contenidas en el plan de relaciones familiares cuyo tenor literal es el siguiente:

«1º: Autoridad familiar, guarda y custodia de la hija: La autoridad familiar será ejercida por ambos progenitores: Debido a la edad de la niña de 9 años donde la presencia de una madre es tan necesaria, el deseo de la misma, y dadas las circunstancias en relación con el padre ya expuestas, entendemos conveniente que la guarda y custodia de la hija se atribuya a la madre en exclusiva: 2º. Régimen de visitas: 1: El padre tendrá a la menor fines de semana alternos, sábado y domingo todo el día pero sin pernocta, desde las 10,30 horas de la mañana hasta las 20 horas de la tarde de cada uno de los días: 2: La mitad de las vacaciones de Navidad y Verano, rigiendo a este respecto la siguientes consideraciones:

Se procede a dividir los periodos vacaciones pero en todo caso no existirá pernocta con el padre por parte de la menor, salvo que el padre quiera realizar algún viaje con la misma. Teniendo en cuenta esto las vacaciones se dividen de la siguiente manera:

A) En las vacaciones de Verano corresponderá un mes a cada progenitor dividiendo por tanto el periodo vacacional en dos periodos: el primero desde el 30 de junio por la tarde, 16 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 16 horas, y el segundo desde el 31 de julio por la tarde, 16 horas, hasta el 31 de agosto por la tarde, 16 horas. La esposa elegirá el periodo de tiempo que quiere pasar en compañía de sus hijos los años impares, haciendo la elección el padre los años pares.

B) En Navidad, las vacaciones se dividen en dos periodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 13 horas, y el segundo periodo del 31 de diciembre por la mañana, 13 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 20 horas. La esposa elegirá el periodo de tiempo que quiere pasar en compañía de su hija los años impares, haciendo la elección el padre los años pares.

Cada día el padre recogerá a la menor a las 10,30 de la mañana y la reintegrará al domicilio materno a las 20,00 horas de la tarde (salvo los días de cambio de periodo en las horas expuestas).

3: En relación a las vacaciones de Semana Santa y Fiestas del Pilar corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: los años pares corresponde la Semana Santa a la madre y las fiestas del Pilar al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las fiestas del Pilar a la madre. Igualmente sin pernocta y con los horarios de entrega y recogida ya expuestos.

Todas las recogidas y entregas se realizarán en el domicilio de la madre sito en la avenida..., núm..., urbanización..., casa num..., de Utebo (Zaragoza).

Durante los periodos de vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas y custodia.

4: El día del cumpleaños del padre y el día del padre, la hija estará en compañía de su progenitor, el día del cumpleaños de la madre y el día de la madre la menor permanecerá en compañía de su madre; en ambos casos no se debe de interferir en las obligaciones escolares de la menor. Estarán juntos desde las 10,30 hasta las 20,00 horas. Si el cumpleaños o el día del padre o de la madre coinciden con día laborable, el progenitor que corresponda podrá reco-

ger a la menor a la salida del colegio y reintegrarla en su domicilio a las 20 horas.

3º: Gastos de asistencia a la hija.

Don José Miguel contribuirá al pago de los gastos ordinarios de asistencia de la hija con la cantidad de 300 euros mensuales, cantidades que se abonaran mensualmente antes del día 5 de cada mes en la cuenta que designe la madre.

Estas cantidades se actualizarán anualmente cada uno de enero con arreglo a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo (IPC).

Los gastos extraordinarios que requiera la menor (como atención médica no cubierta, dentista, clases extraescolares...) serán sufragados por ambos progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles, previo acuerdo de ambos. Si no existe acuerdo se abonarán en una proporción de 70% el padre y 30% la madre, en base a los ingresos de cada uno. En caso de urgencia cualquiera de los cónyuges queda facultado para decidir y ejecutar dicho gasto, debiendo el otro, tras la oportuna justificación, rembolsar al que lo realizó la mitad del importe satisfecho. Los extraordinarios no necesarios, a falta de acuerdo, serán satisfechos por aquel de los progenitores que haya decidido la realización del gasto.

4º Pensión compensatoria

Esta ruptura deja latente un desequilibrio patrimonial, que deberá ser compensado con una pensión a favor de la esposa, que solicitaremos que sea de 200,-€ y durante un plazo de 2 años prorrogables anualmente si la esposa no deviene a mejor fortuna. Con esa ayuda mi mandante procedería a alquilar una vivienda para estar con la menor siendo por tanto justificada la solicitud del pago de esta pensión.

5º Venta inmueble y pago préstamo.

Ambos cónyuges son dueños al 50% de un inmueble sito en la urbanización..., calle..., núm..., de Pinseque (Zaragoza). Solicitamos autorización judicial para proceder a la venta de la misma repartiendo el dinero obtenido por mitad.

Asimismo, y en relación al préstamo solicitado por los cuñados de la pareja cuya cuantía les fue entregada de inmediato a ambos, el demandado debe aportar 100 euros mensuales para hacer frente al mismo y elevar dicha cantidad en el caso de mejorar su salario. En el momento en que mi mandante trabaje aportará toda la cantidad que pueda con la misma finalidad reintegrando la cantidad necesaria a fin de igualar lo que haya sido aportado de forma exclusiva por su pareja.

Todo ello con condena en costas al demandado, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Por otrosí solicitó la adopción de medidas provisionales y la práctica de prueba.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal emplazándolos para que comparecieran en autos en tiempo y forma, haciéndolo dentro de plazo y oponiéndose a la misma, y solicitando el demandado la disolución por divorcio del matrimonio y acordando como medidas las ya solicitadas por esa parte en escrito de demanda de divorcio.

Por Auto de 28 de febrero de 2013, se acordó la acumulación del procedimiento núm. 748/12 que se había planteado por D. José Miguel, en el que aparece como documento núm. Seis el Plan de Relaciones Familiares.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la prác-

tica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que debo estimar y estimo la demanda de divorcio deducida por el Procurador D. Juan Fernando Terroba Mela, en nombre y representación de Dª Otilia, contra D. José Miguel, representado por el Procurador D. Jorge Guerrero Fernández, declaro haber lugar a la misma, y en su virtud declaro la extinción por divorcio del matrimonio canónico por ambos contraído en Zaragoza el día 9 de junio de 2000, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, acordándose como medidas definitivas reguladoras del divorcio que se decreta, las establecidas en el FD tercero de esta resolución: No se hace imposición de las costas procesales de esta instancia a ninguna de las partes.»

Tercero: Interpuesto por el Procurador Sr. Terroba Mela en nombre y representación de Dª Otilia recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose al mismo e impugnando la sentencia, y lo mismo hizo el Ministerio Fiscal que igualmente la impugna.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, con fecha 17 de diciembre de 2013 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Otilia y la impugnación de don José Miguel contra la resolución de fecha 28 de Junio de 2013 dictada en el curso del proceso de divorcio 740/2012 tramitada por el Juzgado de Primera Instancia 16 de esta ciudad a instancia de la hoy apelante contra D. José Miguel, al que el presente rollo se contrae, la cual confirmamos sin hacer expresa imposición de las costas originadas en la presente instancia.»

Cuarto: La representación legal de Dª Otilia interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, siendo el único motivo la infracción por aplicación indebida del artículo 80 del CDFA.

Por su parte, tanto el Letrado como el Procurador que representa a D. José Miguel presentan su renuncia, solicitando este último el beneficio de Justicia Gratuita, el nombramiento de profesionales del turno de oficio y la suspensión del plazo para interponer el recurso.

Efectuada la designación de Procurador del turno de oficio que recayó en la Procuradora Dª Isabel Magro Gay y la renuncia a honorarios del Letrado designado por el Sr. José Miguel, se alzó la suspensión acordada y dentro del plazo que le restaba presentó recurso de casación, siendo motivo del mismo la infracción del artículo 83 del CDFA.

Una vez se tuvo por interpuestos ambos recursos por la Sección Segunda, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de fecha 3 de abril de 2014 la Sala acordó: declarar la competencia de la Sala, admitiendo a trámite los recursos presentados y confiriendo traslado a las partes por 20 días para oposición. Haciéndolo ambas partes en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal, respecto al planteado por la representación procesal de la Sra. Otilia, que procede

la desestimación del motivo; y respecto al del Sr. José Miguel, que «no es procedente que el Ministerio Fiscal formule pretensión alguna respecto del objeto de este motivo de recurso.»

No se solicitó la celebración de vista, y no considerándola conveniente la Sala se señaló para votación y fallo el día 11 de junio de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: Actora y demandado contrajeron matrimonio en Zaragoza el 9 de junio de 2000 y tienen una hija, Laura, nacida el... de 2003.

La esposa interpuso demanda de divorcio y a este procedimiento se acumuló el iniciado de forma casi simultánea por el esposo.

Recayó sentencia de primera instancia de 28 de junio de 2013 que decretó el divorcio y estableció la guarda y custodia de la hija de forma compartida con efectos desde el 1 de septiembre de 2013. Razona la sentencia que, a pesar de que el informe psicológico aconsejaba la custodia individual de la madre, una exégesis detallada del mismo revela las aptitudes del padre para poder asumir una guarda y custodia compartida, y que la propia menor manifestaba que para ella sería menos lioso estar una semana con cada uno.

También refiere del informe psicológico que califica al padre como alguien responsable, afectivo y con sensibilidad. Afirma la sentencia que cuenta con apoyo de su familia y que por su trabajo a turnos semanales puede dedicarse plenamente a la niña las semanas que libre.

Con arreglo a la distinta capacidad económica de los progenitores, decide la sentencia que el padre contribuirá con 200 euros mensuales para los gastos ordinarios de asistencia a la hija y la madre con 100 euros, dada su situación de desempleo. Cada uno de ellos atenderá los gastos de alimentación, vestido y actividades lúdicas y recreativas de la hija en los períodos que les corresponda la convivencia. Los gastos extraordinarios serán atendidos en un 70% por el padre y en un 30% por la madre. Los extraordinarios no necesarios, conforme a lo legalmente establecido.

Constata la sentencia que la ruptura matrimonial ha producido un desequilibrio económico entre los progenitores ya que la madre se encuentra en situación de desempleo y, dada su escasa cualificación y la actual situación de crisis económica, va a ser ardua la búsqueda de un trabajo por lo que, teniendo en cuenta el salario del padre de 872 euros líquidos mensuales, fija una asignación compensatoria para ella de 150 euros mensuales durante un plazo de dos años prorrogables anualmente si la madre no deviene a mejor fortuna.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación y la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 17 de diciembre de 2013 los desestimó.

El interpuesto por la madre, que reclamaba la custodia individual, se desestima porque el régimen de custodia compartida es el primado por el legislador aragonés, exigiéndose una expresa motivación para apartarse del mismo cuando ambos progenitores, como en el presente caso, ostentan las facultades necesarias, sin que exista acreditación de que el interés del menor imponga el régimen de custodia individual. Así lo deduce de la voluntad de la menor que manifiesta estar conforme con pasar una semana con cada progenitor y porque los informes psicosociales, aun apostando por el régimen individual, no son claramente opuestos a la custodia compartida. Y porque encontrándose en vigor este régimen desde hace seis meses no se acredita ningún tipo de conflicto.

El recurso interpuesto por el padre pretendiendo la supresión de la asignación compensatoria es desestimado por estar justificada la situación de desequilibrio, y en cuanto a la prórroga anual porque no infringe el artículo 83 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) siempre y cuando cumpla la finalidad de compensar al progenitor al que la ruptura produzca desequilibrio.

Segundo: El motivo único del recurso de casación interpuesto por la madre denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

Expone la recurrente el contenido de algunas de las sentencias de esta Sala en aplicación del artículo 80.2 del CDFA que expresan, conforme a lo dispuesto en dicho artículo, la preferencia del régimen de custodia compartida salvo que la custodia individual sea más conveniente, que es lo que considera la parte recurrente atendiendo a algunos de los factores recogidos en dicho precepto como la opinión de la menor, el contenido del informe psicosocial, la estabilidad de la menor y la mala relación entre los progenitores.

La representación del padre muestra su oposición al recurso porque pretende –afirma– sustituir la valoración de la prueba realizada por el Juzgado y por la Audiencia Provincial, y por considerar que en ambas instancias se han examinado adecuadamente los factores y circunstancias concordantes con el criterio legal para el establecimiento de la custodia compartida.

El Ministerio Fiscal considera igualmente que debe ser desestimado el recurso porque la sentencia recurrida, como hizo la de primera instancia, ha realizado una completa valoración de la prueba que acredita la conveniencia para la menor del sistema de custodia compartida como criterio legalmente preferente.

Las partes y el Ministerio Fiscal recogen en sus respectivos escritos el criterio legal previsto en el artículo 80.2 del CDFA y la doctrina reiterada por esta Sala conforme a la cual se establecerá la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual en atención al interés del menor.

Las sentencias recaídas en este procedimiento recogen igualmente el criterio legal y las indicadas pautas de interpretación y, atendiendo a la aptitud del padre, a los factores del artículo 80.2 del CDFA aplicables al caso y a la prueba practicada, concluyen que no se ha acreditado que el interés de la menor exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre.

Frente a ello la recurrente trata de rebatir la valoración de la prueba ofreciendo la suya propia lo que, como reiteradamente ha dicho la Sala, está vedado en el recurso de casación en el que, partiendo de los hechos probados, debe analizarse si se ha producido una correcta aplicación de las normas atinentes al caso.

Ambas sentencias han tenido en cuenta los factores que a juicio de la recurrente hubieran debido llevar a establecer la custodia individual de la madre pero han estimado que, por el contrario, ninguno de ellos acredita que dicho régimen sea más conveniente para la menor.

Así, la opinión de la menor ha sido expresamente considerada en ambas sentencias y de ella deducen su conformidad con la estancia con cada uno de los progenitores por semanas alternas. Como argumento en contra aporta nuevamente la recurrente una transcripción de tres comunicaciones de la niña con su madre en el mes de julio

de 2013, que ya fue igualmente acompañada al escrito interponiendo recurso de apelación por lo que pudo ser valorada en esa instancia, sin que se obtuviera conclusión contraria a la conveniencia de la custodia compartida.

Del mismo modo, se ha valorado en ambas instancias el informe psicosocial emitido por la psicóloga del Juzgado sin que, a pesar de que mostrara su opinión favorable a la custodia individual de la madre en atención a la estabilidad de la niña, se haya detectado que se muestre abiertamente opuesto a la custodia compartida.

Y, finalmente, interpreta la recurrente que la referencia en la sentencia recurrida a no haberse acreditado ningún tipo de conflicto después de seis meses de vigencia del régimen de custodia compartida, no es cierta porque es manifiesta la mala relación entre los progenitores. Pero resulta evidente que tal constatación en la sentencia se refiere a ausencia de conflicto para la niña por la puesta en marcha del régimen de custodia compartida. Por otra parte, ya ha reiterado esta Sala que el conflicto entre los progenitores no es obstáculo por sí mismo para el establecimiento de la custodia compartida pues resulta habitual en las situaciones de ruptura siendo solo determinante en supuestos de especial gravedad que, además, afecte a los menores.

En definitiva, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los elementos de prueba y los factores señalados por la ley concluyendo que no se aprecian razones para excepcionar el régimen de custodia compartida, sin que las estimaciones de la parte recurrente, valorando conforme a su criterio, puedan llevar a la conclusión de que se haya infringido el artículo 80.2 del CDFA. Por ello este recurso debe ser desestimado.

Tercero: El recurso interpuesto por la representación del padre alega infracción del artículo 83 del CDFA por considerar que no cabe señalar una asignación compensatoria con «prórrogas» a la pensión temporal, y la posible revisión del artículo 83.4 se refiere a la modificación de la pensión compensatoria ya señalada y cuantificada que, conforme a los artículos 100 y 101 del Código civil, exige un proceso de modificación de medidas, por lo que si se produce una sucesión de prórrogas no se da la posibilidad de revisión, que exige una variación sustancial de circunstancias.

Como ya ha dicho esta Sala en reiteradas ocasiones (SS de 4 de enero de 2013 –rec. 35/2012–, 13 de julio de 2012 –rec. 10/2012–, 30 de diciembre de 2011 –rec. 19/2011–), la asignación compensatoria del artículo 83 del CDFA no tiene, en lo esencial, una naturaleza y finalidad diferente a la del artículo 97 del Código civil, y tal finalidad es la de permitir superar el desequilibrio económico que la ruptura produzca a uno de los componentes del matrimonio (también de la pareja con hijos cargo en la legislación aragonesa), en relación con la situación existente durante la convivencia.

El Tribunal Supremo recoge en su sentencia de 3 de octubre de 2011, recurso 1739/2008, la doctrina sentada en otras como la de 3 de octubre de 2008, recurso 2727/2004, citada en la de 27 de junio de 2011, 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.

Se hace referencia en la sentencia al desequilibrio por encontrarse la esposa en situación de desempleo. Pero no se indica que dicha situación de desempleo viniera producida por la ruptura o previamente por la atención a la familia, sino que viene determinada por la coyuntura económica, por lo que no debe corregirse el desequilibrio en atención a la situación de desempleo pues ello parece más propio de una pensión alimenticia por razón de necesidad.

Además, su mantenimiento en función de la situación de desempleo tenida en cuenta para considerar la existencia de desequilibrio, puede hacer muy difícil su revisión o extinción (artículo 83, apartados 4 y 5) y, fundamentalmente, tal previsión no responde al desequilibrio que haya podido producir la ruptura, pues tal desequilibrio no se puede entender prolongado indefinidamente hasta que el que lo sufre venga a mejor fortuna.

En definitiva, las prórrogas de una asignación por desequilibrio no responden a la naturaleza y finalidad de una pensión de estas características, que se debe concretar en cuantía y tiempo conforme al desequilibrio constatado en el momento de la ruptura. Esta situación de desequilibrio y su modo de corrección no es prorrogable sino, como establece la ley, sometido en su caso a revisión o extinción conforme a los cambios de las circunstancias tenidas en cuenta en aquel momento.

Por todo ello el recurso debe ser estimado y, como consecuencia de ello, se suprime la prórroga señalada a la asignación compensatoria, que tendrá el plazo inicialmente señalado de dos años.

Cuarto: En cuanto a las costas del recurso de casación interpuesto por la representación de Dª Otilia, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, resulta oportuno hacer uso de la facultad prevista en el artículo 394.1 en relación con el artículo 398.1 LEC, y no hacer expresa imposición de costas.

Respecto a las del recurso interpuesto por la representación de D. José Miguel,

de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Fernando Terroba Mela, en nombre y representación de Dª Otilia contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2013, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos en lo relativo al régimen de custodia de la menor.

Segundo: Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Miguel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de fecha 17 de diciembre de 2013, que casamos y dejamos sin efecto en el sentido de suprimir la prórroga señalada a la asignación compensatoria, que tendrá el plazo inicialmente señalado de dos años.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, satisfaciendo cada parte las suyas.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Con pérdida del depósito constituido por la representación procesal de la Sra. Otilia, al que se dará el destino legal; sin declaración respecto al correspondiente al Sr. José Miguel, al no haberlo prestado por tener reconocido el Beneficio de Justicia Gratuita.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

21

NÚM. 21

S. TSJA 26/2014 de 2 de julio de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Motivo de infracción procesal: Incongruencia interna: ***La denominada incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva –*** **ratio decidendi–** ***y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos (SSTS 668/2012, de 14 de noviembre, 571/2012, de 8 de octubre y 736/2013, de 3 de diciembre), y, como señala la STS 141/2014, de 21 de marzo, afecta a la falta de motivación. Tal defecto no puede ser apreciado en el presente caso.***

Motivación de la sentencia: ***Para el cumplimiento del requisito de motivación de las resoluciones judiciales, exigido por el art. 218 Lec. y también por el art. 120 CE y el art. 6 CEDH, basta con que expresen la razón en que se basan, de tal modo que la decisión aparezca como el resultado de una argumentación ajustada a los términos del debate a fin de garantizar una aplicación no arbitraria de las normas, lo que no autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes en sus alegatos (STEDH Bolea v Rumania, Kuznson y otros v Rusia, Pronia v Ucrania, Dimitrelos v Grecia, Pérez v Francia, García Ruiz v España, y STC 247/2006, 186/2002, 77/2000).***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Régi-

MEN DE VISITAS: Principio de igualdad: ***Los arts. 75.2 y 76.3, que contienen una declaración del legislador sobre la finalidad que persigue y un principio general, han de ser relacionados con la norma que los desarrolla para que puedan dar lugar a un recurso de casación (STSJA 15/2013, de 11/3). El principio de igualdad que ha de guiar la adopción de las medidas que procedan en relación a los hijos en caso de ruptura de convivencia de los progenitores resulta de los arts. 75.2 y 76.3, pero en modo alguno implica que ambos progenitores hayan de tener un régimen de comunicación igual en relación con su descendencia común, hasta el punto de que la norma aragonesa permite el establecimiento de una custodia individual cuando ello convenga para satisfacer el interés superior del menor (art. 80.2). Lo que sí impone es que cualquier diferencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes (SsTSJA 12/2014, de 4/3; 11/2014, de 17/2; 43/2013, de 8/10).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 218 Lec., 75.2, 76.3, 80.2 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 23/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de febrero de 2014, recaída en el rollo de apelación número 28/2014, dimanante de autos de guarda, custodia y alimentos número 9/2013, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Luis Alberto M. B., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Jesús Palos Oroz y dirigido por la Letrada Dª Begoña Areso Portell, y como parte recurrida Dª María Luz I. R., representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Berdún Monter y dirigido por el Letrado D. Antonio Bellod Castro, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[…]

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo de apelación núm. 28/2014.

2. No hacer imposición de las costas de este recurso.

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

22

NÚM. 22

S. TSJA 27/2014 de 18 de julio de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional: ***El art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, se corresponde con lo dispuesto en el art. 477.3, primer párrafo, de la Lec. Parecería que la posible existencia de doctrina jurisprudencial debe referirse a normas anteriores, no a las vigentes con menos de cinco años, que no necesitarían otro requisito que la constatación de que no llevan más de ese tiempo en vigor. Pero el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación aclara que, en la aplicación de normas con menos de cinco años de vigencia, no concurre interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurrida exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Atribución del uso de la vivienda familiar: Custodia individual: ***En la sentencia de divorcio de 2008 se atribuyó el uso del domicilio conyugal, propiedad privativa del esposo, a la esposa en cuya compañía estaban el hijo menor Carlos (17 años) y Eugenio (29 años), mayor de edad pero afectado por síndrome de Down, aunque entonces no incapacitado legalmente. Un tercer hijo (23 años), sin independencia económica, va a vivir con el padre. El padre solicita modificación de medidas en 2012, entre ellas la supresión de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa y el hijo Eugenio. En 2013 el hijo Carlos también vive con el padre (se suprime la pensión) y Eugenio es incapacitado con rehabilitación de la autoridad familiar de ambos padres, y custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJA que el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar es el del hijo Eugenio, a cargo de la madre, siendo de aplicación el art. 81.2 CDFA que atribuye el uso a quien tiene la custodia del hijo. La convivencia de los otros hijos con el padre, aunque no tengan independencia económica, no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia.***

Limitación temporal: ***La dicción literal del art. 81.3 no deja lugar a dudas de que la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de las circunstancias concretas de cada familia, pero deber ser establecido. Por la sistemática del art. 81 se deduce que el apartado 3 es de aplicación tanto a los supuestos de custodia compartida como a los de custodia individual. Y es en estos casos de custodia individual cuando la limitación temporal viene exigida con más habitualidad para, entre otras razones citadas en la STSJA13/7/2012, no lesionar el interés del otro padres propietario de la vivienda. Otros supuestos de limitación temporal en casos de custodia individual recogen las SsTSJA de 22/11/2012, 7/2/2013, 11/2/2013 y 30/4/2013, en todas las cuales se destaca el carácter discrecional de la decisión al respecto y, al mismo tiempo, la necesidad legalmente impuesta de fijar la limitación del uso atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia. La necesidad de vivienda del hijo incapacitado no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno de los padres.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 3.3 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa; 477.3 Lec., 81 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a dieciocho de julio de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 1/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 18 de noviembre de 2013, recaída en el rollo de apelación número 91/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 519/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera e Instrucción núm. Uno de Alcañiz, en el que son partes, como recurrente, D. Ramón G. G. representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Ortega Ortega y dirigido por la Letrada Dª Sagrario Valero Bielsa, frente a Dª Dolores V. G. representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca y dirigida por la Letrada Dª Gemma Gonzalo López, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Alcañiz la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Rodríguez Vela, actuando en nombre y representación de D. Ramón G. G., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª Mª Dolores V. G. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución por la que, acuerde la modificación de las medidas derivadas del divorcio y en consecuencia:

«1º) Suprima la pensión compensatoria que venía percibiendo la Sra. V. G.

2º) Se suprima el derecho de uso del domicilio conyugal sito en Plaza … núm. … Andorra (Teruel) del que venía disfrutando la Sra. V., o en su caso se establezca por Su Señoría una limitación temporal a dicho uso de máximo seis meses.

3º) Se adjudique la guarda del hijo habido en el matrimonio Eugenio, aquejado de síndrome de Dowm, a su padre D. Ramón G., y subsidiariamente se establezca un régimen de guarda compartido entre ambos progenitores, que vendrá determinado por el juzgador en función del informe psicosocial y demás pruebas que se practiquen, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento en lo que respecta a la pensión de alimentos que el Sr. G. entrega a la Sra. V. a favor de su hijo Eugenio».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que:

«A) Desestime la demanda de modificación de medidas íntegramente.

B) Subsidiariamente para el caso de que se acuerde el cese de la obligación del Sr. G. de abonar pensión por desequilibrio económico se incremente la pensión de alimentos del hijo Eugenio en el mismo importe que venía abonando hasta la fecha en concepto de pensión por desequilibrio o subsidiariamente en la cuantía que se considere más ajustada a derecho.»

Por otrosí presentó demanda reconvencional en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando que previos los trámites oportunos, incluido el recibimiento del pleito a prueba, se dictase sentencia, con expresa imposición de costas al Sr. G., acordando:

«1: La modificación de la cláusula segunda del convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de 18 de febrero de 2008 referida a la medida de régimen de visitas y vacaciones a favor de D. Ramón G. G. en relación a su hijo Eugenio en el sentido siguiente:

a) Suprimir o suspender el derecho de régimen de visitas y vacaciones del padre.

b) Subsidiariamente se fije que el padre puede estar en compañía de su hijo Eugenio el último domingo de cada mes desde las 11 h. hasta las 21 h. debiendo recogerlo y entregarlo en el domicilio materno y, asimismo, el padre podrá estar en compañía del hijo Eugenio desde las 19 horas del día 31 de diciembre hasta las 21 horas del 1 de enero y 15 días en agosto debiendo recoger a Eugenio a las 11 h. y entregarlo a las 21 h. en el domicilio materno durante esos 15 días, sin que en ningún caso Eugenio pueda pernoctar con el padre, el resto de las vacaciones las pasará con la madre.

2: En el caso de que se estime la pretensión del demandante de cesar su obligación de abonar la pensión por desequilibrio económico a favor de la Sra. V. se

solicita se incremente la pensión de alimentos del hijo Eugenio en el mismo importe que venía abonando hasta la fecha en concepto de pensión por desequilibrio el Sr. Ramón G.»

Por otrosí solicitó el recibimiento del pleito a prueba y, con carácter previo, prueba pericial social y psicológica.

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de inhibición a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz, con competencia en violencia de género.

Recibidas por éste las actuaciones, por Decreto de 6 de septiembre de 2012, se acordó admitir a trámite la reconvención confiriendo el traslado oportuno.

Dentro de plazo la representación legal del Sr. G. contestó la reconvención, solicitando su desestimación «(…) si bien, en relación con la pensión de alimentos existente procederá a la vista de la nuevas circunstancias, no un aumento de las mismas sino una reducción atemperándola a las nuevas circunstancias económicas del actor y demandada, y al cambio de circunstancias respecto del hijo Carlos G. V., que ha terminado sus estudios y reside desde Septiembre en Andorra.»

Admitida la contestación a la reconvención y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Alcañiz, dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Estimando parcialmente la demanda principal interpuesta por la Procuradora Dña. Ana Rodríguez Vela, en nombre y representación de D. Ramón G. G. contra Dña. Dolores V. G., y estimando parcialmente la demanda reconvencional interpuesta por la Procuradora Dña. Olga Pina Bonías en nombre y representación de Dña. Dolores V. G. contra D. Ramón G. G. declaro, en cuanto a la modificación de medidas definitivas solicitada, y contenida en la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2008, los siguientes pronunciamientos:

1: Desestimar la petición de que se suprima la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. V..

2: Desestimar la petición de que se suprima la atribución del uso y disfrute de la vivienda a favor de la Sra. V. y de su hijo Eugenio.

3: Estimar la petición de que se suprima la pensión alimenticia fijada a favor del hijo común Carlos en tanto este siga viviendo con el padre, no habiendo lugar al establecimiento de pensión alimenticia alguna a abonar por la madre a dicho hijo.

4: Desestimar la petición de reducción de la pensión alimenticia del hijo común Eugenio, la cual se mantendrá en los mismos términos establecidos en la resolución judicial.

Procede no realizar especial pronunciamiento acerca de las costas ocasionadas en la demanda principal y en la demanda reconvencional.»

Tercero: Interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Vela en nombre y representación de D. Ramón G. G. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Alcañiz, se dio traslado del mismo a la contraparte, quien se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, se desestimó la práctica de la prueba solicitada, y con fecha 18 de noviembre de 2013 la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos, que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación presentado por D. Ramón G. G. contra la sentencia dictada el 29-4-2013 por el Juzgado de

Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Alcañiz en el procedimiento de modificación de medidas de divorcio seguido con el número 519/2012 y como consecuencia:

1º Debemos revocar y revocamos el pronunciamiento primero.

2º Se confirman los demás pronunciamientos.

3º Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso.»

Cuarto: El Procurador Sr. Barona Sanchís en nombre y representación de D. Ramón G. G. interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, basándolo en inaplicación del artículo 81.1 e infracción del artículo 81.3 del CDFA.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Teruel acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por el recurrente la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Ortega Ortega y por la recurrida la Procuradora Dª Nuria Ayerra Duesca, se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 13 de marzo pasado se dictó providencia del siguiente tenor:

«Visto el escrito de interposición de recurso de casación y apareciendo en el mismo la manifestación de haber sido incapacitado su hijo Eugenio, previo a resolver sobre la admisión del recurso, requiérase a las partes a fin de que en el plazo de 5 días presenten ante esta Sala documento acreditativo de dicho reconocimiento.»

Dentro de plazo, las partes aportaron sentencia de reconocimiento de incapacidad del hijo, Eugenio, por lo que, a su vista, se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal por término de 10 días, quien dentro de plazo, aportó informe manifestando: «(…) en cualquier caso el Fiscal de la Comunidad Autónoma de Aragón solicita que se dé cumplimiento al citado art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y que se nos dé la preceptiva intervención en los eventuales trámites de admisión y/o impugnación del presente recurso de Casación Foral Aragonés, al estar ante una persona incapacitada con obligación de intervención del Fiscal.»

Por Auto de 9 de abril se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para oposición, presentando escrito dentro de plazo la parte recurrida, quien se opuso al mismo aportando documental, y el Ministerio Fiscal quien manifestó que no existe vulneración del art. 81.1 y 3 del CDFA.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 24 de junio de 2014, no dando lugar a la admisión de los documentos aportados.

Fundamentos de derecho

Primero: Actor y demandada contrajeron matrimonio el 2 de diciembre de 1978, del que nacieron tres hijos, Eugenio el 7 de septiembre de 1979, David el 19 de enero de 1984 y Carlos el 24 de julio de 1990.

La sentencia de 18 de febrero de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcañiz había decretado el divorcio de los cónyuges aprobando el convenio suscrito por ambos de mutuo acuerdo, en cuya virtud se atribuía a la esposa la guarda y custodia del hijo menor Carlos y asimismo la guarda del mayor, Eugenio, afectado por el síndrome de Down; el esposo debía abonar a la esposa en concepto de pensión por alimentos de sus hijos 300 euros mensuales para Eugenio y 500 euros mensuales

para Carlos, y en concepto de pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código civil la cantidad de 400 euros mensuales; el uso del domicilio conyugal, propiedad privativa del esposo, se atribuía al cónyuge (la esposa) en cuya compañía estaba el hijo menor Carlos, y Eugenio, mayor de edad pero afectado por síndrome de Down, aunque entonces no incapacitado legalmente.

El esposo interpuso demanda de modificación de medidas recayendo sentencia de primera instancia de 29 de abril de 2013 que desestimó la solicitud de supresión de la pensión compensatoria, también desestimó la petición de supresión de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa y el hijo Eugenio, estimó la petición de supresión de pensión alimenticia a cargo del padre en favor del hijo Carlos en tanto siga viviendo con él, y desestimó la petición de reducción de la pensión del hijo Eugenio a cargo del padre.

Interpuso recurso de apelación el padre y la sentencia de 18 de noviembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Teruel estimó la petición de supresión de la pensión compensatoria por convivencia de la esposa *more uxorio* con otra persona y confirmó los demás pronunciamientos de la sentencia del Juzgado.

Segundo: Contra la anterior sentencia interpuso la representación del padre recurso de casación por dos motivos, el primero por inaplicación del artículo 81.1º del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) sobre la atribución del uso de la vivienda conyugal, y el segundo, subsidiariamente, por infracción del artículo 81.3º del CDFA, por no establecer limitación temporal al uso de la vivienda.

La sentencia del Juzgado había desestimado la petición de supresión del uso de la vivienda conyugal por la esposa, o su limitación a un período de seis meses, por considerar que el hijo Carlos, aun siendo ya mayor de edad y, al parecer, conviviendo con su padre, seguía careciendo de independencia económica, y en cuanto al hijo mayor porque está afectado por el síndrome de Down por el que la resolución administrativa de 21 de julio de 2008 le reconoció un grado de dependencia III, nivel 1, por lo que *«el interés más necesitado de protección es el del hijo Eugenio, y que el hecho de que el otro hijo, Carlos, que está estudiando, haya abandonado la vivienda, no implique una variación tan sustancial que justifique un cambio que afectaría a aquél, al que procede proteger en mayor medida, habiéndose asimismo acreditado documentalmente que el Sr. G. ha adquirido otra vivienda en Andorra (doc. 5 de la contestación a la demanda)»*.

La sentencia de la Audiencia Provincial argumentó que la permanencia en el hogar del hijo mayor *«obliga a considerar que el núcleo materno es el más necesitado de protección a pesar de que los demás hijos ya no convivan en ese hogar. La carga que representa familiarmente la asistencia a tal tipo de personas justifica además que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad; razón por la cual se sigue afirmando que no se han modificado sustancialmente las circunstancias para justificar la extinción de la atribución pretendida; y que se justifica en este caso con carácter excepcional el no señalamiento de un límite a tal atribución, pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente»*.

Tercero: La parte recurrida plantea en su escrito de oposición, en primer lugar, que el recurso debe ser inadmitido conforme a lo previsto en el artículo 483.3 de la LEC puesto que sí existe doctrina jurispru-

dencial sentada por este Tribunal Superior de Justicia sobre el art. 81 del Código Foral de Aragón en relación a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y en relación al límite temporal de dicho derecho.

El artículo 485, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite alegar en el escrito de oposición causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. No habiendo sido alegada anteriormente esta causa de inadmisibilidad cabe su planteamiento en este momento.

La parte recurrente alegaba en su escrito de interposición la existencia de interés casacional por lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al aplicar la sentencia recurrida normas de Derecho civil aragonés que no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

La aplicación de este último precepto en sus términos literales permitiría, sin más, la admisión del recurso interpuesto basado en infracción del artículo 81.1 y artículo 81.3 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), porque lo que se exige es que se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor (lo que no se discute) *«siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido»*.

Se corresponde con lo dispuesto en el artículo 477.3, primer párrafo, de la LEC al afirmar la presencia de interés casacional cuando se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. El párrafo segundo del artículo 477.3 de la LEC solo precisa que lo anterior se refiera a doctrina del Tribunal Superior en los casos atribuidos a su competencia por tratarse de normas de Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

Es decir, parecería que la posible existencia de tal doctrina jurisprudencial debe referirse a normas anteriores, no a las vigentes con menos de cinco años, que no necesitarían otro requisito que la constatación de que no llevan más de ese tiempo en vigor.

El Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal enumera en su apartado I las causas de inadmisión de los recursos y en el número 7 del mismo, para los recursos de casación por razón de interés casacional, que hayan transcurrido cinco años o más desde la entrada en vigor de la norma aplicada, en los términos expuestos en el apartado III.3 del Acuerdo, o exista jurisprudencia en el momento de dictarse la sentencia recurrida sobre el problema jurídico planteado o sobre normas de igual o similar contenido que determine la inexistencia de interés casacional en la resolución del recurso. Y también, en la aplicación de norma con menos de cinco años de vigencia, por la desaparición sobrevenida del interés casacional en la resolución del recurso por haberse resuelto por la jurisprudencia después de la fecha de la sentencia recurrida el problema jurídico planteado en contra del criterio propugnado por la parte recurrente.

El apartado III.3 del Acuerdo exige al recurrente identificar el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia y que ha sido resuelto o debió serlo mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia, y aclara que no concurre interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurri-

da exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

La parte recurrida cita tan solo una sentencia de esta Sala para argumentar la existencia de doctrina jurisprudencial, y por ello la falta de interés casacional, lo que formalmente es suficiente para rechazarlo porque la existencia de doctrina jurisprudencial exige reiteración mediante, al menos, dos sentencias en igual sentido. Además, dicha sentencia núm. 32/2013, de 11 de julio, recurso 8/2013, es simplemente transcrita sin indicar concretamente la forma en que resuelve el problema planteado que excluiría el interés casacional. Y, sobre todo, se refiere esa sentencia a la aplicación del artículo 81.1 del CDFA en los supuestos de custodia compartida (que en aquel caso no se cuestionaba) para justificar la atribución del uso de la vivienda familiar en función de la mayor o menor dificultad en el acceso a una vivienda, pero ahora la propia parte recurrida se opone en el segundo de sus motivos de oposición a la aplicación de este precepto por considerar que no hay tal supuesto de custodia compartida dado que el único hijo bajo custodia es Eugenio y se encuentra bajo la custodia individual de la madre. Así lo aprecia también el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso considerando que no parece aplicable el artículo 81.1 sino el artículo 81.2 del CDFA.

En el presente caso, a diferencia de lo resuelto en la sentencia citada, se cuestiona la existencia de custodia compartida, y por ello la aplicación del artículo 81.1 del CDFA, por lo que en ningún caso se justifica que haya sido resuelto el problema planteado por jurisprudencia de la Sala y, en consecuencia, debe rechazarse en este trámite el motivo de inadmisibilidad planteado.

Cuarto: El primer motivo del recurso, por inaplicación del artículo 81.1 del CDFA, inicia su planteamiento argumentando que, conforme a dicho precepto, en los casos de custodia compartida el uso de la vivienda se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, y en el presente caso se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, privativa del padre, al núcleo materno por tener a su cargo al hijo Eugenio, aquejado de síndrome de Down, obviando que la madre tiene a su disposición y en propiedad otra vivienda más nueva que la que ocupa.

Sigue argumentando la parte recurrente que en este supuesto de custodia «repartida», en que el hijo Carlos vive con su padre y el hijo Eugenio con su madre, debe atenderse al indicado criterio legal que exige valorar cuál de los progenitores por razones objetivas tiene más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá en función del mejor interés para las relaciones familiares. Por lo tanto –continúa el recurrente– se ha basado la atribución del uso de la vivienda en el interés más necesitado de protección (el de la madre con el hijo mayor a su cargo, afectado por el síndrome de Down), y no se ha seguido el criterio legal del artículo 81.1 que es el del progenitor con más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, según el mejor interés para las relaciones familiares.

La parte recurrente parte de la premisa de esa denominada custodia «repartida» en la que el hijo mayor incapacitado vive con la madre y el hijo de 23 años vive con su padre, que considera asimilable al supuesto de custodia compartida contemplado en el artículo 81.1 del CDFA, pero tal premisa no resulta aceptable.

El actor había solicitado en su demanda de modificación de medidas que se le atribuyera la guarda del hijo Eugenio, aquejado de síndrome de Down, pero, según se hace constar en el fundamento pri-

mero de la sentencia del Juzgado, en el acto de la vista (celebrado el 23 de octubre de 2012) renunció a tal solicitud a la vista de que el hijo no estaba incapacitado judicialmente. Sobre este extremo la sentencia de primera instancia no hizo declaración expresa por lo que la situación quedaba en los términos señalados en la sentencia de divorcio de 18 de febrero de 2008, con el hijo a cargo de la madre.

Ya en el trámite del recurso de casación, ante la afirmación de la parte recurrente de que el hijo mayor había sido incapacitado, se requirió la aportación de la sentencia y fue traída a los autos la dictada el 23 de febrero de 2013 en la que se declara que *«Eugenio es absolutamente incapaz de gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes quedando sujeto a la misma situación jurídica en que se encuentra legalmente un menor de edad no emancipado, con privación del derecho de sufragio activo y pasivo»*. Y continúa diciendo el fallo que *«el incapacitado quedará sometido al régimen de patria potestad rehabilitada, la cual se ejercerá conjuntamente por Dña. Dolores V.G. y por D. Ramón G.G., respectivamente madre y padre del incapaz, de modo análogo a la patria potestad»*.

En definitiva, el hijo Eugenio quedó en la situación de un menor de edad no emancipado conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (artículo 39 del CDFA), siendo rehabilitada la autoridad familiar y ejercida por ambos progenitores (artículos 42 y 44 del CDFA) y, según se ha dicho, bajo la guarda de su madre.

El tercero de los hijos, Carlos, ya era mayor de edad en el momento de la presentación de la demanda de modificación de medidas, aunque no tuviera independencia económica, y el hecho de que hubiera ido a vivir con su padre no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia.

Así pues, el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar era el del hijo Eugenio, a cargo de la madre, por lo que no puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 81.1, previsto para los casos de custodia compartida, sino el del artículo 81.2 para la custodia individual, en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar a quien le corresponda la custodia de los hijos, en este caso la del hijo Eugenio.

La sentencia de primera instancia no cita el artículo 81 del CDFA y atribuye el uso de la vivienda a la madre en función del interés más necesitado de protección, el del hijo mayor. Hubiera bastado la invocación del principio general del artículo 81.2 (atribución del uso a quien tiene la custodia de los hijos, que por definición –artículo 80.1– se refiere a la de los menores o incapacitados), pero en definitiva la apelación al interés más necesitado responde a la *ratio* del precepto en los supuestos de existencia de hijos cuya custodia corresponde a uno solo de los progenitores. Y, de la misma forma, la sentencia de apelación tampoco cita precepto alguno pero se refiere igualmente al núcleo materno más necesitado de protección.

En consecuencia, no se ha producido la alegada infracción por inaplicación del artículo 81.1 del CDFA pues no era el precepto pertinente dado que el supuesto de hecho del mismo es una custodia compartida que en este caso no existía, llevando a la parte recurrente en el desarrollo de este motivo a la errónea argumentación sobre la mayor o menor facilidad de acceso a la vivienda, solamente prevista para los supuestos de custodia compartida.

Por todo ello se rechaza el primer motivo del recurso.

Quinto: El segundo de los motivos del recurso alega infracción del artículo 81.3 del CDFA por no limitar temporalmente la sentencia recurrida el uso de la vivienda familiar.

La sentencia expresamente rechaza la limitación temporal en este caso «con carácter excepcional» por no existir perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente, y a ello se opone el recurrente porque este precepto impone una limitación temporal en función de las circunstancias concretas de cada familia. Como circunstancias a tener en cuenta para la limitación temporal, que concreta ahora en un año, señala la convivencia del hijo Carlos con su padre, su falta de independencia económica en tanto el hijo Eugenio percibe una pensión no contributiva de 367 euros además de la pensión de 347 euros que percibe de su padre, que el piso que ocupa la madre es privativo del padre tras la liquidación del patrimonio común, que la madre tiene otro piso de su propiedad en Andorra que usa en precario la hija de una amiga, y que el piso que ocupa el padre junto con su pareja y una hija de ésta, además del hijo Carlos, es pequeño.

Opone la madre en su escrito de oposición que, como señala la sentencia recurrida, el interés más necesitado de protección es el de la madre con el hijo mayor y que, aun siendo cierto que la Sra. V. dispone de otro piso en Andorra, ya era así en el momento del divorcio y que, por otro lado, el padre dispone del piso situado encima del que ocupa la madre, de igual superficie, y de otro que adquirió con su actual pareja en febrero de 2012 lo que, junto con su buena situación económica, justifica que no se señale limitación temporal al uso de la vivienda por parte de la madre con su hijo mayor.

El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone también a la limitación temporal del uso de la vivienda porque según la jurisprudencia de esta Sala (cita la sentencia 1/2013, de 4 de enero, recurso 35/20112) el artículo 81.3 del CDFA está pensado para la custodia compartida y no para la custodia individual.

Debe salirse al paso del anterior argumento del Ministerio Fiscal basado en la sentencia citada porque, como se desprende de la lectura de los párrafos transcritos de la misma, se resolvía en ellos el motivo de aquel recurso basado en la inaplicación del artículo 81.4 y, en todo caso, aplicación errónea del artículo 81.3, y se descartaba la aplicación del primero, referido a la necesidad de acordar la venta de la vivienda común en los supuestos de custodia compartida, porque tal pronunciamiento entraría dentro de los que discrecionalmente corresponden al tribunal de instancia. Y en cuanto a la aplicación del artículo 81.3, se dice en la sentencia que la fijación del lapso temporal concreto entrará también dentro de los pronunciamientos discrecionales de la instancia, pero no lo limita a los supuestos de custodia compartida. En aquel caso concreto se había establecido, precisamente, una custodia individual de los hijos a cargo de la madre y se discutía sobre el plazo de uso establecido en su favor, que el padre consideraba excesivamente largo.

La dicción del artículo 81.3 no deja lugar a dudas de que la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores *«debe tener una limitación temporal»*, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de *«las circunstancias concretas de cada familia»*, pero debe ser establecido. Por la sistemática del artículo 81 se deduce que el apartado 3 es de aplicación tanto a los supuestos de custodia compartida previstos en el apartado 1 como a los de custodia individual del apartado 2. Y es en estos casos de custodia individual cuando la limitación temporal viene exigida con más habitualidad pues, como se dice en la sentencia de esta Sala núm. 26/2012, de 13 de julio, casación 10/2012, en un supuesto de custodia individual, «… *el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en*

todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda».

Otros supuestos de limitación temporal del uso, correspondiendo la custodia individual a uno de los progenitores, se recogen en las sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2012 (recurso 26/2012), 7 de febrero de 2013 (recurso 36/2012), 11 de febrero de 2013 (recurso 44/2012), y 30 de abril de 2013 (recurso 59/2012), en todos los cuales se destaca el carácter discrecional de la decisión al respecto y, al mismo tiempo, la necesidad legalmente impuesta de fijar la limitación de uso atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia.

Ya han quedado expuestas algunas de estas circunstancias presentes en el presente recurso, de forma esencial la situación del hijo mayor a cargo de la madre, que determinó en ambas sentencias la justificación de la atribución del uso de la vivienda como forma de mejor protección al mismo. A lo ya expuesto antes a este respecto cabe añadir que no puede justificarse esta medida únicamente en las dificultades que este hijo tendrá para ser capaz de llevar una vida independiente, pues tal dificultad habrá de ser asociada a la necesidad de mantener durante todo ese tiempo la obligación de los padres de atender a todas las necesidades del hijo, lo que se traduce en obligaciones de cuidado y atención personal, y económicas. En el plano económico es la pensión alimenticia la que atenderá a todas estas necesidades durante todo el tiempo que sea necesario, contribuyendo los padres de forma proporcional a sus medios. Los ingresos del hijo consisten en 312,43 euros mensuales según la comunicación de revalorización de pensiones en el año 2007 que obra como documento núm. 3 aportado con el escrito de reconvención (357 euros mensuales hoy según el padre), más 333 euros que mensualmente recibe (año 2012) de su padre.

Entre estas necesidades se encuentra, evidentemente, la de vivienda pero ésta no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno solo de los progenitores sino que habrá de atenderse al resto de las circunstancias concurrentes en el caso.

En definitiva, la falta de fijación de un plazo al uso de la vivienda supone una infracción del artículo 81.3 del CDFA y por ello el motivo del recurso debe ser estimado y casada la sentencia en este punto.

Sexto: Como consecuencia de la casación de la sentencia recurrida debe esta Sala asumir la instancia y decidir el plazo a señalar en el uso de la vivienda por parte de la madre con el hijo mayor, atendiendo a las circunstancias de la familia.

Las circunstancias personales se recogen en las sentencias de primera instancia y de apelación y aprecian una situación holgada del padre, que además de la pensión a su hijo Eugenio mantiene a su hijo Carlos, y una situación más difícil de la madre que perdió su trabajo en la empresa familiar, sin unos ingresos regulares conocidos. Convive con otra persona y por tal motivo le fue suprimida la asignación compensatoria que percibía del padre.

La madre dispone de otra vivienda privativa en Andorra y, según lo pactado en el convenio de divorcio de 18 de diciembre de 2007 (documento núm. 3 de la demanda), además de lo obtenido en la liquidación del patrimonio común en escritura de 3 de julio de 1991 (cláusula sexta del convenio), recibió un porcentaje en las participaciones sociales en Atelec S. L., más 44.500 euros por su parte en un solar en Andorra y el uso compartido con el padre de un chalet en Peñíscola.

El padre es propietario, además de las participaciones sociales de la empresa y del solar en Andorra, de la vivienda y garaje que ocupan la madre y su hijo Eugenio en Plaza …, de Andorra, de otra igual en el piso 2º del mismo inmueble, y de otra más en Andorra adquirida en febrero de 2012.

Ha de valorarse, con todo lo anterior, el hecho de que la vivienda ocupada por la madre es privativa del Sr. G., lo que le debe permitir en un plazo determinado obtener los beneficios económicos derivados de tal propiedad.

Se tienen en cuenta las anteriores circunstancias a los efectos de señalar un plazo durante el que haya de permanecer adjudicado a la Sra. V. el uso de la vivienda. Ponderando todo ello, se considera adecuado que el uso se limite a cinco años desde la fecha de esta sentencia, tiempo durante el cual puede la Sra. V. aprovechar los rendimientos de la vivienda de su propiedad y, al mismo tiempo, prepararse para abandonar la actual y ocupar la que constituya su domicilio futuro.

Séptimo: Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación parcial del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Barona Sanchís, en nombre y representación de D. Ramón G. G., contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, que casamos parcialmente en el sentido de limitar a cinco años desde la fecha de esta sentencia el uso de la vivienda adjudicada a Dª Dolores V. G., con su hijo Eugenio, en Plaza …, de Andorra.

Sin imposición de las costas del recurso.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

23

NÚM. 23

S. TSJA 28/2014
de 15 de septiembre de 2014

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: Efectos: Gastos o pagos legítimos: ***Se reconoce al actor su derecho a retraer las fincas descritas con subrogación en los derechos y obligaciones de los compradores demandados previo reintegro del precio de la venta, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido. No procede, sin embargo, el abono de las cantidades señaladas por los demandados y correspondientes a gastos de constitución y de cancelación del préstamo hipotecario e intereses del mismo, puesto que tales desembolsos –no contemplados, por otra parte, en el art. 596.2 CDFA– no derivan de la compraventa sino subjetivamente de las disponibilidades económicas y la liquidez de los compradores, no pudiendo (como dice la STS de 28/7/1997) afectar al retrayente los medios que, a título personal, haya tenido que utilizar la demandada para hacerse con liquidez suficiente para la adquisición del inmueble.***

Plazo de ejercicio: «Dies a quo» a falta de notificación de la transmisión: ***El precedente del art. 594 CDFA es el art. 150.2 Comp., norma que fue objeto de interpretación correctora por los tribunales, que dieron prioridad a la fecha del conocimiento de la enajenación sobre la de la inscripción registral, entendiéndose que solo cuando no constase que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación con anterioridad a dicha inscripción, el plazo contaría desde ésta. En cambio, la redacción del art. 594.4.b) CDFA revela que lo relevante ahora es el conocimiento de la enajenación y no la inscripción en el Registro. El legislador aragonés ha partido de la base de que la publicidad registral no garantiza aquel conocimiento. Y aunque la inscripción sea suficiente para completar el conocimiento de las condiciones de la transmisión, no debe tomarse como «dies a quo» la fecha de la inscripción registral sino la fecha del conocimiento de la enajenación (en el caso, el día en que el demandante obtuvo la información del Registro de la Propiedad).***

Disposiciones citadas: ***Arts. 594, 596 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a quince de septiembre dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 25/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2014 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Teruel, recaída en el rollo de apelación número 11/2014, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario de retracto de abolorio 163/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calamocha, en el que son partes, como recurrente, D. Jorge P. M., representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado D. José Paulino Esteban Pérez, y como partes recurridas D. José Antonio M. B., D. Manuel M. B., D. Pedro M. B. y Dª Vanesa I. C. representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz García Escudero Domínguez y dirigidos por el Letrado D. Pablo José Martínez Soriano.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales D. Antonio Muñío Puértolas, actuando en nombre y representación de D. Jorge P. M., presentó demanda de retracto de abolorio contra D. José Antonio M. B., D. Manuel M. B., D. Pedro M. B. y Dª Vanesa I. C. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia «por la que estimando la demanda se declare el derecho de D. Jorge P. M. a retraer las fincas contenidas en el documento público de compraventa formalizada ante el Notario de Daroca, D. Constantino Gómez Mont, con fecha 29 de noviembre de 2011, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a que, en su caso, se otorguen los documentos pertinentes inherentes a tal declaración así como a que procedan a la cancelación de las inscripciones registrales de las fincas objeto del retracto de abolorio instando en este procedimiento, e imponiendo a los demandados expresamente todas las costas de este juicio.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda, lo que hizo dentro de

plazo, contestando y oponiéndose a la misma, solicitando la demandada se dictase sentencia acordando: «a) Se desestime íntegramente la demanda presentada contra mis principales, con imposición de costas al demandante. b) Subsidiariamente, en caso de acceder al retracto solicitado:

a. se establezca como cantidad a la que tienen derecho a percibir mis representados de la parte actora la de 385.343,12 euros (más los intereses que se generen por el préstamo hipotecario desde el 25 de septiembre de 2012), resultante de adicionar las siguientes cantidades:

i. 360.000 euros del precio pagado por las fincas.

ii. 15.387 euros correspondientes a Impuestos honorarios devengados en la tramitación del título de compraventa y de constitución de préstamo hipotecario.

iii. 9.956,12 euros en concepto de intereses del préstamo hipotecario, pagados hasta la fecha.

iv. Más todos los intereses que se vayan devengando desde el 25 de septiembre de 2012 hasta el momento final de ejecutar el retracto.

b. Asuma el actor el pago de todos los gastos, impuestos, honorarios, aranceles, o cualesquiera otros desembolsos que exija la cancelación del préstamo hipotecario y posterior levantamiento de cargas.

c. Reconozca el derecho de mis representados a continuar con el arrendamiento de las fincas objeto de retracto.

d. Igualmente, imponga el pago de las costas a la actora».

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Calamocha dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Muñio, en nombre y representación de D. Jorge P. M.

Sin expresa imposición de costas.»

Tercero: Por la representación procesal de D. Jorge P. M., se presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Uno de Calamocha, se tuvo por preparado y se dio traslado a la parte contraria, quien se opuso al mencionado recurso.

Elevadas las actuaciones a la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, comparecieron por D. Jorge P. M. la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pérez Fortea, como parte apelante y por la parte apelada el Procurador de los Tribunales D. Luis Barona Sanchís.

Se dictó sentencia de fecha 14 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos, que debemos declarar y declaramos No Haber Lugar al recurso de apelación presentado por Jorge P. M., contra la sentencia dictada el 11-10-2013, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calamocha, en los autos de procedimiento ordinario seguidos con el número 163/2012 y como consecuencia: 1º: Debemos confirmarla y la confirmamos. 2º: Imponemos a la parte apelante las costas causadas por su recurso.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de D. Jorge P. M., presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de casación contra dicha sentencia que basó en: «Primer y único motivo de casación: Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. (art. 594 CDFA).»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las

partes, haciéndolo por el recurrente el Procurador de los Tribunales D. Luis Javier Celma Benages y por la parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz García Escudero Domínguez, se dictó Auto en fecha 29 de mayo de 2014 en el que se acordó declarar la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto, su admisión a trámite y el traslado a la parte contraria por 20 días para formalizar el escrito de oposición, que fue presentado dentro de plazo.

Por Providencia de 16 de julio se señaló para votación y fallo el día 3 de septiembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: El presente recurso trae causa del ejercicio de una demanda de retracto de abolorio, habiendo versado la controversia sobre si se ha cumplido o no uno de los requisitos formales legalmente exigidos, cual es el ejercicio del derecho dentro del plazo que señala el artículo 594 del Código Foral, extremo al que se da respuesta negativa en las dos sentencias de instancia.

Segundo: La sentencia de primera instancia, tras dejar sentado que no se cuestiona la ausencia de notificación fehaciente de la venta y que la fecha de la inscripción registral es la de 10 de febrero de 2012, alude a la alegación de la actora según la que, desconociendo las condiciones esenciales de la compra, se instaron en fecha 19 de abril de 2012 diligencias preliminares al objeto de que los demandados presentaran la escritura o documento en el que se formalizó la compra de las fincas, siéndole facilitada dicha documentación el día 31 de mayo de 2012. Y la sentencia razona así: «Pues bien, si atendemos a las certificaciones del Registro (doc. núm. 8 y 9), de las mismas se extrae, en cada una de ellas, que dicha finca «… la venden junto con otras fincas por el precio indicado en la extensa»… especificándose «la inscripción extensa es la 3ª de la finca 3929, obrante al folio 54 del tomo 1508», es decir, hubiera bastado al actor solicitar certificación de esta última para poder determinar, no solo las fincas enajenadas, sino también el precio de venta de las mismas». En suma –expresa–, la publicidad registral era suficiente para que el actor conociera todos los extremos solicitados en las diligencias preliminares, entendiendo que el planteamiento de las mismas tuvo un mero interés dilatorio. Concluye, en consecuencia, que el derecho ejercitado judicialmente en fecha veintiuno de junio de 2012 se encontraba ya caducado.

La sentencia de apelación indica que, de entenderse el precepto del artículo 594 en la forma pretendida por el apelante –es decir, que el plazo ha de contar desde que tuvo pleno conocimiento de la enajenación al serle entregadas las escrituras– resultaría inútil, para el cómputo del plazo, la mención en el mismo de la fecha de inscripción en el Registro, la cual opera cuando no consta con anterioridad el conocimiento por medio distinto de la venta y sus condiciones. Y señala que, «siendo un hecho inconcuso el transcurso del plazo de los noventa días desde la inscripción, la acción ha caducado, pues por la propia naturaleza del plazo no es susceptible de interrupción».

Tercero: En el único motivo del recurso se denuncia infracción, por errónea interpretación, del artículo 594 CDFA. Aduce la parte que la fecha a tener en cuenta no debe ser la de la inscripción registral sino aquella en la que el retrayente ha tenido conocimiento de las condiciones esenciales de la venta. Frente a ello la parte recurrida sostiene que, pese a haberse modificado la redacción del artículo 150 de la Compilación, y atendiendo a un elemental principio de seguridad jurídica, habiendo inscripción el *dies a quo* queda fijado en la fecha de la inscripción.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar en qué momento se debe situar el inicio del cómputo del plazo de caducidad a que está sujeto el ejercicio del derecho de retracto de abolorio.

El antecedente del precepto que se considera infringido se encuentra en el artículo 150.2 de la Compilación, que disponía: «A falta de dicha notificación fehaciente, el término será de noventa días a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales». La norma fue objeto de interpretación correctora por los tribunales, que dieron prioridad a la fecha del conocimiento de la enajenación sobre la de la inscripción registral, entendiéndose que solo cuando no constase que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación con anterioridad a dicha inscripción, el plazo contaría desde ésta.

En cambio, el artículo 594.4.b) del CDFA establece: «A falta de notificación de la transmisión, el plazo será de noventa días naturales a partir de aquel en el que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales, bien a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio».

Esta redacción revela, como observa la recurrente y frente a lo que viene a considerar la sentencia recurrida, que lo relevante ahora es el conocimiento de la enajenación y no la inscripción en el Registro. El legislador aragonés ha partido de la base de que la publicidad registral no garantiza aquel conocimiento, y así lo ha considerado también el TS a propósito del retracto arrendaticio rústico (entre otras, STS de 14 de diciembre de 2009).

En el Preámbulo del Código se explica el cambio así: «… a falta de notificación de la transmisión, el plazo de ejercicio del derecho de retracto será de noventa días naturales a partir de aquel en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Este conocimiento puede obtenerlo el retrayente bien a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria en los casos en los que se haya inscrito el título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio. Esta previsión, en cualquier caso, alentará la realización de notificaciones expresas, siempre deseables para aclarar las situaciones y evitar el planteamiento de litigios.»

Cuarto: En el caso que nos ocupa el actor alegó, como se recoge en la sentencia de primera instancia, que no tuvo conocimiento de todas las condiciones esenciales de la venta hasta el día 31 de mayo de 2012 (tras la tramitación de las diligencias preliminares). En ello se hace hincapié asimismo en el recurso que ahora examinamos. Es lo cierto que si existe inscripción, la publicidad registral resulta suficiente para completar el conocimiento de las condiciones de la transmisión y así se pone de relieve en la sentencia de primera instancia. Pero arguye la recurrente que, aunque se entendiera que lo relevante es la inscripción registral, dado que obtuvo información del Registro de Calamocha en fecha 24 de abril de 2012 (así lo acreditan, en efecto, los documentos 8 y 9 acompañados a la demanda y a los que se refiere dicha sentencia), ésta sería la que habría de tomarse como día inicial del cómputo del plazo. Así es, por lo que acaba de razonarse, y no constando que el recurrente haya actuado con negligencia para pedir tales certificaciones registrales. Pues bien, dado que la demanda se presentó el 21 de junio de 2012, el derecho se ha ejercitado dentro del plazo legal.

Por tanto, la sentencia impugnada, en cuanto toma en consideración como *dies a*

quo la fecha de la inscripción registral prescindiendo de la fecha del conocimiento de la enajenación (lo que finalmente le lleva a la desestimación de la pretensión) infringe el precepto del artículo 594.4.b) del CDFA.

Lo expuesto en los precedentes fundamentos conduce a la estimación del recurso y por ende a la casación de la sentencia recurrida, que queda sin efecto.

Quinto: Constituido por la casación el Tribunal en Sala de instancia, debe resolver sobre el caso. Siendo pacífica la concurrencia del resto de requisitos ejercidos para el ejercicio del derecho de abolorio, procede la estimación de la demanda, con reconocimiento al actor de su derecho a retraer las fincas descritas en aquélla con subrogación en los derechos y obligaciones de los compradores demandados previo reintegro del precio de la venta, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido.

No procede, sin embargo, el abono de las cantidades señaladas por los demandados y correspondientes a gastos de constitución y de cancelación del préstamo hipotecario e intereses del mismo, puesto que tales desembolsos –no contemplados, por otra parte, en el artículo 596.3 CDFA– no derivan de la compraventa sino subjetivamente de las disponibilidades económicas y la liquidez de los compradores, no pudiendo (como dice la STS de 28 de julio de 1997) afectar al retrayente los medios que, a título personal, haya tenido que utilizar la demandada para hacerse con liquidez suficiente para la adquisición del inmueble.

Lo que antecede agota –salvo lo que luego se dirá en relación con las costas– el pronunciamiento que esta Sala ha de llevar a cabo. No resulta procedente, como el propio recurrente viene a reconocer, entrar en consideraciones sobre la eficacia de una hipotética consignación de cantidad inferior al precio de venta, al quedar esta cuestión al margen del objeto del recurso. Tampoco ha lugar a efectuar el pronunciamiento que, sin haber formulado reconvención, solicitó la demandada en relación con su derecho a continuar con el arrendamiento de las fincas objeto de retracto.

Sexto: No se hace imposición de las costas causadas en las instancias dadas las dudas que el caso, habida cuenta de la novedad legislativa que introduce el precepto del artículo 594.4.b) del CDFA (antes, el artículo 58.4.b) de la Ley 8/2010 de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) ha podido plantear. Ni tampoco, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC, en las causadas en el presente recurso de casación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Primero: Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jorge P. M.

Segundo: Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 14 de marzo de 2014 dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Teruel en el rollo de apelación núm. 11/2014.

Tercero: Revocar la sentencia núm. 51/2013 dictada el 10 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calamocha en autos de procedimiento ordinario núm. 163/2012.

Cuarto: Estimar la demanda de retracto de abolorio interpuesta por la representación procesal de D. Jorge P. M. y en consecuencia, reconocer su derecho a retraer las fincas descritas en aquélla con subrogación en los derechos y obligaciones de los compradores demandados previo reintegro del precio de la venta, los gastos

de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido; condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a la realización de cuantos actos sean necesarios para su materialización mediante el otorgamiento de los documentos que requiera la subrogación y su posterior acceso al Registro de la Propiedad.

Quinto: No hacer imposición de costas causadas en las instancias ni en el presente recurso.

Sexto: Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Con devolución del depósito constituido por la representación procesal del Sr. P. M.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

24

NÚM. 24

A. TSJA de 22 de septiembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Valoración de la prueba practicada: ***Como indica, entre otros numerosos, el ATS de 8/7/2014 (casación 1957/2013) «La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del art. 469.1.4º Lec. en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (SSTS 28/11/2008; 30/6/ y 6/11 de 2009; 26/2/2011, entre otras)».***

Disposiciones citadas: ***Art. 469.1.4º Lec.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

25

NÚM. 25

S. TSJA 29/2014
de 25 de septiembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Hijos a cargo: ***Para determinar quiénes son hijos «a cargo» de los padres en el art. 82.1 CDFA ha de estarse, por un lado, a las normas generales que regulan el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados (arts. 63.1 y 56 CDFA), así como al régimen de potestad de guarda prorrogada o rehabilitada de los hijos mayores incapacitados, en el que se mantiene el deber de crianza en los términos que disponga la sentencia de incapacitación (arts. 38.4 y 44 CDFA). Por otro lado, respecto de los hijos mayores o emancipados (no incapacitados) es el art. 69 CDFA el que establece el deber de los padres de costear los gastos de los hijos, en los términos en él prevenidos, tanto en casos de ruptura como de mantenimiento de la convivencia de los padres. El art. 82 CDFA regula la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos comunes a cargo en caso de ruptura de la convivencia entre los padres.***

Gastos de los hijos mayores o emancipados: Existencia de recursos propios: ***El art. 69 CDFA ha sido objeto de jurisprudencia de esta Sala, en sentencias***

11/2011, 10/2012 y 16/2012. La STSJA 10/2012, apoyándose en la del TS de 24/4/2000, mantiene la legitimación directa del progenitor para reclamar de quien fue su cónyuge o pareja de hecho la prestación derivada del deber de crianza y educación de los hijos mayores de edad que no hubiesen concluido su formación y no tuviesen recursos propios. En el caso de autos, la hija del matrimonio, de 30 años de edad, padece una minusvalía de un 66% de carácter psico-físico, pero no se ha producido declaración de incapacitación, tiene un contrato de trabajo de duración indefinida y un sueldo mensual de 650 euros, similar al salario mínimo interprofesional, así que no se halla en período de formación y no se encuentra en situación de necesidad (ausencia de recursos propios). No es subsumible su situación en el supuesto de hecho del art. 69 CDFA ni es persona a cargo de sus progenitores ex art. 82 CDFA.

Disposiciones citadas: ***Arts. 38, 55, 56, 63, 69, 82 CDFA.***

Ponente: ***Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a veinticinco de septiembre dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 12/2014, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de diciembre de 2013, en el rollo de apelación número 319/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas 529/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Huesca, en el que son partes, como recurrente, D. Armando, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Susana de Torre Lerena y dirigido por la Letrada Dª Marta Mayoral Español, y como parte recurrida Dª María Rosa, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Berdún Monter y dirigida por el letrado D. Francisco Javier Martínez Revillo.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Marta Pardo Ibor, actuando en nombre y representación de D. Armando, presentó demanda de Modificación de Medidas contra Dª María Rosa en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, se dictase resolución acordando la supresión de la pensión alimenticia de la hija común Covadonga, con condena en costas a la demandada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma. Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, solicitando se dictase sentencia desestimando la modificación de medida solicitada sobre supresión de la pensión de alimentos de la hija Covadonga.

Previos los trámites legales, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca se dictó sentencia en fecha 19 de junio de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando la demanda de Modificación de Medidas formulada a instancia de D. Armando representado por la Procuradora Sra. Pardo y asistido por la Letrada Sra. Mayoral frente a Dña. María Rosa representada por la Procuradora Sra. Barrio y asistida por la Letrada Sra. Navarro y en consecuencia se acuerda dejar sin efecto la pensión alimenticia de la hija

Covadonga aprobada en la Sentencia de Divorcio de fecha 2 de Diciembre de 2005.

No procede hacer expresa imposición de costas».

Tercero: Interpuesto por la Procuradora Sra. Barrio Puyal en nombre y representación de Dª María Rosa recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, se confirió traslado a la otra parte, que contestó oponiéndose al mismo.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, previo los trámites legales, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de María Rosa contra la sentencia indicada, que revocamos para disponer, en su lugar, que Armando abone en concepto de pensión de alimentos a su hija Covadonga la cantidad de ciento cuarenta (140) euros, en la forma en que se venía haciendo, y que se actualizará el 1 de enero de cada año conforme a las variaciones del IPC que determine el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Omitimos un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada y disponemos la devolución del depósito formalizado para recurrir.»

Cuarto: La representación legal de D. Armando, interpuso ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

«Primero: Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del procedimiento. Infracción por inaplicación del art. 69 del CDFA, no siendo de aplicación del art. 82 del mismo cuerpo legal ni el art. 142 del Código Civil, así como la regla de proporcionalidad contenida en el art 147 del mismo cuerpo legal, e infracción por inaplicación del art 152.3: Segundo: Interés casacional.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por la Sra. María Rosa el Procurador D. Ignacio Berdún Monter, designado en turno de oficio, por Auto de 4 de junio de 2014 se acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite los recursos planteados confiriendo traslado a la parte contraria para que formalice su oposición en el plazo de veinte días. En dicho plazo la parte recurrida presentó escrito, oponiéndose al recurso.

Por providencia de 16 de julio de 2014 se señaló para votación y fallo el día 3 de septiembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: El matrimonio formado por los litigantes D. Armando y Dª María Rosa quedó disuelto por sentencia de divorcio de 2 de diciembre de 2005. Dicha sentencia acordó, aparte de otros pronunciamientos, la confirmación de medidas para regir las relaciones personales y patrimoniales, entre las que se incluía el establecimiento de una obligación a cargo del Sr. Armando de prestar alimentos respecto de la hija del matrimonio Doña Covadonga, en cantidad de 160 euros mensuales. Dicha prestación se justificaba como consecuencia de que, aun siendo mayor de edad, estaba afectada de una minusvalía físico-psíquica y que mantenía una relación laboral especial consistente en contrato como personal con discapacidad contratado para personal de limpieza en la asociación tutelar asistencial para deficientes psíquicos ATADES Huesca.

En los presentes autos de modificación de medidas instados por el Sr. Armando se solicita la supresión de la pensión alimenticia de la hija común Doña Covadonga, pretensión fundada en que actualmente tiene un trabajo estable, que aunque padece una minusvalía consistente en retraso mental ligero y epilepsia no ha sido declarada incapaz, no estando sujeta a ningún tipo de tutela o curatela, y que las circunstancias económicas del actor han variado considerablemente, pues siendo inspector de policía ha pasado, a partir del mes de febrero de 2010, a la situación administrativa de segunda actividad, con una reducción de ingresos en un 20%, y debe hacer frente al pago de un crédito con garantía hipotecaria que grava su vivienda. Fundamenta jurídicamente su pretensión en que, siendo la hija de 30 años de edad, la pensión alimenticia debe extinguirse conforme a lo preceptuado en el art. 69 de CDFA, debiendo ser ésta la que, en su caso, reclame alimentos a sus progenitores.

La sentencia recaída en primera instancia estima íntegramente la demanda, expresando como hechos acreditados que Doña Covadonga padece una minusvalía de un 66% de carácter psico-físico y trabaja con contrato de carácter indefinido cobrando unos 650 euros mensuales, mientras que el demandante ha visto disminuidos sus ingresos y tiene un préstamo hipotecario, por lo que decide dejar sin efecto la pensión alimenticia «*sin perjuicio, en su caso, de que la hija, de perder su trabajo y carecer de recursos para atender a su subsistencia, formule una reclamación a sus progenitores, de forma autónoma (Arts. 315 y 322 del CC), al margen del procedimiento matrimonial, por la vía de los arts. 142 y ss del CC y art. 250.1.8º de la LEC*».

Recurrida dicha sentencia ante la Audiencia Provincial, este tribunal estimó el recurso de apelación, con fundamento jurídico en el art. 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), y acordó mantener la prestación si bien, apreciando que la suma actualizada es de 185,47 euros y que han disminuido los recursos del progenitor en un porcentaje estimado en torno al 25%, fijó la obligación en la cantidad de 140 euros.

Segundo: El primer motivo de casación interpuesto por la parte demandante se funda en la infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del procedimiento, entendiendo el recurrente que se ha producido infracción por inaplicación del art. 69 del CDFA, no siendo aplicable al caso el art. 82 del mismo cuerpo legal, en el que la sentencia apoya su decisión. Además, afirma que la regla de proporcionalidad contenida en el art. 82 no ha sido aplicada correctamente, y que no cabe aplicar al caso el art. 142 del Código civil ni la regla de proporcionalidad contenida en el art. 147 de dicho cuerpo legal . En último término estima que debe considerarse infringido por inaplicado el art. 152.3 del Código civil.

Desde una perspectiva jurídica el litigio debe resolverse mediante la aplicación del Derecho aragonés, por ser la norma reguladora de las relaciones personales y familiares de quienes fueron cónyuges, cuestión que no ha sido debatida en autos.

Tercero: En sede de los «*efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*», los artículos 75 y siguientes del CDFA regulan las consecuencias derivadas de esa ruptura y, tras establecer unos principios generales –arts. 75 y 76–, el pacto de relaciones familiares –art. 77– y la mediación familiar –art. 78–, en los artículos 79 y siguientes fijan las medidas de aplicación en defecto de pacto. De entre ellas el art. 82 es el destinado a regular los gastos de asistencia a los hijos. En su párrafo primero establece que «*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».

Pero para determinar quiénes son los hijos «a cargo» de los padres ha de estarse a las normas generales del propio Código foral, en cuanto regulan el deber de crianza y educación. El art. 63.1 lo refiere a los hijos menores no emancipados, entre los que se encuentran los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos –art. 56–. En casos de hijos incapacitados, cuando la declaración de esta situación tiene lugar durante la menor edad –art. 38.4– se produce la prórroga de la autoridad familiar al llegar a la mayoría, y se mantiene el deber de crianza en los términos que disponga la sentencia de incapacitación –régimen de potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, art. 44–.

Respecto de los gastos de los hijos mayores o emancipados, es el art. 69 el que determina el alcance de la necesidad de mantener las obligaciones derivadas del deber de crianza y educación, en el caso de que el hijo o hija no hubiera completado su formación profesional y no tuviere recursos propios, precepto que ha sido objeto de jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 30 de noviembre de 2011, núm. 11/2011, de 21 de marzo de 2012, núm. 10/2012 y de 16 de abril de 2012, núm. 16/2012 . Para los supuestos en que resulte aplicable este deber, la sentencia de 21 de marzo de 2012, núm. 10/2012, apoyándose en la del TS de 24 de abril de 2000 mantiene –fundamento de derecho séptimo– la legitimación directa del progenitor para reclamar de quien fue su cónyuge o pareja de hecho la prestación derivada de ese deber, respecto de hijos mayores de edad que no hubiesen concluido su formación y no tuviesen recursos propios.

En resumen, es el art. 82 del CDFA el que regula la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos comunes en caso de ruptura de la convivencia, en este caso por divorcio como causa de disolución del matrimonio. El art. 69 establece el deber de los padres de costear los gastos de los hijos mayores o emancipados, en los términos allí prevenidos, tanto en casos de ruptura de la relación matrimonial como en el de mantenimiento de la convivencia.

Cuarto: De lo anteriormente expuesto resulta que no puede estimarse que la hija del matrimonio

Doña Covadonga debiera ser considerada como persona «a cargo» de los progenitores.

No lo es porque, conforme a los hechos acreditados en las instancias, no se encuentra en un período de formación, sino que tiene un trabajo remunerado mediante un contrato indefinido y un sueldo mensual de 650 euros, similar al salario mínimo interprofesional. No es subsumible su situación, según los hechos acreditados en autos, en el supuesto de hecho al que el art. 69 CDFA anuda la consecuencia jurídica antes enunciada, por cuanto no se declara probada una situación de necesidad –ausencia de recursos propios– al tener un contrato de trabajo de duración indefinida y remunerado en cantidad que, siendo ciertamente escasa, se atempera a la realidad socioeconómica de la sociedad actual.

El hecho de que, efectivamente, padezca Doña Covadonga una minusvalía de un 66% de carácter psico-físico, no modifica la anterior consideración, ya que no se ha producido declaración de incapacidad, con las consecuencias jurídicas que de tal reconocimiento podrían derivarse.

Quinto: De lo anteriormente expuesto deriva la estimación del primer motivo del recurso, procediendo la casación de la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, al no ser conforme a derecho. Asumiendo la instancia, esta Sala ha de confirmar íntegramente la sentencia dictada

por el Juzgado, en cuanto estima la demanda formulada por D. Armando en petición de que sea suprimida la pensión alimenticia de la hija común Dª Covadonga.

Esta estimación produce efecto entre las partes litigantes, y se acuerda sin perjuicio del posible ejercicio de las acciones que a Doña Covadonga puedan corresponder en reclamación de alimentos a sus progenitores.

Sexto: La estimación del primer motivo de recurso de casación hace innecesario entrar a conocer del segundo de los formulados.

Séptimo: En cuanto a costas, no es procedente la imposición de las devengadas en las instancias, al concurrir la complejidad jurídica a que se refieren los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco de las correspondientes al presente recurso de casación, al ser estimado.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Primero: Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Armando.

Segundo: Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2013 dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en el rollo de apelación núm. 319/2013.

Tercero: Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, en fecha 19 de junio de 2013, en el autos de Modificación de Medidas núm. 529/2012.

Cuarto: No hacer imposición de costas causadas en las instancias ni en el presente recurso, y dese al depósito constituido el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

26

NÚM. 26

S. TSJA 30/2014
de 26 de septiembre de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Competencia funcional: ***En el trámite de admisión de los recursos de casación la Sala asume la competencia cuando se fundan en infracción de normas propias del Derecho aragonés, exclusivamente o junto a otros motivos (arts. 73.1 LOPJ, 478.1.2º Lec., 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa), rechazándose la competencia funcional únicamente en aquellos casos en los que no se alega infracción de normas de derecho aragonés o en los que tal denuncia es considerada fraudulenta por tener como única finalidad la indebida atracción de la competencia. Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables.***

Alegación de Derecho no aplicable: ***En el presente caso el Derecho aplicable es el del Código civil, pero la recurrente ha decidido fundamentar su recurso en normas del Derecho civil aragonés asumiendo así la responsabilidad de la posible incoherencia entre ellas y el derecho aplicable, pero es esta Sala la competente para apreciarlo en un sentido u otro. Los arts. 80, 81, 82 y 83***

CDFA en los que se fundamentan los motivos de casación no son de aplicación al caso, por lo que no tuvieron que ser tenidos en cuenta y no pueden ser traídos como infringidos, en consecuencia el recurso debe ser íntegramente desestimado.

Disposiciones citadas: ***Arts. 73.1 LOPJ, 478.1.2º Lec., 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 26/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de marzo de 2014, en el rollo de apelación número 63/2014, dimanante de autos de Divorcio 488/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, en el que son partes, como recurrente, Dª Emilia, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Pilar Amador Guallar y dirigida por la Letrada Dª Mª Ángeles Cebrián Ortega, y como parte recurrida D. Cosme, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Sonia Sesma Corchete y dirigida por el letrado D. Gabriel Gómez de Llarena Tremps, en el que es parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

[…]

Fallamos

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Pilar Amador Guallar, en nombre y representación de Dª Emilia, contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2014, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

27

NÚM. 27

S. TSJA 31/2014
de 29 de septiembre de 2014

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: Legados: Plazo de la acción de entrega del legado: ***La actora no ejercita una acción de petición de herencia, que es la acción que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia, o la que se ejercita por quien pretende que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde (STS 9/7/2002), sino que pide la entrega del legado. Esta acción viene siendo considerada como de carácter personal y, como tal, y a falta de plazo específico, le correspondería el de quince años que, con carácter general, señala el art. 1964 Cc. desde la muerte del causante. Pero, por tratarse este legado de una obligación de pago de periodicidad mensual, sería aplicable el plazo de prescripción de cinco años del art. 1966 Cc.***

721: DISPOSICIONES GENERALES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA: Interpretación del testamento: Competencia de los tribunales de instancia: ***Con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9/10/2003 y 22/6/2010 entre otras muchas) la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada o contraria al buen sentido. Es asimismo jurisprudencia consolidada que, fuera de estos supuestos de excepción, la interpretación imparcial del tribunal de instancia prevalece en casación sobre la más subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente, incluso en la duda sobre su acierto o su absoluta bondad o exactitud. Así lo han reiterado también sentencias de este Tribunal Superior (así, las de 11/5/2005, 8/11/2006 o 18/2/2013).***

Disposiciones citadas: ***Arts. 1964, 1966 Cc.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a veintinueve de septiembre dos mil catorce. En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 30/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 31 de marzo de 2014, en el rollo de apelación número 95/2014, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario núm. 754/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Diez de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Marco Antonio, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Cabeza Irigoyen y dirigido por el Letrado D. Cristóbal Ramo Frontiñán, y como parte recurrida Dª Patricia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre y dirigida por el Letrado D. Juan Carlos Monclús Fraga.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre, actuando en nombre y representación de Dª Patricia, presentó demanda de juicio ordinario contra D. Marco Antonio en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, «se dicte sentencia por la que se declare la obligación de D. Marco Antonio de pagar una pensión por la cantidad de cuatrocientos euros con sesenta y siete céntimos (400,67€) mensuales desde la fecha del fallecimiento de la causante Dña Coral el 5/12/2001, a Doña Patricia mientras se conserve en estado de soltería, y condenando a D. Marco Antonio a pagar a mi representada la cantidad de cincuenta mil ochocientos dieciocho euros con treinta y dos céntimos de euro (50.818,32€) desde dicha fecha de 5/12/2001 hasta el 30/6/2012, más los intereses legales correspondientes, en concepto de atrasos del pago de la pensión y condenando igualmente al demandado a abonar la cantidad de cuatrocientos euros con sesenta y siete céntimos (400,67€) mensuales desde el 1/7/2012 a mi representada, mientras se conserve en estado de soltería, y todo ello con expresa condena en costas del presente procedimiento».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos dentro del plazo de 20 días y contestara a la demanda.

Dentro de plazo concedido, la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Cabeza Irigoyen compareció en autos en nombre y representación del demandado D. Marco Antonio, contestando la demanda, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda formulada y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

Tercero: Practicadas las pruebas propuestas que fueron admitidas, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Diez de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por Doña Patricia contra D. Marco Antonio, en declaración de obligación de hacer y reclamación de cantidad, debo declarar y declaro la obligación del demandado de pago de una pensión por la cantidad de 400,67 euros mensuales desde la fecha del fallecimiento de la causante Doña Co-

ral el 5 de diciembre de 2001, a Doña Patricia, mientras se conserve en estado de soltería, condenando al demandado a abonar a su hermana demandante la cantidad de cincuenta mil ochocientos dieciocho euros con treinta y dos céntimos (50.818,32€) desde la fecha de 5 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2012, más los intereses legales correspondientes y las costas procesales causadas.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Sra. Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de D. Marco Antonio, consignó la cantidad objeto de la condena de 50.818,32 euros, que fue entregada a la parte demandante y presentó recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la otra parte, contestando e impugnando la parte recurrida, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día doce de diciembre de dos mil trece por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Diez de Zaragoza, cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.»

Quinto: La representación legal de D. Marco Antonio interpuso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, que basó en los siguientes motivos:

«Primero: Infracción del artículo 416 del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo a la interpretación de la voluntad del testador, citado en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia que ahora se recurre: Segundo. Infracción del artículo 365 del Código del Derecho Foral de Aragón en relación con los artículos 1.051 y siguientes del Código Civil, sobre la partición de la herencia: Tercero: Infracción del artículo 478.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, que contempla la renta vitalicia como una clase de legado, en relación con el artículo 1.966 del Código Civil, relativo a la prescripción de acciones para exigir el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias y de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, citado en el Fundamento de Derecho Segundo.»

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, por auto de 6 de junio de 2014 se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a la parte recurrida por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó su escrito, la parte recurrida, que se opuso al recurso planteado de contrario en apoyo de sus pretensiones.

Por providencia de 16 de julio de 2014, la Sala, no habiéndose interesado la celebración de vista y no considerando necesaria la misma, señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: En la demanda inicial de estas actuaciones se pidió la condena al demandado, hermano de la actora, al pago de la cantidad de 50.818,32€ en concepto

de rentas a cuyo abono venía aquél obligado –se alegaba– por haber aceptado la herencia de su madre, quien lo había dispuesto así en su testamento.

Segundo: La sentencia de primera instancia, después confirmada en apelación, estimó la demanda. En aquella se declara como hecho probado que la madre de demandante y demandado expresó claramente su voluntad en su testamento, donde hizo constar (cláusula tercera): «Instituye herederos en la totalidad de sus bienes derechos y acciones, a sus cuatro hijos nombrados en la cláusula primera, por cuartas e iguales partes entre ellos con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso, si bien por estar soltera Doña Patricia, es voluntad de la testadora que los demás hermanos le pasen una renta mensual con cargo a los bienes hereditarios de 200.000 pesetas mensuales mientras se conserve en estado de soltería y como ayuda que quiere la testadora tenga por atender su casa y gastos, por no tener profesión alguna, siendo detraída esta renta no de la porción hereditaria de la propia hija, sino de la que corresponde a sus hermanos». Y a continuación se señala que, «Con fecha 18 de julio de 2003, habiendo fallecido la causante el 5 de diciembre de 2001, los cuatro hijos designados herederos aceptaron, mediante escritura notarial, la herencia de su madre y expresamente asumieron la obligación establecida en la cláusula tercera que ha sido transcrita. Hasta la fecha el demandado ha incumplido con dicha obligación...». Se indica, en fin, que «La demandante, a fecha de celebración del juicio, sigue reuniendo las condiciones exigidas por la disposición testamentaria impuesta por su madre. Se sigue conservando soltera y carece de profesión alguna».

La sentencia de apelación se pronuncia sobre la cuestión de la prescripción que, alegada en la contestación, no obtuvo respuesta en la primera instancia. Considerando que se está ante una acción de petición de herencia, expresa que el plazo es de treinta años (art. 1963 del Cc) si bien observa que la cuestión es irrelevante dado que entiende acreditado que la misma ha sido interrumpida por las constantes reclamaciones de la actora a su hermano, aceptando las que se señalan en el escrito de oposición al recurso.

Tercero: Previamente al examen de los motivos de casación articulados, ha de hacerse referencia a la causa de inadmisión planteada por la representación de Dª Patricia en su escrito de oposición. La alegación de inadmisibilidad se fundamenta en el dato de que en el recurso falta la expresión de cuál es el elemento, de entre los que pueden integrar el interés casacional, en el que aquel se funda.

Si bien es cierto que la recurrente no ha justificado la existencia de interés casacional, también lo es que en su momento alegó –y así se recogió en el auto de admisión– que la sentencia era recurrible también por la cuantía, al exceder la misma de 3000 euros, como así es. En consecuencia, no cabe acoger dicha causa.

Cuarto: En el primero de los motivos en los que se asienta el recurso se denuncia infracción del artículo 416 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA). Pese a que achaca a la sentencia una interpretación equivocada de la voluntad del testador, ello no es sino pretexto para combatir –sin articular el correspondiente motivo de infracción procesal– la valoración probatoria, en concreto, la relativa al ejercicio de una profesión por la actora, que la sentencia niega categóricamente.

En cualquier caso debe recordarse que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada, (SSTS 9 de octubre de 2003 y 22

de junio de 2010 entre otras muchas) la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido. Es asimismo jurisprudencia consolidada que, fuera de estos supuestos de excepción, la interpretación imparcial del tribunal de instancia prevalece en casación sobre la más subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente, incluso en la duda sobre su acierto o su absoluta bondad o exactitud. Así lo han reiterado también sentencias de este Tribunal Superior (así, las de 11 de mayo de 2005, 8 de noviembre de 2006 o 18 de febrero de 2013).

El motivo, por tanto, se desestima.

Quinto: En el motivo segundo del recurso se alega infracción del artículo 365 del CDFA (en relación, se dice, con los artículos 1051 y siguientes del Código civil) para a continuación aducir que cuando la sentencia indica que en el momento de la aceptación de la herencia se procedió al mismo tiempo a su división, dicha afirmación vulnera tanto los artículos 477 y siguientes del Código Foral, relativo a los legados, como su artículo 365 en relación con los artículos 1051 y siguientes del Código civil.

El artículo 365 regula el derecho a la división de la herencia, así como la prohibición o el pacto de indivisión. Y no puede haberse infringido puesto que no ha sido aplicado ni viene al caso. De hecho, en el desarrollo del motivo no se nos dice en qué consiste la vulneración, ni tampoco la de los artículos 477 y siguientes, lo que bastaría para desestimar el motivo. Añadiremos, no obstante, que lo que se plantea por la recurrente es la improcedencia de pagar el legado en tanto la herencia no haya sido repartida, con apoyo en una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de marzo de 2013 que expresa que es precisa la previa liquidación y partición de la herencia para poder entregar el legado. Esto tampoco podría aceptarse. Primero, porque no tiene en cuenta hechos que se declaran probados en las sentencias (los cuatro hijos aceptaron mediante escritura notarial la herencia de su madre, al mismo tiempo se procedió a la división y expresamente asumieron la obligación establecida en la cláusula tercera, es decir, el pago de la renta mensual a la demandante) sin plantear el motivo procesal correspondiente. Segundo, porque la razón que inspira esa sentencia de Córdoba es la salvaguarda de los derechos de acreedores y legitimarios. Pero esto no se alega siquiera por la recurrente (mal podría hacerlo dado el sistema de legítima colectiva que rige en Aragón y tratándose de un prelegado ordenado en favor de una de las hijas). Lejos de ello, su alegato discurre en torno a la afirmación, ya expresada en la contestación a la demanda, de que mientras no se proceda al reparto del haber hereditario (parece que quiere decir mientras no se proceda a la propia división de lo que se adjudicaron en proindiviso) no es posible conocer si las cantidades reclamadas fueron retiradas indebidamente por la actora, de cuentas comunes pertenecientes a la herencia.

Resulta obligada, por tanto, la desestimación del motivo.

Sexto: El tercero de los motivos debe correr la misma suerte que los anteriores. En él se incurre también en una clara incorrección técnica, al enunciar como infringido el artículo 478.1 del CDFA (referido a la transmisión del legado salvo los de carácter personalísimo) que tampoco es de aplicación al caso, para luego afirmar que la sentencia yerra al aplicar el artículo 1.963 del Cc en lugar del 1.966.

Con todo, diremos que, como se desprende de lo expuesto en el Fundamento segundo, es cierto que no estamos ante una acción de petición de herencia, que es la acción que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia, o la que se ejercita por quien pretende que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde (STS 9 de julio de 2002), pues la actora no pide tal cosa (ya se ha dicho que consta como probado que los cuatro hijos aceptaron la herencia) sino la entrega del legado. Esta acción viene siendo considerada como de carácter personal y, como tal, y a falta de plazo específico, le correspondería el de quince años que, con carácter general, señala el artículo 1.964 del Código Civil desde la muerte del causante. Pero, por tratarse de una obligación de pago de periodicidad mensual, sería aplicable, tal como expresa el recurrente, el plazo de prescripción de cinco años del art. 1.966 del Cc. Ahora bien, la cuestión resulta del todo irrelevante, pues debe estarse a la declaración (no combatida por la parte a través del oportuno motivo de infracción procesal) que se hace en la sentencia en el sentido de que el plazo habría quedado interrumpido por las constantes reclamaciones efectuadas tal como ha quedado expuesto en el Fundamento segundo.

Séptimo: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo

Primero: Desestimamos el presente recurso de casación núm. 30/2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de D. Marco Antonio, contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza .

Segundo: Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas. Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Dese el destino legal al depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

28

NÚM. 28

S. TSJA 32/2014 de 3 de octubre de 2014

62: EDAD: Capacidad del menor de edad: Capacidad para ser parte y capacidad procesal: ***Los hijos, aun siendo menores, tienen plena capacidad jurídica y, por tanto, conforme al art. 6 Lec., capacidad para ser parte. Ahora bien, siendo menores (de 14 años), carecen de capacidad de obrar en el ámbito sustantivo, lo que en el reflejo propio del proceso comporta su falta de capacidad para comparecer en el procedimiento. En consecuencia con la situación de los menores, su capacidad de obrar y correlativa capacidad procesal deberá ser suplica (hasta los 14 años) o complementada (desde los 14 años), según los casos, por quienes sean sus representantes (o deban asistirles) mientras sean menores de edad, conforme al art. 7 de la propia Lec. En definitiva, es el menor quien debe ser considerado como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica, y haber comparecido en juicio con la debida representación. Por tanto, en aquellos casos en que sean menores (de 14 años) quienes ostenten el derecho reclamado, la comprobación sobre el título de quien los represente no debe alcanzar a si está o no legitimado, pues quienes lo están son los menores, sino a si***

ostenta o no la representación que dice le corresponde. Fallecida la madre y sobreviviente su padre, a él le corresponde la representación de los hijos menores de 14 años, y a todos los efectos que en el momento de formulación de la demanda puedan estar presentes, aun cuando la declaración de derechos que se haga tenga proyección hacia el futuro, cuando los hijos cumplan los 14 años o alcancen la mayoría de edad.

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: Administración voluntaria: Libertad de testar: ***Es claro que los arts. 9.2, 94.2 y 107 CDFA sí permiten que el administrador que, por ministerio de la ley, deben tener los hijos menores de edad pueda ser nombrado por el testador, con la consiguiente exclusión de la administración paterna. Expresamente se prevé así tal posibilidad en las normas citadas, dentro, por demás, de la amplia libertad de testar que al causante reconocen los arts. 318 y 405 del CDFA. En lo referente a los mayores de edad (o a los menores en que lo sean), la misma libertad de testar recogida en las normas citadas es la que autoriza a que el disponente establezca las limitaciones que tenga por conveniente respecto de las posibilidades de administración y disposición de quienes sean sus causahabientes, sin prejuzgar la acción que, por estricta defensa de la legítima pudiera, en su caso y momento, ejercitarse.***

75: LEGÍTIMA: Prescripción de acciones: Legitimario menor de catorce años: ***De la literalidad del art. 493 CDFA no cabe deducir que el plazo para el menor de catorce años comience a contar cuando alcance tal edad, ya que la norma no prohíbe que la acción se ejercite antes, sino que, en beneficio del menor, permite que, además de poder accionarse hasta que tenga 14 años (por medio del representante legal), también pueda hacerse después, para lo que establece que, aun iniciado el cómputo del plazo de prescripción de cinco años antes de que tuvieran los 14 años, no fine en tal caso hasta que cumplan los 19.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 6 y 7 Lec.*****, 9.2, 94.2, 107, 318, 405, 493 CDFA.**

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a tres de octubre dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 24/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de marzo de 2014, en el rollo de apelación número 328/2013, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 1076/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Zaragoza, en el que es parte recurrente D. Norberto (quien actúa en nombre y representación y como padre de los menores D. Camilo y D. Evaristo), representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Alberto Fernández Fortún y dirigido por el Letrado D. Alberto Zapico San José, y como parte recurrida D. Justiniano y D. Roque, representados por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigidos por la letrada Dª Gloria Arnas Bernad.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales D. Luis Alberto Fernández Fortún, actuando en nombre y representación de D. Norberto (quien actúa en nombre y como padre de los menores D. Camilo y Don Evaristo), presentó demanda de juicio ordinario por lesión de la legítima de los menores contra D. Justiniano y D. Roque

en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia en la que: «1º: Declare que a su fallecimiento Doña Serafina era de vecindad civil aragonesa. 2º: Declare que se debe tener por no puesta y es ineficaz la cláusula de testamento de fecha 27 de agosto de 2009 otorgado ante el Notario de Zaragoza D. Juan Pardo Defez, con número de protocolo 1749, en la que se nombran como administradores de la herencia de Doña Serafina a D. Justiniano y a D. Roque (en caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad del primero), y que dice textualmente: «Para los bienes recibidos por cualquiera de los hijos o descendientes, con exclusión expresa de la administración paterna y materna procedente en cada caso, y hasta que cada uno de ellos vaya alcanzando la edad de 24 años, la testadora nombra como Administrador a su padre Don Justiniano con DNI y NIF número..., si bien, para el caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad de éste, la administración será ejercida por el hermano de la testadora Don Roque, con DNI y NIF número...», declarando expresamente que la administración y gestión de los bienes de la herencia correspondientes a los menores Camilo y Evaristo debe ser ejercida por el padre de los menores Don Norberto. 3º: Subsidiariamente, para el caso de que no se estime la pretensión incluida en el súplico anterior, declare que se deben tener por no puestas y son ineficaces, por ser contrarias a normas imperativas de Aragón, las disposiciones contenidas en el cláusula segunda de dicho testamento relativas a la no disposición de los bienes de la herencia por los menores, hasta los 24 años y que son las siguientes: «Es voluntad además de la testadora, que hasta que cada uno de los mencionados hijos o descendientes no haya alcanzado la mencionada edad de 24 años, no se pueda realizar ningún acto de administración, disposición o gravamen sobre los bienes adjudicados a dichos hijos o descendientes procedentes de esta herencia, sino con la intervención, asistencia y aprobación expresa de los referidos administradores y de conformidad con las siguientes disposiciones:

— Hasta que los hijos o descendientes alcancen la edad de 14 años, la administración y disposición de los bienes heredados corresponderá exclusivamente al administrador, quien, para disponer de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, no necesitará ni autorización judicial ni autorización de la Junta de Parientes, de cuyo requisito, queda dispensado expresamente por la testadora.

— Desde que los hijos o descendientes lleguen a los 14 años y hasta que los mismos alcancen la mayoría de edad, los propios hijos o descendientes podrán realizar por sí solos cualesquiera actos de administración y disposición sobre los bienes heredados, pero, en todo caso, excluyendo para estos supuestos la posibilidad de asistencia paterna o materna, la del tutor y la de la Junta de Parientes, que será sustituida por la única asistencia prestada por el administrador.

— Alcanzada la mayoría de edad por los hijos o descendientes y hasta que lleguen a la mencionada edad de 24 años, los actos de administración y disposición de los bienes heredados requerirá en todo caso, el consentimiento expreso del administrador. 4º: Condene en costas a los demandados que se opusieren a la demanda.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma. Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, solicitando se

dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda imponiendo las costas al demandante.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Norberto, (quien actúa en nombre y representación y como padre de los menores D. Camilo y D. Evaristo), representado por el procurador de los Tribunales D. Luis Alberto Fernández Fortín y asistido por el letrado D. Alberto Zapico San José, contra D. Justiniano y D. Roque, representados por el procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y defendidos por la letrada Dª Gloria Arnas Bernad, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra, y ello con expresa imposición de las costas a la parte actora.»

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Fortún en nombre y representación de D. Camilo y D. Evaristo representados por su padre D. Norberto, interpuso ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte que formuló su oposición.

Elevadas las actuaciones, y comparecidas las partes, se dictó sentencia en fecha 14 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: 1: Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Luis Alberto Fernández Fortún en nombre de Don Norberto en representación de los menores Camilo y Evaristo contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2013 recaída en juicio ordinario núm. 1076/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta ciudad y se revoca dicha resolución en el pronunciamiento sobre costas y en su lugar no se efectúa expresa imposición.

2: Sin expresa imposición de costas del recurso. Con devolución del depósito constituido para recurrir.»

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Fortún en nombre y representación de D. Norberto interpuso ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación que basó en: 1: La incorrecta aplicación, por interpretación no conforme a la norma del artículo 178 de la ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción en defensa de la legítima. 2: Incorrecta aplicación de los artículos 20 y 1.2 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona, sustituidos por el Decreto 1/2011 de 22 de marzo de la Compilación de Derecho Civil de Aragón artículos 23 y 4.2, al entender que la cláusula segunda del testamento, que no permite disponer de los bienes hasta los 24 años por ser contrario a norma imperativa.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecieron las partes, haciéndolo en representación de D. Norberto, que actúa en representación de sus hijos D. Camilo y D. Evaristo, el Procurador D. Luis Alberto Fernández Fortún, y por D. Justiniano y D. Roque, lo hace el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu. Se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 4 de junio de 2014 se dictó, con carácter previo a resolver sobre la admisión del recurso de casación presentado, providencia del siguiente tenor: «1: En el recurso se plantea la validez de nombra-

miento de administrador respecto de los bienes de menores adquiridos por herencia, en demanda que presenta el padre como representante suyo. Cabe, por tanto, la posibilidad de que haya afección del interés de los menores de que se trata. Por ello, se dará traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, por si considera oportuna su intervención en el procedimiento. 2: El suplico del recurso de casación formulado se limita a solicitar la «revocación» de la sentencia dictada, que confirmó la desestimatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia. No se concretan, por tanto, los específicos pedimentos que se hacen ante este Tribunal para el caso de ser casada la sentencia impugnada. En consecuencia, se requiere a la parte recurrente para que en plazo de diez días concrete la omisión observada en el suplico de su recurso.»

Dentro de plazo, el Ministerio Fiscal, aportó informe considerando: «(...) que no procede su intervención en el recurso de casación al que se refiere este informe al no apreciar un desamparo en la situación de los menores, actores recurrentes en el proceso, representados por su padre, y por considerar que de haberse apreciado una contradicción de intereses entre los citados lo procedente hubiera sido el nombramiento de un defensor judicial, circunstancia ésta que no fue considerada oportuna o procedente por las partes ni por los órganos jurisdiccionales intervinientes en las instancias del proceso.» Y la parte recurrente aportó escrito con los concretos pedimentos a incluir en el suplico del recurso de casación, teniendo por subsanada la omisión requerida, lo que hizo en los siguientes términos:» 1º Se declare que los menores Evaristo y Camilo tienen legitimación para el ejercicio de la acción de defensa de la legítima, por ser conforme a lo establecido en el artículo 178 de la ley 1/1999, dejando sin efecto lo establecido por la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2º Que decrete la nulidad e ineficacia de la cláusula segunda del testamento (en cuanto a la necesidad de asistencia del administrador, excluyendo la asistencia paterna, para los actos de administración y disposición de los bienes heredados de los 14 a los 18 años y el consentimiento del administrador para los actos de administración y disposición de los bienes heredados de los 18 a los 24 años), por ser contrario a normas imperativas de derecho civil aragonés al entender:

— Que a partir de los 14 años y hasta los 18 años el artículo 23 del Decreto 1/2011 establece que los menores pueden realizar toda clase de actos y contratos, con la asistencia en su caso de uno cualquiera de sus padres.

— Que a partir de los 18 años y hasta los 24 años el artículo 4.2 del Decreto 1/2011 establece que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil.

3º No se haga una expresa condena en costas al entender que se trata de una cuestión jurídica compleja.»

En fecha 25 de junio de 2014, por auto de esta Sala se acuerda declarar la competencia de la misma para conocer del recurso planteado, que se admite a trámite, confiriendo traslado a la parte contraria por 20 días para formalizar su oposición, haciéndolo dentro de plazo.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, y no considerándola necesaria esta Sala, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: La demanda rectora del presente procedimiento la presentó Don Norberto en nombre y representación de sus dos hijos menores, Camilo y Evaristo, de 13 y 8 años de edad, en la actualidad. La pretensión del actor tiene su origen en el tes-

tamento otorgado por su esposa, madre de los menores, el día 27 de agosto de 2009, en el que nombraba herederos a los hijos y, a la vez, establecía un especial régimen de administración de los bienes y derechos en cuya titularidad le sucedían. En concreto, en lo que ahora interesa, las cláusulas testamentarias, literalmente, indicaban:

«PRIMERA: La testadora instituye Herederos Universales de todos sus bienes, derechos, y acciones, por partes iguales, a sus citados hijos, y ello con sustitución simple o vulgar a favor de sus respectivos descendientes y en defecto de esto, con derecho de acrecer entre los instituidos.

SEGUNDA**:** Para los bienes recibidos por cualquiera de los hijos descendientes de la testadora procedentes de esta herencia, con exclusión expresa de la administración paterna y materna procedente en cada caso, y hasta que cada uno de ellos vaya alcanzando la edad de 24 años, la testadora nombra ADMINISTRADOR a su padre don Justiniano, con D.N.I. y N.I.F. número..., si bien, para el caso de fallecimiento renuncia o incapacidad de éste, la administración será ejercida por el hermano de la testadora Don Roque, con D.N.I. y N.I.F. número...

Es voluntad además de la testadora, que hasta que cada uno de los mencionados hijos o descendientes no vaya alcanzando la mencionada edad de 24 años, no se pueda realizar ningún acto de administración, disposición o gravamen sobre los bienes adjudicados a dichos hijos o descendientes procedentes de esta herencia, sino con la intervención, asistencia y aprobación expresa de los referidos administradores y de conformidad con las siguientes disposiciones:

— Hasta que los hijos o descendientes alcancen la edad de 14 años, la administración y disposición de los bienes heredados corresponderá exclusivamente al administrador, quien, para disponer de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, no necesitará ni autorización judicial ni autorización de la Junta de Parientes, de cuyo requisito, queda dispensado expresamente por la testadora.

— Desde que los hijos o descendientes lleguen a los 14 años y hasta que los mismos alcancen la mayoría de edad, los propios hijos o descendientes podrán realizar por sí solos cualesquiera actos de administración y disposición sobre los bienes heredados, pero, en todo caso, excluyendo para estos supuestos la posibilidad de asistencia paterna o materna, la del tutor y la de la Junta de Parientes, que será sustituida por la única asistencia prestada por el administrador.

— Alcanzada la mayoría de edad por los hijos o descendientes y hasta que lleguen a la mencionada edad de 24 años, los actos de administración y disposición de los bienes heredados requerirán en todo caso, el consentimiento expreso del administrador.

Al respecto de todo lo dicho, los administradores nombrados, quedan dispensados expresamente de la obligación de prestar fianza y de formalizar inventario.»

Segundo: La pretensión sostenida en la demanda de que se tuvieran por no puestas e ineficaces las disposiciones testamentarias antes trascritas fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza, en sentencia de fecha 18 de julio de 2013, luego confirmada por la sentencia, ahora recurrida, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 14 de marzo de 2014.

Frente a la argumentación del recurrente de que está legitimado para accionar en nombre de sus hijos mientras estos sean menores de edad, la sentencia recurrida entendió que por aplicación del ar-

tículo 178 de la Ley de Aragón 1/1999, de sucesiones por causa de muerte (luego artículo 493 del Código de Derecho Foral de Aragón –CDFA–) el demandante no podía ejercitar la acción en defensa de la legítima a partir del momento en que los legitimarios cumplieran los 14 años de edad.

En relación con la pretensión del demandante de que la designación de un administrador respecto de los bienes heredados suponía la constitución de un gravamen que no puede establecerse, la sentencia impugnada recogió que la designación de un administrador en la forma prevista y autorizada por los artículos 6, 94 y 81 de la Ley de Aragón 13/2006 de Derecho de la Persona (luego artículos 9, 107 y 94 del CDFA) no puede considerarse gravamen mientras los hijos tengan menos de 14 años de edad y que, después de dicha edad y hasta los 18 años, la acción corresponde ejercitarla a los propios legitimarios conforme al artículo 178.2 de la citada Ley 1/1999 (actual artículo 493 del CDFA).

Por último, en cuanto a la solicitud del recurrente basada en que no cabe excluir al padre de la administración de los bienes de los hijos menores de 14 años, la sentencia distingue según tengan entre 14 y 18 años de edad, y a partir de los 18 años. Respecto de los primeros (menores que son mayores de 14 años) recoge la sentencia que tal exclusión es correcta, ya que viene amparada por las previsiones de los artículos 20 y 25.1 de la Ley 13/2006 (actuales 23 y 28 del CDFA). En lo atinente a los mayores de edad, la resolución impugnada considera que no se priva de forma absoluta a los hijos de sus facultades de disposición y administración, sino que se establece una limitación o condición de forma temporal, por lo que no cabe apreciar infracción de norma que sea determinante de nulidad absoluta, sin perjuicio de lo que en su día pueda resultar si se ejercitara por los legitimarios la acción en defensa de la legítima.

Frente a lo argumentado y decidido en la sentencia impugnada, se formula por la parte demandante el presente recurso de casación, con base en dos motivos: el primero de ellos fundamentado en la incorrecta aplicación del artículo 178 de la Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (actual 493 del CDFA), en cuanto a legitimación del padre para el ejercicio de la acción en defensa de la legítima de sus hijos cuando tienen más de 14 años de edad. El segundo, razonando la incorrecta aplicación de los artículos 20 y 1.2 de la Ley de Aragón 13/2006 de Derecho de la Persona (sustituidos por los artículos 23 y 4.2 del CDFA), al considerar la sentencia impugnada ajustado a derecho que se excluya al padre de la asistencia del menor entre los 14 y 18 años y que se prohíba la libre disposición entre los 18 y 24 años de edad.

Tercero: El primer motivo de recurso alega la infracción del artículo 178 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (actual artículo 493 del Código de Derecho Foral Aragonés, CDFA en lo sucesivo), y lo hace, en concreto, porque considera el recurrente que tal norma es indebidamente observada cuando la sentencia recurrida niega que el padre tenga legitimación para accionar en defensa de la legítima de los hijos cuando éstos tengan más de 14 años. Además, argumenta el recurrente que la acción no la ejercita él en nombre propio, sino en nombre y representación de los hijos, y éstos sí tienen legitimación para defender su legítima sucesoria.

Al respecto debe considerarse que, como resulta del encabezamiento de la demanda, la posición procesal de D. Norberto, luego sostenida en todo el procedimiento, es la de actuar «en nombre y como padre» de sus dos hijos menores.

Los hijos, aun siendo menores, tienen plena capacidad jurídica y, por tanto, conforme al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, capacidad para ser parte. Ahora bien, siendo menores, carecen de capacidad de obrar en el ámbito sustantivo, lo que en el reflejo propio del proceso comporta su falta de capacidad para comparecer en el procedimiento. En consecuencia con la situación de los menores, su capacidad de obrar y correlativa capacidad procesal deberá ser suplida o complementada, según los casos, por quienes sean sus representantes mientras sean menores de edad, conforme al artículo 7 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, por tanto, como indica el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia 74/2008, de 30 de enero, es el menor quien debe ser considerado como parte procesal legítima, al ser el titular de la relación jurídica, y haber comparecido en juicio con la debida representación. Por tanto, en aquellos casos en que sean menores de edad quienes ostenten el derecho reclamado, la comprobación sobre el título de quien los represente no debe alcanzar a si está o no legitimado, pues quienes lo están son los menores, sino a si ostenta o no la representación que dice le corresponde.

En el caso presente, fallecida la madre de los menores y sobreviviente su padre, la representación de los menores, tanto en juicio como fuera de él, le corresponde a él. De modo que, ejercitada correctamente por el padre la acción en nombre de sus hijos, que son los titulares de los derechos subjetivos reclamados y la parte procesal legítima, está correctamente constituida la relación jurídico procesal en lo referente a la parte actora. Y a todos los efectos que en el momento de formulación de la demanda puedan estar presentes, aun cuando la declaración de derechos que se haga tenga proyección hacia el futuro, cuando los hijos cumplan los 14 años o alcancen la mayoría de edad.

A la anterior conclusión no obsta la especial regulación contenida en el artículo 178 de la Ley 1/1999 (artículo 493 del CDFA) respecto del plazo de prescripción de la acción para defensa de la legítima sucesoria. Tal norma, literalmente establece:

«Prescripción de acciones.

1. Las acciones reguladas en este Título prescriben en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad.

2. Si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve.»

De la literalidad de tal precepto no cabe deducir que el plazo para el menor de catorce años comience a contar cuando alcance tal edad, ya que la norma no prohíbe que la acción se ejercite antes, sino que, en beneficio del menor, permite que, además de poder accionarse hasta que tenga 14 años, también pueda hacerse después, para lo que establece que, aun iniciado el cómputo del plazo de prescripción de cinco años antes de que tuvieran los 14 años, no fine en tal caso hasta que cumplan los 19.

En definitiva, por tanto, en contra de lo recogido en la sentencia recurrida, no procede denegar legitimación total o parcialmente a la parte actora, que son los hijos menores de edad. Ni directamente, porque son los titulares de los derechos reclamados, ni indirectamente por una defectuosa representación suya en el procedimiento. Cabe, por tanto, entrar a resolver con total plenitud el fondo de la cuestión resuelta y todas las peticiones que son formuladas en el recurso ahora presentado.

Cuarto: El segundo motivo de casación se refiere a la totalidad de los bienes heredados, sin referencia alguna a la legítima sucesoria, y considera incorrectamente

aplicados los artículos 20 y 1.2 de la Ley de Aragón 13/2006, de Derecho de la Persona (actuales 23 y 4.2 del CDFA), ya que entiende el recurrente que contraría a tales normas imperativas la cláusula segunda del testamento, que establece que sea una persona distinta del padre quien asista a los menores desde que cumplan los 14 años para administración y disposición de los bienes heredados, y que no les permite administrar ni disponer de tales bienes sin asistencia del administrador hasta que alcancen los 24 años de edad.

En contra de la afirmación del recurrente, de que la exclusión del padre de la asistencia mientras los hijos sean menores no tiene fundamento legal alguno, es claro que los artículos 6.2, 81.2 y 94 de la Ley 13/2006 (actuales 9.2 y 94.2 y 107 del CDFA) sí permiten que el administrador que, por ministerio de la ley, deben tener los hijos menores de edad pueda ser nombrado por el testador. Expresamente se prevé así tal posibilidad en las normas citadas, dentro, por demás, de la amplia libertad de testar que al causante reconocen los artículos 3 y 90 de la Ley 1/1999 (actuales 318 y 405 del CDFA).

En lo referente a los mayores de edad, la misma libertad de testar recogida en las normas citadas es la que autoriza a que el disponente establezca las limitaciones que tenga por conveniente respecto de las posibilidades de administración y disposición de quienes sean sus causahabientes. Facultad legalmente reconocida al testador que conlleva la desestimación del motivo también en lo que pretendía que fuera excluida la limitación de administración y disposición entre los 18 y 24 años, pues el fundamento del recurso no pretende para tal caso la defensa de la legítima, sino que se basa estricta y exclusivamente, como también la aclaración posterior que se hizo a instancia de este Tribunal, en si puede o no el testador restringir la capacidad del heredero para disfrutar de la propiedad de sus bienes, y tal causa de pedir debe ser respetada por obligada congruencia de esta sentencia con lo interesado en el recurso. Sin prejuzgar, por lo tanto, como señaló la sentencia impugnada, la acción que, por estricta defensa de la legítima pudiera, en su caso y momento, ejercitarse.

Quinto: De lo anterior se desprende que, aun estimado el primer motivo de casación, referente a la posibilidad del padre de accionar en interés de sus hijos menores, debe desestimarse el recurso, ya que, respecto del fondo de la cuestión, no existe motivo para modificar el fallo de la sentencia recurrida.

Al tiempo de decidir sobre el pago de costas, debe considerarse que es admitida la impugnación referida a la legitimación del recurrente, aunque lo haya sido por motivos distintos de los alegados por él, y aun cuando ello no dé lugar a la estimación final del recurso. Por otro lado, la cuestión planteada presenta complejidad jurídica, además de ser la primera vez que se plantea ante esta Sala. Por ello, aun siendo desestimada la casación pretendida, no se impondrán las costas causadas en su tramitación, conforme permite el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica de 1/2009 de 3 de noviembre, desestimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación in-

terpuesto por la representación procesal de Don Norberto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección cuarta de fecha 14 de marzo de 2014 .

No se hace expresa imposición de costas.

Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

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

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

29

NÚM. 29

S. TSJA 33/2014 de 21 de octubre de 2014

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: La asignación compensatoria: Valoración de la prueba practicada: ***La Sentencia, tras descartar que la sentencia recurrida incurra en incongruencia o en falta de motivación, afirma que lo que hay es una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba que solo es susceptible de revisión casacional por la vía del art. 469.1.4º Lec. cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se aprecia en este supuesto.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Atribución del uso de la vivienda familiar: Extinción del derecho de uso: ***Una vez extinguido el derecho de uso de la vivienda (por el transcurso del plazo señalado), los copropietarios decidirán el destino de la vivienda en la forma que mejor convenga a sus intereses (en parecidos términos STSJA 13/7/2012), resultando innecesario cualquier pronunciamiento sobre la alegada infracción del art. 81.4 CDFA.***

Limitación temporal: ***La Ley aragonesa 2/2010 introdujo en esta materia una novedad relevante respecto a la norma aquí vigente en ese momento, que era el art. 96 del Código civil. En caso de atribución del uso a uno de los progenitores el art. 81.3 CDFA impone una limitación temporal que se fijará mediante acuerdo, o por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En 2005, en el convenio regulador de la separación, las partes limitaron el uso de la vivienda por la madre hasta la independencia económica de las hijas o su emancipación de la residencia materna, que habrían de ser apreciadas judicialmente. En ese momento la limitación temporal del uso, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo. La justificación del legislador aragonés para imponer una limitación temporal al uso de la vivienda la explican la STSJA 26/2012, de 13/7 (el uso de larga duración o el ilimitado es fuente de conflictos y puede lesionar el interés del otros si es propietario o copropietario de la vivienda), la STSJA de 4/1/2013 (el señalamiento de un plazo concreto proporciona certeza a ambas partes) y la STSJA de 7/2/2013 (interdependencia entre los aspectos personales y los patrimoniales).***

Modificación del plazo de uso: ***La importante variación de los ingresos de la madre titular del derecho de uso, junto a la mayoría de edad alcanzada por las hijas y la subsistencia del resto de cargas económicas para el padre, debe llevar a la limitación del plazo de uso de la vivienda familiar (dos años), porque se han producido las circunstancias relevantes que exige el art. 79.5 CDFA, que no pudieron ser tenidas en***

cuenta en el convenio de separación. Esta variación de las circunstancias inicialmente pactadas obliga a que sea tenida en cuenta, no solo en la modificación de la pensión alimenticia, sino en la contribución a los gastos que representa proveer a los hijos de habitación, pues no resultaría proporcional a los ingresos de los progenitores si se ignorara el aumento relevante de los de la madre, que permite aliviar en igual medida la carga del padre en cuanto podrá así en un tiempo determinado disponer de su copropiedad en la vivienda familiar.

Naturaleza del derecho de uso: ***Tanto si se encuentra presente el interés del menor –con las limitaciones que ello impone–, como si los hijos son mayores de edad aunque dependientes económicamente de los padres, el TS engloba la atribución del uso de la vivienda en la prestación de alimentos a favor de los hijos (STS 304/2012, de 21/5). Entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 Cc.). En el Derecho catalán el componente económico es más evidente (arts. 233-20-1 y 233-21). No existe en el Código aragonés una previsión tan específica como en el catalán, pero dentro de los gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional a sus recursos económicos (art. 82.1 y 82.2 CDFA), se encuentra la habitación (art. 65.1.b CDFA). También la atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (art. 83.2.d CDFA). Y el art. 81.3, para la fijación del límite temporal de atribución del uso de la vivienda, indica al juez que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, entre ellas evidentemente las de contenido económico.***

Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcional: ***En la interpretación del principio de proporcionalidad del art. 82.1 CDFA ha de seguirse el mismo criterio que mantiene el Tribunal Supremo en la interpretación de la proporcionalidad en el art. 146 Cc. (por todas STS 721/2011, de 28 de octubre de 2011).***

Disposiciones citadas: ***Arts. 65.1, 79, 81, 82, 83 CDFA, 142 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a veintiuno de octubre de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 31/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 15 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación número 24/2014, dimanante de autos de Divorcio núm. 224/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera instancia núm. 16 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Isidoro G. B. representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca y dirigido por la Letrada Dª Mª Olga Antón Molina, frente a Dª Mª Jesús B. G. representada por la Procuradora de los Tribunales D. Mª Carmen Redondo Martínez y dirigida por el Letrado D. Ramón Javier Alfaro Navarro.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: En el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca, actuando en nombre y representación de D. Isidoro G. B., presentó demanda de Divorcio contra Dª Mª Jesús B. G. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales

oportunos, se dictase sentencia por la que se decrete:

«1º) La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D. Isidoro G. B. y Dña. Mª Jesús B. G.

2º) Se adopten como efectos definitivos del divorcio los siguientes:

— Pensión de alimentos para las hijas: Se solicita la fijación de una pensión ascendente a la cantidad de 225 mensuales para cada una de las hijas.

Asimismo se solicita el abono por mitades e iguales partes de los gastos necesarios; y con respecto a los gastos extraordinarios se solicita sean abonados por mitades e iguales partes, previa comunicación fehaciente y consenso con anterioridad a efectuarse el gasto.

— Atribución del uso y disfrute del domicilio que fue conyugal: Se solicita la extinción del uso de la vivienda y la autorización judicial de venta de la misma; y subsidiariamente, se solicita se atribuya el uso de la vivienda familiar por un plazo de 2 años a favor de la Sra. B. G.

3º) Se dicte Mandamiento por el que se inscriba en el Registro Civil el divorcio decretado».

Por otrosí se solicita prueba anticipada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose en parte a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que estime la demanda en cuanto al divorcio y la desestime en cuanto a las medidas solicitadas.

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Dª Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. Isidoro G. B., contra Dª María Jesús B. G., representada por el Procurador D. Juan Manuel Andrés Alamán, debo declarar la disolución por divorcio del matrimonio canónico contraído en Zaragoza el siete de abril de mil novecientos noventa entre D. Isidoro G. B. y Dª María Jesús B. G., adoptando como medidas reguladoras del divorcio las que se han dejado establecidas en los párrafos quinto y sexto del FD tercero de esta resolución.

No se hace imposición de las costas procesales de esta instancia a ninguna de las partes.»

Tercero: Previa designación apud-acta por parte de Dª Mª Jesús B. G. a favor de la Procuradora de los Tribunales Dª María Pilar García Fuente, ésta interpuso, en nombre de su representada, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, de la que se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, con fecha 15 de abril de 2014 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª María Jesús B. G. contra D. Isidoro G. B. y la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 16, de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar como revocamos en parte la citada resolución, que lo es en el sentido de elevar a 300€ a favor de cada una de las hijas, y en el de

dejar sin efecto la limitación que esa resolución introduce en lo que se refiere al uso del domicilio familiar, manteniéndose a la demandada e hijas en el mismo según los términos contenidos en la cláusula primera A del convenio regulador de la separación. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.»

Cuarto: La representación legal de D. Isidoro G. B. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación e infracción procesal, siendo los motivos por infracción del precepto contenido en el artículo 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en concordancia con el artículo 24 de la Constitución Española, y al amparo de los artículos 79.5, 81.3 y 4 y 82 del CDFA.

Una vez se tuvo por interpuestos ambos recursos por la Sección Segunda, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de fecha 18 de julio de 2014 la Sala acordó: declarar la competencia de la Sala, admitir a trámite el recurso presentado y dar traslado a las partes por 20 días para oposición.

Habiendo renunciado la Procuradora Sra. García Fuente a la representación de Dª Mª Jesús B. G., ésta designó apud-acta a la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Redondo Martínez, quién aceptó la designación y, dentro de plazo, presentó escrito formalizando la oposición en apoyo de sus pretensiones.

No se solicitó la celebración de vista y no considerándola necesaria la Sala se señaló para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: Actor y demandada contrajeron matrimonio en Zaragoza el 7 de abril de 1990, del que nacieron dos hijas, Marta el 22 de diciembre de 1990, y Lorena el 24 de octubre de 1993.

En autos de procedimiento de separación de mutuo acuerdo 428/2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza había recaído sentencia de 26 de mayo de 2005 aprobando el convenio regulador presentado por las partes. Las hijas quedaban bajo la custodia de la madre, a la que se atribuía el uso del domicilio familiar. El padre se obligaba a pagar una pensión de alimentos de 710 euros mensuales para las hijas y el 50% de los gastos extraordinarios de los servicios médicos no cubiertos por la Seguridad Social, y el 50% de los gastos extraordinarios como viajes de estudio, gastos de estudio de idiomas oficiales, matrículas universitarias, superiores o equivalentes.

Interpuso el esposo demanda de divorcio y modificación de medidas por variación sustancial de las circunstancias, solicitando la disminución de la pensión de alimentos de las hijas, la extinción del uso de la vivienda y autorización de venta de la misma o, subsidiariamente, su atribución a la Sra. B. por plazo de dos años. Recayó sentencia del Juzgado que, estimando parcialmente la demanda, declaró la disolución por divorcio del matrimonio, fijó una pensión de 250 euros mensuales para cada hija y el abono de los gastos ordinarios y extraordinarios por mitad, así como la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. B. por plazo de dos años desde el 1 de enero de 2014, a partir de cuyo momento se procederá a su venta.

Interpuso recurso de apelación la Sra. B. y la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 15 de abril de 2014 estimó parcialmente el recurso, seña-

ló una pensión de 300 euros para cada hija y, en cuanto al uso de la vivienda, mantuvo lo acordado por las partes en la cláusula primera del convenio regulador de su separación en el que se atribuía a la esposa *«hasta que por resolución judicial no se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna»*.

Segundo: Contra la anterior sentencia interpuso la representación de del Sr. G. recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

Como único motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), alega la infracción del artículo 218.1 y 2 LEC en concordancia con el artículo 24 de la Constitución Española, produciéndole indefensión.

No cabe la alegación en un mismo motivo de infracción del apartado 1 y, simultáneamente, del apartado 2 del artículo 218 LEC, pues se refieren a dos aspectos bien distintos, el apartado 1 a la claridad, precisión y congruencia de la sentencia con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, y el apartado 2 a la motivación de las sentencias.

El motivo del recurso se centra, para combatir el aumento de la pensión de las hijas de los 250 euros mensuales para cada una señalados en la primera instancia a los 300 euros fijados en apelación, en la modificación sustancial de las circunstancias en los ingresos de la madre, por el aumento de los mismos en relación a los que percibía en 2005. Y tacha de incongruente los argumentos de la sentencia de apelación porque con la misma argumentación que la de instancia llega a la conclusión de aumentar el importe de la pensión.

Tal alegación no supone incongruencia que, como se desprende de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 218 LEC y ha reiterado la jurisprudencia (por todas, STS de 23 de marzo de 2012), solo se produce por el desajuste entre lo pedido por las partes y lo concedido en sentencia. En el presente caso el importe de la pensión fijado para las hijas se encuentra entre lo solicitado por el actor, 225 euros mensuales para cada hija, y lo pedido por la demandada con la desestimación de la demanda, que supone el mantenimiento de las pensiones. Y la sentencia recurrida expone ampliamente en el fundamento segundo las circunstancias económicas de ambos progenitores, sin variación reseñable las del padre y muy mejoradas las de la madre, llegando a la conclusión de aumentar ligeramente las pensiones, de 250 euros mensuales para cada hija en primera instancia a los 300 que ahora se señalan. No hay, pues, incongruencia alguna.

En realidad el recurrente se queja de que en ambas sentencias se tiene por acreditada la variación de las circunstancias en los ingresos de la Sra. B., pero con iguales puntos de partida la sentencia recurrida aumenta en 50 euros la pensión para cada hija. Debe precisarse que ello implicaría, en los términos planteados en el recurso, falta de motivación pero no incongruencia.

Especialmente lo justifica la sentencia recurrida en el último párrafo de su fundamento segundo por la falta de precisión numérica (en la sentencia de primera instancia) del incremento de los rendimientos profesionales de la Sra. B., lo que lleva a concretar la pensión en 300 euros mensuales para cada hija. Podrá ser una diferente valoración de las circunstancias de hecho que llevan a una modificación, no muy relevante, de la cuantía de la pensión, pero no hay falta de motivación tras la amplia exposición de la modificación en los ingresos profesionales de la madre.

Sobre la infracción del artículo 218.2 LEC, que pudiera basarse en la necesidad de que el tribunal superior motive suficientemente el cambio de criterio de la primera instancia, la STS de 1 de octubre de 2012 (recurso 29/2010) dice en su apartado 63: *«1) que la segunda instancia atribuye al tribunal de apelación plena libertad para la valoración de la prueba; 2) que no es precisa una motivación específica polemizando con la sentencia de la primera instancia, sino la propia de toda valoración probatoria; y 3) que no se ajusta a la verdad la pretendida falta de motivación, ya que, como se ha indicado, la sentencia expuso de forma clara y precisa los indicios que condujeron a las conclusiones de hecho sobre las que asienta su decisión.»*

Trasladando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, no será precisa, por lo tanto, una justificación –en los términos que pretende el recurrente– sobre la específica motivación que lleva a variar la pensión de cada hija en 50 euros mensuales, dado que razona su propia decisión en lo que estima una falta de precisión numérica en la sentencia del Juzgado, tratándose además de decisiones de carácter discrecional, no revisables en casación salvo que resulten arbitrarias o irrazonables.

A lo largo del motivo del recurso realiza la parte sus propias valoraciones sobre las circunstancias económicas de los progenitores para obtener su propia conclusión, lo que implica disconformidad con la valoración de la prueba que solo es susceptible de revisión casacional por la vía del artículo 469.1.4º LEC cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se aprecia en el presente supuesto.

Como consecuencia de todo lo anterior, ha de ser rechazado el motivo de infracción procesal alegado.

Tercero: El primer motivo del recurso de casación se funda en inaplicación del artículo 82 y del artículo 79.5 del CDEFA, con vulneración del principio de proporcionalidad.

Reitera el recurrente sus anteriores alegaciones subrayando la mejora de los ingresos de la demandada, e insiste en la incongruencia de la sentencia recurrida por aumentar el importe de la pensión con el mismo razonamiento de la de primera instancia.

Ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia núm. 721/2011, de 28 de octubre de 2011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil, que *«corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».*

El mismo criterio ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda el recurrente sustituir el criterio judicial por el propio, por lo que el motivo debe ser igualmente rechazado.

Cuarto: El motivo segundo del recurso de casación se basa en inaplicación del artículo 81.3 y 4 en relación con el artículo 79.5 del CDFA, y el motivo tercero en infracción de los mismos apartados del artículo 81 en relación con el artículo 3.1 del Código civil, con la misma finalidad de solicitar la fijación de un límite en el uso de la vivienda familiar por parte de la esposa en los términos que había señalado la sen-

tencia del Juzgado. Por ello se estudiarán conjuntamente ambos motivos.

La sentencia recurrida considera que no se ha cumplido ninguna de las circunstancias condicionantes que las partes estipularon para la finalización del uso de la vivienda por parte de la esposa por lo que mantiene dicho uso en los términos pactados. El uso se atribuía a la esposa en el convenio *«hasta que por resolución judicial no se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna»*.

El argumento del recurrente es que se ha producido una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en 2005, y que el convenio regulador aprobado por la sentencia de 26 de mayo de 2005 se suscribió con arreglo a las circunstancias existentes en dicha fecha, además de haberse producido la promulgación del CDFA que ahora debe ser tenido en cuenta.

La parte recurrida opone que debe estarse a lo pactado en el convenio regulador de la separación en el que, frente a lo alegado por el recurrente, ya hay establecido un límite temporal según los criterios pactados por las partes.

Partiendo de este dato, que es el pacto entre los cónyuges en aquel momento, homologado en sentencia de mayo de 2005, debe resolverse si el mismo puede ser modificado por concurrir causas o circunstancias relevantes, en los términos que se recogen en el artículo 79.5 del CDFA. Y las causas o circunstancias relevantes serían, según la parte recurrente, la sustancial mejora en los ingresos de la madre y la promulgación de la nueva normativa aragonesa (Ley 2/2010, de 26 de mayo, integrada en el CDFA).

La Ley aragonesa 2/2010 introdujo en esta materia una novedad relevante respecto a la norma aquí vigente en ese momento, que era el artículo 96 del Código civil. Este precepto, en caso de custodia individual, a falta de acuerdo, atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y no habiendo hijos permite atribuir su uso al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije. Sin embargo, el artículo 7.2 de la Ley 2/2010 (hoy artículo 81.2 del CDFA) igualmente atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio en los casos de custodia individual, con la salvedad de atribución de uso al otro en el caso de que el mejor interés de las relaciones familiares así lo aconseje. Y en caso de atribución del uso a uno de los progenitores el artículo 81.3 impone una limitación temporal que se fijará mediante acuerdo, o por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

En el presente caso las partes establecieron una limitación al uso de la vivienda por parte de la madre hasta la independencia económica de las hijas o su emancipación de la residencia materna, que habrían de ser apreciadas judicialmente.

Cabe deducir que en un momento (año 2005) en que la limitación temporal de uso de la vivienda, habiendo hijos, solo era posible mediante acuerdo, el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal.

La posibilidad de modificación de las medidas, tanto las pactadas por los cónyuges como las acordadas judicialmente, está prevista en el penúltimo párrafo del artículo 91 del Código civil, en los mismos términos que en el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alteren o varíen *sustancialmente* las circunstancias. El artículo 79.5 del CDFA permite tal modificación en el derecho aragonés a partir de

la Ley 2/2010 cuando concurran causas o circunstancias *relevantes*.

La sentencia del Juzgado justificaba la fijación del plazo de dos años en el uso de la vivienda por parte de la Sra. B. en que el demandante, tras salir de la vivienda familiar, compró otra por la que pagaba una cuota mensual de 768 euros, a lo que se añadía el pago de la pensión y demás gastos a las hijas, y en la variación de las circunstancias económicas (en las percepciones de la madre) y familiares (las hijas ya mayores de edad). La sentencia de apelación recoge detalladamente la importante elevación de los ingresos de la madre, atribuyéndole relevancia para la modificación de la pensión de las hijas pero no para la limitación temporal del uso de la vivienda por entender que no concurrían las condiciones pactadas en el convenio regulador de la separación (*la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna*).

La atención que presta la sentencia del Juzgado a la alteración de las circunstancias económicas para justificar su incidencia en el pacto sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y su limitación temporal de uso, pone de manifiesto la necesidad de establecer la naturaleza y trascendencia del derecho de uso de la vivienda familiar.

En este caso, dado que las hijas del matrimonio son mayores de edad aunque dependientes económicamente de los padres, resulta de menor importancia la relevancia que debe darse a tal uso cuando se encuentra presente el interés del menor. No obstante, aun hallándose presente el interés del menor –con las limitaciones que ello impone–, el Tribunal Supremo engloba la atribución del uso de la vivienda en la prestación de alimentos a favor de los hijos. Dice la sentencia núm. 304/2012, de 21 de mayo, recurso 1067/2011:

«Esta Sala ha formulado en la STS 221/2011, de 1 de abril, la siguiente doctrina que debe aplicarse a este caso concreto: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC», doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 abril; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre.

En ellas se argumenta que «El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat y art. 81.2 CDFAragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios». Este mismo argumento debe aplicarse en este recurso por lo que procede aplicar la doctrina antes reproducida.»

La cita de la regulación catalana y aragonesa debe matizarse en el sentido de que en la primera el componente económico es más evidente pues el artículo 233.20.1 de su Código Civil permite que los cónyuges acuerden la atribución de la vivienda familiar a uno de ellos *«a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste»*, y el artículo 233.21 señala que la autoridad judicial puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar *«a) si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos»*.

No existe en el Código aragonés una previsión tan específica, pero dentro de los

gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional con sus recursos económicos (artículo 82.1 y 82.2 del CDFA), se encuentra la habitación (artículo 65.1.b). También la atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (artículo 83.2.d). Y el artículo 81.3, para la fijación del límite temporal de atribución del uso de la vivienda, indica al juez que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, entre ellas evidentemente las de contenido económico.

La sentencia de esta Sala núm. 26/2012, de 13 de julio, recaída en recurso de casación 10/2012, explicaba la justificación del legislador aragonés para imponer una limitación temporal en el uso de la vivienda: *«Pero el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda.»* A continuación señala la sentencia la importancia de las circunstancias de la familia a tener en cuenta conforme al artículo 81.3, tanto las de relaciones personales y sociales que se ven afectadas por la asignación del uso de la vivienda, como las económicas, que necesariamente repercuten en ambas partes.

Nuestra sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 35/2012), citada por la parte recurrente, señala también la justificación de la limitación temporal del uso de la vivienda y el señalamiento de plazo concreto en la certeza que proporciona a ambas partes, lo que no se consigue si hay indefinición en el límite temporal al condicionar en aquel caso el momento concreto a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas, inciso que se suprimió en la sentencia de casación. En tal sentido debe recordarse que en el caso que nos ocupa la cláusula pactada en el convenio condiciona el cese del uso de la vivienda de la madre *«hasta que por resolución judicial se estipule la independencia económica de ambas hijas o su emancipación de la residencia materna»*, lo que obliga al seguimiento de un nuevo procedimiento judicial que resuelva el cumplimiento de tales circunstancias, por lo demás bastante indefinidas e inciertas en tal redacción.

En la sentencia de 7 de febrero de 2013, recurso 36/2012, exponíamos la interdependencia entre los aspectos personales y los patrimoniales tenidos en cuenta para la fijación de un límite temporal en el uso de la vivienda familiar, que en aquel caso habían hecho aconsejable a la sentencia recurrida señalar un uso limitado por breve plazo.

Las anteriores consideraciones conducen a apreciar que la importante variación en los ingresos de la Sra. B. debe llevar a la limitación concreta en el uso de la vivienda familiar, una vez que las hijas han alcanzado la mayoría de edad (la mayor cumplirá 24 años el próximo mes de diciembre y la menor 21 años el 24 de octubre), y subsisten el resto de las cargas económicas para el padre, no solo las que derivan de la privación del uso de la vivienda desde 2005 sino las alimenticias para las hijas corriendo con importantes gastos derivados de sus estudios superiores.

Y ello porque se han producido las circunstancias relevantes que exige el artículo 79.5 del CDFA, que no pudieron ser tenidas en cuenta en el convenio de separación. Se tuvo en consideración entonces el crecimiento de las hijas y su necesidad de permanecer en la vivienda hasta su inde-

pendencia económica, aun con gran indefinición y en función del resultado de un nuevo procedimiento judicial, lo que debe ser evitado. Pero lo que además ha variado sustancialmente es que, dados los muy inferiores ingresos de la madre en aquel momento, asumían ambos que la mayor carga económica la soportara el padre, pero ahora puede la madre atender a la necesidad de vivienda con sus mayores ingresos sin que tal carga siga recayendo fundamentalmente sobre el padre, dado que ambos deben contribuir a los gastos de asistencia de las hijas proporcionalmente a sus ingresos.

Es ésta la variación de las circunstancias inicialmente pactadas que obliga a que sea tenida en cuenta no solo en la modificación de la pensión alimenticia, aumentada por la sentencia de apelación respecto a la de primera instancia, sino en la contribución a los gastos que representa proveer a los hijos de habitación, pues no resultaría proporcional a los ingresos de los progenitores si se ignorara el aumento relevante de los de la madre, que permite aliviar en igual medida la carga del padre en cuanto podrá así en un tiempo determinado disponer de su copropiedad en la vivienda familiar.

Por todo ello, procede estimar infringido el artículo 81.3, en relación con el artículo 79.5 del CDFA, en lo relativo a la modificación del plazo de uso de la vivienda familiar, por lo que los dos indicados motivos del recurso deben ser estimados, y casada la sentencia en este punto.

Quinto: Como consecuencia de la casación de la sentencia recurrida debe esta Sala asumir la instancia y decidir el plazo a señalar en el uso de la vivienda por parte de la madre con las hijas, atendiendo a las circunstancias de la familia.

La sentencia de primera instancia tuvo en cuenta las circunstancias ya señaladas para dar lugar a la modificación del plazo de uso de la vivienda y considera esta Sala adecuado el plazo señalado, de dos años a partir del 1 de enero de 2014, pudiendo en este tiempo la madre preparar lo necesario para proveerse de vivienda, o llegar a los acuerdos que las partes estimen convenientes respecto a la que ocupa actualmente, una vez venza el plazo señalado.

Sexto: Casada la sentencia en los términos expuestos, resulta innecesario cualquier pronunciamiento sobre la alegada infracción del artículo 81.4 del CDFA pues, una vez extinguido el derecho de uso de la vivienda, los copropietarios decidirán el destino de la vivienda en la forma que mejor convenga a sus intereses (en parecidos términos la citada sentencia de la Sala de 13 de julio de 2012, recurso 10/2012).

Séptimo: Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación parcial del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Dª Nuria Ayerra Duesca, en nombre y representación de D. Isidoro G. B., contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2014 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que casamos parcialmente en el sentido de limitar a dos años desde el 1 de enero de 2014 el uso de la vivienda adjudicada a Dª Mª Jesús B. G., con sus hijas Marta y Lorena.

Sin imposición de las costas del recurso.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con

testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

30

NÚM. 30

S. TSJA 35/2014
de 5 de noviembre de 2014

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: Asignación compensatoria: Carácter temporal o indefinido: ***El legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, a diferencia de lo hecho para el uso de la vivienda familiar en el art. 81.3 CDFA. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias del Tribunal Supremo. Es doctrina del TS sobre la pensión compensatoria y su temporalidad que «el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el art. 97 Cc. (...), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre» (STS 369/2014, de 3/7).***

Doctrina jurisprudencial: ***Es doctrina reiterada del TS que para la procedencia del establecimiento de la pensión compensatoria debe resultar acreditado un desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (STS 741/2013, de 20/11, y las en ella citadas). En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores: lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. A la vista de las circunstancias del art. 97.2 Cc. el Juez ha de decidir tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal (STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero).***

La STS 104/2014, de 20/2, fija como doctrina jurisprudencial «que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial». A su vez, la STS 106/2014, de 18/3, ha establecido: «Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y

los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial».

Padres con hijos a cargo: ***La regulación de la asignación compensatoria del art. 83 CDFA está incluida en la Sección dedicada a los «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo». En el caso de autos al tiempo de interponerse la demanda existía una hija menor de edad, con lo que se da el supuesto normativo para la pretensión de tal asignación a favor de la actora. Cuando no existan hijos a cargo podrá establecerse la pensión compensatoria tal como viene regulada en el art. 97 del Código civil. En todo caso, esta Sala ha declarado –STSJA 26/2013, de 25 de junio y las en ella citadas– la unidad conceptual de ambas instituciones.***

Valoración del carácter temporal o indefinido: ***El tribunal de instancia ha de «valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto» (STS 369/2014, de 3/7), criterio tenido en cuenta en el caso de autos para optar por la asignación indefinida, dado que no aprecia esa posibilidad de reequilibrio en un tiempo determinado o determinable. Este juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 81, 83 CDFA, 97 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 37/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de mayo de 2014, recaída en el rollo de apelación número 138/2014, dimanante de autos de Divorcio 583/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Alfredo V. C., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Pilar Sierra Parroqué y dirigido por el Letrado D. José Antonio Parroqué Lázaro, y como parte recurrida Dª Olimpia B. P., representada por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Martínez Romasanta y dirigida por la Letrada Dª Mª Carmen Olona Blasco, con el beneficio de justicia gratuita reconocido, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado D. Fernando Zubiri de Salinas.

[…]

Fallamos

Primero: Desestimar el presente recurso de casación núm. 37/2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Sierra Parroqué, en nombre y representación de D. Alfredo V. C., contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Segundo: Sin imposición de las costas del recurso.

31

NÚM. 31

S. TSJA 36/2014
de 17 de noviembre de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Competencia funcional: ***Es competente esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de***

las normas del Derecho civil aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.II Lec. y 1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa). Salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía [antes de la Lec. del 2000] a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia (STS 947/1999, de 16/11, citada por la STSJA 30/2014). Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, y corresponderá al tribunal la decisión sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas.

Derecho transitorio: Servidumbres: ***La Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, entró en vigor el 1 de enero de 2011, y en el caso hay dudas sobre si las obras en el predio dominante de la servidumbre se realizaron después de esa fecha. Sin embargo, lo fundamental para decidir sobre la aplicación de esa Ley, luego refundida en el CDFA, a los hechos controvertidos es tener en cuenta que la DT 23ª del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia (servidumbres) a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto (Derecho patrimonial), aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA.***

84: SERVIDUMBRES: Extinción: ***Numerus clausus*** **de causas de extinción:** ***La sentencia recurrida entiende que la infracción del art. 543 Cc., al hacer la servidumbre más gravosa, conlleva su extinción. Tal conclusión excede lo dispuesto en la norma pues los modos de extinción vienen establecidos en el art. 546 Cc. y entre ellos no se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. En la regulación del CDFA es el art. 571 el que contiene las causa de extinción de las servidumbres, que en buena medida coinciden con las del art. 546 Cc., pero en ninguna de ellas se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. Y las causas de extinción vienen enumeradas de forma cerrada, como*** **numerus clausus,** ***por lo que no permiten ser aplicadas a supuestos distintos de los específicamente previstos.***

Disposiciones citadas: ***arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.II Lec., art. 1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, DT 23 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 36/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 13 de mayo de 2014, recaída en el rollo de apelación número 43/20114, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 80/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, D. José C. I., Dª Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y Dª Isabel C. P. representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Inmaculada Isiegas Gerner y dirigidos por la Letrada Dª Paula Edo Huertas, frente a D. Francisco A. G. y Dª Juana N. A. representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª de los Angeles Prieto Sogo y dirigida por la Letrada Dª Miren Carot Aleixandre.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Teruel la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y repre-

sentación de D. Francisco A. Garcés y Dª Juana N. A., presentó demanda de juicio Ordinario contra D. José C. I., Dª Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y Dª Maria Isabel C. P. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se declare:

«Extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados a favor del predio dominante en C/ … de la población de …(Teruel) de los demandados, y predio sirviente el solar de la actora con entrada por la C/ …, es parte de la finca catastrada en C/ … suelo de … (Teruel) con referencia catastral … y se condene a la demandada:

1. A quitar los dos nuevos aleros a distinto nivel construidos en su edificio que se introducen en la finca de la actora, de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan en una futura construcción.

2. A canalizar las aguas pluviales que viertan dichos aleros sobre la finca de los demandantes, de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

3. Y al pago íntegro de las costas de este juicio.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, conforme a lo siguiente:

«1: Defecto legal en el modo de proponer la demanda, por falta de claridad de la petición que se deduce, subsidiariamente:

2: Suspenda la causa por prejudicialidad administrativa. La petición de expropiación de la parcela … para la construcción de un vial sin resolución definitiva es conexa al presente procedimiento, porque supondrá la desaparición de las relaciones de vecindad entre las partes, subsidiariamente:

3: Desestime la acción negatoria de servidumbre por no existir agravamiento de vertiente de tejado, subsidiariamente:

4: Desestime las peticiones de eliminar los dos nuevos aleros así como la obligación de canalizar las aguas pluviales por aplicación de la teoría jurisprudencial de accesión invertida, fijando en ejecución de Sentencia la indemnización que proceda.»

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, dictó sentencia en fecha 22 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda de D. Francisco A. G. y Dª Juana N. A. contra D. José C. I., Dª Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y Dª María-Isabel C. P., debo absolver y absuelvo libremente a los mismos de las peticiones en ella contenidas, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

Tercero: Interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Fortea en nombre y representación de D. Francisco A. G. y Doña Juana N. A. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la contraparte, quien se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, con fecha 13 de mayo de 2014 la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos, Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea en representación de don Francisco A. G. y doña *Juana N. A. contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel en Juicio Ordinario núm. 80/2013 y, consecuentemente, Revocar la misma, cuyo fallo queda redactado de la siguiente manera: «Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea en representación de don Francisco A. G. y doña Juana N. A., se declara extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados que existía a favor del predio dominante en calle … de la población de … (Teruel) de los demandados, y predio sirviente el solar de la actora con entrada por la calle …, es parte de la finca catastrada en C/ …) suelo de … (Teruel) con referencia catastral …, y se condena a la parte demandada:*

1: A quitar los dos nuevos aleros a distinto nivel construidos en su edificio que se introducen en la finca de la actora, de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan una futura construcción.

2: A canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros sobre la finca de los demandantes, de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

3: Al pago de las costas en primera instancia.»

Cuarto: El Procurador Sr. García Dobón en nombre y representación de D. José C. I., Isabel P. G., Eduardo S. V. e Isabel C. P., interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, fundamentado: Primero: En la no aplicación del derecho propio aragonés contenido en el Código de Derecho Foral de Aragón. Segundo: Infracción legal de lo dispuesto en los artículos 538 y 556 del CDFA, Relaciones de vecindad y principio general del uso inocuo. Tercero: Infracción legal de lo dispuesto en los artículos 557, 558, 560 y 571 del CDFA. Ejercicio *civiliter* y extinción de la servidumbre.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Teruel acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por el recurrente la Procuradora de los Tribunales Dª Inmaculada Isiegas Gerner y por la recurrida la Procuradora Dª Mª de los Angeles Prieto Sogo, se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de 4 de septiembre se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para oposición, presentando escrito dentro de plazo la parte recurrida, quien se opuso al mismo y solicitando se dicte resolución por la que se inadmita el recurso de casación y se desestime en su integridad dicho recurso.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 22 de octubre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: La parte actora alegaba en su demanda que una finca de su propiedad era predio sirviente de otra vecina, predio dominante de una servidumbre de vertido de aguas pluviales procedentes del tejado de esta última, habiendo sido adquirida la servidumbre por usucapión. Tal servidumbre se habría visto agravada por la construcción, sobre la estructura de dos antiguos edificios de planta baja, de dos plantas superiores sobre las que se construyeron nuevos aleros que volaban sobre su finca con mayor amplitud que las tejas de los antiguos edificios, lo que, añadido a la mayor altura de la que ahora el agua caía del tejado, suponía un agravamiento que no estaba obligado a soportar por lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil (Cc.). Solicitaba por ello la extinción de la servi-

dumbre y que se condenara a los propietarios de la finca vecina a quitar los dos nuevos aleros que se introducían en su finca, de forma que no vuelen y no le impidan una futura construcción, y a canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros sobre su finca de forma que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró que la legislación aplicable era el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) y que el agravamiento de una servidumbre, conforme a lo dispuesto en los artículos 543.1 y 546 Cc. no comportaría la extinción de la servidumbre sino la vuelta al estado de cosas anterior. Y, conforme a los artículos 538, 557, 558.4, 560 y 571 del CDFA, por el agravamiento de la servidumbre el propietario del predio sirviente podría exigir las modificaciones que creyera convenientes, sin estar autorizado a solicitar su extinción. Analizando la prueba practicada afirma la sentencia que el actor reconoció que la parte de su propiedad gravada por la servidumbre siempre ha sido camino de acceso a las fincas colindantes y que siempre se ha vertido al mismo por parte de tales; también que la configuración física de la casa y la forma y dimensión de los aleros según las fotografías e informes periciales no permiten alcanzar la conclusión de un agravamiento de la servidumbre jurídicamente relevante, consideradas las relaciones de vecindad y la institución (servidumbre) arriba expresadas. Por ello desestimó íntegramente la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial considera que deben compaginarse *«el ejercicio de los derechos dominicales con el interés público y social de favorecer el adecentamiento de los inmuebles y su aprovechamiento, pero estos criterios no permiten el abuso de derecho respecto a la propiedad colindante, como ha sucedido en este caso en el que se han construido dos nuevos aleros que sobrevuelan considerablemente el predio del actor y suponen un mayor volumen constructivo, además de que existen en la actualidad soluciones de recogida de aguas pluviales…»*.

Añade que ya en la sentencia dictada en el juicio verbal civil seguido entre los ahora litigantes, de suspensión de obra nueva, se pronunció la Sala en el sentido de que *«el simple hecho de elevar el tejado con dos plantas nuevas, cuando solamente existía una sola en la primera planta, supone una agravación de la servidumbre pues el agua al caer desde una altura superior lo hace con más fuerza y describe una mayor parábola afectando a mayor superficie del predio sirviente»*. Y cita también su sentencia de 8 de mayo de 1996 en la que argumentó que el hecho de elevar considerablemente el tejado y dar nueva configuración a los aleros supuso una agravación de la servidumbre y, consecuentemente, una infracción de la norma del artículo 543 del Código civil que conlleva la extinción de la servidumbre como consecuencia menos gravosa para la parte demandada.

Continúa diciendo que *«en la actualidad, tras realizar la parte demandada un edificio de dos alturas sobre la primera planta ya existente, se han colocado dos nuevos aleros, en dos alturas diferentes, que aun cuando según el informe técnico elaborado por el arquitecto don José Luis Guillén Aparicio no invaden ni exceden la línea vertical marcada por el antiguo alero, no solamente están construidos por salientes de tejas, sino que con ellos se ha dado un mayor volumen constructivo debido a las viguetas o canes de madera salientes. Al haber hecho más gravosa la servidumbre infringieron las normas citadas anteriormente, por lo que debe ser estimado el recurso y estimada la demanda, declarándose la extinción de la servidumbre con retirada de los dos nuevos aleros que se introducen en la finca de los actores al haber sido ocupado el vuelo de la misma sin justificación alguna»*. Por ello revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda,

declara extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados, y condena a la parte demandada a quitar los dos nuevos aleros de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan una futura construcción, y a canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

Segundo: En el primero de los denominados fundamentos del recurso de casación argumentaba la parte recurrente que la sentencia recurrida no había aplicado la normativa del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) sino el artículo 543 del Código civil, mostrando las diferencias que, a su juicio, ofrecen una y otra regulación.

A su vez, la parte recurrida había propuesto en su escrito compareciendo ante esta Sala, y reprodujo en el escrito de oposición al recurso, la causa de inadmisibilidad de no estar vigente en el momento de producirse la alteración y agravación de la servidumbre la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial. Y considera contradictorio que el recurrente funde su recurso en infracción de la normativa aragonesa y, sin embargo, afirme que la sentencia recurrida aplica normas de derecho común, lo que conllevaría la improcedencia del recurso de casación foral. Ello determinaría, en definitiva, la falta de competencia funcional de esta Sala.

Conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 485 LEC, no habiendo sido rechazada al tiempo de la admisión del recurso la causa de inadmisibilidad opuesta, cabe su alegación en el escrito de oposición al recurso y por ello debe ser resuelta en primer lugar.

Como dispone el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y concretan el artículo 478.1.II LEC, y el artículo 1 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, es competente esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés.

Ya dijimos en nuestra sentencia núm. 30, de 26 de septiembre de 2014 (recurso 26/2014), con cita de la del Tribunal Supremo núm. 947/1999, de 16 de noviembre de 1999, recurso 205/1995, que, salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Y afirmaba la citada sentencia del Tribunal Supremo: «…*cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación*».

Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, y corresponderá al tribunal la decisión sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas.

En el presente caso la parte demandada y ahora recurrente ya alegó en su escrito de contestación a la demanda los preceptos del CDFA que consideraba aplicables, y la sentencia del Juzgado expresamente determinó la aplicabilidad de la regulación aragonesa frente a la invocación del Código civil por parte de la actora. La sentencia recurri-

da recoge preceptos de ambos cuerpos normativos aunque finalmente resuelve en base a lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil. Por ello, la invocación en el recurso de casación de la normativa aragonesa no resulta artificiosa ni contradictoria pues se afirma que se debió aplicar la misma y que bajo su amparo la sentencia debió ser otra.

Examinando ya si es de aplicación a los hechos controvertidos el CDFA, que refundió entre otras la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011, la parte recurrida lo niega porque las obras sobre el predio dominante de la servidumbre se realizaron en el año 2010. Esta cuestión no es pacífica pues si bien la sentencia de 15 de junio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Teruel, que puso fin al juicio verbal 644/2010 seguido por la acción de suspensión de la obra nueva, había afirmado que la obra estaba terminada al tiempo de interposición de la demanda el 30 de noviembre de 2010, la sentencia de 18 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación contra la anterior, expresa su disconformidad con tal apreciación y afirma que la obra no estaba concluida conforme al acta de diligencia de requerimiento y paralización de la obra llevada a cabo por el Juzgado el 14 de diciembre de 2010.

Y, fundamentalmente, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Vigésimo tercera del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA. No se opone a ello, como pretende la parte recurrida, lo dicho por esta Sala en su sentencia núm. 25/2013, de 24 de junio, recurso 1/2013, en la que simplemente se afirmaba que una determinada servidumbre ya había sido adquirida por usucapión estando en vigor la Compilación de 1967, conforme al plazo exigido por la misma que, por lo demás, no resultaba modificado por el CDFA.

Por ello, debe ser rechazada la causa de inadmisibilidad alegada.

Tercero: El primer motivo de fondo del recurso (que aparece como apartado segundo de la fundamentación) se funda en infracción de los artículos 538 y 556 CDFA, bajo el título que le da el recurrente de relaciones de vecindad y principio general del uso inocuo, en el que se refiere a principios generales sobre uso adecuado de los inmuebles en las relaciones de vecindad, buena fe, contenido general de las servidumbres y ejercicio *civiliter* de las mismas que, por sí solos, dado su contenido general y programático, no permiten que este tribunal de casación pueda apreciar, en cumplimiento de la función que le es propia, si la resolución recurrida ha infringido una concreta norma aplicable (artículo 477.1 LEC).

En consecuencia, concurriría en este motivo la causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 LEC, lo que en este trámite es causa de su desestimación.

Cuarto: En el denominado fundamento tercero se alega la infracción de los artículos 557, 558, 560 y 571 del CDFA. El recurrente reproduce alguno de los párrafos de la sentencia de primera instancia en los que se hace aplicación del artículo 560, sobre la posibilidad del propietario del predio sirviente de exigir las modificaciones de la servidumbre que crea convenientes si su ejercicio le resulta excesivamente gravoso, y del artículo 571, para concluir que tal ejercicio gravoso no autoriza, conforme a dicho precepto, a solicitar la extinción de la servidumbre.

La sentencia de apelación, como se ha expuesto, apreciado el agravamiento de la servidumbre, determina la extinción de la misma en base a lo previsto en el artículo 543 Cc. Este precepto permite al dueño del predio dominante hacer en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre sin alterarla ni hacerla más gravosa, de donde concluye la sentencia recurrida que su infracción conlleva su extinción. Tal conclusión excede lo dispuesto en la norma pues los modos de extinción vienen establecidos en el artículo 546 y entre ellos no se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre.

En la regulación del CDFA el artículo 557 (ejercicio *civiliter*) exige un ejercicio de las servidumbres de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente. El artículo 558 permite al titular de la finca dominante la realización, a su costa, de las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, impidiendo al titular de la finca sirviente (apartado 4) la realización de ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre. El artículo 560 permite al propietario de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre le resulta excesivamente gravoso o incómodo, exigir las modificaciones que crea convenientes en la forma y el lugar de la prestación de la misma, siempre que no disminuyan su valor y utilidad.

Y, finalmente, el artículo 571 contiene las causas de extinción de las servidumbres, que en buena medida coinciden con las del artículo 546 Cc., pero en ninguna de ellas se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. Y las causas de extinción vienen enumeradas de forma cerrada, como *numerus clausus*, por lo que no permiten ser aplicadas a supuestos distintos de los específicamente previstos.

En consecuencia, debe concluirse que ha sido infringido el artículo 571 del CDFA y por ello debe ser estimado el motivo del recurso y casada la sentencia, con confirmación de la sentencia de primera instancia.

Quinto: Las costas de primera instancia fueron impuestas conforme al principio del vencimiento, pero las dudas de hecho y de derecho surgidas, como se deduce del distinto signo de las sentencias de instancia, aconsejan no hacer imposición de las mismas a ninguna de las partes.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y así se mantiene dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales Dª Inmaculada Isiegas Gerner actuando en nombre y representación de D. José C. I., Dª Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y Dª Isabel C. P., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha 13 de mayo de 2014, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: En su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvemos a la parte demandada de las peticiones de la actora.

Tercero: No se hace imposición de las costas de las instancias ni del recurso de casación.

Cuarto: Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

Quinto: Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con

devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

32

NÚM. 32

S. TSJA 37/2014
de 19 de noviembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Derechos y principios: Derecho de los padres a la igualdad: ***El art. 65, al fijar el objeto y finalidad de la regulación, y el art. 76 al señalar los derechos y principios de la misma, establecen de modo general el derecho a la igualdad de ambos progenitores en sus relaciones familiares respecto a los menores de edad. Pero dicha igualdad no impide que, en casos determinados, puedan establecerse medidas respecto de los menores que supongan un trato diferente para cada progenitor y respecto de cada uno de los hijos, en función de las circunstancias concurrentes y razonándolo debidamente. Una diferencia de trato es discriminatoria si se realiza con base en prejuicios discriminatorios (STS 71/1998, de 30/3) o si carece de justificación razonable y objetiva (art. 14 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales).***

Guarda y custodia de los hijos: Principio de no separación de los hermanos: ***Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación –STSJA 30/10/2013–, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión. En el caso de autos se tiene en cuenta la notoria diferencia de edad entre los dos hermanos (el menor sigue en custodia individual con la madre y el mayor pasa a custodia compartida) y, además, que el mayor tiene 17 años, por lo que en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso el art. 80.4 CDFA.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 75, 76, 80.4 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 14/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de enero de 2014, recaída en el rollo de apelación número 536/2013, dimanante de autos de Modificación de Medidas de Divorcio 772/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Ángel Marino T. M., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada Dª Virginia Laguna Marín-Yaseli, y como parte recurrida Dª Paloma Berta S. B., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Santacruz Blanco y dirigida por la Letrada Dª Pilar Español Bardají, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente D. Fernando Zubiri de Salinas.

[…]

Fallamos

Primero: Desestimar el presente recurso de casación núm. 14/2014, interpuesto

por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pedraja Iglesias, en nombre y representación de D. Ángel Marino T. M., contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Segundo: No hacer imposición de las costas del recurso.

33

NÚM. 33

S. TSJA 38/2014
de 20 de noviembre de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Objeto del recurso de apelación: L*a Lec. responde al modelo de apelación limitada (art. 456 Lec.), la jurisprudencia ha señalado que no cabe alteración del debate en la apelación* (pendente apellatione nihil innovatur*) y que el objeto del recurso de apelación queda constreñido a los extremos debatidos en dicha instancia* (tantum devolutum quantum apellatum*). En el recurso de apelación rige el principio dispositivo del art. 216 Lec. e igualmente rige el de congruencia que han de guardar las resoluciones judiciales con prohibición de la* reformatio in peius*. Ahora bien, la jurisprudencia también ha señalado que el objeto del recurso de apelación es el mismo de la primera instancia, o sea la pretensión ejercitada por el demandante y en su caso –en vía reconvencional– por el demandado, junto con las excepciones entonces planteadas, hasta el punto de que el contenido de la apelación no solo viene delimitado por las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición del recurso, sino también por los de oposición al mismo que incidan en lo alegado en la primera instancia (SsTC 73/2009 y 91/2010).

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: Tutela: Responsabilidad del tutor: ***Puede entenderse que la tutora conoció, al hacer inventario del patrimonio de su pupilo, que había unas participaciones consorciales en un fondo de inversión por valor de 130.000 euros y no aludió a ellas. Aun cuando no fuera así, la aceptación de la herencia de la mujer del pupilo a favor de la tutora y su subsanación para incluir en ella como bienes privativos dichas participaciones, pusieron de manifiesto que se planteó la cuestión de si el fondo era consorcial o privativo. Y en ese momento debió averiguarse la procedencia del dinero que sirvió para la constitución del fondo que, sin duda, era consorcial. Aun obviando la actuación efectuada en el inventario de bienes del incapacitado, sí es apreciable en el momento de aceptar la herencia de su esposa, que la tutora no actuó con la diligencia que le era exigible, pues omitió sin causa alguna relacionar que el fondo era patrimonio común de los cónyuges, con la consiguiente pérdida patrimonial para el incapacitado. Concurren los requisitos para declarar la responsabilidad de la tutora, que ha de indemnizar a los herederos del incapacitado en el perjuicio económico reclamado, que es la mitad del valor del fondo. Frente a ello, no es oponible que la tutora (y heredera) haya podido adquirir el fondo por usucapión, por cuanto no se ejercitó una acción reivindicatoria sobre el mismo.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 456 Lec.*****, 106 CDFA.**

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 33/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la

Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación número 54/2014, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 41/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de La Almunia de Doña Godina, en el que son partes, como recurrente, Dª Carolina, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Nuria Juste Puyo y dirigida por las Letradas Dª Mercedes Gorgas Mínguez y Dª Andrea Peribáñez Usero y como parte recurrida D. José Daniel, D. Álvaro, D. Dimas, Dª Miriam, Dª María Esther, y Dª Elisabeth, representados por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Jiménez Alfaro y dirigidos por el Letrado D. Blas Eduardo Sánchez Sanz.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[…]

Fallamos

1. Desestimar los cuatro motivos del recurso formulado contra la sentencia de 25 de abril de 2014 dictada por la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo de Apelación núm. 54/2014 .

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha hecho valer.

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

34

NÚM. 34

S. TSJA 39/2014
de 15 de diciembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Derechos y principios: Invocación en casación: ***El art. 76 CDFA establece principios y derechos de contenido esencialmente programático, a tener en cuenta en las relaciones paternofiliales que surgen como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los padres, y de carácter informador en la interpretación de las normas que regulan tales relaciones en las citadas circunstancias. Por ello debe exigirse, como requiere el art. 477.1 Lec., que en el recurso de casación se concrete la norma aplicable que se considere infringida y el fundamento de tal infracción.***

Régimen de visitas: Entrega y recogida de los hijos: ***Conforme a los principios generales de ineludible observancia señalados por la STS 289/2014, de 26 de mayo (recurso 2710/2012) para la atribución de las cargas que implican los desplazamientos del régimen de visitas (interés del menor –art. 39 CE– y reparto equitativo de cargas), no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. El interés del menor exige el mejor desarrollo posible del régimen de visitas, que no es sólo un derecho de los progenitores no custodios (art. 80.1.3) sino de los hijos menores con ellos (arts. 76.3.a y 79.2.a), y debe ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores. Los anteriores principios habrán de ser tenidos en cuenta en cada caso concreto y singularizados en las situaciones extraordinarias.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 39 CE, 76, 79, 80.1 CDFA; 477 Lec.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a quince de diciembre de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 41/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 17 de junio de 2014, con auto de aclaración de fecha 26 de junio de 2014, en el rollo de apelación número 167/2014 dimanante de autos de modificación de medidas 648/12 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. César Miguel E. L., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Olvido Latorre Mozota y dirigido por la Letrada Dª Ana Cristina Vives Luzón, y como parte recurrida Dª Mª José R. R., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por la Letrada Dª Pilar Español Bardají, en el que es parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Olvido Latorre Mozota, actuando en nombre y representación de D. César E. L., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª Mª José R. R. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando:

«se dicte sentencia que estime la presente demanda y acuerde modificar el régimen de visitas del siguiente modo:

a) Que se suspendan las visitas intersemanales, salvo que la madre pueda verificarlas en la localidad de residencia de la menor.

b) Que se mantenga el resto del régimen de visitas y vacaciones establecido, si bien en cuanto a las recogidas y entregas de la menor propone lo siguiente:

1: Que se establezca como punto intermedio de recogidas y entregas la localidad de Bilbao, de forma que el Sr. E. llevará a su hija a Bilbao (al lugar que se determine) los fines de semana alternos a las 20 horas del viernes y la recogerá en el mismo lugar a las 20 horas del domingo. En los periodos de comienzo y finalización de vacaciones se proceda del mismo modo.

2: Subsidiariamente, se establezca que la menor sea recogida y reintegrada en el domicilio paterno (o en otro lugar de la misma localidad a fin de evitar el incumplimiento de la orden de alejamiento que la Sra. R. tiene establecida frente al Sr. E.), tanto en los fines de semana alternos como en los periodos de vacaciones, abonando al 50% entre ambos progenitores los gastos de desplazamiento, quien recoja y reintegre a su hija en el domicilio paterno, tanto en los fines de semana alternos como en los periodos de vacaciones, abonando al 50% entre ambos progenitores los gastos de desplazamiento.»

Por otrosí se interesó la adopción de medidas cautelares.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para su contestación. Dentro de plazo lo hicieron el Ministerio Fiscal y la parte demandada, oponiéndose ésta a la misma y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que «desestime la petición de modificación de medidas, y decrete una sentencia restableciendo las medidas decretadas en sentencia de divorcio de fecha 29 de diciembre de 2009, custodia individual a favor de la madre, con la ampliación de visitas de la sentencia dictada por la APZ de 23 de julio de 2010, según donde resida el padre, con expresa condena en costas al actor por temeridad y mala fe civil.»

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Admitida la contestación y previos los trámites legales oportunos, incluso la prác-

tica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que debo desestimar y Desestimo la demanda de modificación de medidas deducida por la Procuradora Dª María Olvido Latorre Mozota, en nombre y representación de D. César Miguel E. L. contra Dª María José R. R., representada por la Procuradora Dª María del Carmen Ibáñez Gómez, declaro no haber lugar a la misma, y en su virtud absuelvo a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidos, y Estimando la solicitud deducida en el escrito de contestación a la demanda, acuerdo atribuir en lo sucesivo la guarda y custodia de la hija común, Cristina E. R., en régimen de custodia individual, a su madre, Dª María José R. R., estableciéndose como régimen de visitas, estancias y comunicaciones del progenitor que, conforme a lo acordado, no tenga bajo su custodia a la menor, el siguiente:

— Todos los fines de semana que coincidan con festivos nacionales, o de la Comunidad Autónoma o en el Municipio donde residirá la menor conforme a lo que en esta resolución se acuerda, en los que la hija permanecerá con su padre, aprovechando el puente o el día festivo que corresponda, desde las 16:00 horas del día inmediato anterior al primer festivo, hasta el día anterior a la reanudación del periodo lectivo, a las 20:00 horas; si el festivo fuere lunes o martes (y, conforme al Calendario escolar vigente en Aragón, el día intermedio fuera considerado no lectivo), la estancia de la menor será desde el viernes hasta el día anterior a la reanudación de las clases, en los mismos horarios que se acaban de exponer, debiendo proceder de conformidad con lo que se dejó expuesto en el inciso final del párrafo último del FD CUARTO de esta resolución.

— En fines de semana alternos, hasta un máximo de dos al mes, a elección del padre, que lo comunicará a la madre por medio o procedimiento que garantice y acredite su recepción y envío, con al menos cinco días de antelación, desde el viernes a la salida del colegio, o desde las 18:00 horas, hasta las 21:00 horas del domingo, con entrega y recogida de la menor en su domicilio, debiendo tener íntegramente lugar la estancia en Zaragoza. Previo acuerdo de los progenitores, y para el caso de que el padre no dispusiera de vivienda adecuada para la pernocta de la menor, podría la visita ser hasta las 21:00 horas del viernes y del sábado, comenzando a las horas más arriba señaladas, y finalizando en todo caso, como máximo, a las 21:00 horas del domingo, sin perjuicio de que el padre pueda reintegrar a la menor a su domicilio antes de esa hora si por razón de los horarios de regreso a su lugar habitual de residencia fuera necesario.

— Los periodos de vacaciones escolares se contarán desde las 10:00 horas del día siguiente al último del periodo ordinario de actividad escolar, hasta las 20:00 horas del día anterior al de reanudación de las clases. Las de Semana Santa la menor permanecerá con su padre durante todo el periodo no lectivo, considerando lo que, en cuanto a su duración, se ha dicho en el inciso anterior de este mismo apartado; en las vacaciones de verano la menor permanecerá con su padre todos los días no lectivos de junio y septiembre, y el mes de julio o agosto, conforme a los criterios de elección que en el apartado siguiente se establecen. Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad.

— Corresponderá la elección preferente del concreto periodo vacacional a la madre en los años pares, y al padre en los impares.

Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

En fecha 19 de noviembre de 2013, y a petición de la representación procesal de D. César Miguel E. L., se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Desestimar la petición formulada por la Procuradora Dª Olvido Latorre Mozota,

en la representación que ostenta acreditada en autos de D. César Miguel E. L. de aclarar la sentencia de fecha trece de noviembre dictada en el presente procedimiento: Asimismo no ha lugar a la rectificación interesada, sin perjuicio de que las partes, de mutuo acuerdo convengan en que los criterios de preferencia en la elección de los concretos periodos vacacionales que corresponden a cada progenitor puedan seguir verificándose como hasta el momento presente: Mantener y no variar el texto de la referida resolución.»

Por su parte, la representación procesal de Dª Mª José R. R., solicitó aclaración por error de omisión de la sentencia, y previos los trámites legales, en fecha 28 de enero de 2014 se dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Estimar en parte la petición formulada por la Procuradora Sra. Ibáñez Gómez, en la representación que ostenta acreditada en autos de Dª Mª José R. R. de aclarar y complementar la Sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil trece, dictada en el presente procedimiento, que en lo sucesivo ha de entenderse complementada según lo que a continuación se establece:

Con efectos desde el día uno de enero de dos mil catorce, como pensión de alimentos en beneficio de la hija común, Cristina L. R., el padre, D. César Miguel E. L., abonará la cantidad de doscientos euros (200€) mensuales, en las mismas condiciones, periodicidad y criterios de actualización previstos en la Sentencia de fecha 29/12/2009, dictada en el procedimiento de divorcio 943/09 de los de este Juzgado».

Tercero: La Procuradora de los Tribunales Dª Olvido Latorre Mozota, interpuso en nombre de su representado recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza y Auto de aclaración de fecha 28 de enero de 2014, del que se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la Procuradora Sra. Ibáñez, dentro de plazo, escrito de impugnación y oposición al recurso planteado de contrario, manifestando el Ministerio Fiscal su oposición a la impugnación formulada de contrario e interesando la confirmación de la sentencia.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas las partes, con fecha 17 de junio de 2014 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. César E. L. y estimando parcialmente el formulado por Dª Mª José R. R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de Zaragoza el 13 de noviembre de 2013, aclarada por Auto de 28-1-2014, debemos confirmar y confirmamos la misma, estableciendo además que las entregas y recogidas de la menor se realizarán en Zaragoza durante todos los periodos que conforma el régimen de visitas entre padre e hija.

No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.»

Con fecha 26 de junio de 2014 se dictó auto de aclaración, no dando lugar a la misma.

Cuarto: La representación legal de D. César E. L. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, por el motivo de infracción de los preceptos comprendidos en el art. 76 del vigente Código de Derecho Foral Aragonés, el art. 39 de la Constitución española de 1978 y los arts. 90, 91 y 92 del Código civil, alegando interés casacional en el recurso.

Una vez se tuvo por interpuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial

acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de fecha 4 de septiembre de 2014 la Sala acordó declarar la competencia de la Sala, admitir a trámite el recurso presentado y dar traslado a las partes por 20 días para oposición.

Dentro de plazo, presentaron sus correspondientes escritos, oponiéndose la representación de Dª Mª José R. y manifestando el Ministerio Fiscal que «no se infringen los preceptos citados en el motivo de recurso y que procede la desestimación de este motivo de recurso de casación.»

En fecha 15 de octubre, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: De la unión matrimonial entre D. César Miguel E. L. y Dª Mª José R. R. nació una hija, Cristina, el 18 de octubre de 2005.

En el procedimiento de divorcio 943/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza recayó sentencia de 29 de diciembre de 2009 que atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija común.

Posteriormente, la sentencia de 31 de mayo de 2012, recaída en procedimiento de modificación de medidas 578/2011 del mismo Juzgado, modificó la anterior y estimó la demanda del padre atribuyéndole, con efectos desde el 8 de junio de 2012, la guarda y custodia de la hija común Cristina.

El 7 de septiembre de 2012 presentó el padre la demanda de modificación de medidas que dio origen al presente procedimiento en la que, como consecuencia de haber trasladado su residencia a la localidad de Lugones (Asturias) llevando consigo a la hija, solicitó la suspensión de las visitas intersemanales, salvo que la madre pudiera verificarlas en la nueva localidad de residencia de la menor, y que se estableciera como punto intermedio de recogidas y entregas de la menor la ciudad de Bilbao y, subsidiariamente, que la menor fuera recogida y reintegrada en el domicilio paterno abonando al 50% entre ambos progenitores los gastos de desplazamiento.

En su contestación a la demanda se opuso la madre y solicitó una sentencia restableciendo las medidas decretadas en sentencia de 29 de diciembre de 2009, con custodia individual a favor de la madre y ampliación de visitas conforme a la sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de julio de 2010, según donde resida el padre.

En el actual procedimiento de modificación de medidas 648/2012 la sentencia del Juzgado de 13 de noviembre de 2013 desestimó la demanda de modificación de medidas del padre y estimó la solicitud de la madre de atribución a ella de la guarda y custodia de la niña por considerar, conforme a las pruebas practicadas, pericial psicológica y testifical, que la menor no se había visto beneficiada por el traslado fuera de Zaragoza. Estableció un régimen de visitas ordinario para el padre a desarrollar en Zaragoza en los fines de semana normales (dos al mes), de viernes por la tarde a domingo, y otro extraordinario para todos los fines de semana que coincidan con festivos (puentes) en los que, al igual que en los períodos de vacaciones, los padres podrían acordar abonar el 50% de los gastos de desplazamiento de la menor o determinar un lugar intermedio entre sus localidades de residencia (Burgos o Bilbao) donde tendría lugar la entrega y recogida de la menor.

La sentencia de apelación desestimó el recurso del padre y estimó parcialmente el de la madre en el sentido de que las entregas y recogidas de la menor debían realizarse en todos los casos en Zaragoza. Se fundamenta esta medida en que corresponde al progenitor que ejerce las visitas efectuar el traslado para las entregas y recogidas de los hijos evitando a éstos los inconvenientes propios de viajes tan prolongados.

Segundo: El recurso de casación del padre únicamente impugna lo resuelto sobre la entrega y recogida de la niña para el cumplimiento del régimen de visitas, y se basa, de forma poco precisa, en infracción del artículo 76 del CDFA, del artículo 39 de la Constitución Española y de los artículos 90, 91 y 92 del Código civil, pero realmente se apoya en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 289/2014, de 26 de mayo (recurso 2710/2012). Resume el contenido de esta sentencia en el sentido –afirma el recurrente– de que debe rechazarse el apriorismo según el cual es el progenitor que reside en localidad distinta a la del menor el que debe desplazarse para la recogida y para la entrega, y que en condiciones ordinarias será el progenitor no custodio el que acuda a recoger al menor a su ciudad de residencia, y será el progenitor custodio el que vaya a recogerlo al lugar de residencia del progenitor no custodio.

Considera el recurrente que, a la luz de la citada sentencia de 26 de mayo de 2014, no existe en su caso motivo que permita establecer el sistema de excepción al sistema ordinario de recogidas y entregas y que, atendiendo al principio del beneficio del menor y al del reparto equitativo de las cargas entre los progenitores, no existe ninguna razón que impida que la madre se traslade a Lugones a recoger a la niña. Añade que en el caso concreto, él únicamente traslada a la niña a su domicilio en Lugones los fines de semana que coinciden con un puente o períodos de estancias más largos, por lo que deberá estimarse el recurso de forma que la madre se traslade a la citada localidad a recoger a la niña cuando finalicen esas visitas o estancias.

La parte recurrida se opone al recurso argumentando que el cambio de residencia del padre fue voluntario y unilateral a una distancia de 583 km, resultando imposible a la madre trasladarse por carecer de vehículo y tener muy limitada capacidad económica.

El Ministerio Fiscal señala como circunstancia especialmente relevante, recogida en la sentencia del Juzgado, la gran distancia entre Zaragoza y la localidad de Lugones, razón por la que se estableció un régimen ordinario de visitas para el padre en fines de semana ordinarios en Zaragoza y los extraordinarios (puentes y estancias largas) que podían tener lugar lejos de Zaragoza, proponiendo el juzgador que las partes llegaran a acuerdos para sufragar por mitad los gastos de desplazamiento o un lugar intermedio de entrega y recogida, pero sin establecer medidas en caso de falta de acuerdo.

De la sentencia de la Audiencia recoge el Ministerio Fiscal la regla de que corresponde al progenitor que ejerce las visitas trasladarse para las recogidas y entregas de los hijos, evitándoles los inconvenientes de viajes tan largos, no resultando conveniente ni razonable para la hija la alternativa de un lugar intermedio al prolongar innecesariamente los trayectos.

Respecto a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 destaca que el criterio habitual y el subsidiario enunciados en la misma se establecen sin perjuicio de que puedan existir situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia que exijan

ponderar las circunstancias concurrentes y conllevar una singularización de las medidas, y entiende el Ministerio Fiscal que éste es el caso, en el que pretende el padre en su recurso, más allá de un posible reparto de los gastos del viaje, que la madre realice los desplazamientos en los fines de semana o estancias largos, no habiendo podido valorarse la disponibilidad y posibilidades de realizar tales desplazamientos, que podría resultar no ajustado a un reparto equitativo de cargas. Por ello se opone al recurso.

Tercero: El actor, ahora recurrente, invoca en su recurso, en primer lugar, el artículo 76 del CDFA pero lo hace de forma genérica, sin señalar apartado o apartados concretos del mismo que puedan justificar su infracción y sin razonar de qué forma los derechos o principios enunciados en dicho precepto han podido resultar vulnerados. Solo este defectuoso planteamiento impediría una estimación del recurso formulado al amparo del artículo 76 del CDFA.

Además, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal y ya ha reiterado esta Sala, el artículo 76 establece principios y derechos de contenido esencialmente programático, a tener en cuenta en las relaciones paternofiliales que surgen como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los padres, y de carácter informador en la interpretación de las normas que regulan tales relaciones en las citadas circunstancias. Por ello debe exigirse, como requiere el artículo 477.1 LEC, que se concrete la norma aplicable que se considere infringida y el fundamento de tal infracción.

No lo ha planteado así el recurrente por lo que la invocación del precepto citado no permite acoger el recurso.

Cuarto: Como ya se ha dicho, lo que realmente pretende constituir el fundamento del recurso es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 que examina el motivo del recurso en el que se plantea la existencia de jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales, al inclinarse unas por la atribución al progenitor no custodio de la totalidad de las cargas que implican los desplazamientos para el ejercicio del régimen de visitas, y otras que reparten entre ambos progenitores las cargas, tanto económicas como personales, derivadas de dichos desplazamientos.

El Tribunal Supremo analiza la casuística de las sentencias contradictorias invocadas por el recurrente y determina la doctrina aplicable al caso partiendo de dos principios generales de ineludible observancia, el interés del menor (artículo 39 CE) y el reparto equitativo de cargas (artículos 90.c y 91 del Código civil).

En base a los mismos propugna el acuerdo entre las partes y en su defecto establece un sistema prioritario y otro subsidiario. En el primero, que denomina normal o habitual, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Finalmente, declara la sentencia que las dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, lo que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y singularizar las medidas adoptables.

Ciertamente, los criterios señalados por el Tribunal Supremo para un adecuado desarrollo del régimen de visitas exigen una reflexión. Conforme a ellos, no resulta acertado el principio que, como regla ge-

neral, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y para la recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. Para ello se deberán valorar factores como la distancia entre los lugares de residencia, facilidad o dificultad de los medios de transporte, y posibilidades de los progenitores, tanto económicas como de disponibilidades personales y materiales.

Y, fundamentalmente, el interés del menor, que exige en su beneficio el mejor desarrollo posible del régimen de visitas en los supuestos de custodia individual, y que se debe entender no solo como un derecho de los progenitores no custodios (régimen que garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar, párrafo tercero del artículo 80.1 del CDFA), sino de los hijos menores con ellos: derecho a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a del CDFA), y a la garantía de la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con cada uno de los progenitores (artículo 79.2.a). Todo lo anterior debe ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores.

Los anteriores principios habrán de ser tenidos en cuenta en cada caso concreto y, como señala el Tribunal Supremo, singularizados en las situaciones extraordinarias, como la que nos ocupa, en que la larga distancia entre los lugares de residencia de los progenitores exige ponderar muchas circunstancias, facultad que corresponde a los tribunales de instancia.

El recurrente hace un planteamiento genérico, sin concreta referencia a preceptos conculcados, y expresa ahora en el recurso su más concreta pretensión de que se imponga a la madre el traslado a la localidad de Lugones a recoger a la niña cuando finalicen los períodos de visitas o estancia con su padre, lo que no cabe en el ámbito del recurso de casación pues, como señala el Ministerio Fiscal, ello exige conocer y valorar la disponibilidad y posibilidades de la madre para tales traslados, lo que debe ser ponderado en la instancia.

Por ello, el recurso debe ser desestimado.

Quinto: En cuanto a costas, dada la inexistencia de doctrina de esta Sala sobre la cuestión planteada y la naturaleza de la misma, teniendo en cuenta además el cambio de custodia en la sentencia de primera instancia, de compartida a individual, y con ello el establecimiento entonces del régimen de visitas debatido, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se estima procedente la imposición de las causadas en el recurso de casación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Desestimar el recurso de casación núm. 41 de 2014, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Olvido Latorre Mozota en nombre y representación de D. César Miguel E. L., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 17 de junio de 2014.

Segundo: Sin imposición de costas de este recurso.

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

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la parte recurrente al que se dará el destino legalmente previsto.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

35

NÚM. 35

S. TSJA 40/2014
de 16 de diciembre de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Ley de cooperativas: Devolución de aportaciones en las cooperativas de vivienda: ***Es principio básico rector de las cooperativas el llamado de «puertas abiertas», en virtud del cual se reconoce el derecho de libre entrada y salida de socios. Todo socio de una cooperativa puede salir de ella libremente, sin perjuicio de la observancia del régimen legal de las bajas, o de las disposiciones estatutarias que regulen el procedimiento para obtenerla, el tiempo mínimo de permanencia en la cooperativa, o la responsabilidad del socio que deja de serlo por los compromisos asumidos con la cooperativa con anterioridad a la baja. En las cooperativas de vivienda todo socio puede liberarse de las obligaciones que le comprendían mientras formaba parte de ellas mediante su baja, hasta el punto de que no solo queda liberado de realizar más aportaciones, sino que puede reclamar la devolución de las efectuadas en su día en su condición de socio.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 55 y 84.2.a Ley de Cooperativas de Aragón.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 44/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 16 de junio de 2014, recaída en el rollo de apelación número 130/2014, dimanante de autos de Procedimiento ordinario número 577/2012, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, S. C. de V. C., F. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Óscar David Bermúdez Melero y dirigida por el Letrado D. Luis Javier Solana Caballero, y como parte recurrida D. Fernando S. O., representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Aznar Ubieto y dirigido por el Letrado D. Javier Arias Herrer.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

[...]

Fallamos

1: Desestimar el recurso por infracción procesal y casación formulado contra la sentencia de fecha 16 de julio de 2014 dictada por la Sección 5ª de la AP de Zaragoza en el Rollo de apelación núm. 130/2014, que confirmamos.

2: Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha hecho valer.

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

36

NÚM. 36

S. TSJA 41/2014
de 17 de diciembre de 2014

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Derecho procesal: La

facultad de integración del *factum*: *Como señala el TS en sentencias como la de 12/9/2013, la integración del* factum *es una facultad de carácter excepcional que ha de ser ejercitada [por el Tribunal de Casación] con ponderación, y referirse a hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial, o a circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y a ayudar a su resolución. Asimismo, la integración del* factum *es una facultad del Tribunal que no puede contradecir la apreciación probatoria de la instancia ni utilizarse para llenar un vacío probatorio sobre hechos relativos a la* ratio decidendi *o para suplir la actividad probatoria que constituye función soberana del juzgador de instancia.*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcional: *El apartado primero del art. 82 CDFA regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. El criterio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional.*

Gastos ordinarios: *En lo tocante a los gastos ordinarios se acuerda en la instancia una aportación desigual, pues el padre contribuye con 400 euros de más. Esta cantidad se añade a los gastos, que ambos progenitores soportan, ocasionados por las dos menores durante el tiempo que permanecen con cada uno de ellos (que tienen custodia compartida por semanas alternas), tales como habitación, alimentación, vestido, y otros básicos y cotidianos. La categoría de los gastos ordinarios periódicos no está recogida en la norma del art. 82 CDFA que sólo distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios (y, dentro de éstos, necesarios y no necesarios). A la satisfacción de esos gastos periódicos en su abono, precisamente, va destinada esa cantidad extra.*

Gastos extraordinarios necesarios: *En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se ha fijado en la instancia una contribución del 40% para la madre frente a un 60% para el padre. El art. 82.4 CDFA ordena la proporcionalidad también para los gastos extraordinarios. En este caso, la contribución fijada no es igual para padre y madre, pero no guarda la misma proporción que la dispuesta para los ordinarios. No obstante, debe valorarse la decisión de la sentencia en relación con estos otros gastos, que frente a los ordinarios, no tienen un carácter fijo y previsible, teniendo en cuenta la notable mayor contribución que se fija al padre para éstos. Y ha de considerarse, además, que la cantidad de 400 euros se señaló para gastos escolares, pero no se limitó al período académico. En suma, no puede entenderse que hay una irracionalidad ni una desproporción manifiesta en la decisión del tribunal.*

Disposiciones citadas: *Art. 82 CDFA.*

Ponente: *Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 35/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 18 de Marzo de 2014, en el rollo de apelación número 527/2013, dimanante de autos de Divorcio 209/12 seguidos ante el

Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, Dª Aránzazu C. A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y dirigida por el Letrado D. Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida D. Alberto José G. N., representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz Viloria Alebesque y dirigido por la Letrada Dª Mª José Andrés García, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

[…]

Fallamos

Primero: Declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán actuando en nombre y representación de Dª Aranzazu C. A., contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en recurso de apelación núm. 527/2013.

Segundo: Imponemos las costas del presente recurso a la parte recurrente.

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

Con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal

37

NÚM. 37

S. TSJA 42/2014
de 22 de diciembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcional: ***S. TSJA 19/2012 de 8 de mayo de 2012: El art. 82.1 CDFA ordena que, sin excepción, los padres deberán contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y establece igualmente, con carácter general, que esta contribución será proporcional a los recursos económicos de ambos progenitores. Esta proporcionalidad es luego concretada en el apartado segundo de igual artículo […]. Por tanto, lejos de un posible automatismo, en cada caso deberá ponderarse por la autoridad judicial, atendiendo a las pruebas obrantes, cuáles sean las circunstancias concurrentes alrededor de cada uno de los términos que fijan legalmente la proporcionalidad, esto es, primero y principalmente, cuáles sean las necesidades de los hijos, y a su lado, con qué recursos económicos pueden contar tanto los propios hijos como cada uno de sus progenitores.***

Necesidades de los hijos: ***La sentencia recurrida tiene en cuenta, en primer lugar, el primero y principal fundamento que debe regir el señalamiento de la pensión de alimentos, que es la necesidad real de las hijas. De manera que, aunque el padre vio disminuidos sus ingresos de 1.100 euros por salario a 604 euros por subsidio, lo que supone una alteración de circunstancias, considera que este cambio no es de tal relevancia como para justificar la rebaja de la pensión paterna (de 253 euros actuales a 200), porque como la madre ha perdido sus ingresos y ha debido dejar la casa que era vivienda conyugal por no poder pagar el alquiler, yendo a vivir a casa de su madre, las hijas quedarán en la indigencia cuando convivan con la madre. La merma de ingresos del actor es relevante, pero en este caso no puede suponer una disminución de la pensión a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el del menor.***

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: Asignación compensatoria: ***Extinción: La sustancial merma de ingresos del actor (de 1100 euros por salario a 604 por subsidio) no fue relevante para dismi-***

nuir la pensión de alimentos a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el de las hijas, que quedarían en la indigencia cuando vivieran con su madre, pero ahora, al tiempo de fijar la asignación compensatoria esta razón ya no existe, puesto que ninguno de los cónyuges es a priori legalmente considerado como merecedor de trato especial, por lo que sí debe ser tenida en cuenta la minoración de los ingresos del pagador (art. 83.4 CDFA). En segundo lugar, se da la voluntaria pérdida de ingresos por la recurrida, que renunció a poder percibir, por un trabajo adecuado, la suma de 400 o 500 euros, que habría eliminado el desequilibrio económico. Hay, así, dos motivos de extinción de la asignación de los previstos en el art. 83 CDFA, cuya conjugación debe dar lugar a la supresión de la asignación compensatoria.

Disposiciones citadas: ***Arts. 82, 83 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a veintidós de diciembre de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 29/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 19 de marzo de 2014, recaída en el rollo de apelación número 16/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 170/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Tres de Teruel, en el que son partes, como recurrente, D. Marcial M. C. representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Fernando Terroba Mela y dirigido por el Letrado D. Manuel Gómez Campos, frente a Dª Ana Lorena G. D. representada por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio García Medrano y dirigida por el Letrado D. Sergio Méndez Asenjo, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales Dª Juana Gálvez Almazán, actuando en nombre y representación de D. Marcial M. C., presentó demanda de modificación de medidas contra Dª Ana Lorena G. D. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos, «acuerde la modificación de la medida definitiva de las pensiones de alimentos y compensatoria, fijada en la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, núm. 117 de la Ilma. Audiencia Provincial de Teruel, dictada en estos autos, fijando en su lugar una pensión alimenticia por importe de 300 euros mensuales, a satisfacer a partes iguales por ambos progenitores, o en su caso en proporción equitativa y de conformidad a las circunstancias económicas de los obligados a prestarlas, de lo que resulte probado, dejando sin efecto la declaración respecto de la pensión compensatoria, todo ello con condena en costas a la parte demandada si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 394 de le Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la misma. Habiéndose solicitado por la demandada el beneficio de justicia gratuita y la designación de Abogado y Procurador de oficio, siéndole reconocido, le fue nombrado el letrado D. Sergio Méndez Asenjo y la procuradora Dª Concepción Torres García.

Dentro de plazo contestó a la demanda presentada de contrario, oponiéndose a la misma, y solicitando «dicte en su día sentencia por la que se desestime la solicitud de contrario, de conformidad con lo manifestado en el cuerpo del presente, con expresa condena en costas a la demandante, si procediera.»

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Tres de Teruel, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que estimando parcialmente la solicitud de Modificación de Medidas recogidas en Sentencia (efectos) instada por la representación procesal de D. Marcial M. C. contra el demandado, Dña. Ana Lorena G. D., debo acordar y acuerdo:

Primero: Haber lugar a la reducción de la pensión de alimentos a favor de las hijas comunes menores de edad y, en consecuencia, D. Marcial M. C. deberá abonar en concepto de pensión de alimentos el importe equivalente a doscientos (200) euros mensuales.

Que dicha cantidad se actualizará anualmente cada uno de enero en proporción a las variaciones que experimente el I.P.C. (Índice de Precios al Consumo) publicadas por el I.N.E. (Instituto Nacional de Estadística).

Que los gastos extraordinarios serán sufragados por mitades, previa consulta y consenso al respecto, si ello fuera posible.

Segundo: Haber lugar a la supresión de la pensión compensatoria a favor de Dña. Ana Lorena G. D.

Todo ello, sin expresa imposición de costas procesales.»

Cuarto: Por la representación procesal de Dª Ana L. G. Domingo se presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Tres de Teruel en base a los hechos y fundamentos expresados en su escrito, y admitido dicho recurso, se confirió traslado del mismo a la parte contraria, oponiéndose al presentado de contrario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel.

Quinto: Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Primera de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 19 de marzo de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos, que debemos declarar y declaramos Haber Lugar al recurso de apelación presentado por Dña. Ana Lorena G. D., contra la sentencia dictada el 23-10-2013, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número tres de Teruel en los autos de modificación de las medidas de divorcio seguidos con el número 170/2013 y como consecuencia:

1º Debemos revocarla y la revocamos.

2º En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda.

3º Declaramos no haber lugar a imponer a las partes las costas causadas en ambas instancias.»

Sexto: La representación legal de D. Marcial M. C. interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de infracción procesal y casación, basándolos en los siguientes motivos:

Respecto a la infracción procesal: «1) al amparo del motivo segundo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento, relativo a la cuantía de la pensión de alimentos establecida; 2) al amparo del motivo relativo al error de la valoración de la prueba en cuanto a la supresión de la pensión por desequilibrio del art 469.1-4º de la LEC.» Y, en cuanto a la casación, «1) al amparo del art. 477.2.3º

de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción del art. 79.5 en relación al art 82 del CDFA. 2) al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art.477.3 de la LEC por infracción del art. 79.5 en relación al art 83 del CDFA. 3) al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción del art. 79.5 en relación al art 83 del CDFA.»

Séptimo: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, una vez designado en turno de oficio Procurador para ambas partes, que tienen concedido el beneficio de justicia gratuita, se dictó providencia en fecha 28 de julio de 2014 en la que se acordaba lo siguiente:

«Los motivos del recurso por infracción procesal presentado se fundan en "claro error en la valoración de la prueba" realizada en la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial. En el desarrollo de ambos motivos se exponen una serie de razones que, lejos de dirigirse a mostrar la existencia de un error palmario o evidente, o ilógicas o arbitrarias conclusiones fácticas recogidas en la resolución impugnada, pretenden la sustitución de la apreciación de los hechos probados efectuada por la sentencia recurrida por la que hace el propio recurrente.

En definitiva, cabe considerar que la pretensión sostenida en el recurso no alcanza realmente, como podría deducirse de su enunciado, a evidenciar un notorio error en la apreciación probatoria de la sentencia recurrida, sino a solicitar de esta Sala de Casación una nueva consideración sobre qué extremos cabe considerar acreditados. Pretensión que excede del ámbito del recurso por infracción procesal recogido en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que parece procedente su inadmisión.

Con carácter previo a resolver sobre la posible inadmisión del recurso por infracción procesal, y de conformidad con lo establecido en el artículo 473.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se da traslado a las partes personadas para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.»

Presentadas las alegaciones por las partes, en fecha 22 de septiembre de 2014, se dictó auto por el que se acordó declarar competente a la Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite e inadmitir el recurso por infracción procesal interpuesto, confiriendo traslado por 20 días a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para oposición.

Dentro de plazo, presentaron sus correspondientes escritos, considerando el Ministerio Fiscal «que no es procedente que formule pretensión alguna respecto del objeto de este motivo de recurso que no afecta a los intereses de las hijas menores de edad.»

En fecha 6 de noviembre, la Sala, no considerando necesaria la celebración de vista, señaló para votación y fallo el día 3 de diciembre de 2014.

Fundamentos de derecho

Primero: Por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Teruel el día 14 de octubre de 2011 se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes del presente procedimiento, y en el que habían nacido dos hijas, hoy menores de edad: Lorena, nacida el día 24 de agosto de 2000 y Sandra, nacida el día 5 de noviembre de 2006.

Apelada la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Teruel resolvió el recurso por sentencia del día 30 de octubre de 2012, que lo estimó en parte. De modo

que, en lo que ahora interesa, las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia matrimonial quedaron concretadas del siguiente modo: se estableció la guarda y custodia compartida; se atribuyó a la madre el uso de la vivienda conyugal, que estaba en régimen de alquiler; se fijó la cantidad de 253€ mensuales como pensión por alimentos de las hijas menores a abonar por el padre; y se constituyó asignación compensatoria a favor de la madre por importe de 200€ mensuales.

Por demanda presentada por el padre se incoó el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en la resolución antes citada, con la pretensión de que la pensión por alimentos a favor de las hijas se redujera a 150€ y que fuera suprimida la asignación compensatoria. El mismo Juzgado antes citado dictó sentencia de 23 de octubre de 2013, que atendió en parte la solicitud de modificación, de modo que redujo la pensión de alimentos al importe equivalente a 200 euros mensuales y suprimió la pensión compensatoria. Apelada esta resolución, fue resuelto el recurso por la sentencia de la audiencia Provincial de Teruel de 19 de marzo de 2014, ahora impugnada, que lo estimó íntegramente, de manera que el aspecto económico de las relaciones familiares quedó conforme a lo establecido en la sentencia inicial de divorcio, en la siguiente forma, antes dicha: la pensión por alimentos de las hijas será la de 253 euros/mes y la asignación compensatoria a favor de la madre será la de 200 euros/mes.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en pretensión final de que se esté a lo acordado por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Teruel el día 23 de octubre de 2013, por los motivos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

Segundo: La parte recurrida, con carácter previo a alegar sobre el fondo de la cuestión, expone que existe motivo de inadmisión del recurso de casación, ya que la recurrente lo funda en existencia de interés casacional por infracción de doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia cuando la realidad es, según expone la parte recurrida, que la Jurisprudencia sentada en las sentencias citadas como contradichas ha sido aplicada en todo su rigor por la sentencia impugnada.

El planteamiento del motivo de inadmisión que se formula entra, realmente, al fondo de la cuestión propuesta, ya que su desacuerdo sobre si existe o no la contradicción jurisprudencial que cita la recurrente no se sustenta en motivo procesal alguno, sino en la distinta interpretación del contenido de las sentencias recogidas en el recurso y su relación con las consideraciones expuestas en la sentencia recurrida. No se está, por tanto, ante la posible existencia de uno de los motivos procesales de inadmisión previstos en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino ante la alegación de razones atinentes al fondo de la cuestión debatida y, con ello, al derecho sustantivo de aplicación. Lo cual conlleva al rechazo del motivo de inadmisión presentado y a la procedencia de resolver la cuestión jurídica objeto de la impugnación.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aun cuando no existiera oposición a doctrina jurisprudencial, la norma alegada en defensa del recurso lleva menos de cinco años en vigor, por lo que queda encuadrada en el interés casacional recogido en el artículo 477.3, inciso segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es invocado por el recurrente.

Tercero: El motivo primero de recurso lo fundamenta el recurrente en la infracción del artículo 79.5 en relación con el artículo 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), ya que, según expone la

parte, la interpretación dada a tales preceptos por la sentencia recurrida contradice la doctrina sentada por este Tribunal Superior en sentencias 2/2012, de 11 de enero y 19/2012, de 8 de mayo. Como concreta luego el cuerpo del motivo de recurso, la jurisprudencia que cita se entiende contradicha tanto respecto de si en el caso presente debe entenderse que existe o no alteración sustancial de las circunstancias valoradas en la sentencia de divorcio, como en relación con la existencia de proporcionalidad de la pensión por alimentos impuesta.

Respecto de la primera cuestión, esto es, la presencia o no de alteración de circunstancias que puedan justificar la modificación de las medidas reguladoras del divorcio inicialmente tomadas, la lectura de la sentencia recurrida evidencia que no pone en entredicho tal alteración. La sentencia parte de que sí ha habido variación. La estimación del recurso de apelación no se sustenta en que no haya habido cambio de la realidad a valorar sino en que este cambio no es de tal relevancia como para justificar la modificación de la pensión, de modo que el pronunciamiento que contiene hace referencia a la intensidad de la variación, pero no rechaza que haya tenido lugar. De hecho, no sólo tiene en cuenta la alteración consistente en disminución de ingresos del recurrente, que esta parte argumenta como única variación de circunstancias, sino también otros datos de relevancia: que la madre ha perdido sus ingresos; que ha debido dejar la casa que era vivienda conyugal por no poder pagar el alquiler, yendo a vivir a casa de su madre; que las hijas quedarán en la indigencia cuando convivan con la madre; o que la madre es el núcleo económicamente más débil.

Cuarto: Cuestión distinta es la relativa a si existe o no proporcionalidad en la pensión establecida a favor de las hijas menores. Las hijas del matrimonio cumplen, en el 2014, 14 y 8 años. Según los hechos considerados probados en la sentencia recurrida, y también los recogidos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia no modificados por la Audiencia Provincial, resulta que la demandada carece en la actualidad de ingreso alguno, vive en casa de su madre por no poder pagar alquiler de vivienda propia, y recibe ayuda alimenticia de los Servicios Comarcales, así como becas por las hijas, que son escasas para sus necesidades reales. Y consta que el actor percibe 604 € en concepto de subsidio.

Como se indicó en la sentencia 19/2012 de esta Sala, antes referenciada, y que cita el propio recurrente: «el artículo 82.1 ordena que, sin excepción, los padres deberán contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y establece igualmente, con carácter general, que esta contribución será proporcional a los recursos económicos de ambos progenitores. Esta proporcionalidad es luego concretada en el apartado segundo de igual artículo, ordenando literalmente: 2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán (…) en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. Por tanto, lejos de un posible automatismo, en cada caso deberá ponderarse por la autoridad judicial, atendiendo a las pruebas obrantes, cuáles sean las circunstancias concurrentes alrededor de cada uno de los términos que fijan legalmente la proporcionalidad, esto es, primero y principalmente, cuáles sean las necesidades de los hijos, y a su lado, con qué recursos económicos pueden contar tanto los propios hijos como cada uno de sus progenitores.»

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recurrida tiene en cuenta, en primer lugar, las necesidades reales de las hijas. Partiendo de ello y del resto de circunstancias antes expuestas, considera que disminuir la pensión de 253 euros señalada a su favor las

aboca a la indigencia cuando convivan con la madre. Tal pronunciamiento atiende, por tanto, con claridad, al primero y principal fundamento que debe regir el señalamiento de la pensión de alimentos, que es la necesidad de las menores. Y luego, en razonamientos que no son en absoluto arbitrarios o contrarios a la lógica, coordina tal necesidad con la realidad económica del padre y madre para, finalmente, concluir que la pensión de 253 euros es la adecuada, en lugar de la de 200 señalada por el Juzgado.

Consideraciones y conclusión que respetan así el presupuesto primordial de defensa del interés del menor en la forma legalmente prevista y jurisprudencialmente interpretada, sin atisbo alguno de irracionalidad que permita alterar la decisión final tomada en el ámbito de discrecionalidad que corresponde al tribunal de instancia y previa ponderación de los datos fácticos obrantes.

Por tanto, ni por razón de haber contradicho jurisprudencia de esta Sala, ni por infracción legal procede la estimación del primer motivo de recurso.

Quinto: El segundo motivo del recurso de casación se formula por entender el recurrente que ha sido infringido el artículo 79.5 en relación con el artículo 83 del CDFA, al no tener en cuenta la sentencia dictada la desaparición del desequilibrio económico que sirve de sustento a la asignación compensatoria establecida a cargo del esposo.

En el desarrollo del motivo, argumenta el recurrente que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta dos factores fundamentales para llegar a la conclusión de la procedencia de la supresión de la asignación compensatoria, como son la superación de la situación de desequilibrio entre las partes y la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó en su día la asignación en el proceso de divorcio.

La sentencia recurrida, al tiempo de tratar el mantenimiento de la asignación compensatoria, parte de valorar una serie de cuestiones que no son del todo correctamente expuestas. Así, primero, considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia tuvo como punto de partida que había habido una merma de ingresos del actor en el 50 por ciento, cuando en realidad lo fue del 46 por ciento. Realmente, lo que la sentencia del Juzgado indicó es que los ingresos del actor habían quedado reducidos a prácticamente la mitad, y ciertamente es así, puesto que el 4 por ciento de diferencia ente la mitad y el 46% indicado en la sentencia se acerca a la mitad.

Luego, tras exponer la sentencia recurrida el argumento de que la asignación debería haberse reducido en igual proporción que la disminución de ingresos del esposo, no concluye haciendo tal operación, ya que mantiene íntegra la asignación inicialmente señalada de 200€, sin reducirla.

Por otro lado, entiende la sentencia impugnada que los ingresos totales de la recurrente se reducen por la dictada por el Juzgado en los 253€ de la pensión por alimentos, cuando, realmente, la sentencia que fue apelada no dio lugar a la supresión de los 253€, sino a su disminución a 200€.

Sobre las anteriores equívocas consideraciones recogidas en la sentencia ahora recurrida, la resolución apoya su decisión, ahora tanto respecto de la asignación compensatoria como de la pensión de alimentos, en el argumento antes ya expuesto de considerar que la sentencia del Juzgado conduce a la suma indigencia de las hijas cuando convivían con la madre, y en el de que la pérdida de ingresos del esposo es meramente coyuntural y que es joven y capaz. Pero omite la cita expresa de un dato que es fundamental, que fue recogido como hecho probado en la sentencia dictada por el Juzgado y que no es contradicho o corregido en la ahora recurrida: el rechazo por la

esposa de un trabajo que le fue ofertado por un familiar y que le habría supuesto la suma aproximada de 400/500€ al mes.

En el ámbito de la asignación compensatoria a señalar a favor de un cónyuge, el artículo 83.4 del CDFA establece como causa de su revisión la variación sustancial de la situación económica del perceptor o del pagador. Y el mismo precepto, en su apartado 5, prevé como motivo de su extinción la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se estableció la asignación, o la pérdida de la finalidad de la pensión. Pues bien, según resulta del contenido de lo razonado en la sentencia impugnada, ni uno ni otro de tales parámetros legalmente ordenados han sido correctamente valorados.

En lo que respecta a la variación de circunstancias económicas de uno y otro, debe tenerse en cuenta en este caso que el recurrente vio disminuidos sus ingresos de 1.100€ por salario a 604€ por subsidio. La merma de ingresos del actor es, sin duda, relevante. Así se valoró ya al tratar la fijación de la pensión por alimentos, si bien en este caso no supuso disminución de la pensión en atención al interés más necesitado de protección, que es el menor. Pero ahora, al tiempo de fijar la asignación compensatoria esta razón ya no existe, puesto que ninguno de los cónyuges es a priori legalmente considerado como merecedor de trato especial, por lo que sí debe ser tenida en cuenta la minoración de los ingresos del pagador.

En cuanto hace a la renuncia por la esposa a poder percibir, en trabajo adecuado, la suma de 400 ó 500 € es un factor de gran importancia que debe valorarse y que no fue considerado en la sentencia recurrida, pues implica una voluntaria asunción de pérdida de ingresos por parte de la esposa. La consecuencia de tal decisión sitúa, sin duda, a la recurrida en una delicada situación económica, más cuando todas las cifras expuestas evidencian la perentoria necesidad de percibir más ingresos la familia de que se trata. Ahora bien, en la cuestión que ahora se resuelve de mantener o no la asignación compensatoria, resulta indudable que la consecuencia voluntariamente alcanzada por la recurrida, de quedar en delicada situación económica, no puede pretender que sea sufragada por el demandante, ya que éste ninguna intervención tuvo en la toma de decisión de renuncia a un trabajo estable y remunerado de la demandada. Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia 472/2011, de 15 de junio, no es «jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo (al trabajo, se refiere) por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención».

En este caso, además, debe asimismo valorarse que el percibo por la recurrida de la cantidad indicada habría supuesto una nueva razón, en el estrecho margen que tiene la economía familiar tratada, de variación sustancial de la situación económica de ella, pues había dado lugar a concluir que el esposo percibe 604€ y ella percibiría 400 ó 500€, de modo que habría terminado la razón de desequilibrio económico que justificó en su momento la fijación de la asignación.

Sexto: En definitiva, debe concluirse, primero, que ha habido una importante merma del nivel económico del recurrente, que no ha sido valorada en la decisión tomada en la sentencia recurrida al tratar de la asignación económica.

Y, segundo, se da la voluntaria pérdida de ingresos por la recurrida, que no ha sido ponderada por la sentencia impugnada, a pesar de la relevancia que tiene.

Están presentes, así, dos motivos de extinción de la asignación de los previstos en el artículo 83 CDFA, cuya conjugación debe dar lugar a la supresión de la asignación compensatoria: la disminución sustancial de

los ingresos a recibir por el obligado al pago, desde que se extinguió su relación laboral; y la pérdida de la finalidad reequilibradora de la existencia misma de la pensión, desde el momento en que el desequilibrio económico entre cónyuges que pretende reparar la asignación sólo subsiste por la actitud de la inicial legítima acreedora de ella.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación en lo que pretendía la supresión de la asignación compensatoria de 200€.

Séptimo: El tercer motivo de recurso se presenta por entender el recurrente que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 79.5, en relación con los artículos 82 y 83 del CDFA, cuando no ha considerado que concurrieran hechos relevantes y variación sustancial de las circunstancias económicas, y termina concluyendo, en relación con ambas pensiones (de alimentos y por desequilibrio económico) que sí existe alteración sustancial que justifica la ponderación de la pensión por alimentos y la extinción de la asignación por desequilibrio. La concreta cuestión de si existe o no la variación que puede dar lugar a la modificación de las medidas acordadas en su momento no hace sino reproducir lo propuesto en cada uno de los dos primeros motivos del recurso sobre la pensión por alimentos y la asignación compensatoria, lo que hace innecesario reproducir aquí las valoraciones ya hechas al respecto, por lo que en lo referente a este motivo de recurso se estará a la decisión ya tomada, desestimatoria en relación con la pensión de alimentos y estimatoria respecto de la asignación compensatoria.

Octavo: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, vistas las dudas que ha ofrecido la cuestión y que ha dado lugar al dictado de sentencias divergentes, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Marcial M. C. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, que casamos dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo acordado en la sentencia anterior, acordamos la estimación parcial de la demanda de modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio dictada el día 23 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel y, en consecuencia:

1: Se mantiene lo decidido en la sentencia de divorcio respecto de la pensión de alimentos a abonar por el padre a sus hijas menores.

2: Se declara extinguida la asignación compensatoria fijada en la misma sentencia de divorcio a cargo del demandante y a favor de la demandada doña Ana Lorena G. D.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2013)

B) DECISIONS OF THE PROVINCIAL COURT OF ARAGON

TERUEL

38

NÚM. 38

S. APT de 22 de enero de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: La opinión de los menores: ***Frente a la afirmación del JPI que estima que, pese a su madurez, no puede ser la menor la que determine la procedencia o no de la custodia compartida, porque con esa edad (10 años) ni tiene perspectiva, ni la experiencia ni el desarrollo suficiente para valorar adecuadamente las circunstancias y que es conveniente para ella la custodia compartida, ya que ha tenido una nueva hermana y es el régimen que establece la Ley; la APT estima que, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación legal siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor, este es el caso que acontece en autos, ya que así lo refleja la opinión de la menor, los informes periciales que acreditan que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual, ya que la menor no valora positivamente el hecho de tener una nueva hermana y tiene problemas de convivencia con la madrastra.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. María de los Desamparados Cerdá Miralles.***

Ante el JPII Nº 1 de Teruel comparece D. G. solicitando la modificación de las medidas acordadas con ocasión de su divorcio, al efecto de solicitar la custodia compartida de la hija del matrimonio, que cuenta 10 años de edad, con razón de tener ahora el padre una hija, hermana de vínculo sencillo de la anterior, con la mujer con la que ahora ha formado una nueva familia. El Juzgado, en S. de 27/06/11, estima la demanda. La demanda apela, alegando que no se ha tenido en cuenta la opinión de la hija que no desea que se modifique el sistema de custodia. La APT estima el recurso.

39

NÚM. 39

S. APT de 2 de febrero 2013

84: SERVIDUMBRES: De paso: Constitución: ***En 1950, una vez donado***

por el padre a su hija el inmueble contiguo al suyo y edificada por ésta su vivienda, unos cinco años después, se abrió una puerta que comunicaba la propiedad de doña R con la de don J, en concreto con la franja de terreno que se venía utilizando de paso por los clientes de don J que acudían a su carpintería y que comenzó a utilizar doña R para acceder a su finca desde la calle. Dicha puerta fue confeccionada y colocada por don J, carpintero de profesión, por lo que puede decirse que hubo un concierto de voluntades entre los propietarios de ambos inmuebles en virtud del cual se constituyó la servidumbre. Pero, aun cuando pudiera considerarse que no existe título adquisitivo de la servidumbre, no hay que olvidar que la senda que ha venido siendo utilizada para acceder a la propiedad de los actores con una puerta abierta expresamente desde este inmueble a dicha senda, es un signo aparente de paso que puede ser adquirida por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 568 CDFA).

Disposiciones citadas: ***arts. 566-1, 561, 568 y 570 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. María Teresa Rivera Blasco***

Ante el JPII Nº 2 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario en el que los actores ejercitan una acción confesoria de servidumbre, bien por entender que se constituyó de forma voluntaria o de negarse lo anterior por haber transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva al contar la misma con un signo aparente (una puerta) y ejercerse el paso a su través durante más de 1o años. El juzgado, en S. de 9.10.2012 estima la demanda, que apelada por los demandados alegando error en la valoración de la prueba, se conforma por la APT.

40

NÚM. 40

S. APT de 19 de febrero 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Preferencia de la custodia compartida: ***La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el criterio preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al desarrollo de la personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. Por lo tanto el paso de la custodia individual a la custodia compartida, no está en función de que se acredite un cambio de las circunstancias, sino, por el contrario, a que los progenitores no están capacitados para ella, o a que la custodia individual resulta más conveniente para el menor, atendiendo a la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, así como las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres:*** **La distancia entre domicilios** ***La única limitación existente, que es el hecho de que ambos progenitores residen en localidades distintas Valderrobres y Calaceite, no parece ser obstáculo para afrontar una custodia compartida, cuando ambas localidades distan entre sí apenas 20 Km. Y, como pone de relieve el informe pericial, ambos cuentan con apoyo familiar disponible para hacer posible la conciliación de la vida laboral con el cuidado de las hijas, sin que la existencia de una relación conflictiva entre ambos progenitores y su progresivo distanciamiento puedan erigirse en causas justificadas para apartarse del criterio legal precedente; lo que necesariamente conduce a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.***

Disposiciones citadas: ***art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella.***

Ante el JPI Nº1 de Alcañiz se siguen autos de divorcio contencioso. La esposa demandante solicita la custodia individual sobre los hijos, y el marido demandado, de acuerdo en el divorcio, reconviene solicitando custodia compartida. La S. 14.10.2013 estima en parte la demanda accediendo al divorcio pero acogiendo la reconvención en lo que atañe a la custodia de los hijos. La demandante recurre solicitando la custodia individual, desestimando la APT su recurso y confirmando la sentencia de la instancia.

41

NÚM. 41

S. APT 26 de febrero de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: **Efectos de la filiación: Relación personal del hijo menor: Abuelos:** ***El derecho de comunicación que concierne a los abuelos respecto de sus nietos, al que se refiere el art. 60 CDFA no es equiparable al que corresponde en caso de separación al progenitor ejerciente de la autoridad familiar que no posee la guarda, pues tiene diferente naturaleza el derecho de los abuelos y otros parientes a relacionarse con los menores, derivado de la filiación art. 60 CDFA–, y el derecho de tener en su compañía a los hijos derivado de la autoridad familiar, instituciones que tienen objetivos distintos. Por ello, el régimen de visitas a favor de los abuelos no puede tener una extensión similar a la que correspondería al progenitor no custodio; pero es que, en el caso que nos ocupa la juzgadora de instancia ha tenido en cuenta dicha doctrina y el régimen acordado a favor de los abuelos no es equiparable al que correspondería al progenitor no custodio, coincidente, con el propuesto por el MF y acorde con la distancia que separa las localidades en las que residen los actores y el demandado con las niñas.***

Disposiciones citadas: ***art. 60 CDFA.***

Ponente: Ilma. ***Sra. María Teresa Rivera Blasco.***

Ante el JPI Nº 1 Alcañiz se siguen autos de Familia incoados por los abuelos maternos de tres menores de edad que exigen al padre de éstas su derecho a relacionarse con las mismas. El juzgado, en sentencia de 3-1-2012 acuerda un régimen de visitas de los abuelos con sus nietas. El padre demandado recurre en apelación y se desestima el recurso.

42

NÚM. 42

S. APT 5 de marzo de 2013

84: SERVIDUMBRES: De paso: Constitución por signo aparente: ***Hay que partir como premisa de que ambas parcelas pertenecieron en su momento a un mismo propietario, don R, padre del actor y abuelo del demandado, repartiéndola a su fallecimiento entre el actor y la madre del demandado de quien el mismo trae causa. Resulta evidente que, si al tiempo de producirse la división, no se hizo constar la voluntad contraria se constituyó una servidumbre de paso por signo aparente regulada en el art. 566 CDFA que establece que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación.***

Disposiciones citadas: ***art. 566 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella.***

Ante el JPII Nº 2 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario por el que la parte demandante reivindica la propiedad de determinada finca y el demandado se opone a ello y, además, reconviene, alegando la existencia de una servidumbre por signo aparente. Tanto demandante

como demandado recurren en apelación confirmándose la sentencia de instancia de 26.10.2013, que estima en parte la demanda, en lo que atañe a la reivindicatoria y la reconvención respecto a la servidumbre de paso con la anchura reconocida.

43

NÚM. 43

S. APT 12 de marzo de 2013

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: Interpretación de testamento: ***El elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención.***

Disposiciones citadas: ***art. 416 CDFA; art. 675 Cc.***

Ponente*: Ilma. Sra. María Teresa Ribera Blasco.*

Ante el JPI de Calamocha se siguen autos sobre interpretación de testamento por los sobrinos del causante que resultarían ser sus herederos de demostrar que la actual heredera no debe serlo ya que incumplió la condición prevista en el testamento de manera que este incumplimiento (cuidar y asistir al testador) daría lugar a aplicar la cláusula segunda del mismo que los llama a ellos como herederos. El JPI desestima la demanda (S.02.12.2012); que es apelada, siendo revocada la sentencia de instancia, admitiéndose las pretensiones de los demandantes.

44

NÚM. 44

S. APT de 11 de octubre de 2013

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: Asignación compensatoria: Finalidad: Naturaleza: ***La pensión no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges sino que la misma es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata por tanto de perseguir la igualdad entre la capacidad económica de ambos cónyuges, sino de evitar el desequilibrio patrimonial que a alguno de ellos produzca la ruptura de la convivencia.*** **6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL: Comunidad posconsorcial: Bienes comunes: participaciones sociales:** ***Aunque las participaciones sociales pertenezcan a la comunidad conyugal, el ejercicio de los derechos derivados de la misma corresponde al copropietario que figure como socio de la misma, tal y como se desprende de los Artículos 104 de la Ley de Sociedades Anónimas, 49 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 232 CDFA, y ello porque el hecho de ser cónyuge del socio, no atribuye al mismo dicha condición, sino únicamente el derecho a percibir los derechos económicos de las participaciones sociales derivadas de la cuota***

consorcial que se les pueda atribuir, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir respecto del otro copartícipe, que podrá ejercitar las facultades previstas en los Artículos 228 y 241 CDFA; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 83, 228, 232 y 241 CDFA.

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Fermín Francisco Hernández Gironella.***

Ante el JPI nº 2 de Calamocha se siguen autos sobre divorcio. Por sentencia de 22 de febrero de 2013, se acuerda el divorcio y entre tanto se liquide la sociedad consorcial se adoptan una serie de medidas en orden a la gestión y disposición de los bienes comunes del la sociedad posconsorcial. La actora impugna la sentencia en lo que atañe a la pensión compensatoria: solicita una más elevada y a la actuación en relación a las participaciones sociales. La APT desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

45

NÚM. 45

S. APT 18 de noviembre de 2013

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Extinción: ***Procede estimar en este punto la demanda, y extinguir la pensión compensatoria por haber quedado acreditado la convivencia marital estable del preceptor.*** **64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SEC. 3ª: Limitación temporal:** ***Permaneciendo en el hogar del matrimonio el hijo mayor persona dependiente en grado III y nivel 1, obliga a considerar que el núcleo materno es el más necesitado de protección a pesar de que los demás hijos ya no convivan en este hogar. La carga que representa familiarmente la asistencia de tal tipo de personas justifica además que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad; razón por la cual se sigue afirmando que no se han modificado sustancialmente las circunstancias para justificar la extinción de la atribución pretendida; y que se justifica en este caso con carácter excepcional el no señalamiento de un límite a tal atribución, pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 81, 83 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dña. María de los Desamparados Cerdá Miralles.***

En el JPII Nº 1 de Alcañiz se siguen de autos de modificación de medidas solicitando extinción de la asignación compensatoria, del uso de la vivienda a favor, extinción de los alimentos respecto del hijo que con él convive y rebaja de la pensión respecto del hijo que convive con la madre; la demanda se opone. El Juzgado desestima la demanda (S. 29.04.2013) salvo en lo que atañe a los alimentos al hijo que convive con el actor; éste apela y se estima el recurso en lo que atañe a la supresión de la asignación.

ZARAGOZA

46

NÚM. 46

S. APZ (Secc. 2ª) de 15 de febrero de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Ámbito de aplicación de la Sec. 3ª: Limitación temporal: ***La regla que consagra el artº 81.2 es la atribución del uso de la vivienda al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos. Pero el legislador no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, (…) que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el art. 81-3 se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En este caso para atribuir el uso del domicilio familiar debe tenerse en cuenta la edad del menor (11 años) el carácter privativo del domicilio familiar del recurrente, así como las posibilidades económicas de ambos progenitores por tales circunstancias procede limitar el uso atribuido a la recurrida en 5 años a partir de la sentencia dictada en 1ª Instancia estimándose parcialmente el recurso y la demanda.***

Disposiciones citadas: ***art. 81, CDFA.***

Ponente*: Ilmo. Sr. D. Julián Arque Bescós.*

Ante el JPI de Ejea de los Caballeros se siguieron autos de modificación de medidas solicitando el demandante la custodia compartida y cambio en la atribución del uso de la vivienda, la S. 26-10-2012 desestima la demanda, que es apelado, admitiéndose el recurso en lo que atañe al uso temporal de la vivienda.

47

NÚM. 47

S. APZ (Secc. 2ª) de 19 de marzo de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Interés del menor: ***El informe psicológico recomienda mantener la custodia a favor de la madre y ampliar el régimen de visitas con el padre, solución que acoge el Juzgador de instancia, razonando los motivos de la desestimación de la custodia compartida interesada, que esta Sala asume plenamente, por entender que tal medida debe instaurarse solo en interés de los hijos, al margen de conveniencias o meros caprichos de los progenitores, implantándose la custodia individual cuando se revele más beneficiosa para ellos, como aquí ocurre. (Art. 80 CDFA). En definitiva, estimándose que el interés de la menor queda plenamente amparado con las medidas adoptadas en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y confirmar la misma en su integridad.***

Disposiciones citadas: ***art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. Dña. Elia Mata Albert.***

Ante el JPI Nº 5 de Zaragoza se siguieron a instancia del varón, que intervino como demandante, autos para la modificación de las medidas de divorcio interesando custodia compartida y ampliación de derecho de visitas, en su caso. El Juzgado, en S. de 9.11.2012, desestima la custodia compartida y amplía el régimen de visitas. El demandante recurre en apelación y la APZ desestima el recurso.

48

NÚM. 48

A. APZ (Secc. 2ª) de 9 de mayo de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Gastos extraordinarios necesarios: ***La ejecutante ha acreditado la realización en la hija del tratamiento dental por importe total de 461,46 €. Son gastos sanitarios prescritos por un facultativo, y cuya falta de cobertura por la Sanidad Pública ha demostrado la demandante en esta alzada. Es al ejecutado, el que rechaza su abono, al que corresponde probar su inconveniencia o dicha cobertura, y no lo ha hecho en el proceso. Además el convenio de divorcio de 4/6/2007, no exige en su cláusula séptima el consentimiento de ambos progenitores si el tratamiento o gasto es aconsejado por profesional o personal cualificado (folio 17 de las actuaciones). En suma, acreditado el gasto extraordinario, el ejecutado debe asumir su pago por mitad.***

Disposiciones citadas: ***art. 82 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.***

La demandante recurre el Auto del JPI núm. 16 de Zaragoza de fecha 9-1-2013 por el que se desestima la pretensión de ésta de que su ex marido abone la mitad de los gastos de dentista realizados a la hija menor del matrimonio. En contra de lo resuelto por el Juzgado la APZ estima que el gasto debe ser abonado por mitad al ser necesario y estar prescrito por un facultativo, sin que para lleva r acabo la adopción del mismo sea necesario el consentimiento de ambos padres.

49

NÚM. 49

A. APZ (Secc. 2ª) de 16 de julio de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Autoridad Familiar: Educación religiosa: ***La cuestión debe resolverse atendiendo únicamente a la protección del interés más favorable para el menor, partiendo de la respetabilidad de las opiniones y posturas de cada progenitor en este caso. (Ley Orgánica de protección del Menor, St.TC. de 17/10/12, entre otras). La madre no participa de la Religión Católica, opción que sí ha adoptado el padre. La asignatura de Ética no excluye la práctica religiosa de los educandos. El recurrente, en este caso ha asumido la formación y práctica religiosa del hijo, a la que no muestra oposición la madre. En estas condiciones, y como correctamente razona el Juzgador de instancia, debe mantenerse la elección adoptada por la madre que no vulnera la escogida por el padre, ni tampoco el interés prioritario del hijo menor, como en casos similares ya resolvió precedentemente esta Sala (Auto núm. 573/2010, de 5 de octubre y Auto 391/11 de 5 de Julio). El recurso debe ser desestimado.***

Disposiciones citadas: art. 76 CDFA.

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescos.***

Ante el JPI Nº 6 de Zaragoza se siguieron autos de jurisdicción voluntaria en relación a determinar si el hijo menor debe cursar la asignatura de religión que quiere el padre, o bien la de ética en la que lo ha matriculado la madre, por no ser ella de este credo, si bien no se opone a la práctica religiosa del hijo. El auto resuelve que no es necesario matricular al hijo en religión y dicho fallo se confirma por la APZ.

50

NÚM. 50

S. APZ (Secc. 2ª) de 23 de julio de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Principio

de no separación de los hermanos: Factores para excepcionar la custodia compartida*: Ninguno de los progenitores era partidario de la separación de ambos hermanos. El informe psicológico es favorable a la custodia individual materna, es obvio, que la guarda y custodia compartida por meses residiendo la madre en X a 60 km de Zaragoza lugar de residencia del padre, carece de contenido como acertadamente sostiene la Sentencia de instancia que, no obstante, separa a los hermanos infringiendo a nuestro juicio el Artº. 80.4 CDFA, por cuanto no hay causa justificada para ello. Son perfectamente acogibles las razones que tanto el informe psicológico como el social exponen para que los dos menores puedan residir con su madre en la localidad de X (…) y la exploración judicial del menor M, de 8 años de edad, practicada en esta instancia, viene a corroborar las impresiones del informe pericial, dicho menor, que mantiene muy buena relación con ambos progenitores, echa de menos a su hermana y verbaliza un deseo sincero de residir con ella y su madre, (…) Es por ello, que la custodia individual materna se revela lo más favorable y adecuado para el interés de ambos menores, revocándose la Sentencia apelada.*

Disposiciones citadas: *art. 80 CDFA.*

Ponente: *Ilm. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

Ante el JPI Nº 16 de Zaragoza se sigue autos de divorcio. La madre solicita la custodia individual de ambos hijos, mientras que el padre la compartida. El Juzgado en s. 21.12.2012, acuerda atribuir la custodia individual de cada uno de los hijos, el uno al padre el otro la madre, lo que se recurre por ambos progenitores, acordando la APZ la custodia individual de ambos hermanos en favor de la madre.

51

NÚM. 51

S. APZ (Secc. 2ª) de 29 de octubre de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Autoridad familiar de otras personas: Abuelos: *Es evidente que careciendo el menor de contacto habitual con su madre y viendo a su padre en las fechas señaladas en el régimen de visitas establecido por la sentencia, su autoridad familiar debe ser otorgada a los abuelos maternos bajo cuya custodia queda al asumir estos su crianza y educación, conforme prevé el art. 86 CDFA y dado que es una función inexcusable que se ejerce personalmente por los que ejercen los deberes anteriormente mencionados (arts. 63 y ss. CDFA).* **Efectos de la filiación: Padres con hijos menores**: *Por lo que respecta a la pensión alimenticia a cargo del padre no cabe su eliminación en atención a los deberes que incumben a todo progenitor (arts. 58 y 59 CDFA).*

Disposiciones citadas: *arts. 58, 59, 63, 86 CDFA.*

Ponente: *Ilma. Sra. Dña. Elia Mata Albert.*

Ante el JPI núm. 16 de Zaragoza se siguieron autos sobre guarda y custodia del menor Aron. La S. atribuye la guarda y custodia a los abuelos del menor y el ejercicio de la a.f. se atribuye de forma compartida a los padres y abuelos; se conceden visitas al padre y se le impone el pago de una pensión. Los abuelos demandantes recurren solicitando la atribución de la a.f., al igual que el padre del menor, quien además solicita que no se le imponga pago de pensión o se rebaje la misma. Se estima el recurso de los abuelos.

52

NÚM. 52

S. APZ (Secc. 2ª)
de 27 de noviembre de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Ley aplicable: ***Teniendo en cuenta las normas internacionales cuya aplicación corresponde de oficio a los Tribunales, y habiendo en Derecho interno una pluralidad de Derecho civiles, al residir el menor extranjero en Aragón y ser sus padres de diversas nacionalidades (alemana y dominicana) aun cuando consta el hijo como nacional alemán, se ha de aplicar el «sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados» lo que nos lleva a concluir, que, residiendo habitualmente el hijo menor en Aragón, el litigio y en consecuencia la pretensión relativa a los alimentos se regirá por el Derecho Aragonés y más concretamente, por el Código de Derecho Foral de Aragón. En consecuencia, la apreciación de la recurrente sobre la incorrecta aplicación normativa es parcialmente acertada aunque por motivos distintos de los esgrimidos. Ello no obstante, en nada modifica el fallo de la resolución apelada por lo recogido a continuación, ya que aun atendiendo el juzgador a preceptos del Cc., la solución sería la misma bajo el paraguas del art. 82 CDFA.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 82 CDFA y Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que se viene aplicando en nuestro país desde el 18 de junio de 2011.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dña. Dª Silvia Puigbó Rabinad.***

Ante el JPI Nº 5 de Zaragoza se sigue juicio verbal sobre alimentos a los hijos siendo ambos padres de distinta nacionalidad, debiendo determinar el Juez cuál es la ley aplicable.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Interpone recurso de apelación la legal representación de la Sra. R. contra la sentencia dictada el 14 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, que estima parcialmente las pretensiones de la demanda inicial, en base a una errónea valoración de la prueba practicada y a una incorrecta aplicación de la normativa sustantiva y procesal aplicable al litigio.

Segundo: Previamente al enjuiciamiento del fondo del asunto, la Sala ha de indicar que obran en las actuaciones datos suficientes de los cuales se desprende el carácter internacional de la situación jurídica objeto de litigio. Ciertamente, con independencia de otros elementos de heterogeneidad presentes en los autos, de la documentación que se acompaña y más concretamente, de la certificación de nacimiento del hijo menor, documento 1 de los aportados con la demanda, se infiere que la nacionalidad de la madre es dominicana y la del padre es la alemana.

En este punto debemos señalar que las partes han hecho referencia a dicha consideración de manera circunstancial y pese a que el Juez «a quo» se pronuncia en este sentido, aunque a nuestro entender de manera errónea, hay que poner de relieve que constituye doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo que si las partes no alegan la existencia del elemento extranjero, el órgano jurisdiccional que conozca del caso deberá acreditarlo de oficio (Vid. SSTS de 6 de junio de 1969, de 13 de febrero de 1974 y de 12 de noviembre de 1976, entre otras).

Una vez acreditada la presencia de diversos elementos internacionales en la relación jurídica examinada, este Tribunal considera necesario puntualizar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia dicha circunstancia, aun por sí sola, resulta

suficiente para que la situación deba ser regulada por el Derecho Internacional Privado español, habida cuenta que el supuesto ha quedado conectado mínimo con un país extranjero y toda vez que ello genera un conflicto de leyes. Este es el motivo por el cual ha de rechazarse la aplicación directa del Derecho Privado interno, sin el previo recurso a la norma de conflicto, que será la que lleve a cabo la localización de la pretensión en un Estado determinado, cuyo Derecho resolverá el litigio planteado, facilitando la concreta solución sustantiva al supuesto litigioso.

En este orden de consideraciones, la Sala cree conveniente recordar que, conforme a lo previsto en el artículo 12.6 del CC, todos los tribunales y autoridades españolas están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español, independientemente de que las partes invoquen su aplicación, sin que en ningún caso sea posible prescindir de las mismas para, en su defecto, aplicar directamente el Derecho foral aragonés, tal y como pretende la recurrente. (La imperatividad de la norma de conflicto es defendida en la actualidad por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de forma unánime: SAP de Málaga de 3 de marzo de 2006, SAP de Guipúzcoa de 29 de junio de 2009, entre otras).

En atención a lo expuesto, este Tribunal se encuentra facultado para aplicar de oficio las normas de conflicto correspondientes a la categoría jurídica en la que se encuadran las pretensiones de la parte recurrente, que tratándose de una demanda de alimentos serán las que a continuación indicaremos.

Tercero: Después de examinar los antecedentes del caso concreto, cabe dictaminar que en la actualidad las obligaciones alimentarias se rigen por las normas de conflicto previstas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que se viene aplicando en nuestro país desde el 18 de junio de 2011, no obstante y dado que la demanda es de fecha anterior a la indicada, la situación deberá dilucidarse a la luz de lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, vigente hasta ese momento en España. El citado Convenio, que convierte en inaplicable a nuestra norma de conflicto de Derecho Internacional Privado autónomo, el artículo 9.7 del Código Civil, tiene, al igual que el Convenio de la Haya de 1996, carácter *erga omnes*, por lo que se aplica independientemente de la nacionalidad, residencia habitual o domicilio de las partes y de la ley designada por sus normas de conflicto, artículo 3. Por lo demás, a la vista de la pretensión que se sustancia, resulta claro que el Convenio de la Haya de 1973 resulta plenamente aplicable, toda vez que, conforme a su artículo 1, quedan cubiertas por el mismo *«las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo»*.

En cuanto a las normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable a los alimentos, el Convenio de La Haya de 1973 establece en sus artículos 4, 5 y 6 un sistema que funciona a través de normas de conflicto materialmente orientadas, cuyo propósito es favorecer la obtención de alimentos por parte del acreedor de los mismos, y que opera de manera jerarquizada, de modo que si no es posible obtener alimentos conforme al ordenamiento jurídico al que remite el punto de conexión utilizado por el primero de los preceptos indicados, cabe recurrir a la siguiente norma de conflicto y así sucesivamente. Siguiendo este planteamiento, la norma de conflicto que regulará el presente litigio será la que incorpora el

artículo 4 del citado Convenio: *«La ley interna de la residencia del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el artículo 1º* (recogido en el párrafo anterior de la presente resolución). *En el caso de que cambiara la residencia habitual del acreedor, será aplicable la ley interna de la nueva residencia habitual, a partir del momento en que se produzca el cambio.»* Éste nos remite a la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, o lo que es lo mismo, a la ley española, pues es en España donde reside habitualmente el menor R, a tenor del documento núm. 5 del escrito de demanda. En este documento, el padrón municipal del Ayuntamiento de Zaragoza de 17 de junio de 2008, consta domicilio en la capital aragonesa, la fecha de nacimiento del menor, a saber, xx de enero de 1999, aunque en la partida de nacimiento figura xx de febrero de 1999, por lo que deducimos que existe un simple error administrativo en la fecha, y refleja nacimiento en la República Dominicana pero aparece nacionalidad alemana.

Pero, al remitir la norma de conflicto convencional a la ley española, de nuevo, surge el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, que el propio Convenio resuelve en su artículo 16: *«Cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal –como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común–, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados.»*

Este precepto incorpora una cláusula de remisión indirecta, en virtud de la cual, cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, como el español, en materia de obligaciones alimenticias, tenga una pluralidad de sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado. De seguir lo indicado en el precepto de referencia, deberíamos acudir al artículo 16 del Código Civil que constituye nuestra norma de solución de conflictos de leyes de Derecho Interregional.

No podemos olvidar que el Derecho Interregional español, fundamentalmente, utiliza la conexión de la vecindad civil, criterio tradicional de sujeción a un determinado ordenamiento civil, lo que ocasiona importantes inconvenientes cuando nos encontramos con personas de nacionalidad extranjera, en tanto que sólo los españoles pueden ostentar alguna vecindad civil, así como en aquellos supuestos en los que resulte imposible o muy difícil determinar la vecindad civil del sujeto, cuestión ésta que se plantea muy frecuentemente respecto de los españoles no originarios. (Sentencia 208/2012 de esta Audiencia Provincial de Zaragoza Sección núm. 2, de 20 de abril)

De forma que atendiendo al citado *«sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados»* nos lleva, finalmente a concluir, que, residiendo habitualmente el hijo menor en la Comunidad Autónoma de Aragón, según acreditan los documentos: 5 antedicho; documento 6, contrato de arrendamiento de fecha 1 de diciembre de 2006 de su domicilio en Zaragoza; o documento 8, certificado de pagos del Colegio sito en Zaragoza, el litigio y en consecuencia la pretensión relativa a los alimentos se regirá por el Derecho Aragonés y más concretamente, por el Código de Derecho Foral de Aragón.

En consecuencia, la apreciación de la recurrente sobre la incorrecta aplicación normativa es parcialmente acertada aunque por motivos distintos de los esgrimidos. Ello no obstante, en nada modifica el

fallo de la resolución apelada por lo recogido a continuación.

Cuarto: Sentados los razonamientos anteriores, corresponde ahora examinar el fondo de la cuestión litigiosa. En síntesis, argumenta la parte recurrente que el fallo adoptado se basa en la insuficiente documentación aportada por la demandada.

Llegados a este punto conviene recordar que existe libertad en la apreciación y estimación de la prueba atendiendo a las reglas de la sana crítica y la lógica. De modo que, tras el examen de los documentos aportados a lo largo del proceso, de la testifical de la Sra. R y de los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 se desprende que la misma es adecuada, equilibrada, objetiva e imparcial, rechazándose todos los argumentos que tratan de desvirtuarla. Consecuentemente, esta Sala coincide prácticamente con toda la fundamentación jurídica de la Sentencia que hacemos nuestra y en concreto con el Fundamento de Derecho Tercero. Ya que aun estando el padre demandado en rebeldía se ha podido acreditar que como mínimo percibe unos ingresos aproximados de 700 euros al mes, lo que permite fijar una muy razonable pensión de alimentos de 300 euros mensuales, amén de sufragar el 50% de los gastos extraordinarios necesarios para el hijo menor, tras la oportuna valoración de las posibilidades económicas de la madre, que es progenitor custodio, y las necesidades del menor acreditadas en autos.

Por todo ello, debemos desestimar la pretensión de la recurrente apreciando la correcta valoración de la prueba practicada, en segunda instancia revisada bajo el paraguas de la normativa foral, a saber, artículos 82 y siguientes del Código de Derecho Foral Aragonés, y habiendo observado los argumentos del juez «a quo» en la resolución recurrida han sido fundamentados por los artículos correlativos del Código Civil, algunos subsidiariamente aplicables en defecto de normativa autonómica, se procede a rechazar el recurso.

Quinto: Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 398 en relación al 394 LEC, las costas «*se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*», no procede la imposición de costas a la recurrente en esta segunda instancia por la naturaleza singular y familiar del procedimiento.

Sexto: Conforme a la D. A. 15.9 LOPJ: «*Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito.*» De modo que, estipulamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, para el caso que corresponda.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

53

NÚM. 53

S. APZ (Secc. 4ª) de 27 de marzo 2013

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: ***Es doctrina en lo que atañe a la interpretación de los testamentos, que: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003, entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantengan dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 enero 1997, 21 de***

enero de 2003, 18 de julio de 2995, entre muchas otras); y C) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto(SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras).» No ha quedado acreditado que cuando el causante dice heredero* **ex res certa** *deba querer decir legatario, por cuanto aun cuando no tenga estudios universitarios otorgó varias veces testamento y no cabe pensar que el notario no le explicara la diferencia entre estas figuras.

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 467 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Luis Pastor Oliver.***

Ante el JPI Nº 17 de Zaragoza se siguen autos sobre interpretación de testamento interesando el demandante que se asuman el resto de coherederos que la institución que hizo el causante a su favor como heredero ex res certa debe querer decir como legatario de manera que él no debe responder como heredero. El Juzgado en S. de 24.10.2013 desestima la demanda. El fallo es recurrido por el demandante cuyo recurso es desestimado por la APZ.

54

NÚM. 54

S. APZ (Secc. 4ª)
de 13 de septiembre de 2013

82: RELACIONES DE VECINDAD: CONCEPTO: ***No se discute la realidad de la poda, sino sus condicionantes jurídicos. No debemos olvidar que estamos en el seno de las denominadas «relaciones de vecindad» que contienen unos presupuestos claros. Constituyen aquel conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos –incluso a los usuarios de los mismos– para el mantenimiento de una sana convivencia. Por eso el Art. 538 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón se remite a un concepto indeterminado como es el «uso razonable» de la finca según su naturaleza, destino, entorno, todo ello bajo el paraguas de los principios de la buena fe y de los sanos «usos del lugar».*** **INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS: Requisitos:** ***Los elementos que se han analizado a lo largo del juicio y que constituyen la esencia del derecho de corte o poda de ramas excedidas del fundo vecino, son: la previa reclamación al dueño de los árboles, la justa causa y la conservación del árbol podado. Respecto al primer elemento, la prueba ha revelado que esta materia estaba siendo tratada por ambos vecinos por lo menos desde el año 2003. En cuanto a la «justa causa». Se trata de elementos propiedad del vecino que traspasan los límites de la misma, acceden (en este caso, vuelan) sobre el suelo ajeno y a través de ese vuelo, dificultan la insolación de la piscina del vecino, la manchan con los detritus propios de un plátano de sombra afectan a la limpieza del agua y al funcionamiento de los motores de los mecanismos de depuración y, existía el riesgo de la caída de una ramas. Por fin, si la poda se hizo en las condiciones adecuadas es la parte reclamante quien ha de probar tales perjuicios, pues como reitera la jurisprudencia, el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones, no supone necesariamente la obligación de indemnizar, y no la hecho.***

DISPOSICIONES CITADAS*: art. 539 CDFA.*

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Luis Pastor Oliver.***

La cuestión litigiosa se contrae a determinar si el corte de ramas realizado por la comunidad

de propietarios demandada sobre árboles de la demandante se ha efectuado con arreglo a los requisitos que regulan las «relaciones de vecindad» y, en caso contrario, qué perjuicios ha ocasionado esa poda ilegal a la parte actora, pues –en definitiva– el suplico de la demanda se concreta en una petición indemnizatoria por los daños que dicha actuación ha originado en su patrimonio forestal y ornamental. Se desestima el recurso.

Fundamentos de derecho

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

Primero: La cuestión litigiosa se contrae a determinar si el corte de ramas realizado por la comunidad de propietarios demandada sobre árboles de la demandante se ha efectuado con arreglo a los requisitos que regulan las «relaciones de vecindad» y, en caso contrario, qué perjuicios ha ocasionado esa poda ilegal a la parte actora, pues –en definitiva– el suplico de la demanda se concreta en una petición indemnizatoria por los daños que dicha actuación ha originado en su patrimonio forestal y ornamental.

Segundo: No se discute la realidad de la poda, sino sus condicionantes jurídicos. No debemos olvidar que estamos en el seno de las denominadas «relaciones de vecindad» que contienen unos presupuestos claros. Constituyen aquel conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos –incluso a los usuarios de los mismos– para el mantenimiento de una sana convivencia. Por eso el Art. 538 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón se remite a un concepto indeterminado como es el «uso razonable» de la finca según su naturaleza, destino, entorno, todo ello bajo el paraguas de los principios de la buena fe y de los sanos «usos del lugar».

Este precepto, aunque no estaba en vigor en el momento de la ejecución de los hechos enjuiciados, sí que configura los principios de la institución analizada y ya recogidos en el Art. 2 de la precedente Ley 8/10, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial. Aunque no explícitamente, sí lo están implícitos en el Art. 143 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y en el Art. 592 del C. Civil. Todos ellos recogen el principio –aún más genérico– del «neminem laedere» representado por el arto 1902 de nuestro C. civil.

Tercero: Situados en este contexto, los elementos que se han analizado a lo largo del juicio y que constituyen la esencia del derecho de corte o poda de ramas excedidas del fundo vecino, son: la previa reclamación al dueño de los árboles, la justa causa y la conservación del árbol podado.

Respecto al primer elemento, la prueba ha revelado que esta materia estaba siendo tratada por ambos vecinos por lo menos desde el año 2003. Así, se recoge en el Acta de la Comunidad de 4-12-2003 (folio 103), burofax de 12-2-2004 (f. 105), carta de 28-4-2004 (f. 108) Y contestación del Sr. T (f. 109), Acta comunitaria de 3-12-2009 (f. 51) Y fax de 18-3-2010 (f. 62 y 63).

Por tanto, aunque después de esta última comunicación, sin recibir respuesta, se comenzó la poda el 30-3-2010 (12 días después), esta Sala considera que sí existieron reclamaciones bastantes y que –además– el comienzo de la poda no debía alargarse más. Así lo dice la propia comunidad (f. 63) y así lo considera la parte actora, pues es uno de los motivos de su demanda.

Es más, las testificales de los Sres. T, padre e hijo, abundan en la existencia de tales reclamaciones y de conversaciones desde 2003. El propio D. A admitió la recepción de la carta de febrero de 2010. Aunque, matizó, que él nunca admitió la poda.

Cuarto: En cuanto a la «justa causa» para la poda, es difícil sostener lo contrario. Se trata de elementos propiedad del vecino que traspasan los límites de la misma, acceden (en este caso, vuelan) sobre el suelo ajeno y a través de ese vuelo, dificultan la insolación de la piscina del vecino, la manchan con los detritus propios de un plátano de sombra (hojas, etc.), afectan a la limpieza del agua y al funcionamiento de los motores de los mecanismos de depuración (así admitió D. A en su testifical, que –efectivamente– ese tema se lo comentaban los representantes de la Comunidad). Y, por fin, existía el riesgo de que la caída de una rama lesionara a algún vecino (principalmente los niños que son los que más usaban la piscina); riesgo que no están obligados a soportar.

Quinto: Por fin, si la poda se hizo en las condiciones adecuadas de tiempo, técnica, cuidado, etc. (recogidas ahora en el Art. 539-4 C. de Derecho Foral de Aragón).

No debemos de olvidar que se están reclamando daños y perjuicios por el ejercicio de «autotutela» (que tiene su precedente en el parágrafo 910 del B.G.B. alemán), por lo que con independencia de si se ha cumplido con los cuidados precisos en el corte de las ramas, la parte reclamante ha de probar tales perjuicios, pues como reitera la jurisprudencia, el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones, no supone necesariamente la obligación de indemnizar.

Así, pues, analizaremos los diferentes conceptos.

En el apuntalamiento y arriostramiento de los árboles debido a la poda unilateral y desequilibrada ejecutada por la Comunidad.

Con independencia de las razones técnicas existentes al respecto, hay una de naturaleza jurídica para desestimar tal petición. La obligación de cuidar los elementos propios que inmisionan en propiedades ajenas no es del vecino, sino del dueño de aquéllos. Al vecino la ley le permite actuar en defensa de su propiedad cuando el inmisionante no evita su perjuicio. Pero, debía de haber podado la familia T y haber actuado dentro de su propiedad (en la que nada puede hacer el vecino) como le hubiera parecido pertinente. Bien podando el otro lado del plátano, equilibrándolo, bien arriostrando los árboles, bien rellenando la zanja existente entre la hilera de árboles y la valla.

La causa de la posible caída de los árboles no es del vecino que ejercita su derecho, sino de quien no mantiene su propiedad en condiciones de no perjudicar a aquél.

Sexto: Obviamente, el volumen de madera cortado y no entregado a la propiedad del árbol no fue un perjuicio, sino un beneficio para la parte actora. Lo explica claramente el perito D. I: esos restos carecen de valor en el mercado. Y lo admite el perito D. D cuando, después de admitir que toda masa vegetal tiene un valor, reconoció que en este tipo de podas el destino habitual era el «vertedero».

Séptimo: Tampoco consta con claridad que la parte actora hubiera dado a los cortes de los árboles productos cicatrizantes. Ninguna factura hay sobre ello. D. A cree que se puso ese material en noviembre o diciembre, cuando según la técnica ya era innecesario, pues ha de colocarse inmediatamente después de la poda. Así lo dice el perito D. J, quien en noviembre de 2010 no vio ningún producto cicatrizante, estando los árboles sanos. Tampoco el perito G ha visto factura alguna.

Octavo: Por fin, no hay constancia clara del corte del seto propiedad de la actora, ni que –invadiendo propiedad de la comunidad– no lo pudiera cortar; ni, menos aún, que esa poda fuera perjudicial

para el seto, pues es de conocimiento general que la poda, como concepto, no tiene por qué ser perjudicial para las plantas. Parece ser que –bien hecha– resulta beneficiosa. Tampoco hay prueba alguna de gastos por concepto de asesoramiento técnico.

Noveno: Por tanto, ha de desestimarse el recurso. Con la pertinente condena en costas (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente y general aplicación.

55

NÚM. 55

S. APZ (Secc. 4ª)
de 22 de noviembre de 2013

84: SERVIDUMBRES: De Medianería: Presunciones: ***La existencia de huecos o ventanas carece de relevancia por dos razones. Una, porque no existían antes de su saneamiento. El que se hayan construido después con una finalidad de ventilación no influye en la realidad existente en el momento previo a la obra, que es el que determinará si es medianera o no. Y, segundo, porque en Aragón es perfectamente lícito abrir huecos en pared medianera (art. 144 de la antigua Compilación de Derecho Civil de Aragón, actuales arts 545 y 547-2 Código de Derecho Foral de Aragón), lo que está prohibido en el régimen común (art 580 C.c).***

Disposiciones citadas: ***arts. 545 y 547-2 CDFA; arts 532, 546, 571 y ss. Cc.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Luis Pastor Oliver.***

La parte actora insta en su demanda el pago del precio de la reparación de la fachada comunitaria que da al solar del demandado y, precisamente, pide a éste la mitad del coste del saneamiento de tal paramento, al considerar que tal pared es medianera. El demandado se opone a tal pretensión y alega una serie de motivos. El fundamental es que dicho muro no es medianero, sino de la propiedad exclusiva de la comunidad actora. Se desestima su demanda y también la apelación.

C) RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2013)

C) DECISIONS OF THE COURTS OF FIRST INSTANCE OF ARAGON

56

NÚM. 56

S. JPII Ejea núm. 1 de 18 de enero de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Presencia de medio hermanos: **Principio de no separación de los hermanos:** ***Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor, porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 CDFA). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre, con el que convive desde 2007, y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez. En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento. El hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca.*** **Opinión de los menores**: ***M fue escuchado por el que suscribe y por el MF. Pese a su edad, el niño respondió con claridad a lo que se le preguntaba, y manifestó también de forma clara su opinión. M dijo que vivía con su madre, y veía a su padre los fines de semana y en vacaciones. Esta situación le gustaba, y manifestó que prefería seguir así antes que pasar a estar la mitad del tiempo con cada progenitor. La opinión del menor no es vinculante para el órgano judicial, pero el derecho del menor a ser oído (artículo 6 CDFA al que se remite el artículo 76.4) no debe interpretarse como un mero trámite formal ya que, en caso contrario, carecería de sentido. La opinión del menor, por lo tanto, debe ser un elemento que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión. Además de este principio general de audiencia en todas las cuestiones que afecten al menor, el artículo 80.2c CDFA contempla la opinión del menor como uno de los factores que debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir si es más beneficiosa la custodia individual.***

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 76, 80.4 CDFA.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Iván Oliver Alonso.*

Solicitud de modificación de medidas de divorcio para solicitar custodia compartida ya que el padre demandante va a tener un nuevo hijo. Se desestima demanda, ya que ese cambio no es sustancial al haber pasado más de siete años, querer el menor mantener el mismo sistema de custodia y contar con otro medio hermano por parte de madre con el que habitualmente convive.

Fundamentos de derecho

Primero: Se considera acreditado que M y Ma contrajeron matrimonio, del que nació, el 2002, un hijo llamado M. Así lo reconocen las partes y así se desprende de la documentación aportada, especialmente la certificación de nacimiento aportada como documento uno de la demanda.

También está acreditado, a la vista de la sentencia aportada (documento 2 de la demanda), aparte de no ser un hecho discutido, que el 16 de febrero de 2006 se dictó, en este Juzgado, en el procedimiento de divorcio contencioso 340/2005, sentencia en la que se decretaba el divorcio de los litigantes. En dicha sentencia se aprobaban las medidas acordadas por los litigantes. Concretamente, se atribuía la guarda y custodia de M a su madre, y se establecía un régimen de visitas a favor del padre. Además, se establecía una pensión de alimentos a favor del menor, y a cargo del padre, de 254,54 euros mensuales, actualizable con arreglo a las variaciones del IPC.

Ma tuvo un hijo llamado A el 2007, con otra pareja distinta al demandante, como se desprende de la certificación de nacimiento aportada como documento dos de la contestación.

El demandante tendrá, aproximadamente en el mes de mayo de 2013, un hijo con su actual pareja, como se desprende de la declaración de ésta y de la documentación aportada en la vista.

Segundo: El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que «*el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*». También prevé este cambio el artículo 77.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

El demandante basa su demanda en la variación de dos circunstancias: la edad del hijo y el haber rehecho su vida.

La edad del hijo es, sin duda, una circunstancia que ha variado desde la fecha en que se acordaron las vigentes medidas. Entonces el menor aún no había cumplido cuatro años, y ahora tiene diez años y medio. También es cierto que esta circunstancia era, lógicamente, previsible.

En cuanto al segundo hecho, el demandante manifiesta que tiene ahora pareja estable, con la que pretende casarse, y de la cual espera un hijo. Esta circunstancia no ha sido discutida, y puede considerarse acreditada a la vista de la declaración de la testigo Sra. A, que es precisamente su pareja. Aunque previsible en el sentido de ser una circunstancia que razonablemente podía esperarse (a la vista de la edad del padre), es cierto que es un cambio importante de las circunstancias, que no tenía por qué haberse producido necesariamente.

Otro hecho, que no es fundamento de la solicitud, pero que también se ha producido durante este tiempo, es el hermano que tiene M, ya que la demandada, con posterioridad al divorcio, tuvo un hijo con otra pareja. Este hermano, nacido en 2007, convive en la actualidad con M.

Y otro hecho nuevo es el futuro hijo que va a tener el demandante.

Tercero: La variación de las circunstancias es presupuesto para la modificación de medidas pero, aun dándose dicha variación, la modificación no es automática. El hecho de que hayan cambiado algunas de las circunstancias que se daban en el momento de acordarse unas medidas no significa, necesariamente, que las medidas tengan que modificarse. Es necesario, además, que las nuevas medidas propuestas sean procedentes, a la vista de las circunstancias de cada caso.

En este supuesto, la modificación que se pretende se refiere, fundamentalmente, al régimen de custodia del hijo menor. Por lo tanto, afecta a éste de una manera sustancial. El principio rector al que debe atenderse a la hora de establecer o modificar este tipo de medidas es el de interés superior del menor (artículo 76.2 del Código de Derecho Foral). Es decir, aun entendiendo que se ha producido una modificación relevante de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio en el año 2006, la modificación pretendida sólo procederá si respeta dicho interés superior del menor.

Y, en el caso que nos ocupa, entiendo que no es así.

El régimen establecido en la sentencia de 2006 lleva rigiendo casi siete años. Teniendo en cuenta que el menor tiene diez años y medio, resulta que dicho régimen constituye el modo de vida del menor prácticamente desde que tiene conciencia. Por lo tanto, la modificación de este régimen tiene que estar fundamentada en un evidente beneficio para el menor. Y de la prueba practicada, no se desprende este beneficio.

M fue escuchado por el que suscribe y por el Ministerio Fiscal, constando en las actuaciones acta de su audiencia. Pese a su edad, el niño respondió con claridad a lo que se le preguntaba, y manifestó también de forma clara su opinión. M dijo que vivía con su madre, y veía a su padre los fines de semana y en vacaciones. Esta situación le gustaba, y manifestó que prefería seguir así antes que pasar a estar la mitad del tiempo con cada progenitor.

La opinión del menor no es vinculante para el órgano judicial, pero el derecho del menor a ser oído (artículo 6 del Código de Derecho Foral de Aragón, al que se remite el artículo 76.4) no debe interpretarse como un mero trámite formal ya que, en caso contrario, carecería de sentido. La opinión del menor, por lo tanto, debe ser un elemento que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión. Además de este principio general de audiencia en todas las cuestiones que afecten al menor, el artículo 80.2c del Código de Derecho Foral contempla la opinión del menor como uno de los factores que debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir si es más beneficiosa la custodia individual.

Otra cuestión, que complica algo las relaciones en este caso, pero que también contribuye a la desestimación de la demanda, es la relativa a los hermanos de M. Por un lado, el hermano por parte de madre, A, nacido el 2007, que convive en la actualidad con M. Por otro, el hijo que va a tener próximamente el demandante, al parecer, en 2013.

Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor, porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 del Código de Derecho Foral). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez.

En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con

su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento, hace casi seis años, mientras que el futuro hermano por parte de padre ni siquiera ha nacido todavía. La relación de M con su hermano A es una relación actual, que existe desde el nacimiento del segundo. El propio M manifestó al ser oído que le gusta estar con su hermano, y resulta claro que mantiene con él unos lazos de afectividad propios de la relación fraterna. En cambio, con su futuro hermano por parte de padre, no puede aún tener relación, sin perjuicio de que M pueda interesarse en el hecho de tener un nuevo hermano y de que, una vez nazca, se vaya estableciendo entre estos hermanos, también, una relación fraterna normal. En su audiencia, M no dijo nada al respecto de que fuese a tener un hermano. Es verdad que no se le preguntó por ello, dado que es un hecho que se puso de manifiesto en la vista. Lo que se quiere indicar es que M, por iniciativa propia, nada dijo acerca de que fuese a tener un hermano.

Así, el hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca. Pero, realmente, durante sus primeros meses de vida, es claro que dicha relación no podrá tener mucho contenido. Y, una vez el hermano por parte de padre deje de ser un bebé, M tendrá ya edad para tomar ciertas decisiones acerca de cómo relacionarse con su hermano, que deberían ser tenidas en cuenta por ambos progenitores.

Por último, no existe prueba de que el régimen que se propone vaya a ser más beneficioso para el menor que el vigente ahora. La situación actual es la que ha conocido M prácticamente desde que tiene conciencia, no hay constancia de que el régimen vigente sea en algún modo perjudicial para el menor, y no se comprende cuál es el beneficio que puede depararle la modificación que se pretende. El menor ha mantenido el contacto con su padre, dice que se lleva bien con él y, dada su edad, en poco tiempo podrá tomar la iniciativa para ver a su padre fuera de los términos estrictamente establecidos en la sentencia de 2006, si así lo desea. Pero en el momento actual, el propio menor ha manifestado su voluntad de seguir tal y como está, y no se ha probado que una modificación del modo de vida que viene llevando desde hace siete años vaya a beneficiarle.

Quinto: Por todo lo expuesto, pese a que sí han cambiado algunas de las circunstancias que se daban en el momento de dictarse la sentencia de divorcio, considero que debe desestimarse la demanda, tal y como fue planteada, y que no procede establecer un régimen de custodia compartida, ni tampoco efectuar el resto de modificaciones solicitadas en la demanda. La pretensión del padre es comprensible: pasar más tiempo con su hijo y que pueda convivir con su nuevo hermano. Pero, como se ha expuesto, la modificación del vigente régimen debe hacerse atendiendo al interés del menor, no a los deseos de los progenitores, por muy comprensibles y legítimos que éstos puedan resultar.

Sexto: El Ministerio Fiscal, en conclusiones, se opuso a la sustitución del régimen vigente por otro de custodia compartida. Sin embargo, consideró que podría ser bueno para el menor que se aumentasen las visitas establecidas en la sentencia de divorcio.

Entiendo que ello sí puede resultar beneficioso para M. Un aumento del régimen de visitas no supone una gran alteración de su modo de vida, y podría contri-

buir a estrechar la relación con el hermano que va a tener en pocos meses.

El régimen de visitas que se estableció en la sentencia de divorcio es un régimen que podría denominarse «ordinario» (fines de semana alterno). A la vista de las circunstancias que se han expuesto, no parece que exista inconveniente en sustituirlo por otro que podría denominarse «amplio», aumentando el tiempo de permanencia con el padre los fines de semana y añadiendo una tarde intersemanal. Las visitas de fin de semana podrían comenzar el viernes por la tarde, a la salida del colegio, y podría incluirse una tarde desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas.

Séptimo: En cuanto a las costas, no procede hacer imposición de las mismas. Aunque se rechaza la modificación en los términos interesados por el demandante, sí se accede a una ampliación del régimen de visitas. Por otra parte, no es habitual la imposición de costas en procedimientos de familia, lo que entiendo correcto, dada la naturaleza de las pretensiones que se deducen, salvo supuestos excepcionales.

57

NÚM. 57

S. JPII Ejea núm. 1 de 19 de marzo de 2013

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: Delación dativa: Preferencia: ***La cuestión central en el presente procedimiento es determinar la persona que debe ser nombrada tutora de la Sra. G. La incapacidad no es discutida, y es evidente a la vista de la documentación obrante en las actuaciones y del examen que se hizo de la demandada, y parece que tampoco es discutible que la demandada debe ser sometida a tutela. Sin embargo, sus dos hijas discuten sobre la persona idónea para ejercitar el cargo tutelar. El nombramiento de tutor debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y en interés del incapaz. El art. 116 CDFA establece el orden de prelación para el nombramiento de tutor, que podrá alterase, si concurren circunstancias que así lo justifiquen. Pero las dos hermanas tienen el mismo grado de parentesco respecto de la madre, sin que el Código establezca una norma que permita elegir a una frente a la otra. No procede tutela conjunta porque ambas hermanas se llevan mal. Ambas hermanas expresaron en la vista su deseo de ser nombradas tutoras y tienen capacidad. En razón de ello, estimo que un criterio objetivo es la edad: una tiene 47 años otra 62, parece más adecuado elegir a la más joven.*** **Nombramiento, vigilancia y control: Causas de remoción**: ***En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. La tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales. Sin embargo, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla. Por ello se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares (establece visitas). Por ello, la tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla, ya que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí; de impedir el régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.*** **Tutela: Inventario***: A la*

vista de la conflictividad entre las hijas de la incapacitada, que se da no sólo en el ámbito personal sino también en el patrimonial, deben adoptarse otro tipo de cautelas. Ya con la demanda se solicitaron medidas cautelares relativas a las cuentas de la incapaz. Tras el dictado de la presente resolución, será la tutora la que gestionará el patrimonio de la demandada, procediendo dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas. No obstante, dado el conflicto existente entre las dos hermanas, tanto del inventario que deberá elaborar la tutora (artículo 141 CDFA) como de la rendición de cuentas anual se dará traslado, además de al Ministerio Fiscal, a la hermana no tutora, para que pueda alegar lo que a su derecho convenga con carácter previo a su aprobación.

Disposiciones citadas: ***art. 38, 101-2, 116, 130, 134, 141 CDFA; 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. D. Iván Oliver Alonso.***

Se insta procedimiento de incapacitación de M, madre de la demandante por padecer aquélla alzheimer; la otra hija de la demandada se postula también como posible tutora. El Juzgado estima la demanda procediendo a incapacitar a M y nombrar tutora a la hija demandante.

Fundamentos de derecho

Primero: Según el dictamen de la Médico Forense, la demandada, M presenta un deterioro cognitivo importante a consecuencia de la enfermedad de Alzheimer, que también limita su autonomía personal.

En el informe de salud de 15 de octubre de 2012 que obra en las actuaciones se indica que la demandada padece alzheimer, que le fue diagnosticado en el año 2007. En resolución de 29 de junio de 2009, la Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales dictó resolución reconociendo a la demandada el derecho a la prestación de cuidador no profesional en el entorno familiar. También consta un informe de salud de 26 de noviembre de 2012 en el que se indica que la paciente es dependiente para las actividades de la vida diaria, aunque puede caminar acompañada.

Lo anterior se pudo corroborar en el examen de la demandada que hizo el que suscribe en compañía de la Médico Forense.

Las hijas de la demandada también estuvieron de acuerdo en la vista en que su madre necesita asistencia para la realización de actividades básicas.

La Forense considera que la demandada necesita ayuda de terceras personas para tareas básicas de supervivencia, siendo su situación irreversible, y que lo anterior le hace incapaz para gobernar su persona y sus bienes.

Segundo: El artículo 38 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, establece que «*nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado*», y que «*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

En el presente caso se ha puesto de manifiesto como la demandada necesita asistencia para casi todas las tareas de la vida ordinaria, y carece de capacidad para regir su persona y sus bienes de forma total (no controla su patrimonio).

La causa de lo anterior es una enfermedad de Alzheimer que, como indica el dictamen de la Médico Forense, tiene carácter irreversible.

Es decir, la demandada padece, como exige la ley, una enfermedad persistente que le impide gobernarse por sí misma.

Por ello debe declararse la incapacitación total de la demandada, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial.

Tercero: El artículo 130 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, establece que «*estarán sujetos a tutela ordinaria… los incapacitados, cuando la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique lo hayan establecido*». En el caso que nos ocupa, dado el grado de discernimiento de la demandada, debe quedar ésta sometida a tutela, ya que la Sra. G necesita asistencia para la realización de tareas básicas de supervivencia como vestirse o asearse, y no puede controlar su patrimonio, ni siquiera mínimamente.

Cuarto: La cuestión central en el presente procedimiento es determinar la persona que debe ser nombrada tutora de la Sra. G. La incapacidad no es discutida, y es evidente a la vista de la documentación obrante en las actuaciones y del examen que se hizo de la demandada, y parece que tampoco es discutible que la demandada debe ser sometida a tutela.

Sin embargo, sus dos hijas discuten sobre la persona idónea para ejercitar el cargo tutelar. La demandante A, hija de la demandada, se propone a sí misma. Pero la otra hija, M, también se propuso a sí misma como tutora.

El nombramiento de tutor debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y en interés del incapaz. Debe tenerse en cuenta que la declaración de incapacidad es una institución en beneficio de la persona que no puede gobernar su persona y bienes por sí misma, no un derecho de las personas que están llamadas a la tutela.

El artículo 116 del Código de Derecho Foral de Aragón establece el orden de prelación para el nombramiento de tutor, que podrá alterase, no obstante, en el caso de que concurran circunstancias que así lo justifiquen. Lo que ocurre es que las dos hermanas tienen el mismo grado de parentesco respecto de la madre, sin que el Código establezca una norma que permita elegir a una frente a la otra.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del referido Código, el nombramiento de varios tutores será siempre algo excepcional y, en todo caso, en los supuestos allí previstos. Además, en el caso que nos ocupa, se puso de manifiesto un fuerte enfrentamiento entre las dos hijas de la demandada, por lo que la tutela plural, lejos de beneficiar a la demandada, parece claro que resultaría perjudicial.

Aunque ambas hermanas expresaron en la vista su deseo de ser nombradas tutoras, y manifestaron diversos motivos por los que se consideraban más adecuadas que la otra hermana, lo cierto es que son sólo manifestaciones de personas interesadas que carecen de virtualidad probatoria.

En cuanto a elementos objetivos que puedan servir para decidir cuál de las dos hermanas debe ser nombrada tutora, de lo obrante en las actuaciones, el único elemento que encuentra el que suscribe es la edad.

De la certificación de nacimiento aportada junto con la demanda se desprende que A nació el 26 de julio de 1965, es decir, tiene 47 años. M, según se desprende del parte de 4 de marzo de 2013, aportado por ella misma, tiene 62 años. No consta que ninguna de ellas tenga ninguna limitación que le impida el correcto ejercicio de la tutela. Sin embargo, la diferencia de edad hace que sea más conveniente, en mi opinión, que se atribuya la tutela a la hermana más joven. Ello es así puesto que, además del Alzheimer, tampoco consta que M tenga otra enfermedad grave, por lo que la

tutela podría prolongarse durante varios años. Y, teniendo en cuenta que la demandada tiene dificultades deambulatorias y que necesita pañal, parece, al menos *a priori*, que puede resultar más sencillo que determinado tipo de asistencia le sea prestado por la hija más joven.

Quinto: El artículo 101.2 del Código del Derecho Foral de Aragón establece que las funciones tutelares se ejercen siempre en interés de la persona protegida. Por otra parte, el artículo 103.2 prevé que el Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la institución tutelar, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en interés de la persona protegida.

En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. Dicho conflicto se ha traducido incluso en la dificultad de una de las hijas y de su familia en mantener el contacto con la incapaz.

Como se ha expuesto, la tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales, además de no ser este un caso en el que dicha solución resulte adecuada.

Sin embargo, y como se indicó a las hermanas A en la vista, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas que, aunque son las llamadas legalmente a ejercer la tutela, no tienen un derecho subjetivo como tal a ser nombradas tutoras, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla.

Considero, por lo tanto, que es necesario hacer una previsión para garantizar que la incapaz pueda mantener el contacto con la hermana no tutora y con su familia. En la vista, ambas hermanas manifestaron que no pondrían problemas para hacer efectivo este derecho.

Se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares los martes y los jueves desde las 17:00 a las 20:00 horas, y el último domingo de cada mes desde las 17:00 hasta las 20:00 horas. Se excluyen los meses de julio y agosto, durante los cuales este derecho se hará efectivo el último domingo de cada mes, desde las 17:00 hasta las 20:00 horas.

La tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla. Debe tenerse en cuenta que, una vez que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí. La demandante no estaba obligada a proponerse como tutora, se comprometió a permitir que le visitaran sus parientes, y por lo tanto ha admitido voluntariamente cierta intromisión en su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ciertas visitas le podrán resultar incómodas o desagradables, pero lo que no puede es oponerse a que se nombre tutora a su otra hermana y luego no permitir que ésta comunique con su madre.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que la demandada cobra dos pensiones, siempre podría ser ingresada en una residencia, donde estaría perfectamente cuidada y todos sus parientes podrían visitarla sin ningún problema.

Por lo tanto, si la persona nombrada tutora lo ha sido por voluntad propia, ya que ha interpuesto la demanda y en el juicio se ha ratificado en su petición de ser nombrada como tutora, oponiéndose a que fuese nombrada otra persona, y comprometiéndose a permitir la comunicación de la incapaz con otros parientes, debe aceptar la carga que se le impone. Con la

advertencia de que, de impedir el régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.

El régimen establecido se entiende sin perjuicio de los acuerdos puntuales a los que puedan llegar los interesados, y será aplicable siempre en defecto de los mismos.

Sexto: A la vista de la conflictividad ya indicada, que se da no sólo en el ámbito personal sino también en el patrimonial, con fundamento en los preceptos indicados, deben adoptarse otro tipo de cautelas.

Ya con la demanda se solicitaron medidas cautelares relativas a las cuentas de la incapaz.

Tras el dictado de la presente resolución, será la tutora la que gestionará el patrimonio de la demandada, procediendo dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

No obstante, dado el conflicto existente entre las dos hermanas, tanto del inventario que deberá elaborar la tutora (artículo 141 del Código de Derecho Foral) como de la rendición de cuentas anual se dará traslado, además de al Ministerio Fiscal, a M, para que pueda alegar lo que a su derecho convenga con carácter previo a su aprobación.

Séptimo: El artículo 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General preceptúa que «*los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio*». En el presente caso, se constató en el reconocimiento que la demandada no era capaz de comprender lo que eran las elecciones, por lo que debe privársele del derecho de sufragio.

Octavo: El artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que «*cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan*».

Noveno: En cuanto a las costas, dada la especialidad de la materia, siendo necesaria la demanda y la tramitación del procedimiento judicial para la incapacitación y nombramiento de tutor, y dado que no se han estimado íntegramente las pretensiones de ninguna de las partes, no se hace expresa condena en costas.

58

NÚM. 58

S. JPII Ejea núm. 1 de 25 abril de 2013

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES: ***En el caso que nos ocupa no concurren elementos suficientes que desvirtúen la aplicación de la regla general establecida en el CDFA. Es más, entiendo que la custodia individual a favor de cualquiera de los progenitores puede ser incluso perjudicial para el menor. En parte, como consecuencia de la confrontación existente entre los progenitores, puesto que la actitud revelada por ellos permite vislumbrar el riesgo de que, de atribuírseles la custodia individual a cualquiera de ellos, el progenitor custodio sucumba ante la tentación de erigirse en el triunfador de la contienda, entorpeciendo la relación entre los progenitores. Debe tenerse en cuenta que, cualquiera que sea el régimen que se establezca, los progenitores deberán mantener cierta relación y que, a la vista de la edad del menor, esta relación todavía debe prolongarse por muchos años. El régimen de custodia compartida, sin embargo, obligará***

a ambos a tener que reconocerse como iguales en el cuidado de su hijo menor.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 81y 86 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Iván Oliver Alonso.***

Autos sobre procedimiento de divorcio.

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 36 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández.***

Solicitud de internamiento en un centro residencial en contra de la voluntad del internado y a propuesta de la trabajadora social. Se acuerda por el Juzgado como medida cautelar a la subsiguiente incapacitación del internado.

59

NÚM. 59

S. JPI Zaragoza
núm. 13 de 30 de septiembre 2013

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INTERNAMIENTO: En un centro residencial. ***La autorización para ingresar en un centro residencial escapa del ámbito del internamiento con base en el art 763.1 Lec. Por ello debe encuadrarse dentro del ámbito de las medidas cautelares previas al proceso de incapacitación del demandado en atención a lo que se deduce de la información médico-psiquiátrica y el informe social aportados al amparo de lo dispuesto en los arts 762.1 y 757. 3 de la Lec. y 36 CDFA. Este órgano es competente territorialmente para resolver sobre dicha autorización por residir la persona afectada en este partido judicial y por ser el competente objetivamente para conocer de las medidas cautelares previas a un proceso de incapacitación. Debe acordarse como medida cautelar previa a la incapacitación la autorización para que D. M., permanezca ingresado, aun en contra de su voluntad, medida que subsistirá si en el plazo de 30 días hábiles desde la notificación de la presente resolución se interpone la correspondiente demanda de incapacitación (art 730.2 Lec.), bien por los familiares legitimados para ello, bien por el MF a quien se notificará la presente a los efectos legales oportunos.***

60

NÚM. 60

A. JPI Zaragoza
núm. 13 de 6 noviembre de 2013

76: SUCESIÓN LEGAL: LEY APLICABLE: ***La ley aplicable es la española, pues aunque el art 9.8 del Código Civil remite a la ley nacional del causante al momento de su fallecimiento, el art 10 del Decreto Ley núm. 4657 de 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño) establece que la sucesión por muerte obedece a la ley del país donde estaba domiciliado el difunto. Dado que la causante no tenía la nacionalidad española no se le puede aplicar el derecho foral aragonés pues no tenía la vecindad civil, que exige la previa nacionalidad. Así, nótese que una vez adquirida la nacionalidad, el art 15 del CC dispone que el extranjero ha de optar por alguna de las vecindades civiles con las que tenga cierta conexión; luego primero se ha de obtener la nacionalidad española para luego optar a la vecindad civil para la aplicación de la legislación foral correspondiente (sic). En el presente supuesto, en atención a la norma remisoria brasileña se ha de aplicar pues la legislación común (sic).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 9.8, 912 y ss. Cc el art 10 del Decreto Ley núm. 4657 de 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño).***

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández.*

Solicitud de declaración de herederos. No se aplica el CDFA por ser la causante de nacionalidad extranjera.

61

NÚM. 61

A. JPI Zaragoza
núm. 13 de 13 de noviembre de 2013

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: Internamiento: Improcedencia: ***Obviamente, si una enfermedad requiere o no para su curación el internamiento es una cuestión médica a resolver por los propios facultativos, si bien, como garantía de un derecho tan fundamental como es el de la libertad personal, la ley dispone que no sea cualquier facultativo el encargado de dictaminar, sino el designado libremente por el Juez, (art. 763 Lec.). Se contempla el internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y limitada en el tiempo, debiendo quedar sin efecto nada más desaparezcan las excepcionales causas que lo motiven. Son sujetos del internamiento tanto los presuntos incapaces como los ya declarados judicialmente, para que resulte procedente la medida, habrá de evidenciarse tanto la necesidad o conveniencia para el propio afectado, desde el punto de vista terapéutico, como la peligrosidad del mismo para sí o para otros. El Juez, garante de los derechos y libertades de las personas, valorará todas dichas circunstancias y en este caso no se ajusta a lo previsto en el art. 36 CDFA ya que el facultativo designado por el juzgado estima que no procede el internamiento.***

Disposiciones citadas: ***art. 10 y 17 CE; art. 36 CDFA; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007.***

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández.*

Solicitud de internamiento en un centro hospitalario. Se deniega por no cumplir lo requisitos legales.

Fundamentos de derecho

Primero: Como cuestión previa es menester explicar como el internamiento forzoso en un centro hospitalario de carácter psiquiátrico, y la sección psiquiátrica «Infanto Juvenil» del Hospital Clínico Universitario «Lozano Blesa», lo es, previsto en el artículo 763 de la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil, requiere, no sólo el concurso de una enfermedad psíquica, sino que su tratamiento tenga que realizarse precisamente en régimen de internamiento y de manera temporal, decisión judicial que, precisamente por la grave y amplia perturbación mental puntual o permanente, no puede adoptar por sí mismo el enfermo, sea mayor o menor de edad, bien por falta de conocimiento y voluntad, en contra de ambos, siendo su principal objetivo, como garantía de racionabilidad y proporcionalidad de un diagnóstico sanitario, no es otro que la recuperación de la salud, la reinserción del paciente y la protección de su persona.

Por lo cual resulta patente que, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el Código Civil, ni el Código del Derecho Foral de Aragón autorizan el que pudiera decretarse el internamiento de una persona ya fuera presunto o ya incapacitado legalmente por procedimiento distinto del establecido en el artículo 763 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil y/o sin las garantías y exigencias previstas en el expresado precepto, procedimiento, garantías y exigencias que no resultarían en modo alguno observados si se autorizara sin más a los tutores, cuando dicha medida no sólo es extraordinaria, sino también limitada en el tiempo, presidida por parámetros de excepcionalidad y de estricta necesidad, y con control periódico del Órgano Jurisdiccional.

Y, hasta tal punto ello es así, que el propio artículo 271.1º del Código Civil determina que el tutor, e incluso de asumir la Tutela Ex Lege la Entidad Pública por motivos de desamparo, al no existir una previa declaración de incapacidad, necesitará autorización judicial para internar a la persona ya tutelada en un establecimiento de salud mental en contra de su voluntad, previsión que se acomoda al carácter extraordinario de la medida y –por supuesto– a su verificación conforme a las exigencias establecidas en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: Obviamente, si una enfermedad requiere o no para su curación el internamiento es una cuestión médica a resolver por los propios facultativos, si bien, como garantía de un derecho tan fundamental como es el de la libertad personal, la ley dispone que no sea cualquier facultativo el encargado de dictaminar en cada caso, sino el designado libremente por el Juez, como medio de asegurar la independencia y neutralidad del dictamen.

En la aplicación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 10 y 17.1 de la Constitución Española de 1.978 y los Convenios Internacionales ratificados por España, en concreto, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 abril 2008, toda vez que esta normativa ya forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 del Código Civil, desde el momento que queda patente que esta regulación en modo alguno resulta una actuación o medida judicial discriminatoria para con el presunto incapaz al sustentarse sobre una situación procesal merecedora de la máxima protección con características específicas y propias en las que la resolución definitiva siempre deberá referir a una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas tras una serie de pruebas concluyentes se acredite que no pueden o permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada (STS, su Sala 1ª, de 29 de abril de 2009, FJ 3º).

En cualquier caso se contempla la decisión de internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y como toda actuación de este carácter, limitada en el tiempo, debiendo quedar sin efecto nada más desaparezcan las excepcionales causas que lo motiven. Siendo sujetos del internamiento tantos los presuntos incapaces como los ya declarados judicialmente por encontrarse afectados por enfermedades o deficiencias de carácter psíquico que les impidan gobernarse por sí mismos, para que resulte procedente la medida, habrá de evidenciarse tanto la necesidad o conveniencia para el propio afectado, desde el punto de vista terapéutico, como la peligrosidad del mismo para sí o para otros.

El Juez, garante de los derechos y libertades de las personas, valorará todas dichas circunstancias, actuando con una finalidad cautelar. La autorización judicial que legi-

tima el internamiento, ordinario o urgente, debe de estar basada en el resultado del examen de la persona y en el dictamen del facultativo designado, por el Juzgado tal como se deriva de lo dispuesto en el mentado artículo 763 de la ley procesal civil que refunde lo anteriormente reglado al respecto. Este precepto bajo el título *«Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico»*, en su número uno impone para todos los casos, aun para personas sometidas a patria potestad/autoridad familiar o tutela, la necesidad de autorización judicial previa, salvo situaciones de urgencia en las que podrá solicitarse esta en el plazo de las 24 horas siguientes.

Tercero: En el presente caso, pese al padecimiento que sufre la afectada parece manifiesto que la solicitud que se pretende como de internamiento involuntario no se ajusta a las previsiones del artículo 36 del vigente «Código del Derecho Foral de Aragón», como Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado por Decreto Legislativo núm. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOA de 29 de marzo de 2011 y que entrara en vigor el día 23 abril de 2011) y del mismo artículo 211 del Código Civil, cuando del dictamen emitido por el facultativo designado por este Juzgado se ha estimado que no es preciso a fecha de hoy el internamiento de la presunta enferma, con un diagnóstico compatible con trastornos de conducta y labilidad afectiva en el contexto de adolescencia, en atención a la patología apreciada y ya valorada por Unidad de Psiquiatría Infanto Juvenil durante ya más de 18 días de ingreso hospitalario, en la que bastaría un mero tratamiento ambulatorio, en su caso, por lo que procede denegar la autorización de internamiento solicitada, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en otra ocasión, si varían las circunstancias de la persona.

Para mayor abundamiento, este Juzgador comparte íntegramente y hace suyo el informe pericial cuando afirma que de modo alguno se evidencian, y así nos lo afirma la misma facultativa que la tratara, alteraciones, ni del curso ni del contenido del pensamiento, llegando a la conclusión que esta menor no presenta alteraciones psicopatológicas compatibles con procesos psicóticos incardinados o susceptibles de serle obligada su permanencia en una Unidad de esas características, cerrada, o lo que es lo mismo, privada de libertad.

De tal modo, como ello pudiera haber sido desencadenado por una apreciable dejación de sus obligaciones escolares e higiénicas, en el entorno de un descontrol sociofamiliar sin conocer las causas del mismo, siguiendo a tal informe, ciertamente, la acción para atajar o mejorar su salud mental, en su caso, debería orientarse hacia un mayor control e intervención de su conducta y reeducación sociofamiliar pero no por el momento en relación con el ingreso psiquiátrico involuntario solicitado.

De ahí que deba informarse de esta situación tanto a la Fiscalía de Incapacidades como de Menores de la Audiencia Provincial de Zaragoza y a la propia Subdirección Provincial de Protección de la Infancia y Tutela del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón, en el ámbito de protección de menores, a los efectos de que dispongan si fuera preciso o no la intervención sociofamiliar de esta menor, ya que además el problema existe de forma semejante con la otra hermana gemela, amén de que pudiera existir una situación de desamparo en los términos que previene el artículo 160 y siguientes del Código del Derecho Foral de Aragón y demás concordantes del artículo 172 del Código Civil.

En consecuencia, deberá ser puesta en libertad y trasladada sin más dilación al Centro de Acogida de Menores de la Diputación General de Aragón y a disposición

de la Fiscalía de Menores y de la misma Subdirección Provincial de Protección de la Infancia y Tutela del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón para que en el ejercicio de sus funciones adopten las medidas que estimen pertinentes, bajo el apercibiendo a la dirección médica de la Sección Psiquiátrica «Infanto Juvenil» del Hospital Clínico Universitario «Lozano Blesa», que de no cumplimentar lo anterior en un plazo máximo de veinticuatro horas podría incurrir en un delito grave de desobediencia, amén de otro de detención ilegal.

En cuanto a las costas procesales, se declaran de oficio.

Vistos los artículos de aplicación del Código Civil, la Ley aragonesa de la Persona y de la legislación orgánica y procesal correspondiente.

Parte dispositiva

Don Armando Barreda Hernández, Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Zaragoza, dice:

Vengo a disponer y dispongo que no se estima procedente autorizar el internamiento involuntario en centro psiquiátrico de la menor de edad Dña. M, con DNI núm., de 16 años, nacida en Zaragoza el día 25 de enero de 1997, que había solicitado la Sección Psiquiátrica «Infanto Juvenil» del Hospital Clínico Universitario «Lozano Blesa», sin perjuicio de lo que pueda resolverse en otra ocasión, si varían las circunstancias de la persona.

En consecuencia, en plazo máximo de veinticuatro horas la menor de edad Dña. M, con DNI núm., deberá ser puesta en libertad y trasladada al centro de acogida de menores de la Diputación General de Aragón y a disposición de la Fiscalía de Menores y la Subdirección Provincial de Protección de la Infancia y Tutela del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón, en el ámbito de protección de menores, para que en el ejercicio de sus funciones adopten las medidas que estime pertinentes.

Igualmente, se apercibe expresamente a la dirección de la Sección Psiquiátrica «Infanto Juvenil» del Hospital Clínico Universitario «Lozano Blesa» de Zaragoza, que de no cumplimentar inmediatamente lo anterior podrá incurrir en un delito grave de desobediencia, amén de otro de detención ilegal.

D) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA
D) JURISPRUDENCE CONTENT

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

1. Content of the decisions published in this number

PARTES DEL ÍNDICE

Cada una de las referencias del índice de jurisprudencia consta de varias partes o elementos: 1. La clasificación por materias, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del «índice de claves» y, dentro de ella, en alguno de sus conceptos y, si los hay, subconceptos; 2. Los datos para identificar la resolución judicial; 3. El sumario con información del contenido de la resolución; 4. Los datos para localizar la resolución en el volumen de la Revista donde se halla publicada: en negrita se facilita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen que la publica.

EXPLICACIÓN PREVIA:
EL «ÍNDICE DE CLAVES» (TABLA DE MATERIAS)

El lector habrá observado que tanto en el Repertorio de bibliografía como en la presentación de cada una de las resoluciones judiciales, así como en el índice de jurisprudencia, se emplea el mismo sistema de clasificación «numérico-conceptual» que denominamos «índice de claves». Se trata de una clasificación de las materias del Derecho civil aragonés vigente completada con los apartados necesarios para ordenar también la variada bibliografía relativa a los antecedentes, las fuentes e instituciones históricas, los temas comunes a todos los Derechos forales, las obras generales, las auxiliares, etc.

La tabla de materias así construida para poder clasificar la bibliografía y la jurisprudencia, adaptada en 2003 a la de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, es la siguiente:

I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS

II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)

IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Comentarios, Estudios, Homenajes, Enciclopedias y otras obras colectivas
2. Repertorios de jurisprudencia
3. Manuales y obras generales de Derecho aragonés
4. Manuales y obras generales de Derecho foral
5. Panorámicas
6. Revistas

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Temas comunes a todos los Derechos forales
   - 1.1. Historia hasta la Nueva Planta. La Codificación y los Derechos forales
   - 1.2. Del Código Civil a las Compilaciones forales
   - 1.3. La codificación de los Derechos forales. La modificación del Título Preliminar del CC.
   - 1.4. Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía
   - 1.5. La casación foral
   - 1.6. Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil
2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e instituciones del Reino de Aragón
   - 2.1. Historia del Derecho aragonés hasta 1707, en general
   - 2.2. Los orígenes y precedentes de los «Fueros de Aragón». Cartas de población, fueros locales, «Fueros de Sobrarbe»
   - 2.3. La Compilación de Huesca y el Vidal Mayor
   - 2.4. Los Fueros y Observancias y su época. Procesos forales
   - 2.5. Fueros de la extremadura aragonesa; Historia de las comunidades de Teruel, Albarracín, Daroca, Calatayud
   - 2.6. Estatutos, Ordinaciones y Derecho municipal
   - 2.7. Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)

3. Aragón: desde los Decretos de Nueva Planta al Apéndice de 1925
   - 3.1. Decretos de Nueva Planta, Codificación, Código civil
   - 3.2. El Congreso de jurisconsultos aragoneses
   - 3.3. El Apéndice y los Anteproyectos
4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas
   - 4.1. La Compilación y sus antecedentes
   - 4.2. Textos legales: la Compilación (con sus reformas) y otras leyes civiles
   - 4.3. Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil
5. Parte general del Derecho
   - 5.1. Fuentes del Derecho. Costumbre. *Standum est chartae*
   - 5.2. La jurisprudencia. La casación foral
   - 5.3. Otras materias
6. Persona y familia
   - 6.1. En general
   - 6.2. Edad
   - 6.3. Ausencia
   - 6.4. Relaciones entre ascendientes y descendientes
   - 6.5. Relaciones parentales y tutelares. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores
   - 6.6. Régimen económico conyugal
     - 6.6.1. En general
     - 6.6.2. Régimen matrimonial paccionado
     - 6.6.3. Consorcio conyugal
       - 6.6.3.1. Activo
       - 6.6.3.2. Pasivo
       - 6.6.3.3. Gestión
       - 6.6.3.4. Disolución. La comunidad posconsorcial
       - 6.6.3.5. Liquidación y división
   - 6.7. Comunidad conyugal continuada

6.8. Viudedad

6.8.1. Disposiciones generales

6.8.2. Derecho expectante de viudedad

6.8.3. Usufructo vidual

6.9. Parejas estables no casadas

7. Sucesiones por causa de muerte

7.1. De las sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.1.1. Disposiciones generales

7.1.2. Capacidad e indignidad para suceder

7.1.3. Sustitución legal

7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

7.1.5. Responsabilidad del heredero

7.1.6. Colación y partición

7.1.7. Consorcio foral

7.1.8. Normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.2. Sucesión testamentaria

7.2.1. Disposiciones generales

7.2.2. Testamento mancomunado

7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

7.3. Sucesión paccionada

7.4. Fiducia sucesoria

7.5. Legítima

7.6. Sucesión legal

8. Derecho de bienes

8.1. Derecho de bienes en general

8.2. Relaciones de vecindad

8.3. Luces y vistas

8.4. Servidumbres

9. Derecho de obligaciones

9.1. Derecho de obligaciones en general

9.2. Derecho de abolorio o de la saca

9.3. Contratos sobre ganadería

10. Derecho fiscal y procesal. Derecho transitorio. Otras materias

VI. OBRAS AUXILIARES

1. Bibliografía, recensiones y reseñas. Metodología docente e investigadora
2. Juristas y escritores aragoneses, academias o escuelas jurídicas, consejos de estudios, colegios profesionales, jornadas, noticias
3. Historia general de Aragón
4. Ediciones de formularios y documentos de aplicación del Derecho. Otras

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL...

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

Atribución del uso de la vivienda familiar

• ***La equidad***

S. TSJA 21/2014, 6 de junio de 2014

En interpretación del art. 3.2 Cc. la jurisprudencia ha señalado que la equidad a que se refiere la norma no constituye sino un criterio general de interpretación y dulcificación del derecho que no puede fundamentar por sí sola una resolución, a no ser que la propia ley se remita expresamente a ella (SSTS 16/10/1990, 29/12/1998, 23/12/2002), y es precisamente ello lo que se solicita de esta Sala de casación (que, por no ser de aplicación el art. 81 CDFA, la contienda sobre la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad se decida de acuerdo con criterios de equidad) en contra de lo dispuesto en la norma del art. 3.2 Cc. y en la jurisprudencia que la interpreta y aplica, por lo que tal pretensión se halla destinada al fracaso.

16 RDCA-XX-2014

Casación foral

• ***Alegación de Derecho no aplicable***

S. TSJA 30/2014 26 de septiembre de 2014

En el presente caso el Derecho aplicable es el del Código civil, pero la recurrente ha decidido fundamentar su recurso en normas del Derecho civil aragonés asumiendo así la responsabilidad de la posible incoherencia entre ellas y el derecho aplicable, pero es esta Sala la competente para apreciarlo en un sentido u otro. Los arts. 80, 81, 82 y 83 CDFA en los que se fundamentan los motivos de casación no son de aplicación al caso, por lo que no tuvieren que ser tenidos en cuenta y no pueden ser traídos como infringidos, en consecuencia el recurso debe ser íntegramente desestimado.

26 RDCA-XX-2014

• ***Competencia funcional***

S. TSJA 30/2014 26 de septiembre de 2014

En el trámite de admisión de los recursos de casación la Sala asume la competencia cuando se fundan en infracción de normas propias del Derecho aragonés, exclusivamente o junto a otros motivos (arts. 73.1 LOPJ, 478.1.2º Lec., 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa), rechazándose la competencia funcional únicamente en aquellos casos en los que no se alega infracción de normas de derecho aragonés o en los que tal denuncia es considerada fraudulenta por tener como única finalidad la indebida atracción de la competencia. Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables.

26 RDCA-XX-2014

S. TSJA 36/2014 17 de noviembre de 2014

Es competente esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.II Lec. y 1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa). Salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía [antes de la Lec. del 2000] a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia (STS 947/1999, de 16/11, citada por la STSJA 30/2014). Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, y corresponderá al tribunal la decisión sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas.

31 RDCA-XX-2014

• ***Interés casacional***

A. TSJA 25 de abril de 2014

La recurrente interpone recurso de casación por la vía del interés casacional, pero no justifica la existencia de dicho interés que, dada la vía elegida, constituye un presupuesto de recurribilidad. La parte recurrente, al formular alegaciones a la providencia por posible inadmisión del recurso de casación aporta copia de dos sentencias del Tribunal Supremo sobre extensión y duración de la pensión compensatoria. Dice el TSJA que, aunque diésemos por buena la aportación de las copias en este momento, como pretende la parte, sucede que no sólo dichas sentencias versan sobre precepto no aragonés (por más que el art. 97 Cc. y el 83 CDFA sean semejantes), sino que el recurso no expresa cuál es la común *ratio decidendi* de aquéllas y la que se recurre, que justifique por qué ésta se opone a las de contraste. Y no puede este Tribunal suplir la actividad de la parte en este sentido, pues es carga del recurrente justificar el interés casacional en el escrito de interposición.

11 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014,18 de julio de 2014

El art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, se corresponde con lo dispuesto en el art. 477.3, primer párrafo, de la Lec. Parecería que la posible existencia de doctrina jurisprudencial debe referirse a normas anteriores, no a las vigentes con menos de cinco años, que no necesitarían otro requisito que la constatación de que no llevan más de ese tiempo en vigor. Pero el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación aclara que, en la aplicación de normas con menos de cinco años de vigencia, no concurre interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurrida exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

22 RDCA-XX-2014

Derecho procesal

• ***La facultad de integración del factum***

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

Como señala el TS en sentencias como la de 12/9/2013, la *integración del factum* es una facultad de carácter excepcional que ha de ser ejercitada [por el Tribunal de Casación] con ponderación, y referirse a hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial, o a circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y a ayudar a su resolución. Asimismo, la *integración del factum* es una facultad del Tribunal que no puede contradecir la apreciación probatoria de la instancia ni utilizarse para llenar un vacío probatorio sobre hechos relativos a la *ratio decidendi* o para suplir la actividad probatoria que constituye función soberana del juzgador de instancia.

36 RDCA-XX-2014

Derecho transitorio

• ***Servidumbres***

S. TSJA 36/2014, 17 de noviembre de 2014

La Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, entró en vigor el 1 de enero de 2011, y en el caso hay dudas sobre si las obras en el predio dominante de la servidumbre se realizaron después de esa fecha. Sin embargo, lo fundamental para decidir sobre la aplicación de esa Ley, luego refundida en el CDFA, a los hechos controvertidos es tener en cuenta que la DT 23ª del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia (servidumbres) a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto (Derecho patrimonial), aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA.

31 RDCA-XX-2014

MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL

• ***INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA***

S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014

De acuerdo con el art. 218.1 Lec., la causa de pedir no la integran sólo los hechos alegados, sino esos hechos enmarcados en la calificación jurídica establecida por la parte. El juzgador puede rectificar o suplir la alegación de la parte en lo referente al elemento puramente normativo; tal es lo que indica el inciso final del 218.1: *aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.* Pero no puede variar el punto de vista jurídico o fundamentación jurídica, que hace que la concreta tutela solicitada sea esa y no otra distinta. El respeto a la causa de pedir así delimitada es lo que determina la congruencia de la sentencia. Lo ilustra la STS 18/6/2012 que se transcribe.

10 RDCA-XX-2014

LEY DE COOPERATIVAS

• ***DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA***

S. TSJA 40/2014, 16 de diciembre de 2014

Es principio básico rector de las cooperativas el llamado de «puertas abiertas», en virtud del cual se reconoce el derecho de libre entrada y salida de socios. Todo socio de una cooperativa puede salir de ella libremente, sin perjuicio de la observancia del régimen legal de las bajas, o de las disposiciones estatutarias que regulen el procedimiento para obtenerla, el tiempo mínimo de permanencia en la cooperativa, o la responsabilidad del socio que deja de serlo por los compromisos asumidos con la cooperativa con anterioridad a la baja. En las cooperativas de vivienda todo socio puede liberarse de las obligaciones que le comprendían mientras formaba parte de ellas mediante su baja, hasta el punto de que no solo queda liberado de realizar más aportaciones, sino que puede reclamar la devolución de las efectuadas en su día en su condición de socio.

35 RDCA-XX-2014

MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL

• ***OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN***

S. TSJA 38/2014, 20 de noviembre de 2014

La Lec. responde al modelo de apelación limitada (art. 456 Lec.), la jurisprudencia ha señalado que no cabe alteración del debate en la apelación (*pendente apellatione nihil innovatur*) y que el objeto del recurso de apelación queda constreñido a los extremos debatidos en dicha instancia (*tantum devolutum quantum apellatum*). En el recurso de apelación rige el principio dispositivo del art. 216 Lec. e igualmente rige el de congruencia que han de guardar las resoluciones judiciales con prohibición de la *reformatio in peius.* Ahora bien, la jurisprudencia también ha señalado que el objeto del recurso de apelación es el mismo de la primera instancia, o sea la pretensión ejercitada por el demandante y en su caso –en vía reconvencional– por el demandado, junto con las excepciones entonces planteadas, hasta el punto de que el contenido de la apelación no solo viene delimitado por las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición del recurso, sino también por los de oposición al mismo que incidan en lo alegado en la primera instancia (SsTC 73/2009 y 91/2010).

33 RDCA-XX-2014

• ***INCONGRUENCIA INTERNA***

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

La denominada incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva –ratio decidendi– y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos (SSTS 668/2012, de 14 de noviembre, 571/2012, de 8 de octubre y 736/2013, de 3 de diciembre), y, como señala la STS 141/2014, de 21 de marzo, afecta a la

falta de motivación. Tal defecto no puede ser apreciado en el presente caso.

21 RDCA-XX-2014

• *Motivación de la sentencia*

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

Para el cumplimiento del requisito de motivación de las resoluciones judiciales, exigido por el art. 218 Lec. y también por el art. 120 CE y el art. 6 CEDH, basta con que expresen la razón en que se basan, de tal modo que la decisión aparezca como el resultado de una argumentación ajustada a los términos del debate a fin de garantizar una aplicación no arbitraria de las normas, lo que no autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes en sus alegatos (STEDH Bolea v Rumania, Kuznson y otros v Rusia, Pronia v Ucrania, Dimitrelos v Grecia, Pérez v Francia, García Ruiz v España, y STC 247/2006, 186/2002, 77/2000).

21 RDCA-XX-2014

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL

Asignación compensatoria

• *Carácter temporal o indefinido*

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

El legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, a diferencia de lo hecho para el uso de la vivienda familiar en el art. 81.3 CDFA. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias del Tribunal Supremo. Es doctrina del TS sobre la pensión compensatoria y su temporalidad que «el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el art. 97 Cc. (...), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación.

30 RDCA-XX-2014

• *Doctrina jurisprudencial*

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

Es doctrina reiterada del TS que para la procedencia del establecimiento de la pensión compensatoria debe resultar acreditado un desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (STS 741/2013, de 20/11, y las en ella citadas). En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores: lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. A la vista de las circunstancias del art. 97.2 Cc. el Juez ha de decidir tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal (STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero).

30 RDCA-XX-2014

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

La STS 104/2014, de 20/2, fija como doctrina jurisprudencial «que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial».

A su vez, la STS 106/2014, de 18/3, ha establecido: «Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial».

30 RDCA-XX-2014

• ***Padres con hijos a cargo***

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

La regulación de la asignación compensatoria del art. 83 CDFA está incluida en la Sección dedicada a los «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo». En el caso de autos al tiempo de interponerse la demanda existía una hija menor de edad, con lo que se da el supuesto normativo para la pretensión de tal asignación a favor de la actora. Cuando no existan hijos a cargo podrá establecerse la pensión compensatoria tal como viene regulada en el art. 97 del Código civil. En todo caso, esta Sala ha declarado –STSJA 26/2013, de 25 de junio y las en ella citadas– la unidad conceptual de ambas instituciones.

30 RDCA-XX-2014

• ***Valoración del carácter temporal o indefinido***

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

El tribunal de instancia ha de «valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto» (STS 369/2014, de 3/7), criterio tenido en cuenta en el caso de autos para optar por la asignación indefinida, dado que no aprecia esa posibilidad de reequilibrio en un tiempo determinado o determinable. Este juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica.

30 RDCA-XX-2014

• ***Extinción***

S. TSJA 42/2014, 22 de diciembre de 2014

La sustancial merma de ingresos del actor (de 1.100 euros por salario a 604 por subsidio) no fue relevante para disminuir la pensión de alimentos a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el de las hijas, que quedarían en la indigencia cuando vivieran con su madre, pero ahora, a tiempo de fijar la asignación compensatoria esta razón ya no existe, puesto que ninguno de los cónyuges es a priori legalmente considerado como merecedor de trato especial, por lo que sí debe ser tenida en cuenta la minoración de los ingresos del pagador (art. 83.4 CDFA). En segundo lugar, se da la voluntaria pérdida de ingresos por la recurrida, que renunció a poder percibir, por un trabajo adecuado, la suma de 400 o 500 euros, que habría eliminado el desequilibrio económico. Hay, así, dos motivos de extinción de la asignación de los previstos en el art. 83 CDFA, cuya conjugación debe dar lugar a la supresión de la asignación compensatoria.

37 RDCA-XX-2014

S. APT, 18 de noviembre de 2013

Procede estimar en este punto la demanda, y extinguir la pensión compensatoria por haber quedado acreditado la convivencia marital estable del preceptor.

45 RDCA-XX-2014

• ***Finalidad***

S. APT, 11 de octubre de 2013

La pensión no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges sino que la misma es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata por tanto de perseguir la igualdad entre la capacidad económica de ambos cónyuges, sino de evitar el desequilibrio patrimonial que alguno de ellos produzca la ruptura de la convivencia.

44 RDCA-XX-2014

• ***Naturaleza***

S. APT 11 de octubre de 2013

La pensión no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges sino que la misma es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata por tanto de perseguir la igualdad entre la capacidad económica de ambos cónyuges, sino de evitar el desequilibrio patrimonial que a alguno de ellos produzca la ruptura de la convivencia.

44 RDCA-XX-2014

• ***No prorrogable***

S. TSJA 24/2014, 25 de junio de 2014

Se reitera que, en lo esencial, la asignación compensatoria no tiene una naturaleza y finalidad diferente a la del art. 79 Cc.: permitir superar el desequilibrio económico que la ruptura produzca a uno de los dos, en relación con la situación existente durante la convivencia / SSTSJA 4/1/2013, 13/7/2012, 30/12/2011). Para la valoración de ese desequilibrio sirve la doctrina del TS (SS 3/10/2011, 27/6/2011, 3/10/2008). El desequilibrio se aprecia en el momento de la ruptura y las circunstancias tenidas en cuenta en ese momento determinan su cuantía y duración. Las prórrogas de una asignación por desequilibrio temporal no responden a su naturaleza y finalidad. La situación de desequilibrio y su modo de corrección no es prorrogable sino que, como establece la ley, está sometida en su caso a revisión o extinción conforme a los cambios de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura. Si se señala una asignación compensatoria con posibles prórrogas en función de la situación (de desempleo) 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.

20 RDCA-XX-2014

• ***Valoración de la prueba practicada***

S. TSJA 33/2014 21 de octubre de 2014

La Sentencia, tras descartar que la sentencia recurrida incurra en incongruencia o en falta de motivación, afirma que lo que hay es

una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba que solo es susceptible de revisión casacional por la vía del art. 469.1.4º Lec. cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se aprecia en este supuesto.

29 RDCA-XX-2014

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

Capacidad del menor de edad

• ***Capacidad para ser parte y capacidad procesal***

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

Los hijos, aun siendo menores, tienen plena capacidad jurídica y, por tanto, conforme al art. 6 Lec., capacidad para ser parte. Ahora bien, siendo menores (de 14 años), carecen de capacidad de obrar en el ámbito sustantivo, lo que en el reflejo propio del proceso comporta su falta de capacidad para comparecer en el procedimiento. En consecuencia con la situación de los menores, su capacidad de obrar y correlativa capacidad procesal deberá ser suplida (hasta los 14 años) o complementada (desde los 14 años), según los casos, por quienes sean sus representantes (o deban asistirles) mientras sean menores de edad, conforme al art. 7 de la propia Lec. En definitiva, es el menor quien debe ser considerado como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica, y haber comparecido en juicio con la debida representación. Por tanto, en aquellos casos en que sean menores (de 14 años) quienes ostenten el derecho reclamado, la comprobación sobre el título de quien los represente no debe alcanzar a si está o no legitimado, pues quienes lo están son los menores, sino a si ostenta o no la representación que dice le corresponde. Fallecida la madre y sobreviviente su padre, a él le corresponde la representación de los hijos.

28 RDCA-XX-2014

Internamiento

• ***En un centro residencial***

S. JPI ZARAGOZA Nº 13, 30 de septiembre de 2013

La autorización para ingresar en un centro residencial escapa del ámbito del internamiento con base en el art 763.1 Lec. Por ello debe encuadrarse dentro del ámbito de las medidas cautelares previas al proceso de incapacitación del demandado en atención a lo que se deduce de la información médico-psiquiátrica y el informe social aportados al amparo de lo dispuesto en los arts 762.1 y 757. 3 de la LECiv y 36 CDFA. Este órgano es competente territorialmente para resolver sobre dicha autorización por residir la persona afectada en este partido judicial y por ser el competente objetivamente para conocer de las medidas cautelares previas a un proceso de incapacitación. Debe acordarse como medida cautelar previa a la incapacitación la autorización para que Don M, permanezca ingresado, aun en contra de su voluntad, medida que subsistirá si en el plazo de 30 días hábiles desde la notificación de la presente resolución se interpone la correspondiente demanda de incapacitación (art 730.2 LECiv), bien por los familiares legitimados para ello, bien por el MF a quien se notificará la presente a los efectos legales oportunos.

59 RDCA-XX-2014

• ***Improcedencia***

A. JPI ZARAGOZA Nº 13, 13 de noviembre de 2013

Obviamente, si una enfermedad requiere o no para su curación el internamiento es una cuestión médica a resolver por los propios facultativos, si bien, como garantía de un derecho tan fundamental como es el de la libertad personal, la ley dispone que no sea cualquier facultativo el encargado de dictaminar, sino el designado libremente por el Juez, (art. 763 Lec.). Se contempla el internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y limitada en el tiempo, debiendo quedar sin efecto nada más desaparez-

can las excepcionales causas que lo motiven. Son sujetos del internamiento tantos los presuntos incapaces como los ya declarados judicialmente, para que resulte procedente la medida, habrá de evidenciarse tanto la necesidad o conveniencia para el propio afectado, desde el punto de vista terapéutico, como la peligrosidad del mismo para sí o para otros. El Juez, garante de los derechos y libertades de las personas, valorará todas dichas circunstancias y en este caso no se ajusta a lo previsto en el art. 36 CDFA ya que el facultativo designado por el juzgado estima que no procede el internamiento.

61 RDCA-XX-2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

Ámbito de aplicación de la Sec. 3ª

- ***Limitación temporal***

S. APT, 18 de noviembre de 2013

Permaneciendo en el hogar del matrimonio el hijo mayor persona dependiente en grado III y nivel 1, obliga a considerar que el núcleo materno es el más necesitado de protección a pesar de que los demás hijos ya no convivan en este hogar. La carga que representa familiarmente la asistencia de tal tipo de personas justifica además que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad; razón por la cual se sigue afirmando que no se han modificado sustancialmente las circunstancias para justificar la extinción de la atribución pretendida; y que se justifica en este caso con carácter excepcional el no señalamiento de un límite a tal atribución, pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente.

45 RDCA-XX-2014

S. APZ (SECC. 2ª) 15 de febrero de 2013

La regla que consagra el Artº. 81.2 es la atribución del uso de la vivienda al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos. Pero el legislador no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, (...) que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el art. 81-3 se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En este caso para atribuir el uso del domicilio familiar debe tenerse en cuenta la edad del menor (11 años) el carácter privativo del domicilio familiar del recurrente, así como las posibilidades económicas de ambos progenitores por tales circunstancias procede limitar el uso atribuido a la recurrida en 5 años a partir de la sentencia dictada en 1ª Instancia estimándose parcialmente el recurso y la demanda.

46 RDCA-XX-2014

Atribución del uso de la vivienda familiar

- ***Custodia individual***

S. TSJA 22/2014 11 de junio de 2014

El art. 81 CDFA establece una serie de reglas para la determinación del progenitor que queda en uso de la vivienda familiar, de las que la primera y principal es la de mantener su posesión a favor de aquel de los padres al que corresponda la custodia individual de los hijos. Este principio general, primero y fundamental a atender, es acorde con la regulación contenida en el art. 82 sobre la obligación de contribución de los progenitores a la asistencia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia, independiente de su edad, y con los arts. 65.a y 69, sobre obligaciones generales derivadas del deber de crianza, sean los descendientes mayores o menores de edad. El juez no ha conside-

rado necesario para unas adecuadas relaciones familiares, además de fijar un límite temporal, proceder a la venta de la vivienda, puesto que el Juzgado estimó que la situación de la esposa e hijos mayores sigue requiriendo el mismo respaldo que se les dio en su día con la atribución del uso de la vivienda. La decisión no es arbitraria, irracional o fruto de grave error ni infringe el art. 81 CDFA.

17 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014 18 de julio de 2014

En la sentencia de divorcio de 2008 se atribuyó el uso del domicilio conyugal, propiedad privativa del esposo, a la esposa en cuya compañía estaba el hijo menor Carlos (17 años) y Eugenio (29 años), mayor de edad pero afectado por síndrome de Down, aunque entonces no incapacitado legalmente. Un tercer hijo (23 años), sin independencia económica, va a vivir con el padre. El padre solicita modificación de medidas en 2012, entre ellas la supresión de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa y el hijo Eugenio. En 2013 el hijo Carlos también vive con el padre (se suprime la pensión) y Eugenio es incapacitado con rehabilitación de la autoridad familiar de ambos padres, y custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJA que el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar es el del hijo Eugenio, a cargo de la madre, siendo de aplicación el art. 81.2 CDFA que atribuye el uso a quien tiene la custodia del hijo. La convivencia de los otros hijos con el padre, aunque no tengan independencia económica, no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia.

22 RDCA-XX-2014

• ***Extinción del derecho de uso***

S. TSJA 33/2014 21 de octubre de 2014

Una vez extinguido el derecho de uso de la vivienda (por el transcurso del plazo señalado), los copropietarios decidirán el destino de la vivienda en la forma que mejor convenga a sus intereses (en parecidos términos STSJA 13/7/2012), resultando innecesario cualquier pronunciamiento sobre la alegada infracción del art. 81.4 CDFA.

29 RDCA-XX-2014

• ***Falta de legitimación para recurrir***

A. TSJA, 27 de enero de 2014

El recurrente en casación fue parte en el previo proceso matrimonial en el que se estableció el uso de la vivienda por parte de la que fue su consorte. La sentencia de la Audiencia afirma que la vivienda que fue familiar fue adjudicada en subasta pública a un tercero, que es el actual propietario de la misma, por lo que declara acreditado que el inmueble de referencia no es de la titularidad del recurrente, ni éste ostenta ningún derecho sobre él. En esta situación se aprecia por el TSJA falta de legitimación del recurrente para interponer el recurso de casación, por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre. La prolongación o no del derecho de uso de la que fue vivienda familiar por parte de la que fue su consorte no le afecta a él dado que, como hemos dicho, la extinción de dicho derecho no supondría una facultad de uso, derecho posesorio o de otra clase, a favor del demandante y ahora recurrente.

4 RDCA-XX-2014

• ***Limitación temporal***

S. TSJA 21/2014, 6 de junio de 2014

En la sentencia de divorcio se decidió la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge a quien fue confiada la custodia de los entonces tres hijos menores (el padre), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA, y se estableció en ella el siguiente límite temporal: «hasta el momento en que los hijos dejen de vivir con el padre o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio»; criterio que fue consentido por ambas partes, por lo que ha alcanzado fuerza de cosa juzgada. Ahora los tres hijos son mayores de edad, el chico tiene vida independiente, y las dos chicas cursan estudios en Valencia donde vive su madre. Entiende la

Audiencia de Teruel que la atribución del uso de la vivienda familiar al padre, conforme a la establecido en la sentencia de divorcio, no cesa por el cambio temporal de residencia por motivos de estudio. Fuera de ese período formativo, las hijas viven en compañía de su padre.

16 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014, 18 de julio de 2014

La dicción literal del art. 81.3 no deja lugar a dudas de que la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores *debe tener una limitación temporal*, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de *las circunstancias concretas de cada familia*, pero deber ser establecido. Por la sistemática del art. 81 se deduce que el apartado 3 es de aplicación tanto a los supuestos de custodia compartida como a los de custodia individual. Y es en estos casos de custodia individual cuando la limitación temporal viene exigida con más habitualidad para, entre otras razones citadas en la STSJA13/7/2012, no lesionar el interés del otro padre propietario de la vivienda. Otros supuestos de limitación temporal en casos de custodia individual recogen las SsTSJA de 22/11/2012, 7/2/2013, 11/2/2013 y 30/4/2013, en todos los cuales se destaca el carácter discrecional de la decisión al respecto y, al mismo tiempo, la necesidad legalmente impuesta de fijar la limitación del uso atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia. La necesidad de vivienda del hijo incapacitado no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno de los padres.

22 RDCA-XX-2014

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

La Ley aragonesa 2/2010 introdujo en esta materia una novedad relevante respecto a la norma aquí vigente en ese momento, que era el art. 96 del Código civil. En caso de atribución del uso a uno de los progenitores el art. 81.3 CDFA impone una limitación temporal que se fijará mediante acuerdo, o por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En 2005, en el convenio regulador de la separación, las partes limitaron el uso de la vivienda por la madre hasta la independencia económica de las hijas o su emancipación de la residencia materna, que habrían de ser apreciadas judicialmente. En ese momento la limitación temporal del uso, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo.

La justificación del legislador aragonés para imponer una limitación temporal al uso de la vivienda la explican la STSJA 26/2012, de 13/7 (el uso de larga duración o el ilimitado es fuente de conflictos y puede lesionar el interés del otros si es propietario o copropietario de la vivienda), la STSJA de 4/1/2013 (el señalamiento de un plazo concreto proporciona certeza a ambas partes) y la STSJA de 7/2/2013 (interdependencia entre los aspectos personales y los patrimoniales).

29 RDCA-XX-2014

• ***Modificación del plazo de uso***

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

La importante variación de los ingresos de la madre titular del derecho de uso, junto a la mayoría de edad alcanzada por las hijas y la subsistencia del resto de cargas económicas para el padre, debe llevar a la limitación del plazo de uso de la vivienda familiar (dos años), porque se han producido las circunstancias relevantes que exige el art. 79.5 CDFA, que no pudieron ser tenidas en cuenta en el convenio de separación. Esta variación de las circunstancias inicialmente pactadas obliga a que sea tenida en cuenta, no solo en la modificación de la pensión alimenticia, sino en la contribución a los gastos que representa proveer a los hijos de habitación, pues no resultaría proporcional a los ingresos de los progenitores si se ignorara el aumento relevante de los de la madre, que permite aliviar en igual medida la carga del padre en cuanto podrá así en un tiempo determinado disponer de su copropiedad en la vivienda familiar.

29 RDCA-XX-2014

• ***Naturaleza del derecho de uso***

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

Tanto si se encuentra presente el interés del menos –con las limitaciones que ello impone–, como si los hijos son mayores de edad aunque dependientes económicamente de los

padres, el TS engloba la atribución del uso de la vivienda en la prestación de alimentos a favor de los hijos (STS 304/2012, de 21/5). Entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 Cc.). En el Derecho catalán el componente económico es más evidente (arts. 233-20-1 y 233-21). No existe en el Código aragonés una previsión tan específica como en el catalán, pero dentro de los gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional a sus recursos económicos (art. 82.1 y 82.2 CDFA), se encuentra la habitación (art. 65.1.b CDFA). También la atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (art. 83.2.d CDFA). Y el art. 81.3, para la fijación del límite temporal de atribución del uso de la vivienda, indica al juez que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, entre ellas evidentemente las de contenido económico.

29 RDCA-XX-2014

Autoridad Familiar

• *Educación religiosa*

A. APZ (SECC. 2ª) 16 de julio de 2013

La cuestión debe resolverse atendiendo únicamente a la protección del interés más favorable para el menor, partiendo de la respetabilidad de las opiniones y posturas de cada progenitor en este caso. (Ley Orgánica de protección del Menor, St.TC. de 17/10/12, entre otras). La madre no participa de la Religión Católica, opción que sí ha adoptado el padre. La asignatura de Ética no excluye la práctica religiosa de los educandos. El recurrente, en este caso ha asumido la formación y práctica religiosa del hijo, a la que no muestra oposición la madre. En estas condiciones, y como correctamente razona el Juzgador de instancia, debe mantenerse la elección adoptada por la madre que no vulnera la escogida por el padre, ni tampoco el interés prioritario del hijo menor, como en casos similares ya resolvió precedentemente esta Sala (Auto nº 573/2010, de 5 de octubre y Auto 391/11 de 5 de Julio). El recurso debe ser desestimado.

49 RDCA-XX-2014

Autoridad familiar de otras personas

• *Abuelos*

S. APZ (SECC. 2ª) 29 de octubre de 2013

Es evidente que careciendo el menor de contacto habitual con su madre y viendo a su padre en las fechas señaladas en el régimen de visitas establecido por la sentencia, su autoridad familiar debe ser otorgada a los abuelos maternos bajo cuya custodia queda al asumir estos su crianza y educación, conforme prevé el art. 86 CDFA y dado que es una función inexcusable que se ejerce personalmente por los que ejercen los deberes anteriormente mencionados (arts. 63 y ss. CDFA).

51 RDCA-XX-2014

Derechos y principios

• *Derecho de los padres a la igualdad*

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

El trato igual de los progenitores, recogido como premisa fundamental de la legislación aragonesa en el art. 75.2 CDFA, no permite concluir que sólo la custodia compartida garantiza su cumplimiento, ya que la concreción del principio de igualdad se coordina para cada supuesto concreto con el juego de otros fundamentos legales básicos, entre los que se encuentra el esencial de estar al interés del menor al tiempo de fijar el régimen de custodia aplicable, y el art. 80, dentro del pleno respeto al principio de igualdad del art. 76.3.b, prevé también la posibilidad de que se fije un régimen de custodia individual.

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progeni-

tores, el padre o la madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor. Lo que el art. 14 CE impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificada. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior. No se vulnera el principio de igualdad, constitucionalmente, cuando se da un trato diferenciado por razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las personas (STC, Pleno, 27/5/1993).

7 RDCA-XX-2014

S. TSJA 37/2014, 19 de noviembre de 2014

El art. 75, al fijar el objeto y finalidad de la regulación, y el art. 76 al señalar los derechos y principios de la misma, establecen de modo general el derecho a la igualdad de ambos progenitores en sus relaciones familiares respecto a los menores de edad. Pero dicha igualdad no impide que, en casos determinados, puedan establecerse medidas respecto de los menores que supongan un trato diferente para cada progenitor y respecto de cada uno de los hijos, en función de las circunstancias concurrentes y razonándolo debidamente. Una diferencia de trato es discriminatoria si se realiza con base en prejuicios discriminatorios (STS 71/1998, de 30/3) o si carece de justificación razonable y objetiva (art. 14 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales).

32 RDCA-XX-2014

• ***Invocación en casación***

S. TSJA 39/2014, 15 de diciembre de 2014

El art. 76 CDFA establece principios y derechos de contenido esencialmente programático, a tener en cuenta en las relaciones paternofiliales que surgen como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los padres, y de carácter informador en la interpretación de las normas que regulan tales relaciones en las citadas circunstancias. Por ello debe exigirse, como requiere el art. 477.1 Lec., que en el recurso de casación se concrete la norma aplicable que se considere infringida y el fundamento de tal infracción.

34 RDCA-XX-2014

Efectos de la filiación

• ***Padres con hijos menores***

S. APZ (SECC. 2ª), 29 de octubre de 2013

Por lo que respecta a la pensión alimenticia a cargo del padre no cabe su eliminación en atención a los deberes que incumben a todo progenitor (arts. 58 y 59 CDFA).

51 RDCA-XX-2014

• ***Relación personal del hijo menor: abuelos***

S. APT, 26 de febrero de 2013

El derecho de comunicación que concierne a los abuelos respecto de sus nietos, al que se refiere el art. 60 CDFA no es equiparable al que corresponde en caso de separación al progenitor ejerciente de la autoridad familiar que no posee la guarda, pues tiene diferente naturaleza el derecho de los abuelos y otros parientes a relacionarse con los menores, derivado de la filiación art. 60 CDFA–, y el derecho de tener en su compañía a los hijos derivado de la autoridad familiar, instituciones que tienen objetivos distintos. Por ello, el régimen de visitas a favor de los abuelos no puede tener una extensión similar a la que correspondería al progenitor no custodio; pero es que, en el caso que nos ocupa la juzgadora de instancia ha tenido en cuenta dicha doctrina y el régimen acordado a favor de los abuelos no es equiparable al que correspondería al progenitor no custodio, coincidente, con el propuesto por el MF y acorde con la distancia que separa las localidades en las que residen los actores y el demandado con las niñas.

41 RDCA-XX-2014

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS

• *CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL*

S. TSJA 16/2014, 9 de mayo de 2014

Como ya hemos declarado en nuestra sentencia de 20 de abril de 2012 y otras posteriores, el criterio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos (art. 82.1 CDFA) o para la relación entre necesidades de los hijos, sus recursos y los de sus padres para atender a los gastos ordinarios de aquéllos (art. 82.2 CDFA) no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. En el caso, la desigualdad de los ingresos mensuales de padre (1500) y madre (908) es clara y de entidad y no consta que haya otros recursos económicos (la proporcionalidad está referida a los recursos económicos y no sólo a los ingresos) de la madre u otras cargas para el padre que puedan justificar la contribución igualitaria, de manera que no se respeta el principio de proporcionalidad.

12 RDCA-XX-2014

S. TSJA 22/2014, 11 de junio de 2014

Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del padre recurrente y de que recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos. Igualmente no hay motivos para modificar la asignación compensatoria a favor de la esposa, porque la sentencia recurrida considera acreditado que se mantiene el desequilibrio económico entre las partes.

17 RDCA-XX-2014

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

En la interpretación del principio de proporcionalidad del art. 82.1 CDFA ha de seguirse el mismo criterio que mantiene el Tribunal Supremo en la interpretación de la proporcionalidad en el art. 146 Cc. (por todas STS 721/2011, de 28 de octubre de 2011)

29 RDCA-XX-2014

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

El apartado primero del art. 82 CDFA regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el *quantum* de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. El criterio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional.

36 RDCA-XX-2014

S. TSJA 19/2012, 8 de mayo de 2012

El art. 82.1 CDFA ordena que, sin excepción, los padres deberán contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y establece igualmente, con carácter general, que esta contribución será proporcional a los recursos económicos de ambos progenitores. Esta proporcionalidad es luego concretada en el apartado segundo de igual artículo [...]. Por tanto, lejos de un posible automatismo, en cada caso deberá ponderarse por la autoridad judicial, atendiendo a las pruebas obrantes, cuáles sean las circunstancias concurrentes alrededor de cada uno de los términos que fijan legalmente la proporcionalidad, esto es, primero y principalmente, cuáles sean las necesidades de los hijos, y a su lado, con qué recursos económicos pueden contar tanto los propios hijos como cada uno de sus progenitores.

37 RDCA-XX-2014

• *GASTOS EXTRAORDINARIOS NECESARIOS*

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se ha fijado en la instancia una contri-

bución del 40% para la madre frente a un 60% para el padre. El art. 82.4 CDFA ordena la proporcionalidad también para los gastos extraordinarios. En este caso, la contribución fijada no es igual para padre y madre, pero no guarda la misma proporción que la dispuesta para los ordinarios. No obstante, debe valorarse la decisión de la sentencia en relación con estos otros gastos, que frente a los ordinarios, no tienen un carácter fijo y previsible, teniendo en cuenta la notable mayor contribución que se fija al padre para éstos. Y ha de considerarse, además, que la cantidad de 400 euros se señaló para gastos escolares, pero no se limitó al período académico. En suma, no puede entenderse que hay una irracionalidad ni una desproporción manifiesta en la decisión del tribunal.

36 RDCA-XX-2014

A. APZ (SECC. 2ª), 9 de mayo de 2013

La ejecutante ha acreditado la realización en la hija del tratamiento dental por importe total de 461,46€. Son gastos sanitarios prescritos por un facultativo, y cuya falta de cobertura por la Sanidad Pública ha demostrado la demandante en esta alzada. Es al ejecutado, el que rechaza su abono, al que corresponde probar su inconveniencia o dicha cobertura, y no lo ha hecho en el proceso. Además el convenio de divorcio de 4/6/2007, no exige en su cláusula séptima el consentimiento de ambos progenitores si el tratamiento o gasto es aconsejado por profesional o personal cualificado (folio 17 de las actuaciones). En suma, acreditado el gasto extraordinario, el ejecutado debe asumir su pago por mitad.

48 RDCA-XX-2014

• ***Gastos ordinarios***

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

En lo tocante a los gastos ordinarios se acuerda en la instancia una aportación desigual, pues el padre contribuye con 400 euros de más. Esta cantidad se añade a los gastos, que ambos progenitores soportan, ocasionados por las dos menores durante el tiempo que permanecen con cada uno de ellos (que tienen custodia compartida por semanas alternas), tales como habitación, alimentación, vestido, y otros básicos y cotidianos. La categoría de los gastos ordinarios periódicos no está recogida en la norma del art. 82 CDFA que sólo distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios (y, dentro de éstos, necesarios y no necesarios). A la satisfacción de esos gastos periódicos en su abono, precisamente, va destinada esa cantidad extra.

36 RDCA-XX-2014

• ***Hijos a cargo***

S. TSJA 29/2014, 25 de septiembre de 2014

Para determinar quiénes son hijos «a cargo» de los padres en el art. 82.1 CDFA ha de estarse, por un lado, a las normas generales que regulan el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados (arts. 63.1 y 56 CDFA), así como al régimen de potestad de guarda prorrogada o rehabilitada de los hijos mayores incapacitados, en el que se mantiene el deber de crianza en los términos que disponga la sentencia de incapacitación (arts. 38.4 y 44 CDFA). Por otro lado, respecto de los hijos mayores o emancipados (no incapacitados) es el art. 69 CDFA el que establece el deber de los padres de costear los gastos de los hijos, en los términos en él prevenidos, tanto en casos de ruptura como de mantenimiento de la convivencia de los padres. El art. 82 CDFA regula la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos comunes a cargo en caso de ruptura de la convivencia entre los padres.

25 RDCA-XX-2014

• ***Juicio de proporcionalidad***

A. TSJA, 27 de junio de 2014

El juicio de proporcionalidad para determinar la cuantía de la contribución de los progenitores a la manutención de los hijos es competencia de los tribunales de instancia, conforme a su ponderada discrecionalidad, lo que en principio no es revisable en casación. En estos términos se expresa la STS 741/2013,

de 20/11, en materia de pensión compensatoria, pero con criterio aplicable a los alimentos; y la Sentencia de esta Sala de 20/4/2012, referida estrictamente a la contribución para alimentos.

19 RDCA-XX-2014

• ***NECESIDADES DE LOS HIJOS***

S. TSJA, 27 de junio de 22014

La sentencia recurrida tiene en cuenta, en primer lugar, el primero y principal fundamento que debe regir el señalamiento de la pensión de alimentos, que es la necesidad real de las hijas. De manera que, aunque el padre vio disminuidos sus ingresos de 1.100 euros por salario a 604 euros por subsidio, lo que supone una alteración de circunstancias, considera que este cambio no es de tal relevancia como para justificar la rebaja de la pensión paterna (de 253 euros actuales a 200), porque como la madre ha perdido sus ingresos y ha debido dejar la casa que era vivienda conyugal por no poder pagar el alquiler, yendo a vivir a casa de su madre, las hijas quedarán en la indigencia cuando convivan con la madre. La merma de ingresos del actor es relevante, pero en este caso no puede suponer una disminución de la pensión a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el del menor.

37 RDCA-XX-2014

• ***LEY APLICABLE***

S. APZ (SECC. 2ª), 27 de noviembre de 2013

Teniendo en cuenta las normas internacionales cuya aplicación corresponde de oficio a los Tribunales, y habiendo en Derecho interno una pluralidad de Derechos civiles, al residir el menor extranjero en Aragón y ser sus padres de diversas nacionalidad (alemana y dominicana) aun cuando consta el hijo como nacional alemán, se ha de aplicar el «sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados» lo que nos lleva a concluir, que, residiendo habitualmente el hijo menor en Aragón, el litigio y en consecuencia la pretensión relativa a los alimentos se regirá por el Derecho Aragonés y más concretamente, por el Código de Derecho Foral de Aragón. En consecuencia, la apreciación de la recurrente sobre la incorrecta aplicación normativa es parcialmente acertada aunque por motivos distintos de los esgrimidos. Ello no obstante, en nada modifica el fallo de la resolución apelada por lo recogido a continuación, ya que aun atendiendo el juzgador a preceptos del Cc., la solución sería la misma bajo el paraguas del art. 82 CDFA.

52 RDCA-XX-2014

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

• ***ALIMENTOS LEGALES: INCONGRUENCIA***

S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014

La regulación de los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y la de los alimentos legales de los arts. 142 y ss. del Código civil pueden configurar distintas causas de pedir, ya que, siendo distintos sus presupuestos, cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores continúen sufragando sus gastos de crianza y educación, y tenga sin embargo derecho a la prestación de alimentos entre parientes. Pero de ello no se deduce que, si no concurre el supuesto de hecho contemplado en el artículo 69, pueda aplicarse en todo caso la regulación del Código con tal de que se den los presupuestos que ahí se prevén. Tanto la reconvención, como la oposición a ella y la sentencia de primera instancia se fundamentan en la aplicación del art. 69 CDFA. Por ello, al haber aplicado la sentencia de apelación los arts. 142 y ss. del Código civil, ha alterado los términos del debate y le ha causado indefensión a la recurrente, ya que no ha tenido ocasión de alegar y probar los hechos que determinarían la improcedencia de aplicar dicha regulación (más exigente) y contraatacar argumentando lo conveniente a su defensa.

10 RDCA-XX-2014

• ***Existencia de recursos propios***

S. TSJA 29/2014, 25 de septiembre de 2014

El art. 69 CDFA ha sido objeto de jurisprudencia de esta Sala, en sentencias 11/2011, 10/2012 y 16/2012. La STSJA 10/2012, apoyándose en la del TS de 24/4/2000, mantiene la legitimación directa del progenitor para reclamar de quien fue su cónyuge o pareja de hecho la prestación derivada del deber de crianza y educación de los hijos mayores de edad que no hubiesen concluido su formación y no tuviesen recursos propios. En el caso de autos, la hija del matrimonio, de 30 años de edad, padece una minusvalía de un 66% de carácter psico-físico, pero no se ha producido declaración de incapacitación, tiene un contrato de trabajo de duración indefinida y un sueldo mensual de 650 euros, similar al salario mínimo interprofesional, así que no se halla en período de formación y no se encuentra en situación de necesidad (ausencia de recursos propios). No es subsumible su situación en el supuesto de hecho del art. 69 CDFA ni es persona a cargo de sus progenitores ex art. 82 CDFA.

25 RDCA-XX-2014

• ***Razonabilidad***

S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014

El deber de sufragar los gastos de crianza y educación, que establecen los arts. 65 y concordantes del CDFA, no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. En el caso de que las relaciones entre padre e hija sean malas, o inexistentes, o de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable exigir el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago.

10 RDCA-XX-2014

Guarda y custodia de los hijos

• ***Custodia individual de un progenitor frente a otro***

S. TSJA 2/2014, 13 de enero de 2014

Se rechaza el motivo de infracción procesal alegado porque no se aprecia que exista una valoración ilógica o irracional de la prueba practicada. Nos encontramos ante un supuesto de custodia individual de un progenitor frente a otro, pues ninguno de ellos solicita la atribución de custodia compartida ni ha sido considerada conveniente en las instancia. En la atribución de la custodia individual de un menor a favor de uno u otro de los progenitores no hay criterio preferente sino que los tribunales, valorando la prueba practicada, señalarán cuál de ellos debe ejercer dicha guarda y custodia. Para ello atenderán, evidentemente, a los factores señalados en el art. 80.2 pero no para exceptuar el régimen preferente de custodia compartida sino para valorar tales factores respecto a cada uno de los progenitores individualmente.

2 RDCA-XX-2014

• ***Doctrina jurisprudencial***

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

El criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida (art. 80.2 CDFA), como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo que la custodia individual sea más conveniente (STSJA 8/2/2012). Como consecuencia de lo anterior, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará (Ss. 18/4/2012, 27/11/2012). Desde el pleno respeto a los hechos probados, debe el TSJA examinar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente el principio del interés del menor, que es el principio rector en la interpretación de las normas relativas a la guarda y custodia, partiendo de que en la legislación aragonesa, a diferencia del Código civil, la custodia compartida es el sistema preferente, por ser el que mejor defiende el interés del menor. También el TS entiende que el régimen de

custodia compartida salvaguarda mejor el interés de los menores (SS 29/4/2013, 19/7/2013).

8 RDCA-XX-2014

• ***El arraigo social y familiar de los hijos***

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

La constatación de que la referencia para la estabilidad del menor es su madre –lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella– y la posible alteración de su vida y costumbres por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual.

8 RDCA-XX-2014

• ***El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación***

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida (STSJA 27/11/2011). En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia. La estabilidad de los niños si continúan a cargo de su madre (SSTS 19/7/2013, 12/12/2013) o la conflictividad entre los padres (SSTS 7/6/2013, 22/7/2011), como los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores, sólo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

8 RDCA-XX-2014

• ***Factores para excepcionar la custodia compartida***

S. APZ (SECC. 2ª) 23 de julio de 2013

Ninguno de los progenitores era partidario de la separación de ambos hermanos. El informe psicológico es favorable a la custodia individual materna, es obvio, que la guarda y custodia compartida por meses residiendo la madre en X a 60 km de Zaragoza lugar de residencia del padre, carece de contenido como acertadamente sostiene la Sentencia de instancia que, no obstante, separa a los hermanos infringiendo a nuestro juicio el Artº. 80.4 CDFA, por cuanto no hay causa justificada para ello. Son perfectamente acogibles las razones que tanto el informe psicológico como el social exponen para que los dos menores puedan residir con su madre en la localidad de X (...) y la exploración judicial del menor M, de 8 años de edad, practicada en esta instancia, viene a corroborar las impresiones del informe pericial, dicho menor, que mantiene muy buena relación con ambos progenitores, echa de menos a su hermana y verbaliza un deseo sincero de residir con ella y su madre (...) Es por ello, que la custodia individual materna se revela lo más favorable y adecuado para el interés de ambos menores, revocándose la Sentencia apelada.

50 RDCA-XX-2014

• ***Falta de fundamento de la custodia individual***

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

Ni la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar ni las conclusiones del informe de la psicóloga aparecen como elementos de juicio suficientes para obtener la consecuencia jurídico legal de contrariar el régimen de custodia compartida ordenado en el art. 80.2 CDFA. Lo que resulta de los hechos probados es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar, interés evidente en el cuidado de la niña, y ésta está bien adaptada a su entorno y situación familiar. Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

• ***FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN***

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La parquedad de la referencia al informe valorado por la resolución, así como la omisión de cita de los informes psiquiátrico y psicológico obrantes en las actuaciones, exige valorar ahora su contenido, no para determinar los hechos acreditados y resolver en sede casacional como si de una sentencia de instancia se tratara, pero sí dentro de la función que corresponde a esta Sala de valorar si la sentencia fue ajustada a la norma de aplicación y, dentro de este marco competencial, si se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida. Hecha esta valoración, la Sala niega que la relevancia del informe valorado por la resolución impugnada pueda ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del art. 80.2.f CDFA, excluir el régimen preferente de custodia compartida. Voto particular

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La parte recurrente no interpone motivo por infracción procesal, como pudo hacerlo, de modo que las referencias a la valoración de la prueba practicada en autos no pueden ser objeto de consideración por esta Sala. El recurso de casación tiene una función preferentemente nomofiláctica, como control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico sustantivo y para la fijación de jurisprudencia, de modo que no resulta posible en el ámbito de este recurso extraordinario realizar una nueva valoración de la prueba o sustituir la fijación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, puesto que el recurso de casación constituye un nuevo grado de jurisdicción pero no una tercera instancia (transcribe, en este sentido, STS 15/1/2014). Siendo así, es necesario partir de los hechos que la sentencia impugnada considera acreditados.

7 RDCA-XX-2014

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

El Tribunal Supremo considera ajustado a la función casacional revisar el modo de aplicación del principio de protección del interés del menor por los tribunales de instancia mediante el enjuiciamiento en esta sede del ajuste de sus resoluciones al interés del menor. La revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SS TS 21/7/2011, 22/7/2011, 9/3/2012, 31/1/2013). El fin último de la norma (art. 92 Cc.) es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este. El interés del menor constituye una cuestión de orden público que se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS 31/1/2013, 11/2/2011, 25/4/2011).

8 RDCA-XX-2014

• ***INFORMES DE ESPECIALISTAS***

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El art. 80.3 CDFA no constituye una norma de carácter sustantivo, sino adjetiva o instrumental, en cuanto permite al juez utilizar y valorar determinados medios probatorios de relevancia para que pueda adoptar una decisión conforme a derecho.

7 RDCA-XX-2014

• ***INTERÉS DEL MENOR***

S. APZ (SECC. 2ª), 19 de marzo de 2013

El informe psicológico recomienda mantener la custodia a favor de la madre y ampliar el régimen de visitas con el padre, solución que acoge el Juzgador de instancia, razonando los motivos de la desestimación de la custodia compartida interesada, que esta Sala asume plenamente, por entender que tal medida debe instaurarse solo en interés de los hijos, al margen de conveniencias o meros caprichos de los

progenitores, implantándose la custodia individual cuando se revele más beneficiosa para ellos, como aquí ocurre. (Art. 80 CDFA). En definitiva, estimándose que el interés de la menor queda plenamente amparado con las medidas adoptadas en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y confirmar la misma en su integridad.

47 RDCA-XX-2014

• ***Interpretación de la ley***

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La regulación aragonesa de la guarda y custodia de los hijos es de reciente promulgación y ha sido más tarde –en el año 2011– integrada en el texto refundido del Código Foral, de modo que no es preciso atender al canon sociológico de interpretación de la ley (conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada: art. 3.1 Cc.), para realizar una correcta interpretación de la norma que, insistimos, permite en determinados casos un régimen de custodia individual de los hijos menores.

7 RDCA-XX-2014

• ***La conflictividad entre los progenitores***

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

Ha sido reiteradamente señalado por el TS (por ej., S 29/11/2013) y por esta Sala (por ej., S 9/2/2012), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. En el caso no se acredita que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; nada dice la sentencia sobre si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos, y sobre todo y más importante, nada recoge que permita entender que la deficiente relación entre los padres vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida.

5 RDCA-XX-2014

S. JPII EJEA Nº 1, 25 de abril de 2013

En el caso que nos ocupa no concurren elementos suficientes que desvirtúen la aplicación de la regla general establecida en el Código de Derecho Foral. Es más, entiendo que la custodia individual a favor de cualquiera de los progenitores puede ser incluso perjudicial para el menor. En parte, como consecuencia de la confrontación existente entre los progenitores, puesto que la actitud revelada por ellos permite vislumbrar el riesgo de que, de atribuírseles la custodia individual a cualquiera de ellos, el progenitor custodio sucumba ante la tentación de erigirse en el triunfador de la contienda, entorpeciendo la relación entre los progenitores. Debe tenerse en cuenta que, cualquiera que sea el régimen que se establezca, los progenitores deberán mantener cierta relación y que, a la vista de la edad del menor, esta relación todavía debe prolongarse por muchos años. El régimen de custodia compartida, sin embargo, obligará a ambos a tener que reconocerse como iguales en el cuidado de su hijo menor.

58 RDCA-XX-2014

• ***La distancia entre domicilios***

S. APT, 19 de febrero de 2013

La única limitación existente, que es el hecho de que ambos progenitores residen en localidades distintas Valderrobres y Calaceite, no parece ser obstáculo para afrontar una custodia compartida, cuando ambas localidades distan entre sí apenas 20 Km, y como pone de relieve el informe pericial ambos cuentan con apoyo familiar disponible para hacer posible la conciliación de la vida laboral con el cuidado de las hijas, sin que la existencia de una relación conflictiva entre ambos progenitores y su progresivo distanciamiento puedan erigirse en causas justificadas para apartarse del criterio legal precedente; lo que necesariamente conduce a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

40 RDCA-XX-2014

• ***La opinión de los menores***

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La opinión de la menor, que no desea introducir cambios en sus condiciones de vida cotidiana, debe ser tomada con prudencia. No puede ser en modo alguno determinante su opinión respecto de lo que, en conjunto, puede resultarle realmente más beneficioso, dado que a los 7 años difícilmente puede llegar siquiera a colegir las bondades que pueda tener un régimen de custodia u otro, y nada sabe de la regulación legal. Si su manifestación fuera acompañada de datos o razones concretas que pudieran valorarse, debería estudiarse su real relevancia. Pero su mera opinión, manifestada de forma tan genérica e imprecisa, como lo es en un entorno de crisis convivencial de sus progenitores, y sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña, dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

5 RDCA-XX-2014

S. APT, 22 de enero de 2013

Frente a la afirmación del JPI que estima que, pese a su madurez, no puede ser la menor la que determine la procedencia o no de la custodia compartida, porque con esa edad (10 años) ni tiene perspectiva, ni la experiencia ni el desarrollo suficiente para valorar adecuadamente las circunstancias y que es conveniente para ella la custodia compartida, ya que ha tenido una nueva hermana y es el régimen que establece la Ley; la APT estima que, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación legal siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor, este es el caso que acontece en autos, ya que así lo refleja la opinión de la menor, los informes periciales que acreditan que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual, ya que la menor no valora positivamente el hecho de tener una nueva hermana y tiene problemas de convivencia con la madrastra.

38 RDCA-XX-2014

S. JPII EJEA Nº 1, 18 de enero de 2013

M fue escuchado por el que suscribe y por el MF. Pese a su edad, el niño respondió con claridad a lo que se le preguntaba, y manifestó también de forma clara su opinión. M dijo que vivía con su madre, y veía a su padre los fines de semana y en vacaciones. Esta situación le gustaba, y manifestó que prefería seguir así antes que pasar a estar la mitad del tiempo con cada progenitor. La opinión del menor no es vinculante para el órgano judicial, pero el derecho del menor a ser oído (artículo 6 CDFA al que se remite el artículo 76.4) no debe interpretarse como un mero trámite formal ya que, en caso contrario, carecería de sentido. La opinión del menor, por lo tanto, debe ser un elemento que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión. Además de este principio general de audiencia en todas las cuestiones que afecten al menor, el artículo 80.2.c CDFA contempla la opinión del menor como uno de los factores que debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir si es más beneficiosa la custodia individual.

56 RDCA-XX-2014

• ***Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres***

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

La dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el art. 80.2.2.e del CDFA.

1 RDCA-XX-2014

• ***Naturaleza de la custodia compartida***

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor.

7 RDCA-XX-2014

• ***Preferencia de la custodia compartida***

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El art. 80.2 establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores.

7 RDCA-XX-2014

S. APT, 19 de febrero de 2013

La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el criterio preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al desarrollo de la personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. Por lo tanto el paso de la custodia individual a la custodia compartida, no está en función de que se acredite un cambio de las circunstancias, sino, por el contrario, a que los progenitores no están capacitados para ella, o a que la custodia individual resulta más conveniente para el menor, atendiendo a la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, así como las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

40 RDCA-XX-2014

• ***Presencia de medio hermanos***

S. JPII EJEA Nº 1, 18 de enero de 2013

Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor, porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 CDFA). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre, con el que convive desde 2007, y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez. En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento. El hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca.

56 RDCA-XX-2014

• ***Principio de interés superior del menor***

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

El aseguramiento de la mejor atención del interés del menor es sin duda principio general de orden público a valorar en cada caso (STS 25 abril 2011). Ahora bien, no basta su mera invocación genérica para motivar de modo suficiente la decisión jurisdiccional de que se trate, sino que deben definirse las razones concretas por las que la mejor atención del niño requiere, en cada caso concreto, la adopción de unas u otras medidas determinadas. Además, en Derecho aragonés, a diferencia del Derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, ha definido que la custodia compartida tiene carácter preferente. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, y de esa concreción legal explícita debe partir la decisión judicial. Por vía de excepción, en atención a los criterios que la norma establece, puede fijarse

por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

• ***Principio de no separación de los hermanos***

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

Se recuerda lo dicho en la STSJA 27/11/2012: el art. 80.4 CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo. Y se añade: Es deseable el fortalecimiento de la relación fraternal, y también, por supuesto, entre hermanos que no sean de doble vínculo, pero la apreciación de la relevancia que a efectos del establecimiento de la custodia del hijo común debe darse a la relación familiar con su nuevo medio hermano, no corresponde establecerla por observancia del art. 80.4, sino, en su caso, por el resto de preceptos contenidos en el propio art. 80.

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 37/2014, 19 de noviembre de 2014

Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación –STSJA 30/10/2013–, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión. En el caso de autos se tiene en cuenta la notoria diferencia de edad entre los dos hermanos (el menor sigue en custodia individual con la madre y el mayor pasa a custodia compartida) y, además, que el mayor tiene 17 años, por lo que en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso el art. 80.4 CDFA.

32 RDCA-XX-2014

S. APZ (SECC. 2ª), 23 de julio de 2013

Ninguno de los progenitores era partidario de la separación de ambos hermanos. El informe psicológico es favorable a la custodia individual materna, es obvio, que la guarda y custodia compartida por meses residiendo la madre en X a 60 km de Zaragoza lugar de residencia del padre, carece de contenido como acertadamente sostiene la Sentencia de instancia que, no obstante, separa a los hermanos infringiendo a nuestro juicio el artº. 80.4 CDFA, por cuanto no hay causa justificada para ello. Son perfectamente acogibles las razones que tanto el informe psicológico como el social exponen para que los dos menores puedan residir con su madre en la localidad de X (...) y la exploración judicial del menor M, de 8 años de edad, practicada en esta instancia, viene a corroborar las impresiones del informe pericial, dicho menor, que mantiene muy buena relación con ambos progenitores, echa de menos a su hermana y verbaliza un deseo sincero de residir con ella y su madre (...) Es por ello, que la custodia individual materna se revela lo más favorable y adecuado para el interés de ambos menores, revocándose la Sentencia apelada.

50 RDCA-XX-2014

S. JPII EJEA Nº 1, 18 de enero de 2013

Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor, porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 CDFA). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre, con el que convive desde 2007, y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez. En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento. El hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca.

56 RDCA-XX-2014

• ***Prueba de que la custodia individual es más conveniente***

S. TSJA 3/2014, 15 de enero de 2014

El desarrollo prácticamente total del motivo se halla destinado a discutir las conclusiones alcanzadas por el dictamen llevado a cabo por el equipo sico-social adscrito a los juzgados de familia, y la valoración de dicho dictamen por la sala sentenciadora, lo que no tiene cabida en el recurso de casación en el que está prohibido hacer supuesto de la cuestión. La sentencia recurrida hace expresa referencia a circunstancias que, valoradas a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA, justifican cumplidamente la decisión denegatoria de la custodia compartida que se pedía en la demanda.

3 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014 4 de marzo de 2014

La muy joven edad de Adrián (tiene 2 años) constituye un elemento a considerar para que se mantenga el cuidado de su madre; por otra parte, la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternos, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado.

7 RDCA-XX-2014

• ***Valoración de la prueba practicada***

S. TSJA 1/2014 10 de enero de 2014

Debe deslindarse con precisión cuál es el material probatorio presente, labor exclusiva del Tribunal de Apelación, y cuál, en cambio, la norma jurídica que, ante lo acreditado, sea realmente de interpretación y aplicación, función ésta revisable en casación. Cita la sentencia TS 28 diciembre 2012 (recurso 765/2012). Pero la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación: el aseguramiento de la mejor atención del interés del menor (STS 757/2013, de 29 de noviembre). Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La sentencia impugnada omite cualquier referencia a tres de los informes obrantes en las actuaciones; al no haber sido articulado recurso por infracción procesal, se mantiene la validez de lo actuado, pero no cabe obviar la omisión de tales informes porque precisamente una parte del resultado de un informe pericial psicológico ha sido elemento determinante de que se excluya el establecimiento del régimen legal preferente de custodia compartida. Señala el TS (por todas, S 19/7/2012) que cuando se trata de resolver cuestión en que están en liza los derechos constitucionales previstos en el art. 39 de la Constitución, se hace preciso que la Sala de Casación integre en lo necesario el resultado probatorio, lo que, en este caso, implica completar la relevante omisión de confrontación de todo lo informado por cada uno de los peritos intervinientes.

5 RDCA-XX-2014

A. TSJA, 28 de febrero de 2014

La jurisprudencia establece que «la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria e ilógica ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y, en tal caso, habrá de plantearse a través del art. 469.1.4º Lec. como vulneración del art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad y arbitrariedad» (STS 29/7/2011, entre otras).

6 RDCA-XX-2014

S. TSJA 17/2014, 15 de mayo de 2014

Es criterio jurisprudencial reiterado el que señala que la apreciación de la prueba es función privativa de los órganos de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación sobre el particular del recurrente, a no mostrarse absurdo, ilógico, desorbitado o infractor de singulares preceptos valorativos de prueba. A partir del resultado probatorio, la sentencia recurrida resuelve que, en el caso, lo más conveniente al interés de los menores es atribuir su custodia a la madre, con lo que se ajusta a la previsión del art. 80.2 CDFA. Y tal apreciación, que la norma deja en manos del juzgador de instancia, debe respetarse en casación salvo que aparezca como manifiestamente desafortunada o arbitraria, lo que aquí no sucede.

13 RDCA-XX-2014

A. TSJA, 22 de septiembre de 2014

Como indica, entre otros numerosos, el ATS de 8/7/2014 (casación 1957/2013) «La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del art. 469.1.4º Lec. en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (SSTS 28/11/2008; 30/6/ y 6/11 de 2009; 26/2/2011, entre otras)».

24 RDCA-XX-2014

• ***Violencia doméstica o de género***

S. TSJA 14/2014 19 de marzo de 2014

La doctrina sentada por la STSJA 28/2013 conduce derechamente a la desestimación del único motivo de casación hecho valer en el recurso (que alega la infracción por inaplicación del art. 80.6 CDFA), pues al tiempo en que fue dictada la sentencia hoy recurrida no se hallaba pendiente el proceso penal seguido contra ella, sino que había sido terminado por sentencia firme condenatoria, sin que el juez sentenciador hubiere considerado procedente, en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

9 RDCA-XX-2014

S. TSJA 23/2014, 24 de junio de 2014

En la sentencia de divorcio se acordó que la madre se hace cargo de la guarda y custodia del hijo. Ambas sentencias dictadas en la instancia valoraron en el momento de su pronunciamiento que estaba en trámite causa penal seguida contra el esposo, por denuncia de agresión formulada por la esposa, con la consiguiente imposibilidad de atribución de custodia del menor al padre ex art. 80.6 CDFA. El efecto producido por la posterior sentencia penal, que pone fin a la causa penal, no es que deba darse lugar, por su incorrección, a la casación de la sentencia impugnada y, consiguientemente, entrar a resolver ahora sobre el tipo de custodia a establecer, sino que es haber dado lugar a un cambio sustancial de los hechos que pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo del dictado de las sentencias de instancia, modificación esencial de la realidad fáctica producida después del término de la instancia que faculta a las partes para solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio, si así conviene a su derecho.

18 RDCA-XX-2014

Medidas judiciales

• ***Modificación***

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

El art. 79.5 CDFA tiene su correspondencia en el art. 91 Cc. respecto del cual los tribunales han establecido como doctrina que para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar; b) Que dicha modificación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida y haga suponer que de haber existido al momento del divorcio

se habrían adoptado medidas distintas; c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia; d) Que la alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación.

La exigencia de la alteración sustancial de circunstancias tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 19/2014, 26 de mayo de 2014

La DT 6ª CDFA no se opone a que puedan ser formuladas demandas de modificación de medidas que tengan por objeto el cambio del sistema de guarda de menores una vez transcurrido el plazo en ella señalado (STSJA 17/2013), pero hay que respetar el art. 79.5 CDFA, que no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc., sino una más flexible («causas o circunstancias relevantes»), lo que se explica porque las medidas del art. 79.5 son todas ellas relativas a menores (SSTSJA 8 y 10/2011). En el caso que nos ocupa ha quedado acreditado que el régimen de custodia compartida es el más adecuado al interés del menor en este momento, y ha habido un relevante cambio que se concreta en la diferente edad del menor, que ha pasado de un año de edad a siete al tiempo en que se pronuncia la presente resolución, por lo que no cabe entender que se haya vulnerado el art. 79.5 CDFA por haber accedido a un cambio de medidas sin que concurra una alteración sustancial de circunstancias.

15 RDCA-XX-2014

• ***Relativas a menores: modificación***

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

En las medidas relativas a menores no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso (art. 76.2 C DFA). Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor (art. 79.5 CDFA; STSJA 17/2013, de 13/3: entendió bastante para dar lugar al cambio pretendido el hecho de que la menor hubiere pasado de niña –10 años– a adolescente –14 años cumplidos–). En el presente caso, de la valoración de la prueba resulta que el interés del menor en el momento actual requiere el régimen de visitas ampliado aprobado, por lo que hay que entender que concurre causa o circunstancia relevante que justifica la modificación del régimen de visitas que venía acordado. Voto particular.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

Respecto de las medidas adoptadas en relación a los hijos menores, y por el impacto que en ellas tiene el principio de interés del menor que informa nuestro ordenamiento de familia, una tendencia jurisprudencial entiende que tal principio no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias, mientras que la otra tendencia, seguida por la Secc. 2ª AP de Zaragoza, entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias (STS 761/2013, de 12/12).

El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc. [«alteración sustancial de circunstancias»] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de «concurrencia de causas o circunstancias relevantes», lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

Voto particular: La tesis de la mayoría, de que baste la mera alegación del interés del menor para legitimar el cambio de medidas, contradice la dicción literal de la norma (arts. 79.5 CDFA, 775.1 Lec.), desatiende la jurisprudenc-

cia sentada por el Tribunal Supremo (S. 15/2014, de 10/2), altera la doctrina sostenida por esta Sala del TSJA (ss. 42/2013, de 3/10, 17/2013, de 13/3), y posibilita una práctica procesal contraria al texto legal, e indeseable en sus efectos, de dar lugar a sucesivas e injustificadas pretensiones de modificación de medidas bajo la invocación genérica del principio general del interés del menor.

14 RDCA-XX-2014

Régimen de visitas

• ***Entrega y recogida de los hijos***

S. TSJA 39/2014, 15 de diciembre de 2014

Conforme a los principios generales de ineludible observancia señalados por la STS 289/2014, de 26 de mayo (recurso 2710/2012) para la atribución de las cargas que implican los desplazamientos del régimen de visitas (interés del menor –art. 39 CE– y reparto equitativo de cargas), no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. El interés del menor exige el mejor desarrollo posible del régimen de visitas, que no es sólo un derecho de los progenitores no custodios (art. 80.1.3) sino de los hijos menores con ellos (arts. 76.3.a y 79.2.a), y debe ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores. Los anteriores principios habrán de ser tenidos en cuenta en cada caso concreto y singularizados en las situaciones extraordinarias.

34 RDCA-XX-2014

• ***Principio de igualdad***

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

Los arts. 75.2 y 76.3, que contienen una declaración del legislador sobre la finalidad que persigue y un principio general, han de ser relacionados con la norma que los desarrolla para que puedan dar lugar a un recurso de casación (STSJA 15/2013, de 11/3). El principio de igualdad que ha de guiar la adopción de las medidas que procedan en relación a los hijos en caso de ruptura de convivencia de los progenitores resulta de los arts. 75.2 y 76.3, pero en modo alguno implica que ambos progenitores hayan de tener un régimen de comunicación igual en relación con su descendencia común, hasta el punto de que la norma aragonesa permite el establecimiento de una custodia individual cuando ello convenga para satisfacer el interés superior del menor (art. 80.2). Lo que sí impone es que cualquier diferencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes (Ss. TSJA 12/2014, de 4/3; 11/2014, de 17/2; 43/2013, de 8/10).

21 RDCA-XX-2014

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

Administración voluntaria

• ***Libertad de testar***

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

Es claro que los arts. 9.2, 94.2 y 107 CDFA sí permiten que el administrador que, por ministerio de la ley, deben tener los hijos menores de edad pueda ser nombrado por el testador, con la consiguiente exclusión de la administración paterna. Expresamente se prevé así tal posibilidad en las normas citadas, dentro, por demás, de la amplia libertad de testar que al causante reconocen los arts. 318 y 405 del CDFA. En lo referente a los mayores de edad (o a los menores en que lo sean), la misma libertad de testar recogida en las normas citadas es la que autoriza a que el disponente establezca las limitaciones que tenga por conveniente respecto de las posibilidades de administración y disposición de quienes sean sus causahabientes, sin prejuzgar la acción que, por estricta defensa

de la legítima pudiera, en su caso y momento, ejercitarse.

28 RDCA-XX-2014

Causas de remoción

S. JPII EJEA Nº 1, 19 de marzo de 2013

En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. La tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales. Sin embargo, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla. Por ello se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares (establece visitas). Por ello, la tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla, ya que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí; de impedir el régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.

57 RDCA-XX-2014

Delación dativa

- ***Preferencia***

S. JPII EJEA Nº 1, 19 de marzo de 2013

La cuestión central en el presente procedimiento es determinar la persona que debe ser nombrada tutora de la Sra. G. La incapacidad no es discutida, y es evidente a la vista de la documentación obrante en las actuaciones y del examen que se hizo de la demandada, y parece que tampoco es discutible que la demandada debe ser sometida a tutela.

Sin embargo, sus dos hijas discuten sobre la persona idónea para ejercitar el cargo tutelar. El nombramiento de tutor debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y en interés del incapaz. El art. 116 CDFA establece el orden de prelación para el nombramiento de tutor, que podrá alterarse, si concurren circunstancias que así lo justifiquen. Pero las dos hermanas tienen el mismo grado de parentesco respecto de la madre, sin que el Código establezca una norma que permita elegir a una frente a la otra. No procede tutela conjunta porque ambas hermanas se llevan mal. Ambas hermanas expresaron en la vista su deseo de ser nombradas tutoras y tienen capacidad. En razón de ello, estimo que un criterio objetivo es la edad: una tiene 47 años otra 62, parece más adecuado elegir a la más joven.

57 RDCA-XX-2014

Nombramiento, vigilancia y control

S. JPII EJEA Nº 1, 19 de marzo de 2013

En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. La tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales. Sin embargo, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla. Por ello se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares (establece visitas). Por ello, la tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla, ya que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí; de impedir el régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.

57 RDCA-XX-2014

Tutela

• ***Inventario***

S. JPII EJEA Nº 1, 19 de marzo de 2013

A la vista de la conflictividad entre las hijas de la incapacitada, que se da no sólo en el ámbito personal sino también en el patrimonial, deben adoptarse otro tipo de cautelas. Ya con la demanda se solicitaron medidas cautelares relativas a las cuentas de la incapaz. Tras el dictado de la presente resolución, será la tutora la que gestionará el patrimonio de la demandada, procediendo dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas. No obstante, dado el conflicto existente entre las dos hermanas, tanto del inventario que deberá elaborar la tutora (artículo 141 CDFA) como de la rendición de cuentas anual se dará traslado, además de al Ministerio Fiscal, a la hermana no tutora, para que pueda alegar lo que a su derecho convenga con carácter previo a su aprobación.

57 RDCA-XX-2014

• ***Responsabilidad del tutor***

S. TSJA 38/2014, 20 de noviembre de 2014

Puede entenderse que la tutora conoció, al hacer inventario del patrimonio de su pupilo, que había unas participaciones consorciales en un fondo de inversión por valor de 130.000 euros y no aludió a ellas. Aun cuando no fuera así, la aceptación de la herencia de la mujer del pupilo a favor de la tutora y su subsanación para incluir en ella como bienes privativos dichas participaciones, pusieron de manifiesto que se planteó la cuestión de si el fondo era consorcial o privativo. Y en ese momento debió averiguarse la procedencia del dinero que sirvió para la constitución del fondo que, sin duda, era consorcial. Aun obviando la actuación efectuada en el inventario de bienes del incapacitado, sí es apreciable en el momento de aceptar la herencia de su esposa, que la tutora no actuó con la diligencia que le era exigible, pues omitió sin causa alguna relacionar que el fondo era patrimonio común de los cónyuges, con la consiguiente pérdida patrimonial para el incapacitado. Concurren los requisitos para declarar la responsabilidad de la tutora, que ha de indemnizar a los herederos del incapacitado en el perjuicio económico reclamado, que es la mitad del valor del fondo.

33 RDCA-XX-2014

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

Comunidad posconsorcial

• ***Bienes comunes: participaciones sociales***

S. APT, 11 de octubre de 2013

Aunque las participaciones sociales pertenezcan a la comunidad conyugal, el ejercicio de los derechos derivados de la misma corresponde al copropietario que figure como socio de la misma, tal y como se desprende de los Artículos 104 de la Ley de Sociedades Anónimas, 49 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 232 CDFA, y ello porque el hecho de ser cónyuge del socio, no atribuye al mismo dicha condición, sino únicamente el derecho a percibir los derechos económicos de las participaciones sociales derivadas de la cuota consorcial que se les pueda atribuir, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir respecto del otro copartícipe, que podrá ejercitar las facultades previstas en los Artículos 228 y 241 CDFA; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

44 RDCA-XX-2014

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

Legados

• ***Plazo de la acción de entrega del legado***

S. TSJA 31/2014, 29 de septiembre de 2014

La actora no ejercita una acción de petición de herencia, que es la acción que ejercita

el heredero frente a quien detenta la herencia, o la que se ejercita por quien pretende que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde (ST S 9/7/2002), sino que pide la entrega del legado. Esta acción viene siendo considerada como de carácter personal y, como tal, y a falta de plazo específico, le correspondería el de quince años que, con carácter general, señala el art. 1964 Cc. desde la muerte del causante. Pero, por tratarse este legado de una obligación de pago de periodicidad mensual, sería aplicable el plazo de prescripción de cinco años del art. 1966 Cc.

27 RDCA-XX-2014

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: DISPOSICIONES GENERALES

Interpretación de testamento

S. APT, 12 de marzo de 2013

El elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención.

43 RDCA-XX-2014

S. APZ (SECC. 4ª), 27 de marzo de 2013

Es doctrina en lo que atañe a la interpretación de los testamentos, que: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003, entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantengan dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 enero 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2995, entre muchas otras); y C) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto(SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras).» No ha quedado acreditado que cuando el causante dice heredero *ex res certa* deba querer decir legatario.

53 RDCA-XX-2014

• *Competencia de los tribunales de instancia*

S. TSJA 31/2014, 29 de septiembre de 2014

Con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9/10/2003 y 22/6/2010 entre otras muchas) la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada o contraria al buen sentido. Es asimismo jurisprudencia consolidada que, fuera de estos supuestos de excepción, la interpretación imparcial del tribunal de instancia prevalece en casación sobre la más subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente, incluso en la duda sobre su acierto o su absoluta bondad o exactitud. Así lo han reiterado también sentencias de este Tribunal Superior (así, las de 11/5/2005, 8/11/2006 o 18/2/2013).

27 RDCA-XX-2014

75: LEGÍTIMA

Prescripción de acciones

• *Legitimario menor de catorce años*

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

De la literalidad del art. 493 CDFA no cabe deducir que el plazo para el menor de catorce años comience a contar cuando alcance tal edad, ya que la norma no prohíbe que la acción se ejercite antes, sino que, en beneficio del menor, permite que, además de poder accionarse hasta que tenga 14 años (por medio del representante legal), también pueda hacerse después, para lo que establece que, aun iniciado el cómputo del plazo de prescripción de cinco años antes de que tuvieran los 14 años, no fine en tal caso hasta que cumplan los 19.

28 RDCA-XX-2014

76: SUCESIÓN LEGAL

Ley aplicable

A. JPI ZARAGOZA Nº 13, 6 de noviembre de 2013

La ley aplicable es la española, pues aunque el art 9.8 del Código Civil remite a la ley nacional del causante al momento de su fallecimiento, el art 10 del Decreto Ley nº 4657 de 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño) establece que la sucesión por muerte obedece a la ley del país donde estaba domiciliado el difunto. Dado que la causante no tenía la nacionalidad española no se le puede aplicar el derecho foral aragonés pues no tenía la vecindad civil, que exige la previa nacionalidad. Así, nótese que una vez adquirida la nacionalidad, el art 15 del CC dispone que el extranjero ha de optar por alguna de las vecindades civiles con las que tenga cierta conexión; luego primero se ha de obtener la nacionalidad española para luego optar a la vecindad civil para la aplicación de la legislación foral correspondiente (sic). En el presente supuesto, en atención a la norma remisoria brasileña se ha de aplicar pues la legislación común (sic).

60 RDCA-XX-2014

82: RELACIONES DE VECINDAD

Concepto

S. APZ (SECC. 4ª), 13 de septiembre de 2013

No se discute la realidad de la poda, sino sus condicionantes jurídicos. No debemos olvidar que estamos en el seno de las denominadas «relaciones de vecindad» que contienen unos presupuestos claros. Constituyen aquel conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos –incluso a los usuarios de los mismos– para el mantenimiento de una sana convivencia. Por eso el Art. 538 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón se remite a un concepto indeterminado como es el «uso razonable» de la finca según su naturaleza, destino, entorno, todo ello bajo el paraguas de los principios de la buena fe y de los sanos «usos del lugar».

54 RDCA-XX-2014

Inmisión de raíces y ramas

• *Requisitos*

S. APZ (SECC. 4ª) 13 de septiembre de 2013

Los elementos que se han analizado a lo largo del juicio y que constituyen la esencia del derecho de corte o poda de ramas excedidas del fundo vecino, son: la previa reclamación al dueño de los árboles, la justa causa y la conservación del árbol podado. Respecto al primer elemento, la prueba ha revelado que esta materia estaba siendo tratada por ambos vecinos por lo menos desde el año 2003. En cuanto a la «justa causa». Se trata de elemen-

tos propiedad del vecino que traspasan los límites de la misma, acceden (en este caso, vuelan) sobre el suelo ajeno y a través de ese vuelo dificultan la insolación de la piscina del vecino, la manchan con los detritus propios de un plátano de sombra afectan a la limpieza del agua y al funcionamiento de los motores de los mecanismos de depuración y, existía el riesgo de la caída de unas ramas. Por fin, si la poda se hizo en las condiciones adecuadas es la parte reclamante quien ha de probar tales perjuicios, pues como reitera la jurisprudencia, el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones, no supone necesariamente la obligación de indemnizar, y no lo ha hecho.

54 RDCA-XX-2014

84: SERVIDUMBRES

De Medianería

• ***Presunciones***

S. APZ (SECC. 4ª) 22 de noviembre de 2013

La existencia de huecos o ventanas carece de relevancia por dos razones. Una, porque no existían antes de su saneamiento. El que se hayan construido después con una finalidad de ventilación no influye en la realidad existente en el momento previo a la obra, que es el que determinará si es medianera o no. Y, segundo, porque en Aragón es perfectamente lícito abrir huecos en pared medianera (art. 144 de la antigua compilación de Derecho Civil de Aragón, actuales arts. 545 y 547-2 Código de Derecho Foral de Aragón), lo que está prohibido en el régimen común (art. 580 C.c).

55 RDCA-XX-2014

De paso

• ***Constitución***

S. APT, 2 de febrero de 2013

En 1950 una vez donado por el padre a su hija el inmueble contiguo al suyo y edificada por ésta su vivienda unos cinco años después, se abrió una puerta que comunicaba la propiedad de doña R con la de don J, en concreto con la franja de terreno que se venía utilizando de paso por los clientes de don J que acudían a su carpintería y que comenzó a utilizar doña R para acceder a su finca desde la calle. Dicha puerta fue confeccionada y colocada por don J, carpintero de profesión, por lo que puede decirse que hubo un concierto de voluntades entre los propietarios de ambos inmuebles en virtud del cual se constituyó la servidumbre. Pero, aun cuando pudiera considerarse que no existe título adquisitivo de la servidumbre, no hay que olvidar que la senda que ha venido siendo utilizada para acceder a la propiedad de los actores con una puerta abierta expresamente desde este inmueble a dicha senda, es un signo aparente de paso que puede ser adquirida por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 568 CDFA).

39 RDCA-XX-2014

• ***Constitución: por signo aparente***

S. APT, 5 de marzo de 2013

Hay que partir como premisa de que ambas parcelas pertenecieron en su momento a un mismo propietario, don R, padre del actor y abuelo del demandado, repartiéndola a su fallecimiento entre el actor y la madre del demandado de quien el mismo trae causa. Resulta evidente que, si al tiempo de producirse la división, no se hizo constar la voluntad contraria se constituyó una servidumbre de paso por signo aparente regulada en el art. 566 CDFA que establece que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación.

42 RDCA-XX-2014

Extinción

- ***Numerus clausus de causas de extinción***

S. TSJA 36/2014, 17 de noviembre de 2014

La sentencia recurrida entiende que la infracción del art. 543 Cc., al hacer la servidumbre más gravosa, conlleva su extinción. Tal conclusión excede lo dispuesto en la norma pues los modos de extinción vienen establecidos en el art. 546 Cc. y entre ellos no se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. En la regulación del CDFA es el art. 571 el que contiene las causa de extinción de las servidumbres, que en buena medida coinciden con las del art. 546 Cc., pero en ninguna de ellas se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. Y las causas de extinción vienen enumeradas de forma cerrada, como *numerus clausus*, por lo que no permiten ser aplicadas a supuestos distintos de los específicamente previstos.

31 RDCA-XX-2014

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

Efectos

- ***Gastos o pagos legítimos***

S. TSJA 28/2014, 15 de septiembre de 2014

Se reconoce al actor su derecho a retraer las fincas descritas con subrogación en los derechos y obligaciones de los compradores demandados previo reintegro del precio de la venta, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido. No procede, sin embargo, el abono de las cantidades señaladas por los demandados y correspondientes a gastos de constitución y de cancelación del préstamo hipotecario e intereses del mismo, puesto que tales desembolsos –no contemplados, por otra parte, en el art. 596.2 CDFA– no derivan de la compraventa sino subjetivamente de las disponibilidades económicas y la liquidez de los compradores, no pudiendo (como dice la STS de 28/7/1997) afectar al retrayente los medios que, a título personal, haya tenido que utilizar la demandada para hacerse con liquidez suficiente para la adquisición del inmueble.

23 RDCA-XX-2014

Plazo de ejercicio

- ***Dies a quo a falta de notificación de la transmisión***

S. TSJA 28/2014, 15 de septiembre de 2014

El precedente del art. 594 CDFA es el art. 150.2 Comp., norma que fue objeto de interpretación correctora por los tribunales, que dieron prioridad a la fecha del conocimiento de la enajenación sobre la de la inscripción registral, entendiéndose que solo cuando no constase que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación con anterioridad a dicha inscripción, el plazo contaría desde ésta. En cambio, la redacción del art. 594.4.b) CDFA revela que lo relevante ahora es el conocimiento de la enajenación y no la inscripción en el Registro. El legislador aragonés ha partido de la base de que la publicidad registral no garantiza aquel conocimiento. Y aunque la inscripción sea suficiente para completar el conocimiento de las condiciones de la transmisión, no debe tomarse como *dies a quo* la fecha de la inscripción registral sino la fecha del conocimiento de la enajenación (en el caso, el día en que el demandante obtuvo la información del Registro de la Propiedad).

23 RDCA-XX-2014

2. Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al XX de la RDCA)

2. Accumulated content of jurisprudence (from year I to year XX of the RDCA)

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
Casa			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
Casación foral			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2º)	1
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2º)	2
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
A. TSJA	22 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	3
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6
S. TSJA	11 de mayo de 2007	RDCA 2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	10
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1º)	14
Adición de motivos de infracción procesal			
A. TSJA	5 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	27
Admisión			
A. TSJA	26 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	39
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
Alcance del recurso de casación			
S. TSJA 28/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	41
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
Alegación de Derecho no aplicable			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1º)	5
S. TSJA 30/2014	26 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	26
Competencia funcional			
S. TS	15 de junio de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. TSJA 30/2014	26 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	26
S. TSJA 36/2014	17 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	31
Derecho supletorio			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
Falta de competencia funcional			
A. TSJA	19 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	50
Finalidad			
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
Fraude de ley por la introducción del standum			
A. TSJA	29 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	49
Inadmisión			
A. TSJA	16 de abril de 2010	RDCA 2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	RDCA 2011, XVII	4
A. TSJA	26 de abril de 2011	RDCA-2012-XVIII	5
A. TSJA	28 de junio de 2011	RDCA-2012-XVIII	6
A. TSJA	4 de septiembre de 2010	RDCA 2011, XVII	7
A. TSJA	12 de julio de 2011	RDCA-2012-XVIII	7
A. TSJA	12 de noviembre de 2010	RDCA 2011, XVII	8
A. TSJA	20 de julio de 2011	RDCA-2012-XVIII	8
A. TSJA	24 de noviembre de 2010	RDCA 2011, XVII	9
A. TSJA	10 de octubre de 2011	RDCA-2012-XVIII	9
A. TSJA	8 de noviembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	10
A. TSJA	26 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	38
A. TSJA	7 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	40
A. TSJA	24 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	47
A. TSJA	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	51
A. TSJA	21 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	61
Inadmisión (voto particular: admisión)			
A. TSJA	16 de abril de 2010	RDCA 2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	RDCA 2011, XVII	4
Inadmisión de motivos			
A. TSJA	6 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	28
Inexistencia de interés casacional			
A. TSJA	30 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	4
Interés casacional			
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
A. TSJA	25 de abril de 2014	RDCA-XX-2014	11
S. TSJA 17/2013	13 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	20
S. TSJA 27/2014	18 de julio de 2014	RDCA-XX-2014	22
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
S. TSJA 28/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	41
Interés del menor			
A. TSJA	31 de enero de 2011	RDCA-2012-XVIII	3
Invocación artificiosa del standum			
A. TSJA	15 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	14
Motivo de infracción procesal			
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
Por razón de la cuantía			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	34
Prohibición de hacer supuesto de la cuestión			
S. TSJA 32/2013	11 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	38
Régimen transitorio			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
Derecho interregional			
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
Efectos sobre la sucesión			
S. JPI Zaragoza núm. 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	63
Régimen matrimonial legal			
S. APZ (Penal)	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	47
Derecho procesal			
S. TS	14 de noviembre de 2008	RDCA 2010, XVI	1
A. TSJA	16 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	1
A. TSJA	19 de junio de 2008	RDCA 2010, XVI	2
S. TSJA	12 de mayo de 2010	RDCA 2011, XVII	5
La facultad de integración del factum			
S. TSJA 41/2014	17 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	36

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Nulidad de los actos procesales			
S. TSJA	25 de mayo de 2011	RDCA 2011, XVII	13
Derecho transitorio			
Consorcio conyugal: activo (Lrem.)			
S. TSJA	14 de mayo de 2010	RDCA 2010, XVI	5
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	RDCA 2009, XV	19
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. APZ	29 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	76
Consorcio conyugal: gestión			
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	2
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	8
Consorcio conyugal: Gestión (Lrem)			
S. JPI Zaragoza núm. 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
Consorcio conyugal: liquidación y división			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. TSJA 7/2012	29 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	22
Consorcio conyugal: liquidación y división (Lrem.)			
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	12
S. JPII Alcañiz núm. 2	23 de septiembre de 2008	RDCA 2010, XVI	60
Consorcio foral			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1º)	16
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	46
Custodia compartida			
S. TSJA	13 de julio de 2011	RDCA 2011, XVII	16
Derecho de sucesiones en general			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	11
S. JPI Zaragoza núm. 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Fiducia sucesoria			
S. APH	16 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	26
Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003)			
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	8 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	11
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
Ley de sucesiones			
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. APH	25 de abril de 2006	RDCA 2008, XIV	24
A. APZ (Secc.2ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A. APZ	9 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	43
S. JPII Jaca núm. 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Luces y vistas			
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
Servidumbres			
S. TSJA 36/2014	17 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	31
Testamento mancomunado			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1º)	3
Tutela			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	3
Usufructo vidual			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
Viudedad			
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
Doctrina del levantamiento del velo			
S. TSJA 2/2011	29 de marzo de 2011	RDCA-2012-XVIII	4
Jurisdicción civil			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
Jurisprudencia			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm.1º)	2
Fijación de jurisprudencia			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
La equidad			
Atribución del uso de la vivienda familiar			
S. TSJA 21/2014	6 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
LEY DE CAZA			
CARGA DE LA PRUEBA			
S. APH	31 de enero de 2011	RDCA-XIX-2013	58
CONCEPTO DE "RESIDENTE"			
S. APH	22 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	15
Concepto de colindante			
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
CONCEPTO DE PROCEDENCIA			
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
S. JPII Boltaña	3 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	44
INAPLICABLE			
S. JPI Huesca núm. 2	9 de febrero de 2010	RDCA-2012-XVIII	93
PACTOS			
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	28
RESPONSABILIDAD			
S. APH	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	9
S. TSJA	1 de septiembre de 2010	RDCA 2010, XVI	9
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. APH	11 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	12
S. APH	30 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	13
S. APH	10 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	16
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
S. APH	30 de junio de 2009	RDCA 2011, XVII	26
S. APH	31 de enero de 2011	RDCA-XIX-2013	58
S. APH	2 de septiembre de 2013	RDCA-2012-XVIII	68
S. APZ	26 de febrero de 2010	RDCA-2012-XVIII	71
S. APZ	10 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	73
LEY DE COOPERATIVAS			
DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN			
S. TSJA	13 de septiembre de 2010	RDCA 2010, XVI	10
DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA			
S. TSJA 40/2014	16 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	35
PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: OBLIGACIONES SUBSISTIENTES			
S. TSJA	22 de junio de 2011	RDCA 2011, XVII	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL			
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA			
S. TSJA 15/2014	28 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	10
INCONGRUENCIA INTERNA			
S. TSJA 26/2014	2 de julio de 2014	RDCA-XX-2014	21
MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA			
S. TSJA 26/2014	2 de julio de 2014	RDCA-XX-2014	21
OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN			
S. TSJA 38/2014	20 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	33
RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL			
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	2
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
S. TSJA	11 de mayo de 2007	RDCA 2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	10
COSTAS			
A. TSJA	22 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	14
A. TSJA	14 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	21
FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL			
A. TSJA	15 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	23
A. TSJA	4 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	32
A. TSJA	12 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	35
A. TSJA	19 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	50
A. TSJA	27 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	55
FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA			
S. TSJA 48/2013	15 de noviembre de 2013	RDCA-XIX-2013	55
INADMISIÓN			
A. TSJA	6 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	17
A. TSJA	17 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	57
A. TSJA	21 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	61
INCONGRUENCIA "EXTRA PETITA"			
S. TSJA 10/2013	19 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	11
VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA			
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	54

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RECURSO GUBERNATIVO			
COMPETENCIA			
A. PR TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2º)	6
PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN			
A. PR TSJA	26 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1º)	49
VECINDAD CIVIL			
S. APT	18 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	32
ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL			
S. TS	21 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	2
S. TS	20 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1º)	6
S. APZ Secc. 5ª	21 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	37
CUESTIÓN DE HECHO			
S. JPII La Almunia núm. 2	18 de enero de 2010	RDCA 2011, XVII	70
CUSTODIA COMPARTIDA			
S. TSJA	13 de julio de 2011	RDCA 2011, XVII	16
DE LOS CÓNYUGES			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	39
FRAUDE DE LEY			
S. TS	14 de septiembre de 2009	RDCA 2009, XV	1
USUFRUCTO VIDUAL			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	31
51: FUENTES			
APÉNDICE			
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
CÓDIGO CIVIL			
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	2
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. TSJA	8 de marzo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	4
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	26 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	8
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. JPII Jaca núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
S. JPII Jaca núm. 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	26
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. JPII Huesca núm. 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	31
S. APZ	28 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	35
S. JPII Huesca núm. 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
Derechos reales			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1º)	5
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
S. JPI Zaragoza núm. 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	8
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	9
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	11
S. JPII Ejea núm. 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. JPII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	17
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	19
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	20
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	21
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	22
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	23
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	26
S. JPII Jaca núm. 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	26
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	27
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	28
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	28
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	29
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	35
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	41
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	42
Disposiciones transitorias			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1º)	3
Familia y sucesiones			
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	8
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	11
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	14
S. APT	8 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	20
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	21
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	25
S. JPII Jaca núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	31
A. APZ	12 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	42
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	44
A. PR TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1º)	50
A. PR TSJA	17 de marzo de 1993	1996, II (núm. 1º)	52
S. JPI Zaragoza núm. 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
Obligaciones y contratos			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1º)	1
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
S. APT	14 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	24
Parte general			
S. TS	20 de febrero de 1998	1997, IV (núms. 1º y 2º)	1
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	6
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	25
Remisión estática			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
Compilación			
Aplicación preferente			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
Fiducia			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
Costumbre			
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	1 de febrero de 2005	2007, XIII	14
Junta de Parientes			
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
Legítima formal			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	2
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1º)	12
Prueba			
S. APZ (Secc. 5)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	RDCA-2008-XIV	70
Jurisprudencia			
No es fuente del Derecho			
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
Ley de enjuiciamiento civil			
Retractos			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1º)	1
Principios			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	2
Propiedad sobre ribazos o taludes			
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	RDCA-2008-XIV	70

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
"Standum est chartae"			
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2º)	2
S. TSJA	25 de junio de 2007	RDCA 2008, XIV	9
S. APT	14 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	25
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	39
Aplicación de oficio			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1º)	1
Arrendamientos			
S. JPII Teruel núm. 1	9 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	43
Cláusula penal			
S. JPII Teruel núm. 1	18 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	54
Contrato de obra			
S. APT	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	25
Convenio conciliatorio			
S. APT	14 de mayo de 2009	RDCA 2011, XVII	38
Convenio regulador			
S. JPII Alcañiz núm. 2	23 de septiembre de 2008	RDCA 2010, XVI	60
Interpretación de "cartas"			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1º)	1
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
S. JPII Ejea núm. 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
S. APZ (Secc. 2ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
Interpretación del principio			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1º)	1
S. TSJA	29 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 2º)	1
S. TSJA 1/2011	26 de enero de 2011	RDCA-2012-XVIII	2
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
S. TSJA	7 de noviembre de 1901	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
S. TSJA	26 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	8
S. TSJA	28 de marzo de 1903	2001-2002 (VII-VIII)	13
Junta de Parientes			
S. JPII Huesca núm. 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
Límites			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
S. APT	19 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel núm. 1	15 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	62
Pacto de indivisión			
S. APH	28 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	7
Renta pactada en vivienda de protección oficial			
S. JPII Teruel núm. 2	31 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	27
Tradición jurídica			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL			
Asignación compensatoria			
S. APH	26 de junio de 2012	RDCA-XIX-2013	64
S. APZ	4 de junio de 2010	RDCA-2012-XVIII	81
Carácter temporal o indefinido			
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	15
S. TSJA 1/2012	11 de enero de 2012	RDCA-2012-XVIII	17
S. TSJA 35/2014	5 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	30
S. APZ (Secc. 2ª)	29 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	72
Doctrina jurisprudencial			
S. TSJA 35/2014	5 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	30
S. TSJA 35/2014	5 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	30
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
Extinción			
S. TSJA 42/2014	22 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	37
S. APT	18 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	45
Finalidad			
S. APT	11 de octubre de 2013	RDCA-XX-2014	44
S. APZ (Secc. 2ª)	29 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	72
Inaplicación del Código civil			
S. TSJA 14/2012	11 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	25
Naturaleza			
S. TSJA 1/2013	4 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	2
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	15
S. TSJA 14/2012	11 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	25
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	36
S. APT	11 de octubre de 2013	RDCA-XX-2014	44
No prorrogable			
S. TSJA 24/2014	25 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	20

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Padres con hijos a cargo			
S. TSJA 35/2014	5 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	30
Ponderación de factores: doctrina del TS			
S. TSJA 26/2013	25 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	31
Ponderación equitativa de los criterios del art. 83.2			
S. TSJA 1/2012	11 de enero de 2012	RDCA-2012-XVIII	17
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
Requisitos			
S. APZ (SECC. 2ª)	29 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	72
Valoración de la prueba practicada			
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
Valoración del carácter temporal o indefinido			
S. TSJA 35/2014	5 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	30
62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN			
Capacidad del menor de edad			
Capacidad para ser parte y capacidad procesal			
S. TSJA 32/2014	3 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	28
Conflicto de intereses			
A. PR TSJA	25 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	7
Del mayor de catorce años			
S. TSJA	15 de junio de 2011	RDCA 2011, XVII	14
S. APZ	30 de diciembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	89
Capacidad (Civil y procesal)			
S. TS	30 de enero de 2008	RDCA 2008, XIV	1
A. APZ (Secc. 2ª)	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	30
S. APZ	12 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	48
Representación voluntaria			
S. APH	29 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	16
Incapacidad			
Intromisión en los derechos de la personalidad			
A. JPI Huesca núm. 2	29 de enero de 2009	RDCA-2012-XVIII	92
Invalidez de los actos			
A. JPI Huesca núm. 2	22 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	63

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Incapacitación			
S. JPII Alcañiz núm. 2	6 de marzo de 2008	RDCA 2010, XVI	56
Causas			
S. JPII Ejea núm. 1	21 de marzo de 2011	RDCA-XIX-2013	82
Curatela			
S. JPII Ejea núm. 1	13 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	61
Ley aplicable			
S. JPII Ejea núm. 1	22 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	83
Tutela			
S. JPII Ejea núm. 1	13 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	59
Internamiento			
A. APZ Secc. 2ª	6 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	40
A. APZ Secc. 2ª	12 de marzo de 2008	RDCA-2010-XVI	41
En un centro residencial			
S. JPI Zaragoza núm. 13	30 de septiembre de 2013	RDCA-XX-2014	59
Improcedencia			
A. JPI Zaragoza núm. 13	13 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	61
Presunción de capacidad			
S. APT	12 de mayo de 2011	RDCA-XIX-2013	65
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
Alimentos legales a los hijos mayores de edad			
Aplicabilidad del art. 93.2 Cc.			
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
Ámbito de aplicación de la Sec. 3ª			
Falta de convivencia previa entre los padres			
S. TSJA 18/2013	25 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	22
Limitación temporal			
S. APT	18 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	45
S. APZ (Secc. 2ª)	15 de febrero de 2013	RDCA-XX-2014	46
Atribución del uso de la vivienda familiar			
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
S. APH	25 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	61

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Custodia individual			
S. TSJA 22/2014	11 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	17
Custodia repartida			
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
El menor no tiene derecho a ser oído			
S. TSJA 6/2013	7 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	7
Extinción del derecho de uso			
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
Falta de legitimación para recurrir			
A. TSJA	27 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	4
Limitación temporal			
S. TSJA 1/2013	4 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	2
S. TSJA 6/2013	7 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	7
S. TSJA 21/2014	6 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	16
S. TSJA 27/2014	18 de julio de 2014	RDCA-XX-2014	22
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	36
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
Modificación del plazo de uso			
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
Naturaleza del derecho de uso			
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
Previsión judicial de venta			
S. TSJA 1/2013	4 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	2
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	36
Pronunciamientos discrecionales			
S. TSJA 32/2013	11 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	38
Autoridad familiar			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APT	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	33
S. JPII Ejea núm. 2	3 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	67
Concepto			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	10
Deber-derecho de corregir a los hijos			
A. APZ (Secc. 2ª)	25 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Educación religiosa			
A. APZ (Secc. 2ª)	16 de julio de 2013	RDCA-XX-2014	49
A. APZ	5 de octubre de 2010	RDCA-2012-XVIII	85
Ejercicio			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	10
S. APT	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	20
A. APZ (Secc. 2ª)	4 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	48
S. JPI Zaragoza núm. 6	1 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	60
Excepción a la prórroga o rehabilitación			
S. JPII EJEA núm. 1	6 de marzo de 2012	RDCA-XIX-2013	84
Guarda y custodia individual			
A. APZ	3 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	42
Inexistencia de patria potestad			
A. TSJA	2 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	35
Privación			
S. TSJA	5 de abril de 2011	RDCA 2011, XVII	11
S. APZ	21 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	37
S. APH	23 de julio de 2010	RDCA-2012-XVIII	66
Regulación: Inaplicación art. 156 Cc.			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	10
Representación legal del menor de 14 años			
S. JPI Zaragoza núm. 17	10 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	49
Responsabilidad de los padres			
S. APZ	8 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	33
Autoridad familiar de otras personas			
A. JPI Zaragoza núm. 14	18 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	7
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
Abuelos			
S. APZ (SECC. 2ª)	29 de octubre de 2013	RDCA-XX-2014	51
Privación de patria potestad			
S. JPII Ejea núm. 1	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	14
Autoridad familiar rehabilitada			
A. JPI Zaragoza núm. 13	5 de junio de 1998	2000, VI (núm.1º)	10
A. JPI Zaragoza núm. 13	1 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ejercicio			
S. JPII Alcañiz núm. 2	6 de marzo de 2008	RDCA 2010, XVI	56
Derechos y principios			
Derecho de los padres a la igualdad			
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7
S. TSJA 8/2013	12 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	8
S. TSJA 37/2014	19 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	32
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	37
S. TSJA 42/2013	3 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	48
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
Derecho del menor a ser oído			
S. TSJA 34/2013	16 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	40
Derecho del menor al contacto directo con los padres			
S. TSJA 8/2013	12 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	8
Invocación en casación			
S. TSJA 39/2014	15 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	34
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
Principio de interés superior del menor			
S. TSJA 8/2013	12 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	8
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
S. TSJA 46/2013	30 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	53
S. TSJA 43/2012	21 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	60
S. APH	25 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	61
Efectos de la filiación			
Deberes de padres e hijos			
S. TSJA 14/2013	28 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	16
S. APH	25 de octubre de 2007	RDCA 2009, XV	36
Padres con hijos menores			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	RDCA 2008, XIV	18
S. APZ (Secc. 2ª)	29 de octubre de 2013	RDCA-XX-2014	51
Relación personal del hijo menor: abuelos			
S. APT	26 de febrero de 2013	RDCA-XX-2014	41
Gastos de asistencia a los hijos			
Contribución proporcional			
S. TSJA 16/2014	9 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	12

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 22/2014	11 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	17
S. TSJA 2/2012	11 de enero de 2012	RDCA-2012-XVIII	18
S. TSJA 22/2013	20 de mayo de 2013	RDCA-XIX-2013	26
S. TSJA 33/2014	21 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	29
S. TSJA 27/2013	1 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	32
S. TSJA 30/2013	4 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	36
S. TSJA 41/2014	17 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	36
S. TSJA 19/2012	8 de mayo de 2012	RDCA-XX-2014	37
S. TSJA 32/2012	16 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	45
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	58
S. TSJA 42/2012	20 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	59
S. APH	26 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	62
S. APZ	27 de mayo de 2010	RDCA-2012-XVIII	79
Custodia compartida			
S. TSJA 48/2013	15 de noviembre de 2013	RDCA-XIX-2013	55
Custodia individual			
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
Gastos extraordinarios			
S. JPI Zaragoza núm. 6	1 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	60
Gastos extraordinarios necesarios			
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	26
S. TSJA 41/2014	17 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	36
A. APZ (Secc. 2ª)	9 de mayo de 2013	RDCA-XX-2014	48
S. APZ (Secc. 2ª)	6 de marzo de 2011	RDCA-XIX-2013	67
Gastos extraordinarios no necesarios			
S. TSJA 2/2012	11 de enero de 2012	RDCA-2012-XVIII	18
Gastos ordinarios			
S. TSJA 41/2014	17 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	36
Hijos a cargo			
S. TSJA 29/2014	25 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	25
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
Juicio de proporcionalidad			
A. TSJA	27 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	19
Ley aplicable			
S. APZ (Secc. 2ª)	27 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	52
Modificación de la pensión			
S. TSJA 22/2013	20 de mayo de 2013	RDCA-XIX-2013	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Necesidades de los hijos			
S. TSJA 42/2014	22 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	37
Gastos de los hijos mayores o emancipados			
S. TSJA	12 de mayo de 2010	RDCA 2011, XVII	5
S. TSJA	2 de septiembre de 2009	RDCA 2009, XV	13
S. APH	11 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	29
S. APZ Secc. 5ª	10 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	36
S. APZ (Secc. 2ª)	22 de abril de 2008	RDCA-2010-XVI	43
S. APZ (Secc. 2ª)	17 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	45
Alimentos legales			
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	RDCA-2012-XVIII	23
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	RDCA-2012-XVIII	23
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	27
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
S. TSJA 23/2012	4 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	31
S. APZ	11 de octubre de 2010	RDCA-2012-XVIII	86
Alimentos legales: incongruencia			
S. TSJA 15/2014	28 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	10
Excepcionalidad de la previsión legal			
S. TSJA 20/2012	9 de mayo de 2012	RDCA-XIX-2013	1
S. TSJA 4/2013	5 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	5
S. TSJA 11/2011	30 de noviembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	11
Existencia de recursos propios			
S. TSJA 29/2014	25 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	25
Extinción de la obligación de los padres			
S. TSJA 4/2013	5 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	5
Formación profesional completada			
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	RDCA-2012-XVIII	23
S. APH	5 de octubre de 2011	RDCA-XIX-2013	61
Ley aplicable			
S. APH	27 de abril de 2012	RDCA-XIX-2013	62
Límites legales			
S. TSJA 20/2012	9 de mayo de 2012	RDCA-XIX-2013	1
S. TSJA 4/2013	5 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	5
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	15
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	27
S. TSJA 23/2012	4 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	31

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Mantenimiento, no constitución ex novo			
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	27
Proceso de separación o divorcio:legitimación			
S. APZ	22 de junio de 2010	RDCA-2012-XVIII	83
Razonabilidad			
S. TSJA 15/2014	28 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	10
Régimen especial del deber de crianza y educación			
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	27
Supuesto de hecho			
S. TSJA 24/2013	17 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	29
Gestión de los bienes de los hijos			
A. APZ (Secc. 2ª)	1 de febrero de 2011	RDCA-XIX-2013	66
Disposición hasta los 14 años			
S. TSJA	15 de junio de 2011	RDCA 2011, XVII	14
S. APZ	30 de diciembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	89
Guarda y custodia de los hijos			
Aptitud de los progenitores			
S. TSJA 43/2013	8 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	49
Carga de la prueba			
S. TSJA 13/2011	15 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	13
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	24
S. TSJA 35/2013	17 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	41
Custodia individual de un progenitor frente a otro			
S. TSJA 2/2014	13 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	2
Derecho del menor a ser oído			
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	46
Derecho transitorio			
S. TSJA 17/2013	13 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	20
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	28
S. TSJA 42/2013	3 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	48
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	58
Doctrina jurisprudencial			
S. TSJA 13/2014	13 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	8
El arraigo social y familiar de los hijos			
S. TSJA 13/2014	13 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 21/2013	30 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	25
El cambio de régimen obliga a la necesaria adaptación			
S. TSJA 13/2014	13 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	8
S. TSJA 31/2013	10 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	37
S. TSJA 34/2013	16 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	40
S. TSJA 35/2013	17 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	41
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
Exclusión de los progenitores			
S. APZ (Secc. 2ª)	17 de enero de 2012	RDCA-XIX-2013	73
Factores para excepcionar la custodia compartida			
S. TSJA 3/2013	18 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	3
S. TSJA	13 de julio de 2011	RDCA 2011, XVII	16
S. TSJA	30 de septiembre de 2011	RDCA 2011, XVII	18
S. TSJA 18/2013	25 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	22
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	24
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	33
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	37
S. TSJA 28/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	41
S. TSJA 29/2012	25 de septiembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	42
S. TSJA 30/2012	20 de septiembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	43
S. TSJA 38/2013	25 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	44
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
S. APZ (Secc. 2ª)	23 de julio de 2013	RDCA-XX-2014	50
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	58
S. TSJA 43/2012	21 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	60
Falta de fundamento de la custodia individual			
S. TSJA 1/2014	10 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	1
S. TSJA 31/2013	10 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	37
S. TSJA 33/2013	12 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	39
S. TSJA 34/2013	16 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	40
S. TSJA 36/2013	18 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	42
Falta de motivación de la sentencia			
S. TSJA 48/2013	15 de noviembre de 2013	RDCA-XIX-2013	55
Función del recurso de casación			
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 13/2014	13 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	8
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
Informes de especialistas			
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
Infracción de la preferencia legal			
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
Infracción de la preferencia legal por argumentación incorrecta			
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	54
Interés del menor			
S. TSJA 15/2013	11 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	18
S. APH	28 de enero de 2009	RDCA 2011, XVII	20
S. TSJA 20/2013	29 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	24
S. APZ (Secc. 2ª)	19 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	47
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	58
Interpretación de la ley			
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7
La conflictividad entre los progenitores			
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
S. TSJA 36/2013	18 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	42
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
S. TSJA 46/2013	30 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	53
S. JPII Ejea núm. 1	25 de abril de 2013	RDCA-XX-2014	58
La distancia entre domicilios			
S. APT	19 de febrero de 2013	RDCA-XX-2014	40
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
La opinión de los menores			
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
S. TSJA 20/2013	29 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	24
S. TSJA 21/2013	30 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	25
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	37
S. TSJA 31/2013	10 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	37
S. APT	22 de enero de 2013	RDCA-XX-2014	38
S. TSJA 33/2013	12 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	39
S. TSJA 34/2013	16 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	40
S. TSJA 36/2013	18 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	42
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	46

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
S. JPII Ejea núm. 1	18 de enero de 2013	RDCA-XX-2014	56
Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres			
S. TSJA 1/2014	10 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	1
S. TSJA 21/2013	30 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	25
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
Ley aplicable			
S. TSJA 43/2012	21 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	60
S. JPII Ejea núm. 1	28 de mayo de 2009	RDCA 2011, XVII	64
Naturaleza de la custodia compartida			
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7
Opción legislativa distinta de la del Código civil			
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	24
Períodos de custodia compartida			
A. TSJA	30 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	16
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	26
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	28
S. TSJA 48/2013	15 de noviembre de 2013	RDCA-XIX-2013	55
S. JPII Ejea núm. 1	10 de febrero de 2011	RDCA-XIX-2013	81
Preferencia de la custodia compartida			
S. TSJA 12/2014	4 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	7
S. TSJA 8/2013	12 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	8
S. TSJA 13/2011	15 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	13
S. TSJA 15/2013	11 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	18
S. TSJA 4/2012	1 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	19
S. TSJA 5/2012	8 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	20
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	24
S. TSJA 21/2013	30 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	25
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	26
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	28
S. TSJA 22/2012	6 de junio de 2012	RDCA-2012-XVIII	30
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	33
S. TSJA 30/2013	4 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	36
S. APT	19 de febrero de 2013	RDCA-XX-2014	40
S. TSJA 34/2013	16 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	40

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 35/2013	17 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	41
S. TSJA 29/2012	25 de septiembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	42
S. TSJA 36/2013	18 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	42
S. TSJA 40/2013	4 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	46
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
S. TSJA 44/2013	9 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	50
S. TSJA 45/2013	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	51
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
S. TSJA 46/2013	30 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	53
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	54
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	58
S. APZ (Secc. 2ª)	28 de junio de 2011	RDCA-XIX-2013	68
Presencia de medio hermanos			
S. TSJA 31/2013	10 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	37
S. JPII Ejea núm. 1	18 de enero de 2013	RDCA-XX-2014	56
Presencia de padrastro o madrastra			
S. TSJA 31/2013	10 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	37
Principio de interés superior del menor			
S. TSJA 1/2014	10 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	1
Principio de no separación de los hermanos			
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
S. TSJA 37/2014	19 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	32
S. TSJA 41/2013	30 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	47
S. APZ (Secc. 2ª)	23 de julio de 2013	RDCA-XX-2014	50
S. TSJA 46/2013	30 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	53
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	54
S. JPII Ejea núm. 1	18 de enero de 2013	RDCA-XX-2014	56
Prueba de que la custodia individual es más conveniente			
S. TSJA 3/2014	15 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	3
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	28
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	33
S. TSJA 50/2013	18 de diciembre de 2013	RDCA-XIX-2013	56
Valoración de la prueba practicada			
S. TSJA 1/2014	10 de enero de 2014	RDCA-XX-2014	1
S. TSJA 1/2013	4 de enero de 2013	RDCA-XIX-2013	2
S. TSJA 11/2014	17 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	5
A. TSJA	28 de febrero de 2014	RDCA-XX-2014	6
S. TSJA 17/2014	15 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 13/2013	27 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	15
S. TSJA 15/2013	11 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	18
S. TSJA 4/2012	1 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	19
S. TSJA 5/2012	8 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	20
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	RDCA-2012-XVIII	24
A. TSJA	22 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	24
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	33
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	37
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	46
S. TSJA 35/2012	26 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	48
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	53
S. TSJA 46/2013	30 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	53
S. TSJA 50/2013	18 de diciembre de 2013	RDCA-XIX-2013	56
Violencia doméstica o de género			
S. TSJA 14/2014	19 de marzo de 2014	RDCA-XX-2014	9
S. TSJA 23/2014	24 de junio de 2014	RDCA-XX-2014	18
S. TSJA 28/2013	2 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	33
S. TSJA 28/2013	2 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	33
S. TSJA 43/2013	8 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	49
Medidas judiciales			
Limitaciones al principio de justicia rogada			
S. TSJA 35/2013	17 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	41
A. TSJA	14 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	52
Modificación			
S. TSJA 18/2014	23 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	14
S. TSJA 19/2014	26 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	15
S. TSJA 17/2013	13 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	20
A. TSJA	26 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	39
S. TSJA 42/2013	3 de octubre de 2013	RDCA-XIX-2013	48
S. APZ (Secc. 2ª)	6 de marzo de 2011	RDCA-XIX-2013	67
S. APZ	3 de noviembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	87
Relativas a menores: modificación			
S. TSJA 18/2014	23 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	14
S. TSJA 18/2014	23 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	14
S. TSJA 18/2014	23 de mayo de 2014	RDCA-XX-2014	14
Plan de relaciones familiares			
Libertad de forma			
S. TSJA 20/2013	29 de abril de 2013	RDCA-XIX-2013	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Régimen de visitas			
Derecho-deber de padre e hijo a relacionarse entre sí			
S. TSJA 16/2013	12 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	19
Entrega y recogida de los hijos			
S. TSJA 39/2014	15 de diciembre de 2014	RDCA-XX-2014	34
Fijación de un régimen mínimo			
S. TSJA 16/2013	12 de marzo de 2013	RDCA-XIX-2013	19
Interés superior del menor			
S. APH	17 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	21
S. APZ	11 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	44
Menor mayor de 14 años			
A. APZ	6 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	49
Modificación			
S. APZ	31 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	45
Principio de igualdad			
S. TSJA 26/2014	2 de julio de 2014	RDCA-XX-2014	21
Relación del menor con sus abuelos			
S. TSJA 30/2012	20 de septiembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	43
S. TSJA 37/2013	24 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	43
S. TSJA 50/2013	18 de diciembre de 2013	RDCA-XIX-2013	56
Relación personal del hijo menor			
Comunicaciones telefónicas			
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	36
Custodia individual			
S. TSJA 40/2013	4 de septiembre de 2013	RDCA-XIX-2013	46
Dificultad de imponer un régimen concreto de visitas			
S. TSJA 32/2012	16 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	45
65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES			
Administración voluntaria			
Libertad de testar			
S. TSJA 32/2014	3 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	28
Adopción			
Necesidad de asentimiento de los padres			
S. TSJA 14/2013	28 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Causas de remoción			
S. JPII Ejea núm. 1	19 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	57
Curatela			
S. JPII Ejea núm. 1	13 de abril de 2009	RDCA-2010-XVI	61
Del incapacitado			
S. JPII Ejea núm. 1	21 de marzo de 2011	RDCA-XIX-2013	82
Del incapacitado			
S. APH	3 de septiembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	69
Finalidad			
S. APZ (Secc. 2ª)	5 de julio de 2011	RDCA-XIX-2013	69
Delación dativa			
Preferencia			
S. JPII Ejea núm. 1	19 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	57
S. JPII Ejea núm. 1	21 de marzo de 2011	RDCA-XIX-2013	82
Delación hecha por uno mismo			
Vinculación al juez			
S. APZ	8 de septiembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	84
Junta de Parientes			
Constitución Judicial			
A. JPI Zaragoza núm. 14	30 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	50
Disposición de inmuebles de pupilos			
A. PR TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1º)	50
Eficacia de las decisiones			
S. APH	23 de febrero de 2011	RDCA-XIX-2013	59
Fiducia			
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	15
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	24
Nulidad de acuerdos			
S. JPII Ejea núm. 2	17 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	52
Nombramiento, vigilancia y control			
S. JPII Ejea núm. 1	19 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	57

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Oposición a la declaración de desamparo			
S. APZ (Secc. 2ª)	8 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	71
Aplicación del art. 118.1 CDFA			
S. TSJA 39/2013	26 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	45
Flexibilidad en la admisión de pruebas			
S. TSJA 40/2012	4 de diciembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	56
Tutela			
Capacidad, excusa y remoción			
S. APZ (Secc. 2ª)	29 de julio de 2008	RDCA-2010-XVI	47
Delación dativa			
S. APZ	11 de mayo de 2010	RDCA-2012-XVIII	77
Disposición de inmuebles de pupilos			
A. APH	12 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	20
A. PR TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1º)	50
A. PR TSJA	17 de marzo de 1993	1996, II (núm. 1º)	52
Inventario			
S. JPII Ejea núm. 1	19 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	57
Número de tutores			
S. APH	30 de julio de 2010	RDCA-2012-XVIII	67
S. APZ	11 de mayo de 2010	RDCA-2012-XVIII	77
Prelación			
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
Responsabilidad del tutor			
S. TSJA 38/2014	20 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	33
Tutela administrativa			
S. APT	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	31
Desamparo			
S. TSJA 1/2010	4 de enero de 2010	RDCA-2012-XVIII	1
A. TSJA	12 de julio de 2010	RDCA 2010, XVI	8
S. TSJA	4 de enero de 2010	RDCA 2009, XV	17
Oposición			
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	36
Protección de menores			
S. JPII Teruel núm. 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	51

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL			
661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL			
Derecho supletorio			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
Determinación de la Ley aplicable			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1º)	5
S. APH (Sala de lo Penal)	11 de diciembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	19
S. APH	13 de enero de 2009	RDCA 2011, XVII	19
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
S. JPII Monzón núm. 1	7 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	49
S. JPI Zaragoza núm. 6	31 de marzo de 2008	RDCA 2010, XVI	57
S. JPI Zaragoza núm. 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003)			
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	9 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	31
Separación de bienes de Cc.			
S. APZ (Secc. 2ª)	24 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	46
Vecindad común de los cónyuges			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	39
Modificación del régimen legal			
En general			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Derecho supletorio			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Derechos adquiridos por terceros			
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
Inoponibilidad a terceros			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	21
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	33
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
Régimen paccionado y régimen legal			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
Naturaleza			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	42

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Responsabilidad frente a terceros			
S. JPI Zaragoza núm. 17	2 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	54
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO			
Capitulaciones			
Contenido			
S. JPII JACA núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
Efectos retroactivos			
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
Eficacia			
S. JPII Jaca núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
Forma			
S. JPI Zaragoza núm. 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm.1º)	8
Inoponibilidad a terceros			
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	21
A. APZ	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	38
A. APZ (Secc. 4ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
A. APZ (Secc. 4ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APZ (Secc. 4ª)	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	43
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de mayo de 2008	RDCA 2010, XVI	58
S. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
Límites			
S. JPII Jaca núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
Rescisión			
S. JPII Teruel núm. 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	19
S. APZ	28 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	35
Instituciones familiares consuetudinarias			
Acogimiento			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	10
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	12
Casamiento a sobre bienes			
S. APZ	9 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	49
Casamiento en casa			
S. APH	6 de julio de 2010	RDCA-2012-XVIII	65
Comunidad familiar			
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	10
A. APH	2 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	11
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	21
Dación personal			
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	10
S. JPII Fraga	4 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	11
S. APH	9 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	13
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	21
Juntar dos casas			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
Otras situaciones de comunidad			
S. APZ	15 de junio de 2009	RDCA-20101-XVII	48
Integración de lagunas			
S. TSJA 12/2013	26 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	13
Libertad de pacto			
Art. 29 Comp.			
S. JPI Zaragoza núm. 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1º)	8
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ (Secc. 4ª)	20 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	34
S. APZ	9 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	45
Atribución de comunidad			
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	22
Régimen de separación			
S. APZ	20 de mayo de 2005	2007, XIII	44
Alimentos a hijos no comunes			
S. APZ (Sec. 4ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
Aplicación del art. 1438 Cc.			
S. TSJA 12/2013	26 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	13
Bienes comunes			
S. JPI Zaragoza núm. 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	15
Inexistencia de compensación económica por el trabajo doméstico			
S. APZ	24 de enero de 2005	2007, XIII	31

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Regido por el Cc.			
S. APZ (Secc. 2ª)	24 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	46
Régimen jurídico			
S. APZ (Secc.2ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
Titularidad de los bienes			
S. APZ (Secc.2ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
663: CONSORCIO CONYUGAL			
6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	18
S. APZ	14 de febrero de 2005	2007, XIII	34
Ampliación o restricción de la comunidad			
Forma			
A. APZ (Secc. 4ª)	16 de diciembre de 2011	RDCA-XIX-2013	75
Bienes comunes			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. JPII Huesca núm. 1	28 de abril de 1998	2000, VI (núm.1º)	6
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	RDCA 2011, XVII	10
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	14
S. APH	10 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	17
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APZ	13 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	31
S. APH	9 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	31
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	40
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APZ (Secc. 5ª)	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	46
S. JPI Zaragoza núm. 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. JPII Huesca núm. 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
S. APZ	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	67
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza núm. 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APZ	29 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	76
Aperos de labranza			
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	26
Bienes de origen familiar			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
Bienes muebles			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. APH	23 de enero de 2009	RDCA 2009, XV	19
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. JPII Huesca núm. 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. JPI Zaragoza núm. 13	10 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	53
Clínica Veterinaria			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Contrato de acceso diferido a la propiedad			
S. APZ	16 de enero de 2006	RDCA-2008-XIV	40
Derecho de arrendamiento de la vivienda			
S. TSJA	14 de mayo de 2010	RDCA 2010, XVI	5
S. TSJA	14 de mayo de 2010	RDCA 2010, XVI	5
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	27
S. JPI Zaragoza núm. 3	3 de septiembre de 2009	RDCA 2011, XVII	66
Estanco			
S. APH	29 de julio de 2011	RDCA-XIX-2013	60
Indemnización por despido			
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2º)	1
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
S. APH	23 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	19
Indemnización por jubilación			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
Paga extraordinaria			
S. APZ	21 de septiembre de 2005	2007, XIII	50
Participaciones sociales			
S. JPI Zaragoza núm. 14	24 de febrero de 1998	2000, VI (núm.1º)	5
S. APZ	27 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	45
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Pensión			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
Plan de pensiones			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Rendimientos de los bienes privativos			
S. APH	17 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	28
Y en parte privativos			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
Bienes privativos			
S. TSJA	9 de septiembre de 2005	2007, XIII	2
S. TSJA	9 de enero de 2007	RDCA 2008, XIV	4
S. APH	15 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	5
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	10
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	12
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	14
S. APH	13 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	17
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	19
S. APH	23 de enero de 2009	RDCA 2009, XV	19
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APZ	28 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	35
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
S. JPII Jaca núm. 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. APT	4 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	61
S. JPI Zaragoza núm. 17	12 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	67
S. JPI Zaragoza núm. 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
Accesión			
S. JPII Huesca núm. 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	25
S. APH	11 de mayo de 2010	RDCA-2012-XVIII	64
S. APT	4 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	65
S. JPI Zaragoza núm. 12	28 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	69
S. JPII La Almunia núm. 2	18 de enero de 2010	RDCA 2011, XVII	70
Adquiridos en la partición de una comunidad			
S. APT	29 de enero de 2009	RDCA 2011, XVII	33

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Atribución de privatividad en convenio regulador			
A. PR TSJA	22 de diciembre de 1993	1996, II (núm. 1º)	53
Fondo de comercio			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1º)	1
Gestión			
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
Indemnización por cese de actividad profesional			
S. APH	7 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	7
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	12
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
Indemnización por fallecimiento de cónyuge			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	38
Indemnización por incapacidad laboral			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
Indemnización por jubilación			
S. APZ	26 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	33
Inmuebles o sitios aportados al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	11
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	22
S. APZ	12 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	34
S. APT	24 de octubre de 2006	RDCA-2008-XIV	37
S. APZ	9 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	43
S. APZ	27 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	45
S. JPI Zaragoza núm. 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	46
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
Pacto de muebles por sitios			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ	21 de diciembre de 2009	RDCA 2011, XVII	54
Plan de pensiones			
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Presunción de muebles por sitios			
S. JPII Huesca núm. 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
S. JPII Huesca núm. 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	37
Presunción de privatividad			
S. JPI Zaragoza núm. 8	27 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	61
Retracto			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	16
Seguros sobre la vida			
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Subrogación real			
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	21
Traspaso de negocio			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Vivienda familiar			
S. APZ	26 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	45
S. APZ	18 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	63
S. APZ (Secc. 2ª)	4 de octubre de 2011	RDCA-XIX-2013	70
Bienes sitios			
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
Convivencia "more uxorio"			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
Naturaleza			
A. JPII Huesca núm. 2	21 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	63
Pacto de muebles por sitios			
S. APZ	1 de junio de 2010	RDCA-2012-XVIII	80
Presunción de comunidad			
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
S. APH	17 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	5
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1º)	5
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. JPI Zaragoza núm. 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. JPI Zaragoza núm. 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
S. APH	29 de octubre de 2007	RDCA 2009, XV	37
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	44
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. JPII Jaca núm. 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	87
S. JPII Calamocha núm. 1	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	94
Apéndice			
S. APT	24 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	34
Límites			
S. APH	20 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	51
Prueba en contrario			
S. APH	17 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	28
6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	18
S. APZ	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	36
Aspectos procesales			
A. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	14
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	28
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	49
A. APZ	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	54
Cargas del matrimonio			
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	22
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	38
S. JPI Zaragoza núm. 14	31 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	41
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. JPI Zaragoza núm. 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Alimentos a hijos no comunes			
S. APZ (Sec. 4ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
Alquiler de vivienda familiar			
S. APZ	25 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	46
Crianza y educación de los hijos			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	RDCA 2008, XIV	18
Derecho real sobre la vivienda en pago de ayuda doméstica			
S. JPI Zaragoza núm. 14	31 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	41
Gastos de entierro y funeral			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
Gastos de litigio de un cónyuge			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	14
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APH	20 de abril de 2007	RDCA 2009, XV	28
S. APH	31 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	34
Gastos de última enfermedad			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	18
Honorarios de abogado			
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
Levantamiento del velo			
S. APZ	13 de enero de 2006	RDCA-2008-XIV	39
Responsabilidad			
S. APT	20 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	53
Cargas usufructuarias			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
Atenciones de los bienes privativos			
S. JPII Huesca núm. 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
Deudas comunes			
S. TSJA	11 de diciembre de 2006	RDCA 2008, XIV	3
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. JPI Zaragoza núm. 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	9
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	14
S. JPII La Almunia	27 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	17
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Jaca núm. 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. APZ	1 de julio de 2005	2007, XIII	46
S. JPI Zaragoza núm. 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. JPI Zaragoza núm. 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
Actividad objetivamente útil a la comunidad			
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de mayo de 2008	RDCA 2010, XVI	58
Cuotas de la comunidad de propietarios			
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	8
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm.1º)	1
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. TSJA	14 de junio de 2009	RDCA 2009, XV	11
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
A. APZ (Secc. 4ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APZ	22 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	43
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	56
Deuda tributaria			
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. JPII Teruel núm. 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	19
Donaciones			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
Ejecución sobre bienes comunes			
A. JPI Zaragoza núm. 14	19 de mayo de 2006	RDCA-2008-XIV	55
Nivel de vida familiar			
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
Prueba			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. APZ	22 de julio de 2005	2007, XIII	48
Sanciones tributarias			
S. JPI Zaragoza núm. 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
Deudas de gestión			
S. TSJA	20 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	4
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	28
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	29
S. APZ	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	32
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza núm. 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	47
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. APZ	22 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	32
S. APZ	14 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	36
A. APH	17 de enero de 2002	2003-2004 (IX-X)	46
Responsabilidad			
S. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
S. APZ	27 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	42
Deudas privativas			
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	14
A. APZ	19 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	26
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	33
A. APZ (Secc. 2ª)	28 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	45
S. APZ	4 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	62
Aplicación del art. 1373 Cc.			
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	22
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
A. APZ (Secc. 4ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
Continuación del embargo tras la liquidación			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
Deudas anteriores al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
Deudas del juego			
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
Embargo de bienes comunes			
S. APZ	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 1º)	28
S. APZ	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 1º)	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza núm. 2	23 de junio de 2006	RDCA-2008-XIV	58
A. APZ	10 de junio de 2010	RDCA-2012-XVIII	82
Estimación judicial de la petición de disolución			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Responsabilidades penales			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Tercería de dominio			
S. JPI Zaragoza núm. 14	25 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	14
Vivienda habitual			
S. TS	18 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1º)	5
Reintegros y reembolsos			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm.1º)	1
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	25
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. JPI Zaragoza núm. 6	20 de febrero de 2008	RDCA 2010, XVI	53
S. JPI Zaragoza núm. 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57
Plan de jubilación			
S. APZ (Secc. 2ª)	4 de octubre de 2011	RDCA-XIX-2013	70
Responsabilidad de los bienes comunes			
Después de la disolución de la comunidad legal			
S. APZ (Secc. 5ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
Responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	65
6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN			
Administración y disposición de bienes comunes			
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
S. TSJA	18 de junio de 1992	1995, I (núm. 1º)	7
S. TS	24 de mayo de 1995	1996, II (núm. 1º)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	8
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. JPII La Almunia	16 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	22
S. APZ	14 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	33
S. JPI Zaragoza núm. 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57
S. JPI Zaragoza núm. 14	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	76
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza núm. 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	47
Bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión de un cónyuge			
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	2
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
S. JPI Zaragoza núm. 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
Consentimiento tácito			
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
Defensa de bienes y derechos			
S. APZ	16 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	44
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	57
A. JPI Zaragoza núm. 14	16 de mayo de 2005	2007, XIII	60
S. JPI Zaragoza núm. 14	22 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	60
S. JPI Zaragoza núm. 13	8 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	61
Inoponibilidad			
S. APH	31 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	13
S. JPII Monzón núm. 2	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	88
Rescisión por fraude			
S. APZ	20 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	51
Bienes en copropiedad			
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1º)	5
Gestión de los bienes privativos			
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	10
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	19
Derecho expectante			
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	13
Legitimación pasiva			

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Reinversión en el negocio privativo			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1º)	1
Responsabilidad			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	36
Vivienda familiar			
S. APH	25 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	16
S. JPII Jaca núm. 2	1 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	18
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	27
Legado de bienes consorciales			
S. TS	28 de septiembre de 1998	RDCA 1999, V (núm. 1º)	6
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	RDCA 2008, XIV	14
S. APH	25 de junio de 2005	RDCA 2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	RDCA 2008, XIV	32
S. JPII Teruel núm. 2	10 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	52
6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
Causas			
S. JPI Zaragoza núm. 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. APH	19 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	24
S. APZ	19 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	37
Separación de hecho			
S. APZ	3 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	43
S. JPI Zaragoza núm. 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. JPI Zaragoza núm. 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
Comunidad posconsorcial			
S. TSJA	24 de mayo de 1902	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	38
Adquisición de bienes			
S. APZ	16 de enero de 2006	RDCA-2008-XIV	40
Bienes comunes			
S. JPII Calatayud núm. 2	26 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	71
Bienes comunes: participaciones sociales			
S. APT	11 de octubre de 2013	RDCA-XX-2014	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho de uso de la vivienda familiar			
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
S. JPI Zaragoza núm. 17	23 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	110
Disposición de bienes comunes			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APT	19 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	36
S. APZ	16 de enero de 2006	RDCA-2008-XIV	40
S. APZ	23 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	46
Embargo de bienes comunes			
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
Gestión			
S. APZ	21 de diciembre de 2009	RDCA 2011, XVII	54
Liquidación			
S. APH	29 de octubre de 2007	RDCA 2009, XV	37
Naturaleza			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	14
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	49
S. JPI Zaragoza núm. 12	22 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	55
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. APZ	19 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	70
Pasivo			
S. APH	6 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	35
S. APZ	22 de marzo de 2005	2007, XIII	41
Régimen jurídico			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Convenio matrimonial			
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	22
Disolución por causa distinta de la muerte			
Alimentos			
S. APH	29 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	15
Divorcio			
S. JPII Teruel núm. 1	31 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	70

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
EMBARGO DE BIENES COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS			
APLICACIÓN DEL ART. 1.373 CC.			
A. APZ	12 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	42
APLICACIÓN DEL ART. 1373 CC.			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
MOMENTO			
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	8
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	14
S. JPI Zaragoza núm. 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	23
S. APZ	8 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	38
S. JPI Zaragoza núm. 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPII Calatayud núm. 2	26 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	71
FECHA DE LA DISOLUCIÓN			
S. JPI Zaragoza núm. 6	10 de septiembre de 1996	1999, V (núm.1º)	9
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APZ	2 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	78
PREVIA SEPARACIÓN DE HECHO			
S. APZ	5 de abril de 2006	RDCA-2008-XIV	47
RETROACCIÓN DE EFECTOS			
S. JPII Calamocha núm. 1	28 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	96
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL			
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	51
ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS			
S. APZ	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	47
SEPARACIÓN LEGAL			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	18
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	19
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	35
LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
A. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	19
MEDIDAS PROVISIONALES			
A. JPII Ejea núm. 1	27 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	30

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Responsabilidad por deudas			
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	50
Uso de la vivienda familiar			
S. JPI ZARAGOZA núm. 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	46
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
S. TSJA	14 de junio de 2007	RDCA 2008, XIV	8
Activo			
Uso de la vivienda familiar			
S. APH	9 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	31
Aventajas			
S. JPII Huesca núm. 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
A. APZ (Secc. 4ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
Derecho del cónyuge supérstite			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	35
Finalidad			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	35
Inaplicación del art. 1321 Cc.			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	35
Bienes de origen familiar			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
Compatibilidad con la viudedad			
A. JPI Zaragoza núm. 14	28 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	101
Competencia			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
S. APH	28 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	14
A. APZ	4 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	37
S. APZ	24 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	39
S. APZ	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	43
S. JPI Zaragoza núm. 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	57
Contractual			
S. APH	19 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Jaca núm. 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	25
S. APZ	2 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	48
S. JPI Zaragoza núm. 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	57
Documento privado			
S. APH	19 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	24
Efecto de cosa juzgada			
S. APH	19 de diciembre de 2008	RDCA-2010-XVI	29
Las deudas comunes tras la división			
S. APH	27 de marzo de 2008	RDCA-2010-XVI	16
Rescisión por lesión			
S. TSJA	20 de octubre de 2006	2007, XIII	11
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	21
Convivencia "more uxorio"			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
Derecho de adjudicación preferente			
A. APZ (Secc. 4ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
A. JPII Ejea núm. 2	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	64
Deudas anteriores al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
Deudas comunes tras la división			
S. APZ (Secc. 5ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
A. APZ	28 de marzo de 2006	RDCA-2008-XIV	46
División			
S. JPI Zaragoza núm. 13	10 de febrero de 1997	2000, VI (núm. 1º)	2
División y adjudicación			
División del único bien existente			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	52
Interpretación jurisprudencial			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	52
Liquidación de comunidad ordinaria			
A. APZ (Secc. 4ª)	16 de diciembre de 2011	RDCA-XIX-2013	75

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Régimen supletorio			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	52
Embargo de bienes adjudicados al cónyuge no deudor			
Falta de inscripción: oponibilidad al tercero			
A. APZ (Secc. 4ª)	16 de diciembre de 2011	RDCA-XIX-2013	75
Embargo de bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor			
S. APZ	30 de diciembre de 2005	2007, XIII	55
Falta de prueba de la condición consorcial de la deuda			
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
Innecesariedad de liquidaciones separadas			
S. TSJA 7/2012	29 de febrero de 2012	RDCA-2012-XVIII	22
Inventario			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	14
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	21
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. JPII Teruel núm. 1	12 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	69
Concepto			
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
Contenido			
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	40
S. APZ	18 de marzo de 2005	2007, XIII	40
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
S. JPI Zaragoza núm. 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
De dinero o partidas dinerarias			
S. APH	29 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	15
S. APH	3 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	23
S. APH	30 de septiembre de 2008	RDCA-2010-XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	28
S. APH	24 de mayo de 2012	RDCA-XIX-2013	63

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Fijación de la postura de las partes			
S. APH	30 de septiembre de 2008	RDCA-2010-XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	28
Prueba			
S. TSJA	11 de mayo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	5
Recurso de casación			
A. TSJA	14 de mayo de 2010	RDCA 2010, XVI	4
A. TSJA	14 de mayo de 2010	RDCA 2010, XVI	4
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
Solicitud de inventario			
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
Valoración de los bienes			
S. APT	1 de marzo de 2005	2007, XIII	17
S. APZ	27 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	45
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
Legitimación pasiva			
S. JPI Zaragoza núm. 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
Liquidación de varias comunidades			
S. APZ	13 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	75
Liquidación ordinaria			
Reintegros y reembolsos			
S. APH	28 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	12
S. APH	23 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	19
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	26
S. JPII Huesca núm. 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
A. APZ (Secc. 4ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
Rescisión			
S. JPII Calatayud núm. 1	12 de junio de 2012	RDCA-XIX-2013	80
Liquidación por el cónyuge fiduciario			
A. PR TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1º)	47

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Liquidación y división judicial			
Falta de motivación			
S. TSJA 47/2013	5 de noviembre de 2013	RDCA-XIX-2013	54
Procedimiento			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	52
Partición judicial			
Ejecución			
A. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	84
Recurso de casación			
A. TSJA	15 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	9
Presunción de aprovechamiento común			
S. JPI Zaragoza núm. 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
Presunción de comunidad			
Reintegros y reembolsos			
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
Procedimiento			
A. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	10
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	11
S. APH	18 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	16
S. APH	7 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	17
S. APH	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	25
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APH	29 de julio de 2011	RDCA-XIX-2013	60
Fases de la liquidación			
S. APH	17 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	28
Naturaleza y efectos			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
Régimen supletorio			
Aplicación del art. 1061 Cc.			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
Aplicación del art. 1062 Cc.			
S. APH	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	61

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Renuncia			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	42
Responsabilidad de los bienes comunes			
Deudas comunes			
S. JPI Zaragoza núm. 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	9
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
Valoración de la vivienda protegida			
S. APH	26 de mayo de 2009	RDCA 2011, XVII	25
Valoración de los bienes			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	RDCA-2012-XVIII	52
67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA			
Bienes comunes			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6
Cargas y deudas comunes			
Obligaciones del cónyuge fallecido			
S. JPII EJEA núm. 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
Compatibilidad con la viudedad			
S. APH	8 de agosto de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	17
Cuándo tiene lugar			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. APZ	31 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	41
Continuación con los descendientes			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Disolución y división			
Partición en testamento del viudo			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
68: VIUDEDAD			
681: DISPOSICIONES GENERALES			
EXTINCIÓN			
S. APH	5 de octubre de 2006	RDCA 2008, XIV	29
S. JPI Zaragoza núm. 4	27 de septiembre de 2005	2007, XIII	62
FUENTES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	13
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
INTERPRETACIÓN			
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
LIMITACIONES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	13
S. JPII Teruel núm. 1	18 de marzo de 1997	1999, V (núm. 1º)	13
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	27
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	37
DESCENDENCIA ANTERIOR			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	30
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
NATURALEZA			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	13
PRINCIPIOS			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	13
PRIVACIÓN			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	25
PUBLICIDAD			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	17
RENUNCIA			
S. APZ	14 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	48
682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD			
BIENES AFECTOS			
COMIENZO DE LA AFECCIÓN			
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	10
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	19
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	33
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Enajenación de bienes afectos			
S. TS	24 de mayo de 1995	1996, II (núm. 1º)	7
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	13
Sin renuncia			
S. APH	21 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	27
Enajenación judicial de bienes inmuebles			
S. JPI Zaragoza núm. 3	6 de julio de 2009	RDCA 2011, XVII	65
Extinción			
S. TSJA	4 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	1
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1º)	2
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
S. JPI Zaragoza núm. 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	36
Abuso de derecho			
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1º)	2
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de noviembre de 2005	2007, XIII	63
Pensión compensatoria			
S. JPII TARAZONA	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	19
Por decisión judicial			
A. APZ	27 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	44
Fuentes			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
Naturaleza			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APZ	27 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	44
Renuncia			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	30
Analogía			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
No es precisa en la disolución de condominio			
A. PR TSJA	22 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1º)	48
Requisitos			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
Sobre bienes litigiosos			
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	25
683: USUFRUCTO VIDUAL			
S. TSJA	10 de junio de 2010	RDCA 2010, XVI	6
Acción de desahucio por precario			
S. JPI Zaragoza núm. 14	14 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	58
Comienzo y extensión			
S. TSJA	18 de septiembre de 2008	RDCA 2009, XV	5
Derecho transitorio			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
Derechos y obligaciones			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. APT	24 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	26
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
Condición de arrendador			
S. JPII Alcañiz núm. 2	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	91
Derecho supletorio			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Calamocha núm. 1	4 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	9
Reparaciones			
S. APZ	14 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	44
Enajenación de bienes determinados			
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
A. JPI Zaragoza núm. 14	26 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	8
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
A. APZ (Secc. 4ª)	11 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	47
S. JPI Zaragoza núm. 17	10 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	73
División de cosa común			
S. TSJA	5 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	4
S. TSJA	18 de noviembre de 2009	RDCA 2009, XV	15
S. APZ	28 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	46
Usufructo de dinero			
S. JPI Zaragoza núm. 3	17 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	59
S. JPI Zaragoza núm. 14	29 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	63
Extensión			
Consorcio foral			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	9
Extinción			
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
Acción de división			
S. APZ (Secc. 4ª)	10 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	28
Analogía			
S. JPI Zaragoza núm. 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	2
Caducidad			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	17
Cambio de vecindad civil			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	31
Negligencia grave			
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
S. JPII Calamocha	12 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	20

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
S. APZ (Secc. 5ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Prescripción			
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	8
S. JPI Zaragoza núm. 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
Renuncia			
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1º y 2º)	1
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	17
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	42
Resolución de arrendamientos			
S. APH	28 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	4
Vida marital estable			
S. JPI Zaragoza núm. 13	15 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	10
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	38
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	39
S. APZ	4 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	76
Fianza			
Importe			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Modalidades			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Inalienabilidad e inembargabilidad			
A. PR TSJA	7 de marzo de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	1
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
Interdicto de adquirir			
Legitimación			
S. JPI Zaragoza núm. 12	4 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	21
Intervención de los nudo-propietarios			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	44
Inventario y fianza			
S. APZ (Secc. 5ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Posesión del usufructuario			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Naturaleza y caracteres			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Posesión de los propietarios			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
Sanción de la falta de inventario			
S. JPII Huesca núm. 2	14 de mayo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	67
Transformación del usufructo			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
S. APZ (Secc. 5ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Usufructo de dinero			
S. APH	21 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	19
S. JPI Zaragoza núm. 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	20
S. APT	21 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	29
Derecho supletorio			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Fianza			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Inexistencia de infracción del sistema de fuentes			
S. TSJA 34/2013	3 de julio de 2013	RDCA-XIX-2013	34
Usufructo de la nuda propiedad			
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	52
69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS			
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
Ámbito de aplicación de la ley			
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
S. JPI Zaragoza núm. 14	18 de febrero de 2005	2007, XIII	57
Declaración de incapacidad			
Legitimación			
A. JPI Zaragoza núm. 14	15 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Efectos patrimoniales de la extinción en vida			
S. APZ	2 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	66
Compensación económica			
S. APH	31 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	34
S. JPI Zaragoza núm. 14	12 de mayo de 2005	RDCA-2008-XIV	53
S. APH	19 de enero de 2011	RDCA-XIX-2013	57
Pactos			
S. APZ	7 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	34
Requisitos			
S. APZ	11 de mayo de 2010	RDCA-2012-XVIII	78
Vivienda			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	19
Existencia			
S. APH	25 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	61
No viudedad			
S. JPI Zaragoza núm. 14	15 de febrero de 2010	RDCA-2012-XVIII	94
Pacto tácito de comunidad de bienes			
S. APZ (Secc. 5ª)	21 de noviembre de 2008	RDCA-2010-XVI	49
Régimen económico			
S. JPI Zaragoza núm. 14	12 de mayo de 2005	RDCA-2008-XIV	53
Ruptura de la convivencia con hijos a cargo			
Atribución del uso de la vivienda familiar			
S. APH	25 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	61
Testamento			
Ineficacia			
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE			
711: DISPOSICIONES GENERALES			
Adquisición de la herencia			
S. JPI Zaragoza núm. 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
Derecho de transmisión: legados			
S. APZ (SECC. 5ª)	6 de marzo de 2012	RDCA-XIX-2013	78

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
COMUNIDAD HEREDITARIA			
S. APT	10 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	36
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	44
HERENCIA YACENTE			
S. JPI Zaragoza núm. 17	28 de noviembre de 2006	RDCA-2008-XIV	66
LEY APLICABLE			
A. APH	29 de diciembre de 2008	RDCA-2010-XVI	30
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	34
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
VECINDAD CIVIL			
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
MODOS DE DELACIÓN			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8
ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN			
LÍMITES			
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
PETICIÓN DE HERENCIA			
PRESCRIPCIÓN			
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	39
QUERELLA			
A. JINS. Zaragoza núm. 4	23 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	16
SEGURO DE VIDA			
HEREDEROS LEGÍTIMOS			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8
712: CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER			
MOMENTO			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
PERSONA DETERMINADA			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
713: SUSTITUCIÓN LEGAL			
Ámbito de aplicación			
A. APH	18 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	18
S. APT	7 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	30
Efectos			
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	RDCA 2011, XVII	17
Límite de llamamientos			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	4
A. APZ	1 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	36
A. JPI Zaragoza núm. 10	6 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	60
Sucesión legal			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	4
A. APH	11 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	24
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. APZ(sec. 5ª)	15 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	49
Compilación			
A. APH	28 de marzo de 2008	RDCA-2010-XVI	17
Sustitución vulgar			
S. APH	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	18
714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA			
S. TSJA	10 de octubre de 2007	RDCA 2008, XIV	5
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	35
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
Aceptación			
Formas			
S. TSJA	10 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	2
Aceptación tácita			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
S. JPI Zaragoza núm. 14	22 de febrero de 2005	2007, XIII	58
Caracteres			
S. TSJA	10 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho transitorio			
A. APZ	21 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	45
Efectos			
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	RDCA 2011, XVII	10
Interpelación			
S. APH	19 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	22
Juzgado competente			
A. JPI Zaragoza núm. 16	27 de septiembre de 2006	RDCA-2008-XIV	62
Procedimiento			
S. APH	19 de abril de 2007	RDCA 2009, XV	27
Prueba			
S. JPII Tarazona	15 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1º)	12
Renuncia traslativa			
S. JPI Zaragoza núm. 17	22 de diciembre de 2005	2007, XIII	65
715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO			
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	29
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	31
A. APZ (Secc. 4ª)	22 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	36
S. JPI Zaragoza núm. 13	19 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	40
S. APZ	4 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	45
Cargas hereditarias			
Gastos de entierro y funeral			
S. JPI Zaragoza núm. 8	11 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	55
S. JPI Zaragoza núm. 14	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	104
Confusión			
S. JPI Zaragoza núm. 14	22 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	13
Responsabilidad por legados			
S. APZ	18 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	37
Separación de patrimonios			
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	RDCA 2011, XVII	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Sucesión procesal			
A. APH	29 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	18
716: COLACIÓN Y PARTICIÓN			
S. TS	16 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	5
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
S. JPI Zaragoza núm. 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	20
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	37
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
Legítimas			
Inoficiosidad de donaciones			
S. JPI Zaragoza núm. 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	63
Ordenada en documento público			
S. JPII Jaca núm. 2	15 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	24
Partición judicial			
Inventario			
S. APH	10 de marzo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	58
Problemas procesales			
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	39
Voluntariedad			
S. JPII Calamocha	5 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1º)	10
717: CONSORCIO FORAL			
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	46
S. JPI Zaragoza núm. 12	28 de febrero de 2008	RDCA 2010, XVI	55
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
Derecho interregional			
R. DGRN	13 de noviembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	9
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
Derecho transitorio			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1º)	16
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	38

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	23 de enero de 2006	RDCA-2008-XIV	41
S. JPI Zaragoza núm. 12	28 de febrero de 2008	RDCA 2010, XVI	55
DISOLUCIÓN			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
ACUERDO DE TODOS LOS CONSORTES			
S. TSJA	5 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	9
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
EFECTOS			
ACRECIMIENTO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	38
S. APZ	23 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	46
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
S. JPI Zaragoza núm. 4	12 de junio de 2006	RDCA-2008-XIV	57
PROHIBICIÓN DE DISPONER MORTIS CAUSA			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
S. JPII Monzón	17 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	60
ELEMENTO OBJETIVO			
A. APZ	1 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	42
EXTINCIÓN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
DERECHO SUPLETORIO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
FORMA			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
IMPROCEDENCIA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
NACIMIENTO			
"PROINDIVISO"			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Naturaleza			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
S. APZ	23 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	46
Origen			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
Partición			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. APT	2 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	28
Usufructo vidual			
Compatibilidad			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	RDCA 2009, XV	9
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
Certeza de la designación			
S. TSJA 9/2013	18 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	10
S. APZ (Secc. 4ª)	20 de julio de 2012	RDCA-XIX-2013	76
Condiciones válidas			
S. JPI Zaragoza núm. 17	28 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	72
Designación de sucesor			
Institución en el usufructo			
A. APZ	19 de junio de 2007	RDCA 2009, XV	47
Legados			
Adquisición			
S. APH	9 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	20
De bienes consorciales			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	6
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	RDCA 2008, XIV	14
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	RDCA 2008, XIV	32
S. JPII Teruel núm. 2	10 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	52
Derecho aplicable			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho de transmisión: voluntad contraria del disponente			
S. APZ (Secc. 5ª)	6 de marzo de 2012	RDCA-XIX-2013	78
Plazo de la acción de entrega del legado			
S. TSJA 31/2014	29 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	27
72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA			
721: DISPOSICIONES GENERALES			
Capacidad para testar			
S. JPI Zaragoza núm. 14	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	107
Inexistencia de reserva de bienes			
S. APZ (Secc. 5ª)	21 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	37
Interpretación de testamento			
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	2
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	2
S. TSJA 1/2011	26 de enero de 2011	RDCA-2012-XVIII	2
S. TSJA 9/2013	18 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	10
S. APH	5 de septiembre de 2006	RDCA 2008, XIV	28
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
S. APT	12 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	43
S. APZ (Secc. 4ª)	27 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	53
S. JPII Huesca núm. 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. APZ (Secc. 4ª)	20 de julio de 2012	RDCA-XIX-2013	76
S. JPI Zaragoza núm. 17	24 de octubre de 2012	RDCA-XIX-2013	79
Competencia de los tribunales de instancia			
S. TSJA 31/2014	29 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	27
Testamento unipersonal			
Inexistencia de correspectividad			
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
722: TESTAMENTO MANCOMUNADO			
S. TS	24 de octubre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	12
Disposiciones correspectivas			
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
S. APZ	4 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	27
S. APZ (Secc. 5ª)	30 de mayo de 2008	RDCA-2010-XVI	44
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	51

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca núm. 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
Inexistencia			
A. PR TSJA	22 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	6
S. APZ (Secc. 5ª)	30 de mayo de 2008	RDCA-2010-XVI	44
S. JPI Zaragoza núm. 15	28 de enero de 2008	RDCA 2010, XVI	52
S. JPI Zaragoza núm. 2	6 de octubre de 2006	RDCA-2008-XIV	63
Impugnación de las disposiciones del testador vivo			
S. JPI Zaragoza núm. 17	18 de mayo de 2006	RDCA-2008-XIV	54
Incapacidad de uno de los testadores			
S. JPI Zaragoza núm. 17	18 de mayo de 2006	RDCA-2008-XIV	54
Institución recíproca entre otorgantes			
Pacto al más viviente			
A. JPI Zaragoza núm. 7	15 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	12
S. TSJA	30 de septiembre de 2005	2005-2006 (XI-XII)	12
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17
A. JPII Monzón	20 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	19
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	24
A. APZ	27 de abril de 1997	1999, V (núm. 2º)	39
S. APZ (Secc. 5ª)	13 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	40
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
S. JPII Teruel núm. 2	22 de diciembre de 2006	RDCA-2008-XIV	69
S. APZ	25 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	71
Sustitución legal preventiva de residuo			
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	RDCA 2009, XV	6
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	RDCA 2009, XV	6
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
A. APH	19 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	14
S. APH	13 de octubre de 2006	RDCA 2008, XIV	30
S. APZ (Secc. 4ª)	13 de marzo de 2008	RDCA-2010-XVI	42
Interpretación del testamento			
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Nulidad			
S. JPII Huesca núm. 3	14 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	54
Pacto al más viviente			
Conmoriencia			
S. APZ (Secc. 4ª)	20 de julio de 2012	RDCA-XIX-2013	76
Primacía de la legislación especial			
S. JPII Huesca núm. 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
Revocación			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1º)	3
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	28
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	44
S. JPI Zaragoza núm. 12	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	108
Disposiciones correspectivas			
S. JPI Zaragoza núm. 10	7 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	102
723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS			
Defectos no invalidantes			
Regulación: Inaplicación del art. 687 Cc.			
S. TSJA	5 de octubre de 2009	RDCA 2009, XV	14
Ineficacia			
Aplicación analógica del art. 123 Lsuc.			
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
S. JPI Zaragoza núm. 12	8 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	105
Límites en el ejercicio de la acción			
Inadmisibilidad de venir contra los propios actos			
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
S. JPI Zaragoza núm. 17	6 de noviembre de 2006	RDCA-2008-XIV	64
Nulidad de la disposición testamentaria			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Nulidad de la institución hereditaria			
Prescripción			
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
NULIDAD DE TESTAMENTO			
COACCIÓN			
S. APZ	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	29
CONDICIONES			
S. JPI Zaragoza núm. 17	28 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	72
ERROR EN LA PERSONA			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	8
FALTA DE CAPACIDAD NATURAL			
S. TSJA	5 de octubre de 2009	RDCA 2009, XV	14
S. APH	30 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	26
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	51
FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. JPI Zaragoza núm. 3	20 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	68
S. APZ	15 de enero de 2010	RDCA-2012-XVIII	70
FALTA DE TESTIGOS			
S. JPI Zaragoza núm. 15	25 de febrero de 2008	RDCA 2010, XVI	54
INIDONEIDAD DE UN TESTIGO			
S. APZ	21 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	42
USUCAPIÓN DE LAS COSAS POSEÍDAS			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
73: SUCESIÓN PACCIONADA			
CONTENIDO			
LÍMITES			
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	24
DERECHO DE TRANSMISIÓN			
ENCOMIENDA DE LA DESIGNACIÓN A FIDUCIARIOS			
S. JPI Huesca núm. 2	15 de septiembre de 2009	RDCA 2011, XVII	67
DONACIÓN MORTIS CAUSA			
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
FIDUCIA SUCESORIA			
ADQUISICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE FIDUCIA POR USUCAPIÓN			
S. TSJA 1/2011	26 de enero de 2011	RDCA-2012-XVIII	2
FORMA			
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	3 de diciembre de 2010	RDCA-2012-XVIII	88
Heredamiento de casa aragonesa			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. JPII Ejea núm. 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
Hijos no herederos			
La dote pactada prevalece sobre la del art. 109			
S. JPII Ejea núm. 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
Institución de presente			
S. APH	6 de julio de 2010	RDCA-2012-XVIII	65
Aceptación			
S. APH	14 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	63
Institución para después de los días			
Disposición de los bienes entre vivos			
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
Modificación			
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
Obligación de alimentos en favor del hermano del heredero			
Condicionada al trabajo en y para la casa			
S. JPII Ejea núm. 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
Pacto al más viviente			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1º)	3
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
Bienes consorciales que quedaren			
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
Bienes troncales			
S. TSJA	13 de junio de 2007	RDCA 2008, XIV	7
Comoriencia			
S. TSJA 9/2013	18 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	10
Facultad de disposición del sobreviviente			
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
Fallecimiento del sobreviviente			
A. JPI Zaragoza núm. 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm.1º)	11

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	24
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	24
A. JPI Zaragoza núm. 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	29
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Frutos y rentas de los bienes que quedaren			
S. JPI Zaragoza núm. 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Naturaleza del llamamiento del 108.3 Comp.			
S. TSJA	13 de junio de 2007	RDCA 2008, XIV	7
Problemas procesales			
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Reversión			
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	14
Pacto de Presente			
Efectos			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
Pactos sobre la sucesión de un tercero			
S. APZ	22 de enero de 2009	RDCA 2011, XVII	41
Revocación			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
Convivencia familiar			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
Incumplimiento de obligaciones			
S. APH	23 de febrero de 2011	RDCA-XIX-2013	59
Plazo			
S. APZ	1 de diciembre de 2009	RDCA 2011, XVII	52
Señorío mayor			
S. APZ	1 de diciembre de 2009	RDCA 2011, XVII	52
S. JPI Ejea núm. 1	16 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	56
Validez			
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	21 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	7
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
74: FIDUCIA SUCESORIA			
Cónyuge fiduciario			
Disposición habiendo legitimarios			
A. PR TSJA	3 de enero de 2001	2000, VI (núm. 2º)	5
A. PR TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2º)	6
Ejecución			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	2
Liquidación del patrimonio conyugal			
S. APH	17 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	12
A. PR TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1º)	47
Naturaleza			
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1º y 2º)	1
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
Delación			
S. TSJA 21/2012	30 de mayo de 2012	RDCA-2012-XVIII	29
Capacidad sucesoria			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Derecho fiscal			
S. TSJA	21 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	15
Ejercicio fraudulento			
S. JPII Huesca núm. 2	28 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	60
Extinción			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. JPI Zaragoza núm. 2	22 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	53
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Muerte del fiduciario			
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
Muerte del único descendiente común			
S. TSJA 21/2012	30 de mayo de 2012	RDCA-2012-XVIII	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ (Secc. 5ª)	16 de noviembre de 2011	RDCA-XIX-2013	77
Nuevas nupcias del fiduciario viudo			
S. JPII Huesca núm. 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	16 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	26
Renuncia a la herencia			
S. APZ	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	73
Separación de hecho			
S. JPI Zaragoza núm. 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	2
Fiducia Colectiva			
Composición			
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
S. JPII Huesca núm. 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	6 de julio de 2010	RDCA-2012-XVIII	65
Constitución			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	8
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	15
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	24
Ejecución			
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
Extinción			
S. APH	25 de abril de 2006	RDCA 2008, XIV	24
S. JPII Jaca núm. 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
Fiduciarios no determinados			
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
Fijación de plazo			
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	24
Nulidad del acto de ejecución			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
S. JPII Huesca núm. 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
Plazo			
S. APH	25 de abril de 2006	RDCA 2008, XIV	24
Renuncia al cargo			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	8
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	24
Subsistencia			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
S. APH	20 de abril de 1998	1999, V (núm. 2º)	7
Forma			
Ejercicio provisional			
S. JPII Huesca núm. 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	62
Nulidad			
S. JPII Huesca núm. 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	62
Herencia pendiente de asignación			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
S. TSJA	21 de mayo de 1993	1995, I (núm. 1º)	11
Listisconsorcio			
S. TS	18 de marzo de 2003	2003-2004 (IX-X)	8
Irrevocabilidad del pacto de fiducia			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
Modalidad de ejecución			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Naturaleza y finalidad			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. APH	20 de abril de 1998	1999, V (núm. 2º)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca núm. 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	62
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Plazo			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Derecho transitorio			
S. APH	16 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	26
Sistema de fuentes			
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
Situación de pendencia			
Obligaciones y cargas.			
S. TSJA	10 de marzo de 2006	2007, XIII	10
75: LEGÍTIMA			
Desheredación			
S. APT	28 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	29
De los hijos			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	25
Del cónyuge separado legalmente			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	25
Efectos de la exclusión absoluta			
S. JPI Zaragoza núm. 2	19 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	55
Sin causa legal			
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	RDCA 2011, XVII	17
S. JPI Zaragoza núm. 17	9 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	50
S. JPI Zaragoza núm. 2	19 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	55
Imputación a la legítima			
S. JPII Teruel núm. 1	14 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	56
Legítima colectiva			
A. APZ	10 de octubre de 2005	2007, XIII	51
S. JPI Zaragoza núm. 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
S. JPI Zaragoza núm. 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
Inoficiosidad de donaciones			
S. JPI Zaragoza núm. 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	63

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
No discriminación por matrimonio			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
Lesión de la legítima			
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	RDCA 2011, XVII	17
S. APZ (Secc. 5ª)	14 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	36
S. JPI Zaragoza núm. 17	12 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	98
Donación modal			
S. APZ	8 de junio de 2009	RDCA 2011, XVII	47
Prohibición de gravámenes			
S. JPI Zaragoza núm. 3	8 de abril de 2008	RDCA 2011, XVII	55
Renuncia a la acción: Forma			
S. TSJA	30 de enero de 2008	RDCA 2008, XIV	16
Usufructo vidual			
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	27
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	30
Prescripción de acciones			
Legitimario menor de catorce años			
S. TSJA 32/2014	3 de octubre de 2014	RDCA-XX-2014	28
Preterición			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm.1º)	2
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm.1º)	2
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm.1º)	2
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1º)	12
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1º)	12
S. APT	21 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	19
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
S. JPII Teruel núm. 1	14 de junio de 1995	1995, I (núm. 1º)	56
S. JPI Zaragoza núm. 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
S. JPI Zaragoza núm. 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
Inexistencia			
S. JPII Daroca	15 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	48
Intencional			
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de septiembre de 2008	RDCA 2010, XVI	59
S. JPI Zaragoza núm. 17	13 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	106

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Mención suficiente			
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de septiembre de 2008	RDCA 2010, XVI	59
S. JPI Zaragoza núm. 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
No intencional			
S. JPI Zaragoza núm. 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Plazo			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	11
Sentido funcional			
S. JPI ZARAGOZA núm. 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
Título de atribución			
Impugnación			
S. TS	14 de noviembre de 2008	RDCA 2010, XVI	1
76: SUCESIÓN LEGAL			
Bienes troncales			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
Bienes troncales de abolorio			
Concepto			
S. TSJA	1 de octubre de 2007	RDCA 2008, XIV	13
S. APZ	20 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	43
Declaración de herederos			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	38
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
Bienes troncales			
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	6
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	13
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	14
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17
A. JPII Huesca núm. 1	5 de mayo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	65
Bienes troncales y no troncales			
S. APT	29 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	31
A. JPII Monzón núm. 2	10 de abril de 2006	RDCA-2008-XIV	52
Contradicción entre los interesados			
A. JPII Monzón	8 de enero de 1998	2000, VI (núm. 1º)	4
A. APH	28 de marzo de 2008	RDCA-2010-XVI	17

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel núm. 2	30 de junio de 2006	RDCA-2008-XIV	59
Inexistencia de parientes troncales			
A. APH	29 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	25
Nulidad			
S. APH	14 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	63
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
A. APH	16 de junio de 2008	RDCA-2010-XVI	20
Ley aplicable			
A. JPI Zaragoza núm. 13	6 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	60
Orden de la sucesión legal			
S. JPI Zaragoza núm. 17	30 de noviembre de 2006	RDCA-2008-XIV	67
A. JPII Huesca núm. 2	7 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	68
A. JPII Huesca núm. 2	25 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	78
Pacto al más viviente			
Aplicación del art. 216-2 Lsuc.			
S. TSJA	22 de junio de 2009	RDCA 2009, XV	12
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. JPI Zaragoza núm. 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm.1º)	11
A. JPI Zaragoza núm. 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	29
A. JPI Zaragoza núm. 14	14 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	51
Procedencia			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	24
A. JPI Zaragoza núm. 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	29
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
A. APZ	21 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	75
Institución de legatario universal			
A. APH	29 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	30
Repudiación			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	34
Sucesión a favor de hermanos y sobrinos			
A. APZ (SECC.2ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A favor de hermanos			
S. APZ	11 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	36
A. APZ	27 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	47
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. APH	18 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	18
A. APZ (Secc. 4ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
S. APZ	2 de marzo de 2010	RDCA-2012-XVIII	72
A. JPI Zaragoza núm. 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	77
Bienes troncales y no troncales			
A. JPI Huesca núm. 2	20 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	62
A. JPI Huesca núm. 2	8 de enero de 2010	RDCA-2012-XVIII	91
Requisitos			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
Sucesión a favor de medio hermanos y sobrinos			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A favor de hijos de hermanos			
A. APZ (Secc. 4ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. APH	18 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	18
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
S. TSJA	25 de junio de 2007	RDCA 2008, XIV	9
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
Aplicación del art. 216-2 Lsuc.			
S. TSJA	22 de junio de 2009	RDCA 2009, XV	12
A. APZ	25 de enero de 2005	2007, XIII	32
S. APT	9 de enero de 2009	RDCA 2011, XVII	32
S. APT	20 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	34
Sucesión a favor del Estado			
A. APZ	12 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	32
Sucesión troncal			
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	RDCA 2008, XIV	2
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	21
A. JPII Boltaña	8 de agosto de 2003	2005-2006 (XI-XII)	45
S. JPII Alcañiz núm. 1	4 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	47
S. JPII Huesca núm. 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
S. JPII Huesca núm. 2	31 de julio de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	66
A favor de colaterales			
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	13
A. APH	18 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	38
A favor de hermanos			
A. JPII Huesca núm. 2	5 de diciembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	79
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. APH	18 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	18
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. JPI Zaragoza núm. 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	77
Sustitución legal			
A. JPII Tarazona	29 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	22
S. APZ	29 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	23
8: DERECHO DE BIENES			
81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL			
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	50
Propiedad			
Facultades demaniales			
S. JPI Zaragoza núm. 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	45
Límites a la facultad de construir			
S. JPI ZaragozA núm. 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	45
Presunción de libertad			
S. APH	31 de julio de 2008	RDCA-2010-XVI	22
S. JPII Calamocha núm. 1	28 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	90
Usucapión			
S. APH	28 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	47
82: RELACIONES DE VECINDAD			
Concepto			
S. APZ (Secc. 4ª)	13 de septiembre de 2013	RDCA-XX-2014	54
Inmisión de raíces y ramas			
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
S. APH	16 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	11
S. APZ	2 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	38
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
S. JPII Jaca núm. 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	86
Requisitos			
S. APZ (Secc. 4ª)	13 de septiembre de 2013	RDCA-XX-2014	54
Ius usus innocui			
S. TSJA	14 de julio de 2008	RDCA 2009, XV	3
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	10
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
Plantaciones			
Aplicación del art. 591 Cc.			
S. JPI Zaragoza núm. 12	24 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	61
83: LUCES Y VISTAS			
Derecho histórico			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	20
S. APH	31 de julio de 2008	RDCA-2010-XVI	21
Facultad de abrir huecos			
No en pared propia del vecino			
S. APT	7 de abril de 2008	RDCA-2010-XVI	33
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APZ	10 de enero de 2005	2007, XIII	30
Régimen normal			
S. APH	22 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	19
S. APT	19 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	40
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
Abuso de derecho			
S. APT	22 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	32
S. APT	16 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza núm. 14	19 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	109
Actos meramente tolerados			
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	19
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2º)	20
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
S. APT	22 de febrero de 2008	RDCA-2010-XVI	32
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. JPII Teruel núm. 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
Apertura de puerta			
S. APH	29 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	13
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59
Ausencia de voladizos			
S. APH	25 de enero de 1996	1997, III (núm. 2º)	3
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
S. APT	9 de enero de 1996	1997, III (núm. 2º)	A17
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	26 de enero de 2006	RDCA 2008, XIV	22
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	26
S. JPII Ejea núm. 1	26 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	31
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	41
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	42
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	50
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	59
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. JPII Ejea núm. 1	17 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	100
Azoteas y terrazas			
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	10
S. JPII Tarazona	17 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	18
S. APT	30 de octubre de 2001	2003-2004 (IX-X)	29
S. APT	14 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	30
S. APT	15 de septiembre de 2009	RDCA 2011, XVII	39
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	41
S. JPII Teruel núm. 2	1 de septiembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	46
Contraventanas			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	60
Derecho del vecino a edificar o construir			
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	9
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	9
S. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	9
S. APH	6 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	11
S. JPI Zaragoza núm. 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	11
S. APH	14 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	11
S. JPII Ejea núm. 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. APT	1 de enero de 2005	2007, XIII	13
S. TSJA	23 de enero de 2008	RDCA 2008, XIV	15
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. JPII Huesca núm. 2	29 de septiembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	18
S. APH	13 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	21
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	25
S. JPII Teruel núm. 1	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	26
S. APT	18 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	27
S. APT	31 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	30
S. APH	8 de junio de 2007	RDCA 2009, XV	31
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	37
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	41
S. JPII La Almunia	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	42
S. APZ (Secc. 5ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	46
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	50
S. APZ	1 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	53
S. JPII Huesca núm. 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	58
S. APT	21 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	59
S. JPII Barbastro	18 de septiembre de 2006	RDCA-2008-XIV	61
S. JPII Alcañiz núm. 2	31 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	65
S. APT	14 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	66
S. APZ	6 de abril de 2010	RDCA-2012-XVIII	74
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. JPII Teruel núm. 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. JPII Ejea núm. 1	16 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	99
S. JPI Zaragoza núm. 10	11 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	103
Derecho transitorio			
S. APZ (Secc. 4ª)	30 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	39
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	60
S. JPI Zaragoza núm. 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Facultad de abrir huecos			
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	9
S. APH	14 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	11
S. APH	30 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	12
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	26
S. APZ (Secc. 5ª)	6 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	29
S. APZ (Secc. 4ª)	6 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	35
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
Finalidad			
S. JPI Zaragoza núm. 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm.1º)	11
Huecos para aireación natural			
S. APH	26 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	39
Incumplimiento			
S. JPII Ejea núm. 1	23 de febrero de 2006	RDCA-2008-XIV	51
Interdicto de obra nueva			
S. JPI Zaragoza núm. 13	21 de julio de 1993	1996, II (núm. 2º)	1
S. JPI Zaragoza núm. 13	28 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	3
S. APH	14 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	11
S. APH	31 de julio de 2008	RDCA-2010-XVI	21
S. JPII Ejea núm. 1	20 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	57
Interdictos			
S. APH	30 de septiembre de 2009	RDCA 2011, XVII	29
La vía pública en las vistas oblicuas			
S. APZ	2 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	69
Otros voladizos semejantes			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Pared medianera			
S. APH	18 de abril de 2008	RDCA-2010-XVI	18
Prescripción			
S. TSJA	30 de noviembre de 2009	RDCA 2010, XVI	3
S. APH	18 de abril de 2008	RDCA-2010-XVI	18
S. APH	13 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	21
S. APH	28 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	23
S. APH	26 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	39
S. APZ (Secc. 4ª)	30 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	39
S. APT	23 de octubre de 2007	RDCA 2009, XV	41

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel núm. 2	25 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	62
Protección semejante o equivalente			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Reja y red			
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. JPI Zaragoza núm. 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
S. TSJA	4 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	7
S. JPI Zaragoza núm. 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm.1º)	11
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	12
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	15
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15
S. TSJA	22 de abril de 2008	RDCA 2008, XIV	17
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	18 de abril de 2008	RDCA-2010-XVI	18
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	19
S. APT	2 de noviembre de 2005	2007, XIII	19
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	26
S. APH	30 de junio de 2006	RDCA 2008, XIV	26
S. APH	17 de octubre de 2005	2007, XIII	27
S. APH	3 de julio de 2006	RDCA 2008, XIV	27
S. APZ	20 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	31
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	37
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	41
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APZ	22 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	52
S. APT	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	54
S. APT	21 de noviembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	60
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	60
S. APT	1 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	67
S. APZ	31 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	72
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
S. JPII Jaca núm. 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms.1º y 2º	75
Renuncia			
S. APT	24 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	35
Toma de medidas			
S. APT	30 de abril de 2009	RDCA 2011, XVII	37

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	60
SERVIDUMBRE			
ADQUISICIÓN POR TÍTULO			
S. JPII Calatayud núm. 2	19 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	69
S. JPII Teruel núm. 1	10 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	93
APLICACIÓN DEL ART. 541 CC.			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. JPI Zaragoza núm. 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APT	15 de febrero de 2005	2007, XIII	16
S. APH	4 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	23
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	27
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	35
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	42
S. APZ	30 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	48
S. APH	5 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	48
S. APZ	8 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	50
S. APH	30 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	52
S. JPII Teruel núm. 2	23 de marzo de 2007	RDCA 2009, XV	56
S. APT	23 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	59
EXTINCIÓN			
S. JPII Huesca núm. 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	58
INTERDICTO DE OBRA NUEVA			
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2º)	20
S. APZ	10 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	51
NATURALEZA			
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	20
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	26
S. JPII Jaca núm. 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	75
SIGNOS APARENTES			
S. TSJA	14 de julio de 2008	RDCA 2009, XV	3
S. TSJA	23 de septiembre de 2010	RDCA 2011, XVII	6
S. JPI Zaragoza núm. 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. TSJA	4 de febrero de 2009	RDCA 2009, XV	7
S. TSJA	27 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	11
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	12

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	15
S. APH	11 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	17
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. APH	31 de julio de 2008	RDCA-2010-XVI	21
S. APH	26 de enero de 2006	RDCA 2008, XIV	22
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	26
S. APH	24 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	27
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	33
S. APH	29 de diciembre de 2006	RDCA 2008, XIV	33
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APZ (Secc. 5ª)	19 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	39
S. APH	26 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	39
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	40
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	41
S. APZ (Secc. 2ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	45
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
S. JPII Huesca núm. 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	58
S. JPII Ejea núm. 1	27 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	59
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
S. JPII Jaca núm. 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	75
Usucapión			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	6
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
S. APH	14 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	11
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	15
S. JPII Ejea núm. 1	12 de julio de 1994	1996, II (núm. 2º)	17
S. TSJA	22 de abril de 2008	RDCA 2008, XIV	17
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	20
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. JPII Caspe	6 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	23
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	30
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	40
S. APZ (Secc. 2ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	45
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	RDCA-2008-XIV	60
Vistas oblicuas			
S. APZ	21 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
84: SERVIDUMBRES			
Alera foral			
Definición y caracteres			
S. JPII Calatayud núm. 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
Naturaleza jurídica			
S. JPII Calatayud núm. 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
Origen y regulación			
S. JPII Calatayud núm. 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
Posesión inmemorial			
S. JPII Jaca núm. 1	16 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	55
Aplicación del art. 541 CC			
S. TSJA	16 de diciembre de 2005	2007, XIII	5
Constitución por signo aparente			
S. TSJA 25/2013	25 de junio de 2013	RDCA-XIX-2013	30
Inexistencia			
S. TSJA 11/2013	21 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	12
De acueducto			
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25
Usucapión			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25
De andamiaje			
Usucapión			
S. APT	7 de febrero de 2005	2007, XIII	15
De antena T.V.			
Usucapión			
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
De conexión a red general			
S. APH	31 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	22

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
De desagüe			
Aplicación del Código civil			
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	27
Extinción			
S. JPII Teruel núm. 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	61
Usucapión			
S. JPI Zaragoza núm. 13	8 de mayo de 1997	2000, VI (núm. 1º)	3
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	30
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	35
S. JPII Teruel núm. 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	61
S. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	83
De evacuación de aguas pluviales			
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
De medianería			
S. APT	16 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	22
S. APH	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	28
Derecho supletorio			
S. JPII Ejea núm. 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
Naturaleza			
S. JPI Zaragoza núm. 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111
Presunciones			
S. APZ (Secc. 4ª)	22 de noviembre de 2013	RDCA-XX-2014	55
S. JPII Barbastro	26 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	58
Signos contrarios			
S. APT	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	27
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	27
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	43
Usucapión			
S. APT	26 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	20
S. JPI Zaragoza núm. 14	10 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2º)	22
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	25
S. APZ	11 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	40
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	41
S. JPII Ejea núm. 1	27 de febrero de 2009	RDCA 2011, XVII	58
S. JPII Barbastro	27 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
De paso			
S. APH	28 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	21
S. JPII Monzón núm. 2	8 de noviembre de 2006	RDCA-2008-XIV	65
Adquisición			
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	8
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	11
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. JPII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	17
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	19
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	21
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	22
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	24
S. APT	4 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	25
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	28
S. APT	10 de abril de 2006	RDCA-2008-XIV	35
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
S. APZ	17 de julio de 1998	1998, IV (núms. 1º y 2º)	50
Aparente			
S. APH	18 de marzo de 2009	RDCA 2011, XVII	22
S. APT	19 de octubre de 2009	RDCA 2011, XVII	40
Aplicación de los arts. 564 y ss. Cc.			
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	23
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	29
Constitución			
S. APT	2 de febrero de 2013	RDCA-XX-2014	39
Constitución: por signo aparente			
S. APT	5 de marzo de 2013	RDCA-XX-2014	42
Cuestiones procesales			
S. TSJA	11 de mayo de 2007	RDCA 2008, XIV	6
Extinción			
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	24
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59
Inaplicación del art. 541 Cc.			
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Naturaleza			
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. JPII Alcañiz núm. 2	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	95
No aparente			
S. APH	6 de mayo de 2009	RDCA 2011, XVII	24
S. APH	23 de septiembre de 2009	RDCA 2011, XVII	28
Tutela de la posesión			
S. APH	15 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	30
Usucapión			
S. TSJA	25 de noviembre de 2009	RDCA 2011, XVII	2
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA 5/2013	6 de febrero de 2013	RDCA-XIX-2013	6
S. JPII Teruel núm. 1	14 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	8
S. APH	20 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	9
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	9
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	9
S. TSJA	8 de marzo de 2006	2007, XIII	9
S. APH	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	10
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. APH	14 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	12
S. TSJA	20 de mayo de 2011	RDCA 2011, XVII	12
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. TSJA	1 de diciembre de 2009	RDCA 2009, XV	16
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	20
S. APH	11 de enero de 2006	RDCA 2008, XIV	20
S. APT	15 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	21
S. APH	13 de enero de 2006	RDCA 2008, XIV	21
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23
S. APT	5 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	23
S. APH	17 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	23
S. APT	7 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	24
S. APT	23 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	24
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	19 de octubre de 2008	RDCA-2010-XVI	25
S. APT	28 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	26
S. APH	26 de octubre de 2005	2007, XIII	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	29
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	32
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	32
S. APH	11 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	32
S. APT	24 de marzo de 2006	RDCA-2008-XIV	34
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	35
S. APT	7 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	36
S. APZ (Secc. 4ª)	10 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	37
S. APZ	3 de marzo de 2005	2007, XIII	37
S. APZ	23 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	38
S. APZ (Secc. 5)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. APT	16 de noviembre de 2006	RDCA-2008-XIV	38
S. APZ	25 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	41
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	44
S. APZ	28 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	48
S. APH	17 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	50
S. APZ	30 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	50
S. APZ	4 de diciembre de 2009	RDCA 2011, XVII	53
S. JPII Ejea núm. 2	22 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	57
S. JPII Ejea núm. 1	15 de abril de 2005	2007, XIII	59
S. JPII Monzón núm. 2	11 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	66
S. APZ	30 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	81
Usucapión de las servidumbres no aparentes			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. JPII Calamocha núm. 1	24 de septiembre de 2007	RDCA 2009, XV	68
De paso de energía eléctrica			
S. APH	31 de enero de 2008	RDCA-2010-XVI	22
De pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
Redención			
S. APH	20 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	26
De saca de aguas			
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	28

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
De salida de humos			
S. JPII Teruel núm. 1	16 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	15
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	26
S. APZ	22 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	52
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
Usucapión			
S. APT	30 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	22
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
Ventilación forzada			
S. APH	26 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	39
De tendido eléctrico			
Adquisición			
S. JPII Jaca núm. 1	10 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	39
Usucapión			
S. APZ	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	36
S. JPII La Almunia	7 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	72
De vertiente de tejado			
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	12
Derecho supletorio			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
Extinción			
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
Modificación unilateral			
S. APH	26 de diciembre de 2007	RDCA 2009, XV	39
Relaciones de vecindad			
S. JPII Teruel núm. 2	25 de mayo de 2007	RDCA 2009, XV	62
Signos aparentes			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
Usucapión			
S. JPII Ejea núm. 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15
S. APH	28 de febrero de 2007	RDCA 2009, XV	23
S. APT	22 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	26
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho supletorio			
Signo aparente			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
En general			
S. JPII Monzón núm. 1	20 de diciembre de 2006	RDCA-2008-XIV	68
Aplicación del Código civil			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29
Cita del 568 CDFA en vez del 147 Comp.			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	34
Presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	34
Prueba			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APH	26 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	60
Extinción			
No uso			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APH	29 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	62
Numerus clausus de causas de extinción			
S. TSJA 36/2014	17 de noviembre de 2014	RDCA-XX-2014	31
Mancomunidades de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
S. APZ (Secc. 4ª)	14 de octubre de 2011	RDCA-XIX-2013	74
Posesión inmemorial			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	6
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	9
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	51
S. APH	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	63
Alera foral			
S. JPII Calatayud núm. 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	5
Servidumbre de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO			
NECESIDAD			
S. TSJA 12/2011	14 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	12
USUCAPIÓN			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1º)	14
S. APH	16 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	15
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APH	14 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	22
S. APT	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	23
S. APZ	12 de mayo de 2005	2007, XIII	43
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	51
S. JPII Teruel núm. 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	52
ACTOS TOLERADOS			
S. APH	18 de noviembre de 2009	RDCA 2011, XVII	30
APARIENCIA			
S. APH	16 de noviembre de 2006	RDCA 2011, XVII	31
INAPLICACIÓN DEL ART. 539 CC.			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
INEXISTENCIA			
S. TSJA 12/2011	14 de diciembre de 2011	RDCA-2012-XVIII	12
INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	RDCA-2012-XVIII	34
REQUISITOS			
S. TSJA	18 de junio de 2010	RDCA 2010, XVI	7
9: DERECHO DE OBLIGACIONES			
91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL			
ARRENDAMIENTO			
FIANZA			
S. APZ	8 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	77
COMPRAVENTA			
DONACIÓN DISIMULADA			
S. TSJA	23 de julio de 2008	RDCA 2009, XV	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DONACIÓN			
FORMA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL			
TRANSMISIÓN			
S. TSJA	10 de junio de 2008	RDCA 2008, XIV	19
S. TSJA	10 de junio de 2008	RDCA 2008, XIV	19
S. APZ	20 de noviembre de 2007	RDCA 2009, XV	49
S. JPI Zaragoza núm. 12	5 de junio de 2007	RDCA 2009, XV	64
92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA			
S. TSJA	26 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	8
S. TSJA	4 de noviembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	9
S. JPII Jaca núm. 1	14 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	89
BIENES DE ABOLORIO			
PERMANENCIA EN LA FAMILIA			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
CONCEPTO			
S. JPII EJEA núm. 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
CUOTA INDIVISA			
ENAJENACIÓN DEL BIEN EN SU TOTALIDAD			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	RDCA-2012-XVIII	44
EFECTOS			
GASTOS O PAGOS LEGÍTIMOS			
S. TSJA 28/2014	15 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	23
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	16
S. APH	23 de mayo de 2006	RDCA 2008, XIV	25
S. JPII Huesca núm. 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
ELEMENTO OBJETIVO			
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1º)	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36
Ofrecimiento en venta			
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
S. JPI Zaragoza núm. 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
Prueba			
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
Pública subasta			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Sujeto pasivo			
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
Troncalidad de los inmuebles			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1º)	13
S. JPI Zaragoza núm. 2	8 de febrero de 2005	2007, XIII	56
S. JPI Zaragoza núm. 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
S. JPII Jaca núm. 1	22 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	85
Venta a un extraño			
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Ejea núm. 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
S. JPII Huesca núm. 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
Facultad moderadora de los Tribunales			
S. TSJA	14 de noviembre de 2005	2007, XIII	3
S. APH	16 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	16
S. APH	12 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	18
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. APH	4 de marzo de 2005	2007, XIII	23
S. APH	2 de febrero de 2006	RDCA 2008, XIV	23
S. APH	23 de mayo de 2006	RDCA 2008, XIV	25
S. APH	17 de julio de 2009	RDCA 2011, XVII	27
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
S. JPII Huesca núm. 2	28 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	49
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de enero de 2008	RDCA 2010, XVI	51
S. JPI Zaragoza núm. 2	31 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	53
S. JPII Huesca núm. 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. JPI Zaragoza núm. 2	6 de junio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	68
S. JPI Zaragoza núm. 4	19 de octubre de 2007	RDCA 2009, XV	70
S. JPI Zaragoza núm. 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	74

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Finalidad			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
Forma: requisitos de la demanda			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1º)	1
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	65
Consignación del precio			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. APH	30 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de enero de 2008	RDCA 2010, XVI	51
S. JPI Zaragoza núm. 2	31 de enero de 2007	RDCA 2009, XV	53
Perpetuatio iurisdictionis			
S. APH	26 de septiembre de 2008	RDCA-2010-XVI	23
Fundamento			
S. JPII Calatayud núm. 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Ejea núm. 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Naturaleza			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Plazo de ejercicio			
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
S. APH	2 de febrero de 2006	RDCA 2008, XIV	23
S. APH	17 de julio de 2009	RDCA 2011, XVII	27
S. APH	30 de julio de 2007	RDCA 2009, XV	33
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
S. JPI Zaragoza núm. 14	8 de enero de 2008	RDCA 2010, XVI	51
S. JPI Zaragoza núm. 3	6 de junio de 2006	RDCA-2008-XIV	56
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	65
A falta de notificación fehaciente			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. JPI Zaragoza núm. 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
Dies a quo a falta de notificación de la transmisión			
S. TSJA 28/2014	15 de septiembre de 2014	RDCA-XX-2014	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Subasta judicial			
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36
Precio			
S. JPI Zaragoza núm. 2	25 de enero de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	63
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	65
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	74
Gastos o pagos legítimos			
A. APH	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	18

NORMAS DE EDICIÓN

PUBLISHING STANDARDS

I. POLÍTICA EDITORIAL

1. Contenidos

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* es un espacio para el conocimiento, la aplicación y el debate del Derecho civil aragonés y sus relaciones con el resto de los Derechos civiles territoriales españoles, especialmente en aspectos o cuestiones cuya novedad, actualidad y dificultad, exijan reflexiones jurídicas tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* publica artículos y trabajos en español y ocasionalmente en catalán, gallego, valenciano, vasco, francés, inglés e italiano. La revista se compone de siete secciones, de las que tres de ellas, *Estudios, Notas y cuestiones prácticas* y *Comentarios de jurisprudencia,* están destinadas a la comunicación de resultados de investigación y al debate científico de cuestiones prácticas.

Las secciones *Materiales y Noticias* están a cargo de los coordinadores de la revista y dan testimonio de todas las actividades y evolución del Derecho civil aragonés.

La sección destinada a la *Bibliografía,* comprende dos subsecciones: *Recensiones*, para comentar las obras científicas de nueva aparición que versen sobre cualquier materia jurídica que afecte o sea relevante para el Derecho civil aragonés; y *Repertorio de bibliografía,* que está a cargo del profesor Serrano García y da noticia de cualesquiera obras científicas relevantes para el estudio, conocimiento y aplicación del Derecho civil de Aragón.

La sección destinada a la *Jurisprudencia* está elaborada por los coordinadores de la revista y en ella se hace referencia a todas las sentencias del Tribunal

Superior de Justicia de Aragón, y a las más relevantes dictadas por las audiencias provinciales y juzgados civiles aragoneses; también se hace referencia a sentencias del Tribunal Supremo o de otros tribunales españoles que conozcan de materias aragonesas o que contribuyan a crear jurisprudencia en Aragón.

Para más información sobre el contenido y forma de cada sección, debe consultarse, en el apartado Envíos, la hoja de estilo y las directrices para los autores.

2. Revisión por pares

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* somete los artículos recibidos a un trámite riguroso de evaluación y selección.

El proceso de examen se llevará a cabo, al mismo tiempo y de forma anónima, por un mínimo de dos especialistas independientes.

El resultado del proceso de examen podrá ser la aceptación del trabajo para su publicación, la aceptación condicionada a la revisión o corrección por el autor, o la denegación. Los autores serán informados de la conclusión del proceso de examen y, en su caso, también de las sugerencias contenidas en los informes de los evaluadores, que les serán remitidos a fin de que procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

El método de evaluación empleado es «doble ciego», manteniendo el anonimato tanto del autor como de los evaluadores. La decisión final se le comunica al autor en un plazo máximo de un mes. En caso de ser aceptado, el tiempo para su publicación dependerá de la programación de la revista. Al final de cada artículo o aportación figurarán las fechas de recepción y aceptación.

3. Acceso abierto

Esta revista proporciona un acceso abierto a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.

Desde el año 2000 pueden consultarse todos sus números en la página web de la Institución «Fernando Católico»:

http://ifc.dpz.es/publicaciones/biblioteca2/id/10

4. Bases de datos

La Revista de Derecho civil aragonés está incluida en las siguientes bases de datos: Latindex (catálogo); ISOC, REHS, DICE, Dialnet (Clasificaciones CIR=C), IN-RECJ (sección Derecho civil y mercantil, cuarto cuartel) y MIAR (IDCS=3.799).

II. ENVÍOS

1. Envíos

Los trabajos se enviarán por correo electrónico a las direcciones de las personas de contacto:

José Antonio Serrano García: serranoj@unizar.es

María del Carmen Bayod: cbayod@unizar.es

En el correo se indicará como Asunto: "publicar-RDCA".

Los trabajos deberán entregarse siguiendo la hoja de estilo y directrices para los autores.

En el correo electrónico el autor indicará sus datos personales: teléfono de contacto y domicilio, profesional o particular, a los efectos de enviarle, gratuitamente un ejemplar de la Revista en la que se publique su trabajo.

2. Directrices para autores/as

- Los escritos han de ser inéditos y originales.
- Indicaciones por secciones:

Estudios. El Estudio es el trabajo científico monográfico, de una extensión entre 25 y 40 páginas. El trabajo se acompañará de una bibliografía final completa con todas las obras citadas.

Notas y Cuestiones Prácticas. Esta sección está abierta, principalmente, pero no exclusivamente, a los distintos profesionales del Derecho (notarios, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces, magistrados, secretarios judiciales, becarios o cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en el ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés. En lo que atañe a las *Cuestiones prácticas*, se pretende la resolución de asuntos prácticos de difícil, discutida o inédita respuesta; se apunta a la búsqueda de lo que podría o debería ser decisión de los tribunales o criterio de aplicación de la norma para los operadores jurídicos en una materia o situación muy concreta; se trata, en definitiva, de exponer una posible solución o esa en concreto que ofrece el profesional en su despacho. La *Cuestión* debería ceñirse a un máximo de cinco o diez páginas. Las *Notas* pueden tener como finalidad la presentación de una nueva norma o de una norma en ciernes, el análisis de un precepto ambiguo o de una jurisprudencia mal fijada o contradictoria; la nota no debe superar las 20 páginas.

Comentarios de Jurisprudencia. Consiste en el análisis de alguna o varias sentencias relacionadas entre sí, principalmente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, poniendo de relieve su doctrina y aplicación práctica. Se recomienda que el comentario se desarrolle entre diez y veinte páginas.

Recensiones. Consiste en dar a conocer una monografía de reciente aparición comentada por un especialista en la materia. La recensión no debe superar cinco páginas.

- El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.
- Los trabajos editados en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* podrán ser publicados con posterioridad en otros medios, siempre que el autor indique claramente que el trabajo se publicó por primera vez en esta revista.
- Se pueden copiar, usar, difundir y transmitir para uso privado, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista y editorial). Los autores tienen permiso para realizar el autoarchivo de sus originales de la manera que estimen oportuna, pero la Institución «Fernando el Católico» se reserva la exclusividad en la difusión de las obras publicadas con su sello editorial una vez maquetadas y revisadas para imprenta.
- Los trabajos publicados en la revista carecerán de remuneración. Los autores recibirán un ejemplar de la revista en que se publique.
- Las opiniones, referencias y datos consignados en cada artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores. La *Revista de Derecho Civil Aragonés* y su entidad editora, Institución «Fernando el Católico», no se hacen responsables en ningún caso de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

HOJA DE ESTILO

1. El texto de la aportación se presentará en formato word (doc, docx).

2. Debe ir precedido de los siguientes elementos:

TÍTULO DE LA APORTACION[1]

NOMBRE DEL AUTOR O AUTORES

Profesión, cargo o grado

Referencia institucional

RESUMEN: En redonda

ABSTRACT: Resumen en lengua inglesa (incluido el título del trabajo).

PALABRAS CLAVE: En redonda

KEY WORDS: Palabras clave en lengua inglesa

SUMARIO: I. TÍTULO. 1. Apartado. A. Subapartado[2]. 2. BIBLIOGRAFÍA.

3. A continuación se incorpora el texto íntegro de la aportación, que debe sujetarse a las siguientes reglas formales de edición:

3.1. Formato:

Tipos de letra:

- Letra del texto general: Times New Roman 12 puntos.
- Letra de las notas al pie: Times New Roman 8 puntos.

Alineación de párrafos: Justificado a derecha e izquierda.

Interlineado: Sencillo.

3.2. Citas, interpolaciones y referencias:

- Las citas de longitud inferior a dos líneas se integrarán en el texto, entre comillas; las de más de dos líneas dan lugar a un nuevo párrafo sangrado y en tipo Times New Roman 10 puntos.

---

1 En su caso, incluir la referencia a posibles proyectos de investigación y agradecimientos.

2 Si hay subepígrafes posteriores, principiarán éstos con letra: a, a', etc. Si es preciso hacer subdivisiones que no precisen de una rúbrica, se empleará el guión (–) o el punto (•)

- En cuanto al uso de comillas, se recomienda utilizar en primer lugar las comillas españolas o angulares (« »), reservando las inglesas o altas (“ ”) y las sencillas (‘ ’), para cuando deban entrecomillarse partes de un texto ya entrecomillado.
- Las interpolaciones (supresiones, añadidos, modificaciones) que se hagan a un texto que se trascribe se insertan entre corchetes.
- Las referencias bibliográficas podrán realizarse de acuerdo al sistema tradicional de notas a pie de página (notas de referencia), numeradas correlativamente, pero también por el sistema de referencias incluidas en el texto. El sistema elegido debe mantenerse uniforme en todo el texto.

3.3. Cita de normas:

- La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo: Art. 3 del Código del Derecho foral de Aragón.
- Para las citas posteriores será suficiente con la abreviatura. Por ejemplo: Art. 3 CDFA.

3.4. Citas de jurisprudencia:

- Se debe procurar escribir las palabras «sentencia» y «resolución» de modo completo, salvo que se haga referencia a alguna o algunas concretas entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se emplearán las abreviaturas. Se trata también de una recomendación.
- En cuanto a la referencia, será concisa. Por ejemplo:

  STSJA 34/2012, de 19 de octubre

  SAPZ (secc. 4ª), de 30 de diciembre de 2010

3.5. Referencias bibliográficas:

Para las referencias bibliográficas, se puede escoger entre el sistema tradicional y el de «autor-fecha».

3.5.1 Sistema tradicional.

- En el sistema tradicional de cita y referencia bibliográfica, toda cita textual debe ir acompañada de su correspondiente referencia bibliográfica a pie de página (se descarta la nota final), con una llamada numérica consecutiva escrita como superíndice.
- La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

- En las referencias virtuales, además de la dirección completa y demás datos, se debe incluir al final la fecha de consulta.

Ejemplos:

Monografías:

Lacruz Berdejo, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.

Artículos de revista:

Lacruz Berdejo, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, p. 118.

Lacruz Berdejo, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *ADA*, 1945, p. 118.

Capítulos de obras colectivas:

Serrano García, José Antonio, «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial» en *Derecho civil patrimonial aragonés*. Actas del seminario celebrado en Zaragoza los días 26 y 27 de mayo de 2011, IFC, Zaragoza, 2013, pp. 11-62.

Revistas electrónicas:

Delgado Echeverría, Jesús, «El "Vidal Mayor", Don Vidal de Canellas y Los Fueros de Aragón», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»,* núm. 6, 2009. Disponible en http://derecho-aragones.net/cuadernos/ [Consulta: 19 febrero 2014]

Páginas web:

Goma Lanzón, Fernando y Merino Escartín, José Félix, «Sugerencias conjuntas de un notario y un registrador ante ciertas dudas que suscita la aplicación inmediata de la ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios». Disponible en:

http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013ley1-2013-fernan_do-goma-felix-merino.htm [Consulta: 10 junio 2013].

3.5.2. Sistema «autor-fecha»:

- En el estilo Harvard de citas o el Harvard-APA (estilos «autor-fecha» o «autor-año»), las citas y referencias bibliográficas se realizan de modo abreviado dentro del texto, colocando entre

paréntesis el apellido o apellidos del autor o autores (en versalitas), el año de publicación de la obra y seguido de dos puntos el número de página citado. Este sistema permite no utilizar las citas a pie de página.

Ejemplo:

«En los textos refundidos, como señala García de Enterría (2011: p. 268) la labor que se encarga al Gobierno es técnica y no creadora: sistematizar y armonizar una pluralidad de leyes».

- Cuando se cite más de un trabajo de un mismo autor y año, el año de publicación irá seguido de una indicación numérica: (Bayod López, 2012-1: 56).
- Para citar una publicación con varios autores, si son dos, se deben consignar los apellidos de los dos: (Díez-Picazo y Gullón, vol. 3, 2003: 99). Si son de tres a cinco autores, la primera vez deben citarse todos los autores (Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena, 1977: 35). Las veces siguientes, se utilizará el primer nombre y «et al.» (Díez-Picazo et al., 1977: 89). Si son seis o más autores, en todos los casos, consignar el nombre del primer autor seguido de «et al.».
- La referencia bibliográfica será completa en la bibliografía final.

Ejemplo:

Delgado Echeverría, Jesús (2005), «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)», *ADC*, t. LVIII, Madrid, pp. 9-74.

- En caso de que haya varias obras de un mismo autor y año, deberá consignarse entre paréntesis el año/número, siguiendo cualquiera de las dos formas anteriores. Como ejemplo, consignamos sólo una:

Bayod López, María del Carmen (2012-1), «La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón», *RDCA*, XVIII, pp. 55 a 120.

Bayod López, María del Carmen (2012-2), «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2010)», *RDCA*, XVIII, pp. 257 a 277.

3.6. Recomendaciones para la presentación del texto:

- No utilizar negritas, haciendo uso de las cursivas sólo en las citas que las contengan, en palabras que se quiera resaltar o en las que estén escritas en otro idioma.
- Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de las personas e instituciones y los títulos de las normas.
- Los nombres de personas (autores, generalmente) se escriben en el texto en versal/versalita.
- Los incisos entre guiones deben —como en este ejemplo— marcarse con guión largo.

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Acuerdo de intercambio

Área:	Derecho Civil
Director:	Jesús Delgado Echeverría
Secretarios:	José Antonio Serrano García y María del Carmen Bayod López
Año de fundación:	1995
Periodicidad:	Anual
Formato:	17 x 24 cm
Editor:	Institución «Fernando el Católico» Zaragoza (Spain) ISSN 1135-9714 347(460.22)
Intercambio de Publicaciones:	Tff. (34) 976 288 878 - 288 879 * Fax 288 869
E-mail:	interch@ifc.dpz.es * http: // ifc.dpz.es

Correspondencia: Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Intercambio de Revistas. Plaza de España, n.º 2 - 50071 Zaragoza (España).

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección: .....

ISSN o ISBN: ..... Periodicidad: .....

Materia: ..... Formato: .....

Entidad: .....

Dirección: .....

.....

CP: ..... Ciudad: ..... País: .....

Teléfono: ..... Fax: .....

Referencia: ..... E-mail: .....

Fecha Firma

Fdo.:

Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)

Tels. (34) 976 28 88 78/ 79
Fax: (34) 976 28 88 69
e-mail: ventas@ifc.dpz.es
www. http://ifc.dpz.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

- ☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local
- ☐ Archivo de Filología Aragonesa
- ☐ Caesaraugusta
- ☐ Ciencia Forense
- ☐ Emblemata
- ☐ Ius Fugit
- ☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia
- ☐ Nassarre
- ☐ Palaeohispánica
- ☐ Revista de Derecho Civil Aragonés

DATOS PERSONALES DE ENVÍO

D./Dña./Entidad:

NIF/CIF:

Domicilio:

Código Postal: Ciudad:

Provincia/País: Teléfono:

e-mail:

Forma de pago:

Domiciliación bancaria ☐ Tarjeta de crédito ☐

En caso de domiciliación bancaria

Titular de la cuenta

Banco/Caja

Agencia

Domicilio

Población

CP Provincia/País

IBAN	Internacional				Entidad				Oficina				DC				Número de cuenta o libreta									

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente/tarjeta de crédito las facturas presentadas por Logi, Organización Editorial, S.L, distribuidor de la revista indicada, a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre el precio de venta al público.

Firma

DIPVTACION DE ZARAGOZA INSTITVCION FERNANDO EL CATOLICO DE LA E.M.A.

CECEL (CSIC)

INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO

DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA