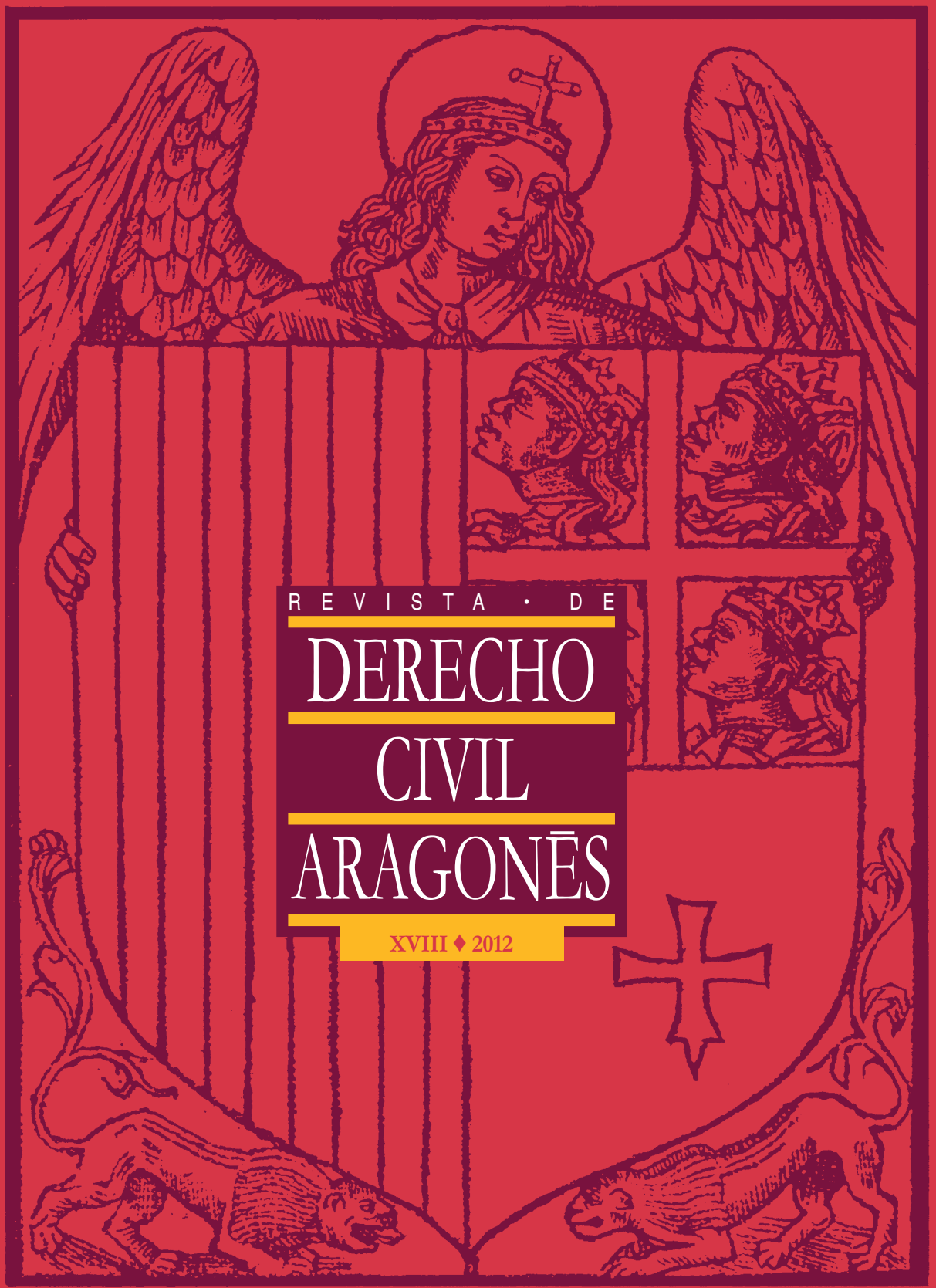
CÁTEDRA «MIGUEL DEL MOLINO»



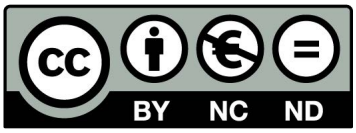
REVISTA · DE

DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVIII ♦ 2012

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3333



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
XVIII
AÑO 2012

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

Manuel Giménez Abad †
Diputado autonómico y Senador

Carmen Maestro Zaldívar
Procuradora
Zaragoza

Ignacio Martínez Lasierra
Magistrado
Tribunal Superior de Justicia

Jesús Morales Arrizabalaga
Profesor Titular de Historia del Derecho.
Facultad de Derecho
de Zaragoza

Rosa Casado Monge
Asesora del Justicia de Aragón

Mauricio Murillo García-Atance
Magistrado.
Audiencia Provincial
de Zaragoza

Honorio Romero Herrero
Notario
Zaragoza

Rafael Santacruz Blanco
Abogado del Estado
Zaragoza

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVIII

AÑO 2012

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2013

Publicación número 3251
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
RDCA, 2012, XVIII

ESTUDIOS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida» 9

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón» 55

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «El testamento mancomunado aragonés» 121

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés» 163

LATORRE VILA, Luis: «La propiedad de las llamadas fincas de reemplazo vacantes: el recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón» 185

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres» 227

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Acerca de la pérdida de la condición de abolorio de un inmueble por su ingreso en el patrimonio consorcial de un cónyuge pariente y un cónyuge no pariente, y otras cuestiones relativas al derecho de abolorio» 245

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (Reflexiones a la luz de la STSJA de 3 de diciembre de 2010)» 257

LALANA DEL CASTILLO, Carlos: «La asignación compensatoria y la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJA de 30 de diciembre de 2011, 11 de enero de 2012, 11 de abril de 2012 y 13 de julio de 2012)» 279

MATERIALES

A) La tributación de la fiducia sucesoria aragonesa (STS, Sala de lo Contencioso, 591/2012, de 30 de enero) 301

B) Distribución de competencias sobre legislación procesal (STC 21/2012, de 16 de febrero) 302

C) Distribución de competencias sobre legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo) 302

NOTICIAS

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN 307

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS..... 312

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía..... 319

JURISPRUDENCIA

A) Resoluciones del TSJA (2010, 2011 y 2012) 341

B) Resoluciones de las Audiencias Provinciales de Aragón (2010)..... 545

C) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Aragón (2010).. 577

D) Índices de Jurisprudencia..... 579

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número..... 579
2. Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al XVIII de la RDCA) 621

ESTUDIOS

LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA*

José Antonio SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Acreditado como Catedrático
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Establecida por el legislador aragonés la preferencia por el sistema de guarda y custodia compartida, el sistema de guarda y custodia individual queda como excepción a la regla general que, para ser establecido, requiere practicar las pruebas necesarias para conocer qué es lo más beneficioso para el menor, valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas y motivar suficientemente la decisión adoptada atendiendo a la ponderación de los factores del artículo 80.2 CDFA: la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de su vida familiar y laboral y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia; también, procurar no separar a los hermanos y excluir de la guarda y custodia al padre incurso en supuesto de violencia doméstica o de género. Estudio de las sentencias del TSJA y de las Audiencias provinciales aragonesas que, en los dos años de vigencia de la nueva regulación, han establecido la custodia individual.

---

* Texto preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 de la DGA, denominado *Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés* (IDDA), que cuenta con la financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA.

Es un texto que coincide casi literalmente con la segunda parte de mi ponencia «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», defendida en los *XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 20 de noviembre de 2012) y que se publicará en las *Actas* de dichos Encuentros.

Palabras clave: Relación paterno-filial, autoridad familiar, guarda y custodia, custodia individual.

ABSTRAT

Due to the fact that the Aragonese legislator has established a preference for the joint care and custody system, the individual care and custody system is an exception to the general rule. So that the individual system can be established the necessary tests have to be carried out to find out what is more beneficial for the concerned minor, to carefully assess the expert reports and the remaining evidence presented and sufficiently reason the decision to be adopted by weighing out the factors established in article 80.2 of the Code of Regional Law of Aragon: the age of the children, their ties to the family and the community, the suitability and willingness of the parents, the possibilities the latter have of reconciling work and family life and any other circumstance which is especially relevant for the living regime. Also to be taken into account is to try not to separate siblings and to exclude a father from care and custody in cases where he is immersed in a presumed gender-based or domestic violence offense. We study of the judgments of the High Court of Justice of Aragón and the Aragón Provincial High Courts that, in the two years that the new legislation has been in force, have established individual custody.

Keywords: *Parent-child relationship, family authority, care and custody, individual custody.*

SUMARIO

I. LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL. II. REQUIERE PRACTICAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA CONOCER QUÉ ES LO MÁS BENEFICIOSO PARA EL MENOR. III. VALORAR PONDERADAMENTE LOS INFORMES PERICIALES Y LAS RESTANTES PRUEBAS PRACTICADAS. IV. MOTIVAR SUFICIENTEMENTE LA DECISIÓN ADOPTADA ATENDIENDO A LA PONDERACIÓN DE LOS FACTORES DEL ART. 80.2 CDFA. V. PRECISIONES SOBRE LOS FACTORES DEL ART. 80.2: 1. La edad de los hijos; 2. El arraigo social y familiar de los hijos; 3. La opinión de los hijos; 4. La aptitud y voluntad de los progenitores; 5. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; 6. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia: A) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre;* B) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana.* VI. NO SEPARAR A LOS HERMANOS. VII. LA EXCLUSIÓN LEGAL DE UNO DE LOS PADRES DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO (ART. 80.6). VIII. SENTENCIAS DEL TSJ O DE

LAS AA.PP. QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL: 1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; 2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LA REGULACIÓN ARAGONESA.

I. LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

No cabe duda de que, como dice la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, el legislador aragonés, en defecto de pacto de relaciones familiares, ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida, pues así lo expresa literalmente el artículo 80.2 CDFA, que sobre tal declaración no precisa más interpretación. La Ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual.

Así que, como concluye la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación 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. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.* Y aclara más adelante que el juzgador de instancia para acordar el establecimiento o mantenimiento de una custodia individual de conformidad a la normativa legal de aplicación debe: primero, asegurar la práctica de las pruebas necesarias para llegar a conocer con la mayor exactitud posible lo más beneficioso para los menores y valorar las practicadas; y, segundo, acordar, en consecuencia con ellas, la excepción a la regla general de la custodia compartida y establecer la individual[1].

[1] En la SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio, se dice que, siendo la custodia compartida el régimen preferente y determinado por el legislador, *el recurso de la demandada debe ser desestimado, al no haberse demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del artículo 80.2 CDFA, sea la medida que se revele más adecuada para preservar el superior interés de las menores, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a las mismas (art. 76 CDFA).*

II. REQUIERE PRACTICAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA CONOCER QUÉ ES LO MÁS BENEFICIOSO PARA EL MENOR

La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, dice que, *como resulta de nuestros textos procesales (art. 751 LEC) y ha resaltado con frecuencia la jurisprudencia, el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y por el Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC).*

Los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias (las del art. 80.2), *debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda* (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

III. VALORAR PONDERADAMENTE LOS INFORMES PERICIALES Y LAS RESTANTES PRUEBAS PRACTICADAS

El principio rector de la decisión judicial ha de ser el superior interés del menor, pero para apartarse de la preferencia legal por la custodia compartida ha de apoyarse en la valoración de los informes periciales y en las restantes pruebas aportadas al proceso.

Como dice la STSJA 24/2012, de 5 de julio, para la acreditación de las circunstancias concurrentes, *no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, 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. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.*

Los informes técnicos no se incluyen entre los factores enumerados en el art. 80.2, sino que son objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlos se configura como algo facultativo para el juzgador (STSJA 6/2012, de 9 de febrero)[2], sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba de todas las partes, así como del Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC) (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre). En efecto, dispone el artículo 80.3 que, *antes de adoptar su decisión, el Juez*

[2] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, la distancia que separa la residencia de ambos progenitores (Zaragoza-Málaga) hace innecesaria a juicio de la Sala la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta para desestimar su petición de custodia compartida.

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.

Si el Juez los ha recabado, habrán de valorarse ponderadamente tales informes (STSJA 5/2012, de 8 de febrero) así como, en su caso, el resultado de la exploración judicial de los menores. Aunque ciertamente la cuestión no ha de resolverse como si se tratase de un concurso, en el que el padre mejor calificado obtenga como premio la custodia de los hijos (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

Los informes periciales de los técnicos, que suelen tener una importancia decisiva en muchos casos para la decisión del sistema de guarda y custodia a adoptar[3], han de ser necesariamente valorados por los Tribunales, al igual que las demás pruebas, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 LEC[4], y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art. 218.2 LEC.

Los Tribunales no están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella cuando ello esté justificado y se razone adecuadamente (Ss. TSJA 6/2012, de 9 de febrero, y 27/2012, de 24 de julio)[5].

---

[3] Algunas sentencias de Audiencias Provinciales, como las de la APZ, Secc. 2ª, 572, 573 y 574/2011, las tres de 15 de noviembre, 641/2011, de 12 de diciembre, 354/2012, de 19 de junio, o 417/2012, de 13 de julio, recalcan la singular importancia de los informes periciales. Suelen indicar que *tanto el TSJA* (Ss. 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, 4/2012, de 1 de febrero) *como el TS* (Ss. 28/9/2009, 11/3, 1 y 8/10 de 2010, 7/4 y 21/7 de 2011) *vienen a resaltar la importancia decisiva de los informes técnicos que el juez puede pedir en la apreciación de los elementos que le van a permitir adoptar el sistema de guarda y custodia. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte cualquier medida sobre guarda y custodia o cualquier otra siempre en beneficio del menor.*

[4] La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, recuerda que, *conforme al art. 348 Lec., la prueba de peritos es de libre apreciación, queriendo ello decir que el órgano judicial valorará el dictamen de peritos según los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la lógica elemental y las reglas comunes de la experiencia humana.*

[5] En el caso de la STSJA 6/2012 la psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación, el Juez atiende al criterio de la perito y mantiene la custodia individual de la madre. Pero la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y otorga la custodia compartida porque *en el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida.* El TSJA dice que *no asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: […]. Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el Juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.*

El caso de autos de la STSJA 27/2012 debe ser tratado –según dice la propia sentencia– como un caso límite. *La prueba pericial practicada considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semestrales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados.* Además la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. La opinión de la menor ha sido considerada especialmente por la Audiencia para confirmar la decisión del Juez de primera instancia de desestimar la petición de custodia compartida formulada por el padre.

Si el informe aportado por alguna de las partes contradice al emitido por el Gabinete Psicológico adscrito al Juzgado de Familia, dice la SAPZ 140/2011, de 8 de marzo, que se estará a este último por las garantías que le presta su independencia y objetividad[6]. Por otra parte, el informe de la psicóloga del juzgado, por su especialización, debe estimarse prevalente sobre el de la trabajadora social, que llega a la conclusión contraria (SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 abril).

El hecho de que en el informe psicosocial evacuado el día 11 de mayo de 2009 en el previo procedimiento de divorcio se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida, lo que motivó el rechazo de dicha pretensión en ambas instancias, no permite, sin más y, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente y con valor para fundamentar ahora el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre determinada en aquél procedimiento previo por no haber existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia. *Y no sólo por el tiempo transcurrido desde que se hizo en 2009, sino, sobre todo y especialmente, porque en tal periodo de tiempo ha sido radicalmente modificada la legislación aplicable, al entrar en vigor la ley 2/2010, y, con ella, la preferencia del criterio de custodia compartida sobre la individual. Y, en su concreción, cambiaron tam-*

Entiende el TSJA que esta valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 CDFA, tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, y la decisión está motivada con una argumentación razonable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la custodia compartida otorgada por la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011, y, en su lugar, restablece el sistema de custodia individual a favor de la madre acordado en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio, la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el Juzgador en su resolución, lo que le lleva a estimar que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor. En suma, la Sala entiende que la custodia compartida no se revela en este caso concreto como el régimen más adecuado y beneficioso para el correcto desarrollo del menor (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, se revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y se otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre. Y añade: *Aconsejar una custodia compartida porque facilitaría una vía de diálogo que no existe …, deja sin fundamento las conclusiones del informe pericial emitido en este proceso.*

SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio: *El Juez, no obstante lo aconsejado en el informe pericial, determina un régimen de guarda y custodia compartida por meses naturales alternos, por considerar que la situación familiar lo posibilita, habida cuenta de la capacidad detectada en ambos progenitores de hacer frente a las necesidades del menor; que sus horarios son semejantes, con las tardes libres; que sus domicilios no están excesivamente alejados; y que los dos cuentan con personas que los apoyen y cubran las necesidades impuestas por los imperativos laborales. Además de la buena disposición del padre ante las responsabilidades a las que ha de hacer frente, no dudándose que, por su propio interés, las deficiencias detectadas en periodos anteriores serán corregidas. Consideraciones que la Sala comparte y llevan a la confirmación de la resolución recurrida…*

[6] En el mismo sentido, SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.

bién los factores a que necesariamente debe estarse en la valoración de la prueba para poder excepcionar la custodia compartida y sobre los que la sentencia recurrida no efectúa consideración alguna[7].

En la admisión del informe técnico de un procedimiento previo aportado como prueba documental no cabe apreciar que exista infracción alguna, porque dicho informe no es en este procedimiento prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente (STSJA 13/2012, de 9 de abril)[8].

Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores [arts. 80.2.c), 76.4 y 6) adquieren singular relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ, Secc. 2ª, 289/2012, de 29 de mayo]. El propio informe psicosocial puede permitir al Juez valorar la voluntad de los menores recogida por los expertos que lo elaboraron (STSJA 24/2012, de 5 de julio). El derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (arts. 6 CDFA, 12 de la Convención de derechos del niño y 9 de la Ley Orgánica 1/1996), no exige que haya de ser oído directamente por el tribunal, sino que también puede ejercitar este derecho a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente (STSJA 34/2012, de 19 de octubre).

Lo mismo que los informes periciales, también habrá que valorar ponderadamente las restantes pruebas aportadas, en particular la exploración practicada a los menores con suficiente juicio. El art. 80.3 permite acordar de oficio la exploración del menor[9]. Como afirma la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, y reproduce la STSJA 27/2012, de 24 de julio, *sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumen-*

---

[7] STSJA 13/2012, de 9 de abril, que casa la 92/2011, de 21 de mayo, de la APT.

En sentido contrario, dice la SAPH 79/2012, de 25 de abril, que «tal y como quedó establecido en el procedimiento anterior, el juzgado ya solicitó de oficio un informe a la trabajadora social del IMLA sobre la conveniencia de establecer un régimen de custodia compartida, tal y como autoriza el artículo 80-3 CDFA […]. Dado el tiempo transcurrido desde que se emitió el 16 de febrero de 2011, y la fecha de esta segunda sentencia que ahora se recurre de 16 de diciembre de 2011, sus conclusiones son plenamente válidas». La Audiencia estima además que se producen los efectos de la cosa juzgada, que impiden que pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición transitoria de la Ley 2/2010.

[8] En la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, la Audiencia destaca *la divergencia en el contenido de los informes psicológicos del Gabinete adscrito al Juzgado emitidos en tan corto lapso de tiempo en el presente proceso y en el de divorcio, resultando las conclusiones diametralmente opuestas, lo que resulta desconcertante ante una misma situación familiar.* La Audiencia revoca la custodia compartida aconsejada por la psicóloga y acordada por el Juez y mantiene la custodia individual a favor de la madre.

[9] En el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, se dice que, *con carácter previo al dictado de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, como diligencia final, el Magistrado ponente, junto con la representante del Ministerio Fiscal, efectuaron la exploración de los dos hijos del matrimonio, Irene y Marcos. Los dos, de 12 y 10 años de edad, respectivamente, con juicio y madurez suficiente, según percibió el Magistrado, expresaron con claridad que su relación es buena con uno y otro de los progenitores, y que desean seguir en la situación en que se encuentran, esto es, bajo custodia y en convivencia con la madre.*

to por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito.

Se trata, pues, de una facultad que los tribunales habrán de utilizar a su mejor arbitrio y sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba en todo momento y por todas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC), en orden al mejor conocimiento de cualquier circunstancia que afecte a los menores y que redunde en la mejor protección del interés de los mismos. Así que, como dice la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, *no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos* [arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y 6 del CDFA][10].

Ya hemos indicado que en estos procesos no se aplica rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), *sin perjuicio de que en la valoración de la misma se haya de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido* (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre)[11].

La valoración de la prueba practicada en las instancias no puede ser revisada en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a los instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos (Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, y 34/2012, de 19 de octubre). *Una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión»* (STSJA 35/2012, de 26 de octubre).

---

[10] En el caso de esta sentencia, el representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia de la Audiencia al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el 15 de junio de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).

[11] *Vid. etiam* SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 17 de enero. También la SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, destaca que «en este tipo de procedimientos no rige el principio dispositivo (art. 751 LEC), exigiéndose la presencia e intervención del M. Fiscal, pudiendo el Tribunal practicar las pruebas que estime pertinentes de oficio (art. 752.1 LEC), todo ello al estar en juego intereses de especial protección».

Así que cuando los tribunales de instancia han efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes periciales médicos, sociales o psicológicos, tal valoración no puede ser revisada en casación salvo si la misma resulta manifiestamente irracional, ilógica o arbitraria (art. 469.1.4º LEC)[12]. Salvo en tales casos, procederá la inadmisión (o desestimación si ha sido admitido) del recurso de casación que pretenda la revisión de la prueba practicada en las instancias (art. 483.2 LEC).

IV. MOTIVAR SUFICIENTEMENTE LA DECISIÓN ADOPTADA ATENDIENDO A LA PONDERACIÓN DE LOS FACTORES DEL ART. 80.2 CDFA[13]

Los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general que da preferencia a la custodia compartida, han de seguir adecuadamente las reglas indicadas en el art. 80.2 razonando suficientemente la decisión adoptada (Ss. TSJA 4 y 5/2012, de 1 y 8 de febrero). O, como señala la STSJA 13/2012, de 9 de abril, *para determinar si existen razones que justificarían establecer la custodia individual o si debe estarse al criterio preferente de custodia compartida*, hay que atender a las previsiones contenidas en el art. 80.2 CDFA. De manera que, como expresa el Preámbulo, *el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere el artículo 80, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral. El artículo 80 también establece que en todo acuerdo de custodia, salvo circunstancias excepcionales, no se separará a los hermanos.*

En todo caso, como dice Martínez de Aguirre[14], «las razones y pruebas en que se base el Juez para justificar la custodia individual habrán de ser tanto más poderosas cuanto más deba hacer frente no solo a la preferencia legal, sino a la solicitud [de custodia compartida] de uno de los progenitores, o de ambos».

La ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de los factores del art. 80.2 a la hora de decidir el tipo de custodia, indeterminación que concede al Juez amplios poderes de decisión y dota al sistema de flexibilidad.

---

[12] Ss. TS 28 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009, 10 de septiembre de 2009, 19 de octubre de 2009 y 10 de octubre de 2011; Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, 5/2012, de 8 de febrero, 34/2012, de 19 de octubre.

[13] *Vid.* como trabajo específico y referido a la regulación aragonesa: Callizo López, María Ángeles, «Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón», *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, pp. 19 a 33.

[14] «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 155.

Los factores del artículo 80.2 *han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores*[15]. *Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes* que, motivada suficientemente, no vulnera el derecho a la igualdad de los progenitores (STSJA 27/2012, de 24 de julio)[16].

Así, en el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *se constata que las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia recurrida y, por su admisión en ella, las del Juzgado de Primera Instancia, tendieron a conocer lo que era realmente más beneficioso para los hijos, a la vez que ambas resoluciones razonaron en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del citado artículo 80.2 y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba, concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisdiccional de instancia comprende*[17].

Por otra parte, *cuando se trata de relaciones paterno-filiales el Juez nunca puede incurrir en incongruencia «ultra petita» ni «extra petita», pues, siendo el proceso matrimonial un instrumento al servicio del Derecho de familia, en el que se dan elementos de «ius cogens» derivados de su especial naturaleza, los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo*

---

[15] La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la SAPT 4/2011, de 11 de enero, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación* de la Audiencia *no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.*

En el fundamento jurídico 5º de esta sentencia, con cita de la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala 2ª), se recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva supone que la resolución ha de estar suficientemente motivada y que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. *Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedd de los poderes públicos, que está vedada por el artículo 9.3 de la Constitución Española.*

[16] La doctrina de la Sala 1ª del TS en materia de falta de motivación de las sentencias la reproduce, entre otras, la STS 323/2012, de 25 de mayo. Añade esta sentencia que, alegada falta de motivación en las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, solo puede examinarse en casación si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 578/2011, de 21 julio, 579/2011, de 22 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo). En el caso de esta sentencia, la Sala concluye, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, que *falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso.*

[17] SAPZ, Secc. 2ª, 384/2012, de 3 de julio: *Esta Sala ya ha reiterado que deben adoptarse las medidas referentes a los menores en su exclusivo interés, al margen de las preferencias o caprichos de los progenitores, implantándose la custodia individual cuando se revele más beneficiosa para aquellos, tras valorar los parámetros contemplados en el artículo 80 CDFA.*

que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado[18]. En este sentido puede verse el FJ 4 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

V. PRECISIONES SOBRE LOS FACTORES DEL ARTÍCULO 80.2

1. La edad de los hijos

Es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFA. La STSJA 13/2012, de 9 de abril, indica que *los tres hijos del matrimonio*, que tienen hoy 16, 12 y 7 años, *han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de un modo permanente bajo su custodia.*

«La edad más temprana» o «la corta edad» de los hijos es un factor relevante y favorable a la custodia individual, normalmente de la madre[19]. Esa temprana o corta edad parece identificarse con la primera infancia[20], y puede considerarse que termina ordinariamente al cumplir los tres años de edad[21]. Pero, como dice

---

[18] SAPZ, Secc. 2ª, 659/2011, de 20 de diciembre, que cita la *STC 120/84, de 10 de diciembre, y las Ss. TS de 2 de diciembre de 1987 y 16 de julio de 2004.*

En el mismo sentido, La SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7/3, señala que *no puede apreciarse la incongruencia extra petita denunciada por la demandada, por ser ésta una materia de* ius cogens *en la que de oficio actúa el Juzgador preservando siempre el bienestar e interés del menor, al margen de la postulación de las partes.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez mantiene la guarda y custodia individual a favor de la madre (con rechazo de la compartida solicitada por el padre), pero como aquélla se ha trasladado con motivos justificados a vivir a Málaga, modifica de oficio el régimen de visitas del progenitor no custodio. El nuevo régimen de visitas es confirmado por la Audiencia *por ser en las actuales circunstancias el más adecuado y de posible cumplimiento.*

[19] La edad de la menor (18 meses) es otro factor relevante [art. 6.2 LIRF; 80.2.a) CDFA], teniendo en cuenta este apartado la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959, por la que se indica que, salvo excepciones, no se debe separar a un niño de corta edad de su madre (Ss. APZ, Secc. 2ª, 199 y 572/2011, de 12 de abril y 15 de noviembre).

[20] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011, de 2 de diciembre, se trata de dos menores nacidas respectivamente en 2001 y 2008. La ruptura de la convivencia se produjo en diciembre de 2009, habiendo permanecido ambas desde entonces baja la custodia de la madre. La Audiencia, para mantener la custodia individual de la madre sobre las dos hijas, además de atender al informe de la Psicóloga adscrita al Juzgado de instancia, dice que, *en todo caso, la hija pequeña contaba con dos años al tiempo de presentación de la demanda y en junio pasado cumplió tres, por lo que, encontrándose en la primera infancia y teniendo en cuenta el primer factor que el legislador ha tenido en cuenta en el artículo 80 CDFA a la hora de adoptar uno u otro régimen de custodia, además del principio que aconseja la no separación de los hermanos, la Sala considera que resulta más conveniente, como más favorable al superior interés de las menores, la custodia individual de ambas por la madre.*

[21] El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que la edad del menor, que actualmente tiene tres años y medio, no puede ser considerada incompatible para la concesión de la custodia compartida.

la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, la corta edad del niño (3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia) *es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley* (la custodia compartida).

Añade la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, que *la circunstancia de la corta edad del menor [cuenta en este momento tres años de edad] no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren.* En la situación enjuiciada por esta sentencia *el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre, se tiene en cuenta que ambos progenitores, en su momento, consensuaron y mantuvieron una custodia compartida del hijo común y que en la actualidad ha cumplido los dos años, por lo que no existe obstáculo alguno, teniendo en cuenta que el propio informe psicosocial prevé la custodia compartida a partir de los 3 años, a que el régimen instaurado por la sentencia apelada (custodia compartida por semanas) se mantenga, sin necesidad de su modificación actual para volver a fijarse una vez superada la indicada edad.

Conviene recordar que el artículo 79.5 dice que *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.* Así que el establecimiento de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo, excepciona la preferencia legal por la custodia compartida sólo de forma transitoria: mientras la corta edad siga siendo un factor relevante para mantener la custodia individual. La propia sentencia ha podido fijar un plazo de revisión cuando el hijo alcance cierta edad[22]. Pero, en

---

La edad de la hija, de tres años y medio, no es factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que desestima el recurso interpuesto por la madre en petición de custodia individual a su favor y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28 de julio de 2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por ambos padres, todo ello con fundamento en el informe del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado y el apoyo de la familia externa en ambos progenitores.

La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por entender que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos [art. 80.2.a) CDFA], la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

En la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, la corta edad de la menor –nació en el año 2009– ya se tuvo en cuenta por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal y por la propia juzgadora *a quo*, no siendo un impedimento para la custodia compartida por periodos semanales acordada y que la Audiencia ratifica.

[22] Las Ss. del JPI núm. 6 de Zaragoza de 5 de abril y 16 de junio de 2011, dicen que la situación de custodia individual que se acuerda [o se mantiene] se limita temporalmente al momento en que el menor cumpla los *doce años*, a partir de los cuales cualquiera de las partes podrá pedir la revisión

todo caso, la custodia individual acordada en atención a la corta edad del hijo podrá ser revisada, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida, cuando la edad del hijo haya dejado de ser una circunstancia relevante favorable a la custodia individual[23]. También cabe que la sentencia que acuerda la custodia individual en atención a la corta edad del hijo señale directamente que la custodia compartida comenzará cuando el hijo cumpla determinada edad (supuesto conocido como de «custodia mixta»)[24].

2. El arraigo social y familiar de los hijos

El arraigo social del hijo en una determinada localidad es un factor relevante favorable a la custodia individual del padre que vive en ella cuando el otro reside o se traslada a localidad distinta, en ocasiones muy alejada[25].

---

en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres.

La del mismo Juzgado de 12/5/2011 (confirmada por la SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio) señala que la custodia individual a favor de la madre *será revisable al cumplir las hijas los doce años de edad a instancia de cualquiera de las partes o antes si concurre acreditada modificación sustancial de medidas ad hoc.*

La S. del mismo Juzgado de 16 de junio de 2011, confirmada por la de la APZ, Secc. 2ª, 557/2011, de 2 de noviembre, mantiene la custodia del hijo menor, de *6 años de edad,* a favor de la madre *por un periodo añadido de dos años* desde la fecha de esta sentencia, al término de los cuales cualquiera de las partes podrá solicitar el sistema de custodia compartida en función del resultado del mayor sistema de visitas y medidas que ahora se adoptan. El informe de la psicóloga indica que el aumento de tiempo compartido con el padre debe llevarse a cabo de manera progresiva, para que el menor se vaya acostumbrando a permanecer con su padre periodos cada vez más largos.

[23] En el caso de la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20 de junio de 2011 se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo de 2 años y 9 meses de edad, y la sentencia dice que «cuando el menor cumpla 10 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado». Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, entiende que «debe suprimirse la previsión que efectúa el Juzgador sobre la revisión de la custodia en el plazo estipulado, por carecer de operatividad dicho pronunciamiento». La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 7 de diciembre de 2011 dice que «no ha lugar a establecer un régimen de custodia compartida entre los padres, si bien cuando el menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado». En apelación la SAPZ, Secc. 2ª, 170/2012, de 30 de marzo, se limita a confirmar la de primera instancia, sin decir nada sobre este particular.

La SJPI núm 6 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2011 mantiene el régimen de guarda exclusiva a favor de la madre, «si bien cuando la menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado, en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres. Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 221/2012, de 25 de abril, dice que «debe suprimirse la revisión de la custodia a los 12 años por su improcedencia».

[24] Hasta que la hija menor, de 5 años de edad, cumpla 7 años, el padre podrá tener a los hijos en su compañía fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, y una tarde con pernocta debiendo reintegrarlos en el colegio. Una vez la hija menor cumpla 7 años los padres tendrán la custodia de sus hijos dos meses alternativamente cada uno. La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 4 de julio de 2011 considera que ambas formas lo son de custodia compartida. La SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, dice que *ninguna razón, partiendo de la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, existe para limitar la entrada en funcionamiento de dicho régimen dos años más, procediéndose a revocar la sentencia en este apartado.*

[25] En el convenio regulador suscrito en el divorcio ambas partes pactaron un sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos, que la madre quiere que continúe, bien que con la lógica

El proceso de adaptación a la escuela en el que el niño de tres años de edad se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre, pero esto no es bastante para excluir el régimen preferente, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal[26].

En el caso resuelto por la STSJA 13/2012, de 9 de abril, dice la Sala que *no existe prueba que permita considerar que los hijos del matrimonio disuelto tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.*

Por el contrario, en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, confirmada por la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, la Audiencia concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado como un capricho de la menor sino como una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el art. 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia–.

3. La opinión de los hijos

El derecho del menor a ser oído aparece recogido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, así como en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Además, cabe citar el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre

---

modificación impuesta por su traslado a Madrid, esto es, sustituyendo el sistema pactado de alternancia mensual por el de años escolares. Subsidiariamente, la madre pide que se le atribuya exclusivamente a ella la custodia individual de los dos hijos de 11 y 5 años de edad. La custodia que la madre pretende implicaría que los hijos alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores. Y también debe denegarse la custodia individual a favor de la madre, pues ambos hijos tienen su vida organizada y estructurada en Zaragoza, el mayor ha mostrado su rechazo a trasladarse a Madrid y un reparto de hijos debe ser desechado por la inconveniencia que una separación de los hermanos supondría. Se mantiene, pues, la guarda y custodia individual a favor del padre (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

[26] STSJA 29/2012, de 25 de septiembre.

de 2007 e íntegramente reproducida en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa[27]. En la normativa aragonesa, el derecho del menor a ser oído está establecido en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del CDFA.

Pero no se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6, al que se remite el 76.4 CDFA), sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años [80.2.c)][28], para, en unión de los restantes factores del art. 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él[29].

La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado (art. 80.2). *No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación que, conforme al art. 5 CDFA, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión* (STSJA 27/2012, de 24 de julio). La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, insiste en que el artículo 80.2 no señala a la opinión de los menores como factor preferente sino como *uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.*

En el caso de la STSJA 13/2012, de 9 de abril, que sustituye la custodia individual de la madre por la compartida, la opinión de los hijos menores de mayor edad (16 y 12 años) evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que *constituye un dato esencial que debe ser claramente valorado* a favor del establecimiento de la custodia compartida.

La opinión de la menor es un dato a tener en cuenta como así viene establecido en la norma aragonesa [arts. 6, 76.4 y 80.2.c) CDFA], obviamente no se trata de acceder sin más trámites a la conveniencia de la menor, sino de conjugar de manera adecuada su opinión (claramente favorable a convivir con su madre) *con el resto de datos relevantes que confluyen en el litigio, en este caso las pruebas periciales obrantes, es por ello que en*

---

[27] *Vid.* SSTC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; 185/2012, de 17 de octubre, FJ 9.

[28] De la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, edad suficiente para expresar su opinión de forma consciente y racional, se desprende, la negativa de los hijos a residir con su padre, ni aun temporalmente de manera alterna, por lo que el recurso deber ser rechazado en este concreto apartado (SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril).

El Juez, en el acto de la vista, acordó la no necesidad de la prueba pericial solicitada *por cuanto el hijo, de 16 años y cinco meses y medio en ese momento, había manifestado en la exploración practicada en diciembre anterior su deseo de estar con su madre* (SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio).

[29] Los menores (de 12 y 10 años), con juicio y madurez suficientes, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad, sin cambios. Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores [arts. 80.2.c), 76.4, 6] adquieren especial relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero). *Confirmada* por STSJA 24/2012, de 5 de julio.

el presente supuesto se hace evidente que la custodia individual es más beneficiosa para las menores que la compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio)[30].

El legislador da relevancia a la opinión de los menores. Los menores tienen sus propios deseos y sentimientos que no pueden ser dejados de lado, sino que deben ser tenidos muy en cuenta cuando lo que se busca es su propio beneficio, también cuando son adolescentes o preadolescentes (como aquí ocurre), con toda la problemática que tal periodo lleva consigo acentuando los roces consustanciales a toda situación de convivencia, que aparecen más raramente cuando la relación es esporádica. Por ello, aunque ciertamente actuar en beneficio e interés de los menores (art. 76.2 CDFA) no equivale sin más a la satisfacción de todos sus deseos, en algunos casos hemos dado relevancia a la propia opinión de los menores a fin de determinar lo más beneficioso para ellos cuando ambos progenitores tienen la capacidad necesaria para llevar a buen puerto su educación (como sucede en este caso) y para tomar decisiones sobre sus hijos. En suma, una cosa es que los menores deban ser oídos y otra que debamos sistemáticamente contrariar su voluntad cuando, al fin y al cabo, ellos no tienen ninguna culpa de que no puedan convivir con sus dos progenitores, cuyos deseos, sentimientos, afectos y emociones también cuentan, desde luego, pero menos que los de sus hijos, quienes nada han hecho para crear los riesgos de disgregación familiar, lo que no significa ningún tipo de reproche, ni premiar ni castigar a ninguno de los progenitores, sino hacer que la ruptura matrimonial –cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo– sea lo menos traumática posible para los hijos de la pareja que se separa[31].

La opinión del menor puede conocerse a través del informe psicológico o social y/o por medio de la exploración judicial. La exploración del menor puede tener lugar a instancia de parte o de oficio y practicarse en primera o segunda instancia[32], o en ambas[33]. Pero la opinión del menor tanto puede ser favorable a

---

[30] En el caso de esta sentencia, la Audiencia revoca la sentencia del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011 que había otorgado la custodia de forma compartida sobre los menores de 10 y 6 años de edad, y se atribuye individualmente a la madre porque en los dos informes psicosociales, uno del Juzgado y otro de parte, se rechaza la custodia compartida aconsejando la individual de la madre recurrente y también porque en la exploración practicada en la alzada la niña de 10 años ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre que ha sido la figura de especial referencia en su vida.

[31] Así se expresa la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, reiterando lo dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en la S. 311/2011, de 16 de diciembre). En el caso de autos el menor tiene ya casi catorce años y desea claramente vivir con su padre. La Sala valora asimismo el rechazo frontal que el menor siente hacia el compañero sentimental de la madre.

[32] La menor, de 12 años de edad, ha sido oída en la segunda instancia y ha manifestado su deseo de continuar con el régimen de custodia compartida, manteniendo su actual situación. Esta consideración, unida a la preferencia legal y a que ambos progenitores tienen aptitud y capacidad para el cuidado de la menor, inclinan a la Sala a mantener la custodia compartida con el régimen de semanas alternas impuesto, que se adapta adecuadamente a la disponibilidad laboral de ambos progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero).

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo). Otros casos: Ss. APZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio; 350/2012, de 19 de junio (la menor de 16 años de edad es parapléjica y desea seguir viviendo en la vivienda familiar adaptada a su minusvalía).

[33] Se han practicado dos exploraciones al menor de 14 años de edad, una en cada instancia. Del conjunto de la prueba se desprende el deseo del menor de compartir el mayor tiempo posible

la custodia compartida como a la individual de la madre[34] o del padre[35], o no tener un criterio fijo[36]. Siendo dos o más los hijos, su opinión puede no ser unánime[37].

A partir de los 8, 9 o 10 años, al entender que ya tienen suficiente juicio, comienzan a practicarse exploraciones de menores para conocer directamente su opinión sobre el sistema de guarda y custodia que prefieren[38].

---

con ambos progenitores. Hay que tener en cuenta el deseo del menor de convivir con su padre y con su madre, destacando en su discurso aspectos positivos que implicaría dicho cambio, por lo que procede revocar la sentencia de instancia y fijar la guarda y custodia compartida como más conveniente para el interés del menor (SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero).

[34] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 145/2012, de 20 de marzo, los hijos, de 14 y 11 años de edad, desean seguir viviendo con su madre y ver a su padre los fines de semana alternos, opinión que sirve para desestimar la petición de custodia compartida.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, el Juzgado ha estimado la petición del padre y le ha concedido la custodia individual que hasta entonces tenía la madre (porque presenta déficits a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina); en 2ª instancia se practica exploración de ambos hijos, de ella se deduce que estos no quieren en modo alguno vivir con su padre, en el caso de Arturo, su edad actual 18 años, relativiza a cualquier decisión que pueda tomarse, y en el caso de Nerea, con una edad ya relevante (15 años), no parece adecuado a la vista de sus explicaciones y razonamientos el mantenimiento de una custodia impuesta. La opinión de los menores es relevante. Además el mantenimiento de la custodia de la madre evita separar a los hermanos.

[35] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, la hija común tiene 17 años y ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo una decisión motivada y razonada por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del CDFA, la Audiencia confirma la sentencia de primera instancia en este apartado.

SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio*: La menor* (de 16 años de edad y parapléjica) *ha sido explorada en esta alzada y ha manifestado desear quedarse en Grisén dónde tiene a sus amigos y a su novio, que se encuentra bien atendida por su padre y hermano, que quiere seguir estudiando en Pedrola, que habla y ve a su madre, a la que echa mucho de menos porque siempre ha vivido con ella, pero que por ahora no quiere vivir en Zaragoza* [a donde se ha trasladado a residir con su pareja].

[36] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, en la exploración que se llevó a cabo en esta alzada, el menor *dijo que prefiere seguir en su actual situación, que está bien con sus dos progenitores, pero mejor con su madre; y que si tiene que estar con los dos prefiere poco tiempo. Manifestaciones a las que, al menos en lo que se refiere a la opción guarda individual/guarda compartida, no cabe conferir un valor decisivo, dado su criterio cambiante sobre el tema, expresamente admitido por la madre en el juicio.*

[37] En la SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, los tres hijos, que han cumplido 16, 14 y 9 años de edad, viven con su madre y visitan a su padre fines de semana alternos y dos tardes entre semana. Los tres manifestaron ante la Trabajadora Social que están bien con los dos padres, pero que preferían seguir como siempre –sin la pernocta de las dos tarde entre semana que el padre pretende, postura que los dos pequeños mantuvieron en la exploración practicada en esta segunda instancia, pero el mayor cambió, diciendo que prefería la custodia compartida con alternancia de 15 días.

[38] El menor, de 9 años de edad, tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la alzada, manifiesta su preferencia y deseos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y su oposición a la custodia compartida solicitada por el padre. En atención al informe pericial y a la opinión del menor, la Sala considera que la custodia compartida acordada por el Juzgador de instancia no es lo más favorable para el menor, estimando, por el contrario, más adecuada la custodia individual a favor de la madre (SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo). *Confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo).

La opinión del menor puede ser también relevante para concretar el tipo de custodia compartida o el régimen de visitas con el progenitor no custodio[39].

4. La aptitud y voluntad de los progenitores

Aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, emocional, físico, educativo, etc., en la valoración de la prueba hay que partir de la inicial aptitud de ambos padres para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse en los autos su falta de aptitud, idoneidad o voluntad para su ejercicio (Ss. TSJA 10/2011, de 30 de septiembre, y 17/2012, de 18 de abril).

No bastan, a tal fin, las apreciaciones personales del Juez ni las estimaciones de futuro sobre la falta de disponibilidad de tiempo de uno de los padres[40], al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual[41], sin que quepa presumir su incapacidad para el futuro (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

Tampoco impide fijar la custodia compartida el hecho de que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción que el padre al cuidado de los hijos[42]. *El tiempo dedicado por cada uno de los progenitores al cuidado*

En el informe psicológico practicado en el proceso se dice que Paula, de 9 años, quiere seguir viviendo con su madre, no deseando la menor la custodia compartida que solicita el padre. Entiende la Audiencia que *en el caso enjuiciado debe preservarse la seguridad y tranquilidad de Paula. Tiene suficiente juicio para valorar cómo se encuentra mejor y cómo desea repartir su tiempo entre los progenitores, habiéndose demostrado que el sistema vigente le ha permitido un satisfactorio nivel de adaptación educativo y de relación con su entorno* (SAPZ, Secc. 2ª, 363/2012, de 26 de junio, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17 de enero de 2012).

[39] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, en la exploración de la menor de casi 12 años de edad practicada en la segunda instancia ésta ha solicitado que las visitas intersemanales incluyan la pernocta. Dice la Audiencia al respecto: *En cuanto a las pernoctas intersemanales se trata de una solicitud de la menor de todo punto razonable y atendible, aparte que implica una mayor interrelación con ambos progenitores, procede ampliar las visitas en los términos indicados fijándose para su práctica los martes y jueves respectivamente.*

[40] La madre, que no cuestiona la capacidad e idoneidad del padre para el ejercicio de la guarda y custodia, sí duda de que, dadas sus ocupaciones –clases en la Facultad de Medicina, atención de su Gabinete, congresos y conferencias–, pueda encargarse de su hijo debidamente. *Lo que, sin embargo, es sólo una estimación de futuro sobre su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente ninguno de los factores señalados en artículo 80.2 CDFA en orden al señalamiento de un régimen u otro de custodia* (SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio).

[41] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7 de marzo, la corta edad de la menor (cinco años), los escasos contactos habidos con su padre (falta de pernoctas), la ausencia de espacios en la vivienda de éste para el desarrollo de las actividades propias de la niña (habitación propia), su horario y actividades laborales distantes de la localidad de Zaragoza, permiten concluir en que carece de condiciones precisas para facilitar la estabilidad de la misma en todos los órdenes, resultando más beneficiosa la custodia individual acordada a favor de la madre, en cuyo entorno se encuentra plenamente acomodada (art. 80.2.d y e CDFA).

[42] La SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio, pone de manifiesto que el hecho de *que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción al cuidado de la niña no impide en*

y atención de los hijos menores durante la convivencia es un dato que no puede calificarse de decisivo, como único argumento para la elección de la forma de custodia y ello por cuanto esta mayor dedicación puede estar justificada en la pronta edad del menor e incluso en la mayoría de los casos puede responder a un acuerdo de los progenitores, al existir una mayor dedicación en la obtención de recursos económicos para hacer frente a las necesidades de la familia por parte de uno de ellos o por simple decisión consensuada, por lo que no puede apoyarse la denegación de la custodia compartida, únicamente en esta cuestión, obviándose el resto de las pruebas objetivas que obran en autos[43].

En efecto, como dice la STSJA 22/2012, de 6 de junio, *la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante matrimonio, no debe ser trasladada acríticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención al menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no conste antecedente de desatención o descuido*[44].

En la misma línea, señala la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, que *el reparto de roles hasta la interposición de la demanda ha podido ser uno, y el mismo conllevar una mayor o menor presencia del padre en el colegio en reuniones o tutorías, pero a lo que tal circunstancia no puede conducir es a la presunción de que el padre no pueda acceder a un régimen de custodia compartida, prejuicio que hay que rechazar, pues no pudiéndose presumir una incapacidad para el futuro, será sólo la demostración de una falta de aptitud y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual.*

Respecto de la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, dice la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, que *tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia,*

---

el nuevo periodo y por las connotaciones anteriores expuestas (implicación en el cuidado de la hija, horario laboral compatible, compra de vivienda en el lugar de residencia de la menor) *fijar la custodia compartida como la más idónea en beneficio de la menor.*

[43] Así lo dice el voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre.

[44] En el caso de esta sentencia, que casa la de la APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, *consta probado que el padre recurrente, a partir del momento de la separación, adaptó su horario laboral a las necesidades del menor, y que su capacidad para hacerse cargo de la custodia de éste resulta acreditada por prueba pericial, de la que resulta que se ha implicado en los cuidados cotidianos del niño y puede dedicar parte de su tiempo a su atención, no existiendo otros elementos probatorios que desvirtúen esa apreciación.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 226/2012, de 13 de julio, dice que éste párrafo de la STSJA 22/2012 *es aplicable por analogía a la presente litis. A pesar de que la Sala reconoce, para el caso concreto, la existencia de contradicciones e incertezas con respecto a la situación paterna, no existen elementos probatorios suficientes y concluyentes que desvirtúen la apreciación de que el padre está haciendo todo lo que puede para el bienestar de su hija o esa debería ser al menos la intención salvo que la custodia compartida sea el subterfugio utilizado para no hacer frente a las obligaciones económicas derivadas de la patria potestad u otro motivo reprobable.*

en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de las padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.

Pero para apreciar la ineptitud del padre es razón suficiente, según dice la STSJA 10/2011, el hecho de que el padre permanezca sin trabajar y adopte una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención del hijo[45].

La STSJA 17/2012, de 18 de abril, recuerda 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 solo entonces se otorgará.* […] *Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija*[46]*, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia por la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija,* por lo que procede establecer el régimen de custodia compartida.

Pero la mayor aptitud de la madre para resolver problemas es un factor que, en unión de otros, coadyuva a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor favorables a la custodia individual de la madre (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

El informe psicosocial indica que la madre presenta deficiencias a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina a sus dos hijos, de 17 y 15 años de edad, constatándose en la inestabilidad familiar que han vivido los menores, por lo que aconseja atribuir la custodia de ambos al padre, lo que así acuerda el Juez. Pero la Audiencia entiende que el posible fracaso escolar, que aún están en condiciones de evitar por sus propios medios, no parece que pueda y deba achacarse a la responsabilidad exclusiva de uno de los progenitores, te-

---

[45] *Pero en el caso de autos* de esta STSJA, que confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, *la prueba practicada* (informe pericial e interrogatorios), *según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

En la SAPZ, Secc. 2ª, 126/2012, de 13 de marzo, también es la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de una menor, de tres años de edad, por parte de su padre, que sigue residiendo con sus padres, sin disponer de vivienda donde ejercer autónomamente tales cometidos, y sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares (alimentos e hipoteca), lo que fundamenta la custodia individual a favor de la madre. Caso similar es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 291/2012, de 29 de mayo, en la que se afirma que «no existe razón alguna, ni fáctica ni jurídica que dé soporte a la pretensión del actor [de que se conceda la custodia compartida], basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos».

[46] *En el presente caso* –según dice la STSJA– *recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora de desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo,* lo que permite apreciar la aptitud y voluntad del padre.

niendo en cuenta que el ejercicio de la autoridad familiar es compartido por ambos progenitores. Por lo que, atendiendo a la opinión de los menores, mantiene la custodia individual a favor de la madre. Nada se dice sobre la posibilidad de una custodia compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio).

5. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres

La custodia compartida exige que ambos padres tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades[47]. Además, el apoyo de la familia externa puede facilitar en muchos casos la adecuada conciliación[48].

La imposibilidad de conciliar vida familiar y laboral hace que la custodia individual a favor del otro progenitor resulte más conveniente para el interés del hijo menor[49].

---

[47] El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que se ha constatado la actual implicación paterna y una mayor disponibilidad laboral para compaginar su horario con los periodos de visitas, siendo esto así no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o falta de confianza en que el padre mantenga su disponibilidad laboral en el tiempo más allá del procedimiento, cuando se constata un cambio de actitud notable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011, el padre alegó en el juicio tener que salir de su domicilio todas las mañanas a las 6,10 horas, y que el niño de cuatro años de edad se quedaba al cuidado de su hermano o de su madre. No consta que la abuela paterna viva con ellos, ni que el hermano con el que convive no trabaje. El Juzgado acuerda la custodia compartida por semanas alternas y la Audiencia lo confirma, pero advierte que *cualquier desestabilización del menor referente a la falta de organización de su cuidado y atención por las mañanas hasta su entrada en el colegio, o, cualesquiera circunstancias del mismo, que no puedan solventarse por el padre de forma adecuada, podrán generar un cambio de dicha medida.*

En la SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, se dice que siendo similares en ambos padres las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, *lo decisivo es que los medios a disposición son suficientes, al margen de que uno tenga más o menos que el otro.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, la sentencia apelada basa su negativa a la custodia compartida en las dificultades del padre para conciliar la vida familiar y laboral, pero la Sala entiende que no existe prueba consistente que acredite que no pueda compaginar el padre su trabajo de promotor inmobiliario con el cuidado del menor, en circunstancias muy diferentes a la madre que también trabaja fuera de casa.

[48] En la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28 de julio de 2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por semestres sobre una menor de tres años y medio de edad, se dice que *es de destacar, así lo indica el juzgador de instancia, el apoyo de la familia externa en ambos progenitores para la adecuada conciliación laboral con la forma de custodia fijada.*

En el caso de la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que confirma la de la APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, la disposición por parte de la madre de ayudas para gestionar el cuidado de las menores, de 10 y 6 años de edad, es un factor que, junto a otros comprendidos en el artículo 80.2 CDFA, coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor de 10 años de edad favorables a la custodia individual de la madre.

[49] La estancia del padre fuera de Zaragoza, de lunes a jueves, es obstáculo para la solicitud de custodia compartida. El plan de custodia compartida que propone el padre reserva todos los fines de semana desde el jueves por la tarde al lunes por la mañana al mismo, atribuyendo el resto de la semana a la madre, lo que no puede aceptarse, pues vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril).

Las dificultades de conciliación, en unión de otros factores del artículo 80.2, debidamente probados, también pueden hacer más conveniente la custodia individual del otro[50].

Pero no bastan para apreciar la imposibilidad o dificultad de conciliar los juicios de probabilidad o las estimaciones de futuro sobre la disponibilidad de tiempo, en función de la pasada dedicación laboral del padre, sin una valoración de prueba que así lo acredite. El hecho de que la dedicación laboral del padre haya sido su principal ocupación durante el matrimonio lleva a la Audiencia (SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo) a hacer el siguiente juicio de probabilidad no asentado en pruebas: «la dedicación laboral del padre… no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño…». Dice el TSJA (S. 13/2011, de 15 de diciembre) al respecto: *Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese periodo, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida*[51].

---

[50] En la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011 de 2 de diciembre, se dice que en el informe de la Psicóloga se afirma que los dos padres *tienen plena capacidad y habilidades para ejercer de forma responsable los deberes de cuidado y crianza de sus hijas, no requiriendo la pequeña atención especial por parte de la madre; pero que, sin desconocer los compromisos de flexibilización horaria asumidos por «Tuzsa», empresa donde el actor trabaja como único médico de empresa, considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria. Y el Juez, de acuerdo con ese informe, atribuye a la demandada la custodia individual de las hijas, con el régimen de visitas que establece a favor del padre.* La Audiencia confirma en este extremo la sentencia de primera instancia pero tiene en cuenta también que la hija pequeña sólo tiene tres años así como el principio que aconseja no separar a los hermanos.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, la Sala entiende que, no existiendo un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor, de dos años de edad, que presenta requerimientos específicos en torno a su alimentación, descanso, ocio, etc., teniendo en cuenta su corta edad, y la gran disponibilidad de que goza la madre, resulta más beneficiosa para la niña mantenerla bajo el cuidado cotidiano de la madre.

[51] El TSJA adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores por semestres escolares. En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre falta de aptitud por lo que se ha infringido la preferencia legal por el régimen de custodia compartida contenida en el art. 80.2 CDFA.

Parece un caso muy similar el de la SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, en el que se afirma que la custodia individual a favor de la madre resulta más conveniente en el caso por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo –Director Regional de un Banco– y, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas.

En la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, los horarios laborales de los padres no resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

6. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia

Es este un apartado residual en el que cabe incluir *cualquier otra circunstancia de especial relevancia* que, debidamente acreditada, pueda llevar al Juez al convencimiento de que la custodia individual es más conveniente para el menor. En las sentencias consultadas aparecen dos circunstancias que, en ocasiones, pueden ser de especial relevancia para acordar la custodia individual.

A) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre*

Cuando los domicilios de los padres se encuentran en localidades distintas y alejadas, esta circunstancia puede hacer muy difícil el establecimiento de una custodia compartida[52]; la SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, afirma la absoluta inviabilidad de una guarda y custodia con alternancia de cursos escolares entre Marbella y Zaragoza; en cambio, dentro de una misma localidad, o incluso en localidades próximas, la distancia entre los domicilios de los padres puede carecer de relevancia[53].

B) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana*

El TSJA (S. 6/2012, de 9 de febrero) ha dicho que *no puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia*

---

[52] La madre, por su traslado a Madrid, pide que la custodia compartida por meses alternos pase a ser por años escolares alternos. Dice la Audiencia que la custodia que la madre pretende implicaría que los hijos, de 11 y 5 años de edad, alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez basa su decisión de mantener el régimen de custodia individual a favor de la madre vigente en la distancia que separa a ambos progenitores (Zaragoza-Málaga). Dice la Audiencia que no se advierte por el padre recurrente *que al menos desde la contestación de la demanda se tuvo conocimiento del traslado de la demandada a Málaga –Alhaurin de la Torre– y de lo razonable de los motivos de ese traslado –necesidades económicas por impago de pensiones–, situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso– es tan inviable –y disparatado el que se propone– como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta.*

[53] El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital (S. TSJA 13/2012, de 9 de abril).

individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, «la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor». La falta de entendimiento entre los progenitores no puede constituir un factor decisivo en cuanto al establecimiento del régimen o sistema de guarda y custodia del hijo menor[54].

La STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, indica que *es cierto que esta circunstancia [la conflictividad existente entre los progenitores], en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo– de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDFA–. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDFA–.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, indica que *no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad*[55]*,*

---

[54] Así lo dice la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.

[55] La SAPZ, Secc. 2ª, 420/2011, de 15 de julio, mantiene la custodia individual a favor de la madre, con ampliación del régimen de visitas del padre, sobre el hijo común de 7 años de edad, porque las amplias discrepancias entre los padres y su falta de acuerdo en aspectos tan esenciales del menor como el sanitario y educativo, impiden considerar más adecuada la custodia compartida, que por seis meses alternos solicita el padre.

Como justificación para mantener la custodia individual a favor de la madre acordada en el convenio regulador y mantenida por el Juez, dice la SAPZ, Secc. 2ª, 242/2012, de 2 de mayo: *Aspectos decisivos en la decisión a adoptar son el elevado nivel de conflictividad entre ambos progenitores […] y su falta de habilidades para llegar a acuerdos, situación en la que la Psicóloga considera que el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida no es aconsejable en el caso –perjudicial dice la Trabajadora social–, además de que la modificación del sistema de guarda y custodia de los menores no resolvería sus necesidades ni el malestar existente en el grupo familiar, ya que la principal problemática de los menores es la elevada conflictividad y litigiosidad existente entre los progenitores y el grado en que se les ha hecho partícipes de la misma, extremos ambos –disminución del nivel del conflicto de la pareja y mantenimiento de sus hijos al margen de sus tensiones y diferencias– en el que ambos deben concentrar sus esfuerzos.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 363/2012, de 26 de junio, se dice que el alto y grave nivel de enfrentamiento personal entre los padres no favorece el correcto ejercicio de la autoridad familiar, lo que, unido a la opinión de la menor de 9 años de edad manifestada en el informe psicológico, sirve para fundamentar la conveniencia de mantener la custodia individual a favor de la madre.

para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar, en su caso, la implantación de la custodia compartida[56].

Según la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, *la mala relación que tienen los cónyuges (actualmente no se comunican de forma directa, sino a través de sus abogados o por correo electrónico) no puede ser por sí misma un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas y lo más conveniente para las menores es que se relacionen con ambos progenitores, aunque los adultos se lleven mal personalmente.*

Esta misma sentencia añade que *la «manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana», es decir, las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro progenitor no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida, porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores.*

Además, la S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7 de mayo de 2012 afirma, como hace el Preámbulo, que *la custodia compartida evita los conflictos entre los progenitores al situarlos a ambos en un plano de igualdad frente a sus hijos.*

VI. NO SEPARAR A LOS HERMANOS

Para decidir el sistema de guarda y custodia más conveniente hay que tener en cuenta también que el art. 80.4 dice que, *salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.* Aunque la norma no lo señala expresamente, es claro que se refiere principalmente a los hermanos menores de edad[57]; los hermanos mayores de edad podrán sumarse voluntariamente al régimen de convivencia establecido para los menores o, en otro caso, habrá que establecer la forma de que los hermanos menores y mayores mantengan la relación entre sí [art. 79.2.a)][58]. No obstante,

---

[56] *En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida únicamente por este motivo* (sentencia confirmada por la del TSJA 6/2012, de 9 de febrero).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, el Juez basa su negativa a la custodia compartida en la fuerte conflictividad entre los progenitores. En cambio dice la Sala que la conflictividad que subyace entre los progenitores, fuera de las lógicas discrepancias de toda ruptura conyugal, no parece relevante como para excluir el régimen con preferencia legal.

[57] En la SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio, se dice que *la existencia de un hermano mayor de edad* [que parece va a seguir conviviendo con la madre] *teniendo en cuenta la diferencia de edad* [el menor de edad tiene 6 años] *no puede en este caso considerarse relevante a los efectos de excluir la custodia compartida.*

[58] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 257/2012, de 9 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de noviembre de 2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron

en algún caso también se toma en consideración la conveniencia de no separar al menor de su hermano mayor, que ya tiene 18 años[59].

La no separación de los hermanos menores es un principio general, que la Ley establece para que se cumpla[60], que *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 tuviera hijos habidos con sus nuevas parejas* (STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

El principio, por tanto, no está concebido para evitar la separación de hermanos que lo son sólo de vínculo sencillo. *No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con* [medio] *hermanos nacidos tras la ruptura* de la convivencia de sus padres, como dice la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre (*cfr.* art. 117 CDFA)[61].

---

ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. En la sentencia se dice que el hermano mayor de edad vive con la madre. Desde la separación de sus padres Victor vive con su padre, abuela y tío paterno, en tanto que David, el hijo mayor, vive con la madre, con quien Victor se relaciona de una forma regular los fines de semana alternos y los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas. La relación del hijo mayor con su padre reconocen ambos progenitores que se ha deteriorado y también la de ambos hermanos. La relación fraterna le produce a Victor un gran malestar psicológico que, teniendo en cuenta su inestabilidad, puede ejercer una influencia negativa sobre él.

[59] SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio: En primera instancia, por indicación del informe psicosocial y por la conveniencia de evitar su separación, se acuerda que la custodia individual de los hijos, de 17 y 15 años, pase de la madre al padre; pero en segunda instancia, el mayor ya tiene 18 años, y ambos manifiestan querer seguir viviendo con la madre; la Audiencia, con fundamento en la opinión de los hijos *y también debe tenerse en cuenta, conforme al art. 80.4 que contiene el principio de no separar en lo posible a los hermanos, el hecho de que Arturo, mayor de edad, haya decidido permanecer con su madre, por lo que de mantenerse el actual sistema conllevaría otra problemática añadida para la menor Nerea.*

[60] La guarda y custodia de los dos hermanos correspondía originariamente a la madre, pero atendiendo a la opinión del mayor, de 13 años de edad, que desea vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, se acuerda la custodia individual a favor del padre de los dos hijos, también de la menor que tiene 7 años. *La niña también ha pasado a vivir con el padre a fin de no separar a los hermanos, cuando realmente ninguna circunstancia individual concurría en ella para acordar el cambio de guarda y custodia, a tal punto que la niña siempre ha tenido como referencia a la madre, no al padre, como el mismo reconoce; y ya hemos indicado la distinta disponibilidad personal durante el día de uno y otro progenitor y la capacidad de la madre para educar y cuidar a sus hijos. En el presente caso, a la vista del art. 80.4 CDFA, ninguna circunstancia específica aconseja la separación de los hermanos, y no lo es la buena relación que la niña mantiene con su madre (como también con su padre), incluso después de la atribución provisional de la guarda y custodia al padre. Los informes periciales emitidos tampoco aconsejan esa drástica medida, sino todo lo contrario, como aclaró la psicóloga en la vista («tienen que ir en el mismo paquete», dijo literalmente)* (SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre).

Una vez adoptada una decisión sobre María, de 10 años de edad, que ha manifestado en la exploración judicial que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen la visitas con el padre, es de aplicación el art. 80.4 CDFA, de modo que la decisión afecta también a su hermano Juan, de 7 años de edad (STSJA 27/2012, de 24 de julio).

[61] La atribución de la custodia al padre conlleva la separación de los hermanos (en puridad, medio hermanos o hermanos de vínculo sencillo), en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de

Es un principio general que admite excepciones: la presencia de circunstancias que justifiquen específicamente la separación de los hermanos, como puede ser la opinión de los mayores de catorce años que la Ley valora con especial consideración. En dos ocasiones se acuerda la custodia repartida de los hijos menores comunes (hermanos de doble vinculo)[62].

La SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, revoca en parte la del JPII de Tarazona de 8 de noviembre de 2011, en el único sentido de extender los fines de semana alternos hasta el lunes a la entrada del colegio, facultándose a Marcos, el hijo mayor de 16 años de edad, para a su voluntad quedarse o no a dormir en casa de su padre los martes y jueves cuyas tardes tiene señaladas a su favor en su régimen de visitas. Los dos hermanos pequeños, de 14 y 9 años de edad, prefieren seguir como siempre –fines de semana alternos y dos tarde entre semana sin pernocta–. Dice la Audiencia que *el principio de no separación de los hermanos no padecerá por el hecho de que, dada su edad, Marcos decida, cuando lo haga, quedarse con su padre las noches en que este quiere se prolonguen las dos tardes que tiene atribuidas.*

---

28 de diciembre, que confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9 de febrero de 2011. Pero el informe pericial practicado considera que *no es tan relevante para el desarrollo del menor en el momento actual que se traslade al domicilio de los abuelos maternos para convivir con su hermano menor, sino que son mucho más prioritarios los aspectos señalados (estabilidad, servicios disponibles y entorno conocido) en relación a la consecución de los objetivos que se plantean y a la satisfacción de sus necesidades, dado su trastorno de desarrollo.* Por otro lado, resalta la Sala que el domicilio de los abuelos maternos en un pueblo de Madrid, en el que viven también la madre con su hijo pequeño y la bisabuela, sólo cuenta con tres habitaciones.

En cambio, en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo (*casada* por la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre), la Sala recurre al principio de no separación de los medio hermanos para reforzar su decisión de revocar la custodia compartida acordada por el Juzgado. Dice así: «Pese a que se ha mantenido en la instancia la irrelevancia de la separación de los hermanos (medio hermanos por parte de madre) con el cambio pedido e instaurado, esta Sala entiende que habiendo vivido Adrián el nacimiento y crianza de su hermano materno de casi dos años, con el que está especialmente vinculado, no se entiende la causa que puede motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado y que requiere pautas y rutinas estables, cuando, además, el art. 80.4 CDFA prevé con un carácter muy excepcional dicha solución».

[62] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2/11/2010, el Juez concede la custodia de una hija al padre y la de la otra a la madre, de 13 y 16 años de edad respectivamente. Dice la Sala que *el principio general de no separar a los hermanos admite excepciones (circunstancias que lo justifiquen dice la Ley) y también* se valora con especial consideración, *dice el artículo 6.2.c)* [80.2.c)], *la opinión de los mayores de 14 años, […] por lo expuesto debe considerarse que no se perjudica el interés de las menores en este caso con la decisión del juzgador de instancia, teniendo en cuenta la edad de las hermanas y las circunstancias familiares que no harán dificultoso el contacto entre ellas más allá del periodo de visitas, aparte de respetar su voluntad libremente expresada, de indudable trascendencia como ya se ha indicado.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida para que ambos hijos vuelvan a vivir juntos, y confirma la sentencia de instancia que mantiene la separación de los hermanos resultante del convenio regulador suscrito por los padres. Entiende la Audiencia que el proyecto del padre es rebuscado y tiene finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y el pago de la pensión al hijo menor.

VII. LA EXCLUSIÓN LEGAL DE UNO DE LOS PADRES DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO (ART. 80.6)

El artículo 80.6 señala que *no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Así que, según señala el Preámbulo (núm. 10), *una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.*

Regulación que hay que completar con lo dicho en Disposición Adicional 4ª del CDFA: *Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria.*

Si la sentencia firme absolutoria es previa al procedimiento en que se decide sobre la guarda y custodia del hijo, no concurre ya, como dice la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, el impedimento legal previsto en el artículo 80.6 CDFA para que el progenitor imputado y luego acusado de los delitos en él citados pueda asumir la guarda y custodia del menor.

El artículo 80.6 *asume en Aragón lo establecido en el artículo 92.7 del Código civil pero exigiendo que se haya dictado resolución judicial motivada, que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual*[63]. Esa resolución motivada podría ser, por ejemplo, un auto en el que se acuerde la continuación de las iniciales diligencias previas como procedimiento abreviado[64].

---

[63] SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, y otras de la misma Sala como las 14 y 160 /2012, de 17 de enero y 27 de marzo.

Con más detalle y precisión dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011, pp. 153-154) que «el precepto tiene como finalidad evidente asumir para el Derecho aragonés la regla contenida en el artículo 92.7 Cc, pero corregida en algunos aspectos significativos: i) la exigencia de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no bastan las simples denuncias para provocar la aplicación del precepto; ii) la previsión de que en tales casos no solo no procede la custodia compartida, sino tampoco la individual, a diferencia del Cc, que menciona únicamente la compartida, lo que ha sido criticado, con razón, por la doctrina; iii) la inclusión de la violencia de género, junto a la doméstica, a la hora de fijar las causas que pueden llevar al Juez a denegar la custodia, si considera que hay indicios fundados de su concurrencia.»

[64] S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 2 de Zaragoza de 7 de mayo de 2012.

La falta de dicha resolución motivada, así como el Auto de sobreseimiento, impiden apreciar la causa de exclusión del art. 80.6[65].

La SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, se plantea si en los procesos penales a que se refiere el art. 6.6 de la Ley 2/2010 (actual art. 80.6 CDFA) está incluido el proceso penal de juicio de faltas por injuria y vejación injusta del artículo 620.2º CP. Indica la Sala que *la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección de la violencia de género, introdujo «ex novo» diversos tipos penales elevando a delito diversas acciones que con anterioridad constituían simples faltas penales, constituyendo el artículo 620.2º CP una de las escasas faltas de violencia de genero no elevadas a la categoría de delito por razón de la víctima y su vinculación con el autor de la falta.*

Sin embargo –añade–, *si nos atenemos a los procesos penales a los que se refiere el art. 6.6 LIRF no parece que esté en ellos incluido el seguido contra el recurrente generador finalmente de una falta del art. 620.2 CP, refiriéndose todos los mencionados en la norma a los tipos de delito indicados en el Libro II, Títulos III, VI, VII y VIII del CP, criterio que parece deducirse en la exigencia de que se dicte resolución motivada en la que se constate la presencia de indicios razonables de criminalidad. Nos parece igualmente muy revelador que en el preámbulo IX de la Ley 2/2010 se indica expresamente que «la disposición adicional cuarta, referida a los supuestos de privación de la custodia por la existencia de indicios fundados de violencia doméstica u otros delitos contenidos en el ámbito familiar, establece que la sentencia absolutoria firme de los citados delitos será causa de revisión del régimen de custodia», pareciendo pues clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal.*

Debe finalmente tenerse en cuenta que en tema de restricción de derechos como es el caso, y especialmente afectando el mismo a un bien de especial protección como es el interés del menor, que podría resultar afectado, no cabe hacer pues una interpretación extensiva del precepto indicado en perjuicio de dicho interés si se considera que la custodia compartida o la individual del progenitor condenado es más favorable a dicho interés, por lo que consideramos que el proceso penal y la falta subsiguiente a la que ha sido condenado el recurrente, dado por otro lado la escasa entidad de los hechos enjuiciados, como se desprende del factum de la Sentencia penal, no es causa de exclusión legal de la custodia compartida por el mismo solicitada, debiéndose entrar a dilucidar la conveniencia o no de fijar dicha forma de custodia[66].

---

[65] En el recurso de apelación no se insiste en la causa de exclusión de la custodia compartida en base a lo dispuesto en el art. 80.6 CDFA, *por cuanto no sólo no consta resolución judicial motivada en la que se constate indicios fundados y racionales de criminalidad, o indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino que obra aportado como prueba documental (folio 275) Auto de sobreseimiento provisional y archivo del Juzgado de Violencia de Género de 12/5/2010 en las diligencias previas incoadas, por lo que no procede apreciar la indicada causa de exclusión como indica el Juzgador de instancia en su Fundamento Jurídico Tercero* (SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre).

[66] La Audiencia otorga la custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, dice, en relación a un juicio de faltas contra el padre en el que se le condena por una falta de vejación a la madre a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio, que *es claro que la calificación de los hechos, por su escasa gravedad y etiología, no entraña, a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el obstáculo legal contemplado en el art. 6-6 de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, como así ha declarado recientemente esta Sala en caso similar.*

En cambio, en el supuesto de hecho de la SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, la madre recurrente ha sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición de comunicación con el recurrido de dos años, se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y custodia, no encontrándose extinguida la pena, en consecuencia procede confirmar la sentencia en este apartado: la guarda y custodia del hijo menor se atribuye al padre. Hay otros tres casos de aplicación del artículo 80.6[67].

Si el precepto es de aplicación a uno solo de los progenitores, el Juez debe conceder la custodia individual al otro. Si es de aplicación a los dos, entonces ninguno de los padres deberá ostentar la guarda y custodia, y será el Juez quien deberá acordar lo procedente, al amparo del artículo 79[68].

La situación de prisión provisional de uno de los padres, o la de libertad provisional, y con mayor motivo la prisión por delito juzgado, suele ser una circunstancia que, en virtud del prevalente interés del menor, aconseja establecer la custodia a favor del otro progenitor[69].

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, se reitera lo dicho en la sentencia de 3 de mayo de 2011 ante la alegación por el padre del olvido de lo dicho en el artículo 80.6, habiendo sido condenada la madre por varias faltas contra él.

[67] La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este apartado la del JPII núm. 2 de Huesca de 20 de enero de 2011 que atribuye la guarda y custodia a la madre. Por sentencia de 8 de febrero de 2010, el padre fue condenado por el JPII núm. 2 de Huesca, como autor de un delito de amenazas a su entonces esposa (art. 171.4 CP), a las penas correspondientes, entre las que se encuentran las prohibiciones de aproximación y comunicación con la demandante por tiempo de tres años. Por tanto, habiendo mediado dicha condena, que todavía está vigente, no procede atribuir al padre la guarda y custodia del niño de 6 años de edad, ni individual ni compartida, conforme al artículo 80.6 CDFA. No se puede prescindir de esta norma imperativa, a pesar del deseo del niño de vivir con el padre y a pesar de que la madre ha tenido que trasladarse a vivir a Málaga por razones laborales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 2 de Zaragoza de 18 de julio de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores a la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFA).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1 de diciembre de 2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del artículo 80.6 CDFA, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

[68] Así lo dice Martínez de Aguirre, 2011, p. 154.

[69] En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de trece de julio, se priva a la madre de la custodia individual y se concede al padre, en razón de los presuntos delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita en que puede haber incurrido la madre según auto del Juzgado de Instrucción.

VIII. SENTENCIAS DEL TSJA O DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL

Sabemos que, como dice el art. 80.5, *la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor*, pero esa objeción de uno de los progenitores unida al resultado de la valoración de la prueba practicada en las instancias lleva a los tribunales a decidir con alguna frecuencia que lo más conveniente para el menor en el caso de autos es la custodia individual. Así, por ejemplo, en la SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, se dice: *La prueba practicada, evaluada a la luz del citado precepto (art. 80.2 CDFA), muestra como es la custodia individual a favor de la madre la medida que se revela más adecuada para preservar el superior interés del menor, designio este al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a los menores* (art. 76 CDFA).

1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

De los 17 casos de guarda y custodia que han llegado al TSJA en estos dos primeros años de vigencia de la Ley 2/2010, 9 han terminado con custodia compartida y otros 8 con custodia individual a favor de la madre. De las 8 sentencias de custodia individual:

a) *Siete confirman la custodia individual* a favor de la madre acordada por la Audiencia al entender que concurren razones para excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida.

1. La STSJA 10/2011, de 30 de septiembre, confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que había confirmado a su vez la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de noviembre de 2010 que atribuyó la custodia individual a la madre sobre la hija, de 2 años de edad, y rechazó la petición de custodia compartida del padre, valorando especialmente el informe psicosocial practicado. Dice el TSJA que *es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad de ejercicio. Pero en el caso de autos, la prueba practicada* (informe pericial e interrogatorios), *según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

2. La STSJA 4/2012, de 1 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad (la pequeña tiene 6 años). El TSJA entiende que *la Audiencia Provincial ha explicado por-*

menorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación. […] *En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica.*

3. La STSJA 5/2012, de 8 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que desestima el recurso de apelación y confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15 de diciembre de 2010 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas del matrimonio, de 8 y 5 años de edad. La Audiencia descarta la aplicación del artículo 80.6 CDFA, pero en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. El TSJA entiende que *la sentencia de apelación hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos de dicho informe psicosocial, como el trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo. Todo ello hace concluir al tribunal de apelación que, como aconseja el informe psicológico, debe mantenerse la custodia de la madre como situación más acertada para preservar el prioritario interés de las hijas. Así pues, la sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes psicosocial y psicológico, que no puede ser revisada en casación al no ser irracional, ilógica o arbitraria (Ss. TS 28 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009, 10 de septiembre de 2009 y 19 de octubre de 2009), lo que no sucede en el presente caso pues de tal valoración, basada en el conjunto de factores indicados recogidos en los informes técnicos, y en el parecer de éstos, se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.*

4. La STSJA 24/2012, de 5 de julio, desestima el recurso de casación y confirma en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo la SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, a su vez confirmatoria de la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de septiembre de 2011, que desestimó la demanda del padre que solicitaba el establecimiento de la custodia compartida, de modo que se mantiene la custodia individual inicialmente acordada, si bien, tal y como acordó el Juzgado, se amplía el régimen de visitas a favor del padre. Con base en el informe psicosocial, en la voluntad de los menores, recogida tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la segunda instancia, y en el informe del Ministerio Fiscal, se acordó que la custodia individual era más beneficiosa para los hijos, de modo que no existe la infracción del art. 80.2 que el recurrente argumenta como motivo de su recurso.

5. La STSJA 27/2012, de 24 de julio, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma plenamente la SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13

de marzo, que había confirmado la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15 de junio de 2011 que en autos de modificación de medidas de divorcio había desestimado la demanda de custodia compartida formulada por el padre, con el consiguiente mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJ que el caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada por la psicóloga del juzgado considera procedente la custodia compartida, mientras que la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores. La Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años de edad, que manifestó que está bien con el sistema actual, lo que ha sido especialmente tenido en cuenta para confirmar la decisión de primera instancia a favor de la custodia individual de la madre. La valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el art. 80.2, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos (de 7 y10 años) y a la opinión expresada por la mayor de ellos.

6. La STSJA 28/2012, de 24 de septiembre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que había revocado la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 septiembre 2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio, había estimado parcialmente la demanda del padre y acordado la custodia compartida por semanas alternas, entre otros extremos, para en su lugar restablecer la custodia individual a favor de la madre resultante de la sentencia de divorcio con algunas modificaciones posteriores. La Sala no advierte infracción alguna del artículo 80.2 CDFA porque *en la sentencia de segunda instancia se ha realizado una detallada valoración de la prueba practicada al amparo del art. 80.2 CDFA en sus apartados c), expresamente mencionado en la sentencia recurrida y referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre.*

7. La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, que a su vez había confirmado la del JPII núm. 1 de Huesca de 18 de octubre de 2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio consensual, había desestimado la demanda formulada por el padre en solicitud de custodia y mantenido las medidas del convenio regulador del divorcio que establece la custodia individual a favor de la madre. El TSJA, en primer lugar, desestima la petición de nulidad de la sentencia recurrida formulada por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor de 10 años y nueve meses en el momento de ser dictada la sentencia de apelación. Dice el TSJA que la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales.

Por lo demás, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos. En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 80.2 CDFA por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida, alegada como único motivo de casación, entiende el TSJA que el análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada, por lo que no se aprecia infracción del art. 80.2 del CDFA.

b) *Una revoca la custodia compartida* establecida por la Audiencia para acordar en su lugar la custodia individual a favor de la madre por estimar acreditado que ésta es más conveniente.

La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso de infracción procesal interpuesto por la madre contra la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, que anula, y en su lugar confirma el fallo recaído en primera instancia. La sentencia de la Audiencia revoca la del JPI núm. 3 de Teruel de 1 de julio de 2010 que había atribuido la guarda y custodia del menor, que al tiempo de interposición de la demanda no contaba con dos años de edad, a la madre, y acuerda que la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores por días en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los periodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. El TSJA estima el recurso extraordinario por infracción procesal, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación* de la Audiencia *no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.* Entrando a conocer del fondo del asunto, el TSJA considera que la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados: 80.2 y 76.2 CDFA. Por una parte, porque *en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.*

Resulta de estos datos que la inmensa mayoría de los casos de custodia individual del TSJA son confirmación de lo ya acordado así en las Audiencias y sólo hay un caso de sustitución de la custodia compartida por la individual. En cambio, de las 9 sentencias del TSJA de custodia compartida, 6 proceden de la revocación de la sentencia de la Audiencia que había acordado la custodia individual y sólo 3 son confirmación de la custodia compartida o mixta ya acordada. Así que 6 casos de custodia individual se transforman por el TSJA en custodia compartida, mientras que un solo caso de custodia compartida pasa a ser de custodia individual por decisión del TSJA.

2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón

De las 95 sentencias de apelación que en estos dos años acuerdan la custodia individual (de un total de 142 que aplican la nueva regulación), 37 (un 38,9 %) son de procedimientos de establecimiento de medidas de guarda y custodia (divorcio, separación, guarda y custodia de menores no matrimoniales) y otras 58 (un 61,1 %) de procedimientos de modificación de medidas establecidas en procedimiento anterior. Pero son 37 sentencias de un total de 55 dictadas en procedimientos de establecimiento de medidas, lo que supone un 67,3 %, y son 58 sentencias de un total de 87 dictadas en procedimientos de modificación de medidas, lo que representa un 66,7 %. El tipo de procedimiento, por tanto, es un dato del todo irrelevante.

Por otra parte, de las 95 sentencias de custodia individual de las Audiencias, una inmensa mayoría, 84 (un 88,4 %), son confirmatorias de la de primera instancia, 9 revocan la custodia compartida del Juzgado (9,5 %) y 2 modifican la custodia individual procedente de primera instancia (un 2,1 %).

Sentencias de Audiencia que acuerdan la custodia individual:	95
Confirman la sentencia de primera instancia:	84 (88,4 %)
Revocan la custodia compartida del Juzgado:	9 (9,5 %)
Modifican la custodia individual del Juzgado:	2 (2,1 %)

El porcentaje de revocación de custodias compartidas es muy superior al de revocación o modificación de custodias individuales: de 48 casos de custodia compartida se revocan 9 (18,7 %), mientras que de 94 casos de custodia individual se revocan o modifican 10 (10,6 %). Algunas de estas revocaciones de custodias compartidas han sido confirmadas por el TSJA[70] y, por ahora, una ha sido casada para volver al sistema de custodia compartida[71].

De los 11 casos de sentencias de custodia individual de las Audiencias con revocación o modificación de la custodia acordada por el Juzgado, 9 son casos en los que la inicial custodia compartida se revoca para establecer en su lugar la custodia individual, a favor de la madre en 8 ocasiones[72] y a favor del padre en

---

[70] La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, ha sido confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, y la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, ha sido confirmada por la STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

[71] La SAPZ, secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, ha sido casada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

[72] Ss. APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI num. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011; APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de ocubre, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31 de marzo de 2011; APZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011; APZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011; APZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011; APZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011 (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre); APZ, Secc. 2ª, 330/2012, de

una[73]; hay dos casos en los que la modificación de la sentencia del Juzgado es para cambiar de un padre a otro la custodia individual: en un caso pasa del padre a la madre[74] y en otro de la madre al padre[75].

Las razones por las que se revoca la custodia compartida y se sustituye por la individual en 9 casos son las siguientes: (1) los informes periciales y la opinión de la hija de 10 años de edad (confirmada por TSJ)[76], (2) la falta de una real predisposición y voluntad en el padre para la asunción de la custodia compartida (casada por el TSJA)[77], (3) la edad de la menor que tiene tres años[78], (4) la falta

---

12 de junio, que revoca la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23 de enero de 2012; y APZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011.

[73] La SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011, que había establecido el ejercicio compartido de la guarda y custodia mediante alternancia de periodos de dos meses sobre una menor parapléjica de 16 años de edad, permaneciendo la menor en el uso de la vivienda familiar y alternándose los progenitores en dicho uso, y, en su lugar, se otorga al padre la custodia de la hija y a ambos (padre e hija) el uso de la vivienda familiar adaptada a su minusvalía hasta que ésta cumpla los 18 años de edad, fecha a partir de la cual los litigantes deberán alcanzar un acuerdo sobre su venta o adjudicación, en liquidación del bien común. Pese a lo aconsejado por los informes periciales, psicológico y social, la madre no quiere la alternancia en la vivienda familiar y la hija en la exploración manifiesta querer quedarse en la vivienda familiar. Dice la Audiencia que no puede obligarse a la madre a que viva periódicamente en Grisén.

[74] La SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 20/9/2011 que había otorgado la custodia individual al padre sobre dos hijos de 17 y 15 años, y en su lugar mantiene la custodia individual de la madre. El informe psicosocial es favorable a la custodia del padre. Los hijos, uno ya ha cumplido los 18 años, no quieren vivir con él. Hay que preservar el principio de no separar en lo posible a los hermanos. El posible fracasos escolar no puede achacarse a la responsabilidad exclusiva de la madre. Por todo ello se mantiene la custodia individual de la madre. No se debate la posibilidad de la custodia compartida.

[75] La SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de 13 julio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 23 de diciembre de 2011, que había mantenido la custodia individual de la madre, y la atribuye al padre, porque la madre ha estado en prisión provisional y ahora se halla en libertad provisional a la espera de juicio por delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita.

[76] La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27/1/2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad. Confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

[77] La SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31/3/2011 que había acordado la custodia compartida y otorga la guarda y custodia a la madre. Hay voto particular del Presidente de la Sala que defiende que el interés del menor está mejor protegido con la custodia compartida tal como señala el informe psicosocial y mantiene el Ministerio Fiscal; añade que no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o conjetura sobre actuaciones futuras del padre, cuando se constata un cambio de actitud notable. La mayoría de la Sala, en cambio, concluye que la petición del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en meras previsiones (cambio de horario laboral) y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención diaria del hijo. Y añade: «La ausencia de circunstancias anómalas en los progenitores no puede determinar la aplicación automática de una medida como la que nos ocupa si no va acompañada de una real predisposición y voluntad para la asunción de las responsabilidades que la misma conlleva». Sentencia *casada* por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

[78] La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por enten-

de un plan de adaptación de la vida laboral del padre[79], (5) la opinión del menor de 9 años y el informe pericial (confirmada por el TSJ)[80], (6) las importantes contradicciones y carencias del informe psicológico y para no separar el menor de su medio hermano (casada por el TSJA)[81], (7) los informes psicológico y social y el resto de circunstancias concurrentes[82], (8) la opinión de la hija parapléjica junto a la negativa de la madre a alternar la vivienda familiar[83], (9) la edad y la opinión de la niña, junto a otros factores[84].

De las 84 sentencias de Audiencia que confirman la custodia individual de primera instancia, la inmensa mayoría, 70 (un 83,3 %), son de custodia individual a favor de la madre que se otorga o se mantiene, pese a la oposición del padre, casi siempre con base en los informes periciales (tres confirmadas por el TSJA)[85], con cierta frecuencia en razón de la corta edad del

---

der que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos [art. 80.2.a) CDFA], la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

[79] La SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, revoca la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 en el sentido de atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija de 2 años de edad, con sustitución de la custodia compartida establecida por el Juzgado, al no existir un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor.

[80] La SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 que había establecido la guarda y custodia del menor de 9 años de edad con carácter compartido entre ambos progenitores, siendo la alternancia de una semana y de domingo a domingo desde las 20 h, y mantiene las medidas vigentes en virtud de las sentencias recaídas en pleitos de divorcio y de modificación de medidas posteriores, en concreto, la custodia individual del hijo menor a favor de la madre, con fundamento en la opinión del menor y el informe pericial. *Confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

[81] La SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011, que había acordado modificar el sistema de guarda y custodia a favor de la madre y establecer la custodia compartida. La Audiencia declara vigentes las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 2008 porque el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador adolece de importes contradicciones y carece de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, y también para no separar al menor de su medio hermano (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

[82] La SAPZ, Secc. 2ª, 330/2012, de 12 de junio, revoca la del JPII núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23/1/2012, que había establecido la custodia compartida por bimestres alternos, y acuerda mantener la custodia individual a favor de la madre como más beneficiosa para el menor, con ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Todo ello con fundamento en los informes psicológico y social y el resto de circunstancias concurrentes: la propia opinión del menor (de 6 años de edad), su vinculación desde siempre con la madre, la ocupación laboral de ambos, la residencia en distintas localidades de ambos progenitores. Así igualmente lo indica el Ministerio Fiscal.

[83] SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, ya reseñada antes.

[84] La SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y la otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre.

[85] Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de noviembre de 2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de la

hijo[86] o en ser ésta su opinión cuando tiene ya suficiente juicio (dos confirmadas por el TSJA)[87], en ocasiones la causa es la escasa concreción del padre para orga-

---

hija común de 2 años de edad en base al informe psicosocial practicado. Confirmada por la STSJA 10/2011, de 30 de septiembre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 15 de octubre de 2010 que había mantenido la atribución de la guarda y custodia del hijo común a favor de la madre con fundamento en la valoración de la pericial psicológica efectuada.

SAPZ, secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15 de diciembre de 2010: en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. Confirmada por la STSJA 5/2012, de 8 de febrero.

La SAPZ, Secc. 2ª, 386/2011, de 5 de julio, confirma la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 25 de febrero de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores, de 5 y 3 años de edad, a la madre, con fundamento en los informes periciales social y psicológico.

La SAPZ, Secc. 2ª, 456/2011, de 13 de septiembre, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 9/12/2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes, de 5 y 4 años, con base en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 522/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 5/4/2011 que otorga la guarda y custodia a la madre, por ser la prueba aportada (informe de la psicóloga) contraria al sistema de custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2ª, 552/2011, 2 de noviembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 16/6/2011. Custodia para la madre con fundamento en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 574/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 25/4/2011 que mantiene la custodia individual a favor de la madre con base en el concluyente informe pericial psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 622/2011, de 2 de diciembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 14/6/2011: De conformidad con el informe psicosocial, la Audiencia mantiene la custodia a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 52/2012, de 7 de febrero, confirma en este extremo la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011 que había mantenido la custodia individual de la madre con base en las recomendaciones de los informes periciales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17/11/2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe pericial de la psicóloga.

La SAPZ, Secc. 2ª, 305/2012, de 5 de junio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de julio de 2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija común. Se desestima la apelación del padre que pide custodia compartida en base a la prueba psicosocial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12 de mayo de 2011, que otorga la guarda y custodia a la madre, aun cuando por distintos motivos que los que se exponen en la misma. No se deniega la custodia compartida solicitada por falta de petición de la prueba psicológica, sino porque practicadas en segunda instancia la prueba psicosocial, la custodia individual a favor de la madre se revela como la más adecuada en beneficio e interés de los menores.

También SAPZ, Secc. 2ª, 430/2012, de 20 de julio, entre otras recientes.

[86] Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010 que atribuye la guarda y custodia de una niña de 18 meses a la madre. El plan de custodia compartida que propone el padre, que vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores, no puede aceptarse; la edad de la menor y el informe psicosocial inclinan a favor de la custodia individual a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 572/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 19 de mayo de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de la hija de 19 meses de edad a la madre, en atención a la edad de la menor y a lo recomendado en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 634/2011, de 2 de diciembre, confirma en este extremo la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 1 de febrero de 2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas comunes. El informe de la Psicóloga considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria, y la Audiencia añade que también por la corta edad de la hija menor (3 años) y para no separar a las dos hermanas.

La SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20 de junio de 2011: la Sala ratifica la custodia individual de la madre por entender que resulta lo más beneficioso para el menor, atendida su corta edad (2 años y 9 meses), la escasa concreción del padre en orden a la determinación de la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos) y en orden a la compatibilidad de su horario laboral [art. 80.a), d) y e) del CDFA]. *Casada* por la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre.

[87] La SAPZ, Secc. 2ª, 429/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza 18/3/2011: La hija, de 12 años de edad, manifestó su preferencia por seguir como hasta ahora, con su madre y con el régimen de visitas señalado al padre, punto que confirma la Psicóloga del Juzgado.

La SAPZ, Secc. 2ª, 509/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de abril de 2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre con base en la voluntad del hijo menor, de 11 años de edad, así como lo expuesto en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 573/2011, de 15 de noviembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 28/6/2011: custodia individual para la madre con fundamento en el informe psicosocial y en la exploración del menor, de 11 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 641/2011, de 12 de diciembre, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 3/5/2011: custodia de la hija de 10 años de edad para la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en el deseo de la menor manifestado en la exploración judicial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 653/2011, de 20 de diciembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/6/2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores de 16 y 13 años de edad, con base en la exploración de los menores y en el informe pericial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de septiembre de 2011: custodia individual a favor de la madre; los menores (12 y 10 años) con juicio y madurez suficientes, cuya exploración se ha practicado en la 2ª instancia, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 97/2012, de 28 de febrero, confirma la SJPI núm. 2 de Calatayud de 3 de octubre de 2011: custodia individual a favor de la madre con base en la prueba psicosocial y la exploración de la menor (de 13 años de edad).

La SAPZ, Secc. 2ª, 111/2012, de 28 de febrero, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 13/6/2011: guarda y custodia de los dos hijos (el chico cumple 18 años en septiembre de 2012 y la niña tiene 7 años) a la madre. El chico manifestó su deseo de permanecer con su madre y su hermana.

La SAPZ, Secc. 2ª, 132/2012, de 13 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 28 de julio de 2011: custodia de las hijas gemelas, de 13 años de edad, a favor de la madre en base al informe psicosocial y al deseo de las hijas de permanecer con su madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15/6/2011: custodia individual a favor de la madre, en contra del informe pericial, en atención a la opinión de las menores manifestada en la exploración. *Confirmada* por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

La SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12/12/2011: custodia individual a favor de la madre. Se rechaza la apelación con base en la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, y en las periciales psicológica y social.

La SAPZ, Secc. 2ª, 210/2012, de 20 abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 16 de noviembre de 2011, y atribuye la custodia individual a favor de la madre, «al acoger en este punto la opinión de la mayor de las hijas, Sandra, de cuyas manifestaciones se deduce la existencia de un arraigo mayor con la madre …» (confirmada por la STSJA 38/2012, de 22 de noviembre). También SAPZ Secc. 2ª, 219/2012, de 25 de abril, entre otras recientes.

nizar el cuidado del hijo (casada) o su dificultad para conciliar la vida familiar y laboral (casada en un caso)[88] o que se halla incurso en el supuesto del art. 80.6 CDFA[89], o a no haber habido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio (casada)[90], o a las amplias discrepancias entre los padres[91], o a la falta de prueba que avale la custodia compartida (dos casadas)[92], o al traslado de uno de

---

[88] Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11 de octubre de 2010 que atribuyó la guarda y custodia del hijo común, de 10 años de edad, a la madre. La dedicación laboral del padre impide estimar que la custodia compartida por él pedida sea lo más conveniente. La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, *casa* la sentencia de la Audiencia y establece un régimen de custodia compartida por semestres escolares.

SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza, 9 de febrero de 2011 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas, sentido este en el que se pronuncia la Psicóloga del Juzgado en su informe.

La SAPZ, Secc. 2ª, 515/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 25 de abril de 2011, que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe psicosocial y a la falta de disponibilidad del padre para implicarse en el cuidado y atención diarios de la menor.

La SAPZ, Secc. 2ª, 17/2012, de 24 de enero, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 677/2011 que mantiene la guarda y custodia del hijo común de 5 años de edad a favor de la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en la dificultad del padre para conciliar la vida familiar y laboral.

[89] La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del art. 80.6 CDFA.

La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este extremo la del JPII núm. 2 de Huesca de 20/1/2011 que atribuye la guarda y custodia del menor de 6 años de edad a la madre, dado que el padre está incurso en el supuesto previsto en el art. 80.6 CDFA.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la S del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 18 de julio de 2011: guarda y custodia de los menores para la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFA).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1 de diciembre de 2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del art. 80.6 CDFA, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

[90] SAP Teruel, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio: no ha existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique, con arreglo a lo establecido en el art. 91 Cc, el cambio en la custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio. Sentencia casada por la 13/2012, de 9/4, del TSJA que establece un sistema de custodia compartida.

[91] La SAPZ, Secc. 2ª, 420/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/3/2011: custodia individual a favor de la madre sobre el hijo de 7 años de edad en atención al informe de la psicóloga y a las amplias discrepancias entre los padres.

[92] No puede exigirse a quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida que pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor, como hace la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, que por ello resulta casada por la STSJA 17/2012, de 18 de abril. En el mismo defecto incurre la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo, con cita de la anterior, que también ha sido revocada por la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, porque *la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta.*

los padres a otra ciudad[93]. En sólo dos casos la decisión de custodia individual a favor de la madre es contraria a lo aconsejado en el informe pericial[94].

La SAPZ, Secc. 2ª, 292/2012, de 29 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/11/2011 que atribuye la guarda y custodia de los dos hijos comunes menores de edad, de 9 y 4 años, a la madre. Ninguna de las pruebas practicadas en el proceso avala la pretensión de custodia compartida formulada por el padre, basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos.

[93] La SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de febrero de 2012, que mantiene la custodia individual a favor de la madre que ha trasladado su residencia a Málaga y, por ello, modifica y adapta de oficio el régimen de visitas con el padre. El padre solicita la custodia compartida sobre la hija, hoy de 9 años de edad, de forma genérica y sin aportación de plan de relaciones familiares. El recurrente alega que el Juez no ha argumentado en qué perjudica a la menor el régimen de guarda y custodia compartida y que no ha solicitado el dictamen de especialistas sobre la idoneidad del régimen a adoptar, y que olvida lo dicho por el art. 80.6. La Audiencia considera que lo razonable de los motivos del traslado de la madre y la hija a Málaga –necesidades económicas por impago de pensiones– genera una *situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso– es tan inviable –y disparatado el que se propone– como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta.* Por otra parte, *parece clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal del 80.6.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 2 de febrero de 2012, que mantiene la guarda y custodia a favor de la madre sobre el hijo de 16 años y cinco meses. La Audiencia desestima el recurso de padre en solicitud de custodia compartida por cursos escolares alternos, por la edad del hijo –que va a cumplir ya los 18 años–, su voluntad de vivir en Zaragoza con su madre, y las lejanía del domicilio del padre, que vive en Marbella.

[94] La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, tras la exploración de la menor, de 10 años de edad, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza, de 15 de junio de 2011, que desestima la demanda de custodia compartida formulada por el padre. El divorcio de los padres tuvo lugar por sentencia de 23 de julio de 2010, que aprobó el convenio regulador que ambos firmaron, en el que acordaron que los menores permaneciesen con su madre, con un régimen de visitas para el padre consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio a la entrada del mismo el lunes, con puentes a unir en su caso; dos tardes entre semana, lunes y miércoles, este último con pernocta.

La psicóloga aconseja un sistema de guarda y custodia compartida, pero el Juez, no obstante, valora:

A) Que cuando el padre interpuso la demanda de divorcio de mutuo acuerdo el 23/6/2010, la Ley 2/2010, publicada en el BOA de 8 de junio, iba a entrar en vigor dos meses y medio más tarde, condiciones en las que, siendo él quien interponía la demanda y estando asesorado jurídicamente, hay que entender que conocía la novedad legislativa.

B) Que el convenio suscrito por las partes fijaba una amplia relación del padre –progenitor no custodio– con sus hijos, desprendiéndose del régimen de visitas estipulado que el mismo cumplía las directrices de la nueva Ley, que por lo demás, tal y como indicaba su Exposición de Motivos, no debía suponer un reparto igualitario del tiempo.

C) La normalidad y ausencia de incidencias con que se han cumplido las visitas, y las sucesivas adaptaciones a la que los menores se han visto sometidos –vida en España, ruptura matrimonial de sus padres y, luego, durante una año, al régimen que los mismos pactaron–.

Todo lo cual le lleva a concluir que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre.

La Audiencia, tras la exploración judicial de la menor, confirma la decisión del Juez. S. *confirmada* por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011, suprime la custodia compartida por ella acordada y vuelve al régimen de custodia individual a favor de la madre existente desde la sentencia de divorcio, y ello pese a que

Hay 12 sentencias confirmatorias en las que la custodia individual, pese a la oposición de la madre, es a favor del padre (un 14,3 %), con fundamento en los informes periciales, en la opinión de los hijos, en el cambio de localidad de la madre o en la aplicación del artículo 80.6:

1. La SAPZ, Secc. 2ª, 157/2011, de 22 de marzo, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 25 de noviembre de 2010, que había otorgado la custodia individual de los dos menores, de 12 y 9 años de edad, al padre. Se hace hincapié en la contundencia del informe psicosocial, del que se deduce una aptitud y voluntad mayor en el padre para asegurar en el presente momento la estabilidad de los hijos, así como en la propia posición de los menores favorables a la custodia con su padre.

2. La SAPZ, Secc. 2ª, 459/2011, de 13 de septiembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de febrero de 2011 que había mantenido la custodia individual a favor del padre sobre el hijo común de 10 años edad. Aunque no existen conflictos entre los progenitores sobre las relaciones del menor con los mismos, la correcta trayectoria y cuidado del menor y la ausencia de problemas sobre el reparto de su tiempo con los padres, así como el informe pericial, aconsejan no establecer la custodia compartida solicitada por la madre.

3. La SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 2 de Monzón de 30 de diciembre de 2010 que estimando la demanda del padre atribuyó a éste la guarda y custodia de sus dos hijos menores, de 13 y 7 años de edad, con fundamento en la opinión del menor de 13 años, que desea claramente vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, y en el principio de no separación de los hermanos.

4. La SAPZ, Secc. 2ª, 669/2011, de 27 de diciembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 5 de julio de 2011 que concede la custodia individual al padre con el que ha convivido la hija desde septiembre de 2009, con fundamento en el informe pericial psicológico, la exploración de la menor, así como el informe y actuación del IASS.

---

el informe de la psicólogo en el que se sustenta la decisión del Juez era favorable a la custodia compartida. La Sala aprecia importantes contradicciones en dicho informe y estima que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

Conviene recordar el ya citado caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, que en contra de lo aconsejado por los informes periciales y acordado por el Juzgado, sustituye la custodia compartida por la individual a favor del padre. Aquí el verdadero problema es el del uso de la vivienda familiar adaptada a la minusvalía de la hija parapléjica: los informes aconsejan que la madre y la hija permanezcan en el domicilio familiar y el padre en el que venía residiendo en Grisén muy cercano al mismo. El Juzgado adopta la custodia compartida sugerida pero debiendo abandonar los padres cada dos meses la vivienda familiar para ejercer la custodia el que por turno procediese. La madre se opone a esta alternancia en la vivienda familiar y traslada su residencia con su pareja a Zaragoza. La menor manifiesta en la alzada desear quedarse en Grisén. La Audiencia otorga la custodia al padre, así como el uso de la vivienda familiar hasta que la hija cumpla 18 años.

5. La SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de 28 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9 de febrero de 2011 que atribuye la guarda y custodia del hijo de 4 años de edad al padre, con supresión de la anterior custodia compartida establecida, con acuerdo de los progenitores y tras la definitiva ruptura de la pareja de hecho, en la S. del mismo Juzgado de 29 de junio de 2010. La madre a requerimientos del padre tuvo que abandonar la vivienda familiar y marcharse a vivir a Madrid con sus padres y con un hijo pequeño, medio hermano del de 4 años. El informe pericial aconseja mantener al menor (un niño diagnosticado de trastorno del espectro autista, con un grado de discapacidad reconocido del 41%) en su actual entorno familiar, aunque se le separe de su medio hermano.

6. La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del artículo 80.6 CDFA.

7. La SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, confirma en lo sustancial la SJPII núm. 2 de Huesca de 11 de abril de 2011: guarda y custodia del hijo menor al padre, con régimen de visitas a favor de la madre, para ello es relevante la opinión del menor que tiene ya casi 14 años.

8. La SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que cambia el sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos pactado en el convenio regulador suscrito en el divorcio por un sistema de guarda y custodia individual a favor del padre, porque el cambio de residencia de la madre, motivado por el hecho de que su actual pareja vive y trabaja en Madrid, trastoca evidentemente el marco al que respondió el convenio firmado, cuya invocación, por tanto, no cabe. El informe de la Psicóloga señala que en este caso la custodia individual a favor del padre es más conveniente.

9. La SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de septiembre de 2011 que estima la solicitud de modificación de medidas contenidas en el convenio regulador (custodia individual para la madre y pensión de alimentos a cargo del padre) interesada por el padre y atribuye la guarda y custodia de la hija común, de 17 años de edad, al padre, con visitas para la madre así como con obligación de abonar pensión alimenticia a favor de la hija. La hija ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo una decisión motivada y razonada por lo que procede confirmar la sentencia en este apartado.

10. La SAPZ, Secc. 2ª, 202/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza, y mantiene la custodia individual a favor del padre, modificando así la custodia individual a favor de la madre pactada en el convenio regulador aprobado por la sentencia de 28 de septiembre de 2010. El informe psicosocial es favorable a la custodia individual a cargo del padre. Tampoco puede obviarse el incumplimiento de la recurrente en cuanto a lo pactado en el convenio con un sorpresivo cambio de residencia en perjuicio del menor.

11. La SAPZ, Secc. 2ª, 230/2012, de 2 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de julio de 2011, que había establecido que el menor, un vez firme la sentencia, pasará a residir con su padre. La decisión se basa en los informes social y educativo del IASS y en un convenio suscrito por los litigantes.

12. La SAPZ, Secc. 2ª, 257/2012, de 9 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de noviembre de 2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, por lo que se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. El hermano mayor de edad vive con la madre.

La custodia individual a favor del padre respecto de un hijo y de la madre respecto de otro (*custodia repartida*), con separación, por tanto, de los hermanos de doble vínculo se ha dado en 2 casos (un 2,4 %), ambos de sentencias confirmatorias[95].

Sentencias de AP confirmatorias de la custodia individual:	84
A favor de la madre:	70 (83,3 %)
A favor del padre:	12 (14,3%)
Custodia individual repartida:	2 (2,4 %)

Para conocer el número total de custodias individuales a favor del padre o de la madre o repartidas hemos de sumar a estos datos los de las 11 sentencias revocatorias de las instancias, con lo cual resulta que la custodia individual es a favor de la madre en 79 casos, a favor del padre en 14, y repartida entre los dos, en 2 ocasiones.

Sentencias que acuerdan la custodia individual:	95
A favor de la madre:	79 (83,2 %)
A favor del padre:	14 (14, 7 %)
Repartida entre los dos:	2 (2,1 %)

Si ponemos en relación las sentencias de custodia individual de las Audiencias con las del TSJ, resulta que a los 95 casos de custodia individual de las Au-

[95] La SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2 de noviembre de 2010 que concede la custodia de una de las hijas (de 13 y 16 años de edad) al padre y la de la otra a la madre, con base en los informes del Salud, el psico-social y la exploración de la menor de 16 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida sobre los dos hijos, uno que pronto cumplirá 18 años y otro de 13, y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de febrero de 2012 que mantiene lo acordado en el convenio regulador: el hijo mayor sigue bajo la guarda y custodia del padre y el menor bajo la de la madre.

diencias Provinciales Aragonesas, por un lado hay que restar 6 casos (casación con sustitución por custodia compartida), pero por otro hay que sumar uno (casación con sustitución de la custodia compartida por la individual), con lo que resulta un total de 90 casos de custodia individual firme (un 63,9 % de las 142 sentencias de las Audiencias que aplican la Ley 2/2010).

Sentencias de custodia individual de las Audiencias:	95
Revocadas por el TSJA:	-6
Custodia individual añadida por el TSJA:	+1
TOTAL:	90 (**63,4 %** de 142)

Si tenemos en cuenta tanto las sentencias del TSJA como las de las AAPP aragonesas (142 casos en total), e incluimos todos los casos consultados de custodia individual a favor de la madre o el padre (incluida la repartida) o compartida (incluida la mixta), resultan los siguientes datos globales:

Custodia individual a favor de la madre:	74 (52,1 %)
Custodia compartida:	51 (35,9 %)
Custodia individual a favor del padre:	14 (9,8 %)
Custodia repartida:	2 (1,5 %)
Custodia mixta:	1 (0,7 %)
TOTAL:	**142**

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LA REGULACIÓN ARAGONESA

BALDA MEDARDE, María José, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 217-230.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés,* Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2011.

CASTILLA BAREA, Margarita, «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 convivencia de los padres», *Aranzadi Civil*, núm 7/2010, pp. 105-152 (Westlaw.es: BIB 2010/1563).

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «El derecho de familia del Código civil catalán –Ley 15/2010, de 29 de julio– y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competen-

cia y ley aplicable», en VV.AA., *La nueva regulación del Derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.* Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 69-133.

—, «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 XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 177-215.

González Campo, Francisco de Asis, «Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 2010, pp. 227-250.

González del Pozo, Juan Pablo, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7.529, 2010.

—, «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón» en *Diario La Ley*, núm. 7.537, 2010.

López Azcona, Aurora, «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón.* 4ª ed. El Justicia de Aragón, 2012, pp. 178-187.

Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, «La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre de 2010, pp. 18-19.

Parra Lucán, Mª Ángeles, «La familia en el Derecho civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VII: La familia en los distintos Derechos forales*, Ed. Aranzadi S.A., 2011, pp. 759 y ss., en particular pp. 794 a 802.

Serrano García, José Antonio y Bayod López, María del Carmen, «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Guiones para el estudio del Derecho de familia y sucesiones en Aragón*, Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, pp. 61-71.

Tena Piazuelo, I., «Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en VV.AA: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45 y ss.

—, «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños «de primera»?», *Aranzadi Civil-Mercantil,* 1/2011 (Estudio), pp. 79-98 (BIB 2011/21).

LA SUCESIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN*

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente estudio es un comentario a la regulación de la sucesión legal en el vigente Código del Derecho foral de Aragón que entró en vigor el pasado 23 de abril de 2011.

Palabras clave: Sucesión legal, sucesión troncal, sucesión no troncal, recobros.

ABSTRAT

This study is a review of the regulation of legal succession in the existing Code of Aragon foral law which came into force on April 23, 2011.

Key words*:* Legal succession, succession trunk, not trunk succession, recoveries.

* La autora ha enmarcado este estudio en sus aportaciones al grupo IDAA (Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés), financiado con fondos del Gobierno de Aragón y de la Unión Europea. Este texto es una adaptación de otro preparado para un Tratado nacional sobre Derecho de Sucesiones publicado en 2011 y de antes de entrar el vigor el CDFA.

SUMARIO

I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL. 1. Planteamiento y descripción. 2. Antecedentes de la regulación vigente. 2.1. *Los orígenes. Fueros y Observancias.* 2.2. *La Ley española de adquisiciones a favor del Estado (llamada de mostrencos) y la promulgación del Código civil español en 1889.* 2.3. *El Apéndice de 1925. (RD de 7 de diciembre de 1925).* 2.4. *La Compilación de 1967.* 2.5. *La Ley de sucesiones: el antecedente de la regulación en el CDFA.* 2.6. *El Código del Derecho Foral de Aragón.* II. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA SUCESIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 1. Objetivos. 2. Estructura. III. DISPOSICIONES GENERALES. 1. Terminología. 2. Apertura de la sucesión legal. 2.1. *Cuestiones previas.* 2.2. *Procedencia. Supuestos de apertura de la Sucesión legal: La falta de disposición valida y eficaz. Análisis.* 3. El orden de llamamientos en la sucesión legal. 3.1. *Regulación y finalidad de la norma.* 3.2. *El orden de llamamientos.* 4. Compatibilidad de llamamientos. 4.1. *Llamamientos a título universal y responsabilidad del heredero.* 4.2. *La declaración de herederos y el origen de los bienes.* 5. Reglas generales: arts. 519 y 520 CDFA. 5.1. *El principio de proximidad de grado.* 5.2. *Ineficacia del llamamiento.* IV. SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES. 1. Llamamiento ilimitado a favor de los descendientes. Principio de no discriminación. 1.1. *Sucesión a favor de los hijos: Suceden por derecho propio.* 1.2. *Sucesión a favor de otros descendientes.* 2. Derecho transitorio y sustitución legal: el derogado art. 141 Comp. Arg. V. RECOBRO DE LIBERALIDADES. 1. Regulación. 2. Orden de llamamiento: art. 517-2. 1º cdfa. 3. Fundamento. 4. Naturaleza y régimen jurídico. 4.1. *Naturaleza.* 4.2. *Régimen jurídico.* 5. Requisitos. 5.1. *Bienes objeto de recobro.* 5.2. *Parientes con derecho a recobro.* 6. Recobro habiendo descendientes. 6.1. *Requisitos de aplicación.* 6.2. *Personas con derecho a recobro.* VI. SUCESIÓN TRONCAL. 1. Regulación. 2. El orden de llamamientos. Procedencia. 3. Los bienes troncales. 3.1. *Bienes troncales de abolorio.* 3.2. *Bienes troncales simples.* 3.3. *Los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal: los artículos 524-4 y 528-2 CDFA.* 3.4. *Bienes troncales y subrogación real.* 4. Parientes llamados a la sucesión troncal. 4.1. *Hermanos e hijos y nietos de hermanos.* 4.2. *Padre o madre del causante según la línea de procedencia de los bienes.* 4.3. *El resto de parientes colaterales.* VII. LA SUCESIÓN NO TRONCAL. PROCEDENCIA Y LLAMAMIENTOS. 1. Procedencia. 2. Orden de llamamientos. VIII. SUCESIÓN A FAVOR DE LOS ASCENDIENTES. 1. Regulación y principios. 2. Capacidad para suceder. 3. Sucesión a favor de los padres. 3.1. *Regulación: artículo 529 CDFA.* 3.2. *Régimen jurídico.* 4. Sucesión a favor de otros ascendientes. 4.1. *Regulación: art. 530 CDFA.* 4.2. *Régimen jurídico.* IX. SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO. 1. Regulación. 2. Requisitos. 3. Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto: sustitución legal preventiva de residuo. 3.1. *Regulación.* 3.2. *Requisitos de aplicación.* X. SUCESIÓN A FAVOR DE LOS COLATERALES. 1. Llamamiento a lo parientes colaterales privilegiados: hermanos, hijos y nietos de hermanos. 1.1. *Parientes llamados: artículo 532 CDFA.* 1.2. *La distribución de los bienes: artículos 532-2 a 4 y 533 CDFA.* 1.3. *Concurrencia de hermanos de doble vinculo con hermanos de vínculo sencillo: la regla del duplo.* 1.4. *El doble grado de parentesco y la sustitución legal: ¿juega también la regla del duplo?, ¿Y si hubiera repudiación del único o de todos los*

hermanos. 2. Los parientes colaterales no privilegiados: artículo 534 CDFA. XI. SUCESIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. 1. Regulación. 2. Requisitos. 3. La necesidad de declaración judicial de herederos. XII. PRIVILEGIO DEL HOSPITAL DE NUESTRA SRA. DE GRACIA. 1. Antecedentes. 2. Requisitos. 2.1. *¿Debe tener vecindad civil aragonesa el causante de la sucesión?* 3. El destino de los bienes. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL

1. Planteamiento y descripción

La regulación de la sucesión legal en el Código del Derecho foral de Aragón (CDFA) responde a la regulación que de la misma hiciera la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (Lsuc.) con algunas aclaraciones que, en materia de sustitución legal y de llamamientos en la sucesión troncal[1], efectuó el ejecutivo aragonés, a través de «la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que se han refundido», tal y como se estableció en la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de Derecho civil Patrimonial[2].

Esta regulación se contiene en el Título VII del Libro IV del CDFA, y consta de veinte preceptos (arts. 516 a 536) agrupados a lo largo de seis capítulos. El capítulo I, *Disposiciones generales*, explica de forma técnica y clara la procedencia de la sucesión legal (cuándo tiene lugar) y el orden de llamamientos a la misma que, en Aragón, no sólo depende del parentesco con el causante, sino también, pero sólo en el supuesto de que el causante fallezca sin descendencia, del origen familiar de los bienes (troncalidad).

En los capítulos II a VI se desarrolla y regula cada uno de los llamamientos a la sucesión de quien fallece sin haber dispuesto, o no haberlo hecho de forma válida y eficaz, de la totalidad de sus bienes.

---

[1] Las modificaciones se ven reflejadas en los siguientes artículos del CDFA: artículos 519 (art. 204 Lsuc.); 526-1º (art. 211-1 Lsuc.) y 532-3 y 4 (art. 217-3 y 4 Lsuc.); en estos dos últimos preceptos hay un claro ejercicio de las facultad de «aclarar» los textos legales refundidos, como advertiré en su momento.

[2] Un estudio de esta disposición en Bayod López, María del Carmen (2013), «De la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al prof. Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, pp. 57 a 72.

2. Antecedentes de la regulación vigente[3]

2.1. *Los orígenes. Fueros y Observancias*

La regulación foral de la sucesión legal en Aragón es compleja y presenta dudas y sombras que la doctrina reciente ha ido despejando[4].

Los Fueros único *De rebus vinculatis*; 1º y 2º *De successoribus ab intestato*; 5º *De Testamentis* y las Observancias 6ª y 7ª *De testamentis* contenían, principalmente, la regulación foral de la sucesión legal en Aragón.

Tradicionalmente la sucesión *ab intestato* atendía a la procedencia de los bienes, siendo el orden de llamamientos diverso según los bienes tuvieran origen familiar o industrial (los ganados por el causante), aun cuando todos los bienes se deferían a diversas parentelas de colaterales.

Los ascendientes quedaban excluidos de la sucesión, tan solo tenían derecho de recobro respecto de bienes dotales y de otras liberalidades que hubieran efectuado a favor de sus descendientes: Observancias 42 y 52 *De Iure Dotium* y Fueros 1º y 2º *De successoribus ab intestato*. En la sucesión se seguía la máxima de que la herencia no sube, de ahí que, a falta de descendientes, se llamara a los colaterales.

El origen y procedencia de los bienes no era relevante si el causante fallecía *ab intestato* dejando descendencia, pues los descendientes, llamados en primer lugar, recibían toda la herencia: «la herencia no sube, baja».

El llamado derecho de representación se admitió tradicionalmente en la línea descendente pero fue desconocido en la línea colateral para la sucesión en los bienes de procedencia familiar.

Las Cortes aragonesas en 1626, por Acto de Corte de Barbastro, reconocieron a favor del Hospital Real y General de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, fundado en 1425 por Alfonso V el Magnánimo, la facultad de heredar los bienes de los enfermos allí fallecidos sin disposición y sin parientes dentro del cuarto grado, siempre que no se tratase de bienes vinculados, y ello con independencia del origen o nacionalidad del fallecido. Este privilegio, con algunas variaciones, se ha mantenido hasta nuestros días.

---

[3] Sobre los orígenes históricos todo en: Martínez Martínez, María (2000), *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*. Dos volúmenes. Volumen I: «Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico». Volumen II: «La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte». Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. Sigo a esta autora en esta parte del estudio.

[4] Martínez Martínez, María (2000), Volumen I: «Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico».

2.2. *La Ley española de adquisiciones a favor del Estado (llamada de mostrencos)*[5] *y la promulgación del Código civil español en 1889*

Tras los Decretos de Nueva Planta de 29 de junio y 29 de julio de 1707, el Derecho aragonés fue abolido por Felipe V, que impuso la Nueva Planta de Castilla en Aragón. Años más tarde, mediante Decreto de 3 de abril de 1711, Aragón, «para lo que fuera entre particular y particular», recuperó su Derecho foral y por lo tanto el sistema de *sucesión ab intestato*.

En 1935 se publicó la Ley española de adquisiciones a nombre del Estado, su art. 2 regulaba un orden de llamamientos, subsidiario del regulado en las leyes entonces vigentes, que tenía como objeto introducir nuevos llamamientos con preferencia al Estado. Así fue interpretado por el TS (STS de 21 de marzo de 1861; STS 21 de octubre de 1868).

Tras la entrada en vigor del Código civil de 1889, y a pesar de lo dispuesto para Aragón en el artículo 13 Cc, que amparaba la vigencia de su Derecho en esta materia, el Tribunal Supremo declaró que la Ley de 1835 había derogado las normas aragonesas sobre sucesión intestada y, derogada esta ley por el Código civil, debía ser éste el que regulara, sin excepción, en todo el territorio español la sucesión intestada.

Por lo tanto, en Aragón, y hasta la entrada en vigor del Apéndice de 1925, se aplicó en esta materia el Código civil.

2.3. *El Apéndice de 1925 (RD. de 7 de diciembre de 1925)*

Aragón fue el único territorio foral que, siguiendo lo dispuesto en el art. 6 de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, elaboró y promulgó el *Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, que entró en vigor el 2 de enero de 1926.

El Apéndice, ampliamente criticado por la doctrina aragonesa, tuvo en esta materia como logro conservar la sucesión troncal, poniendo punto final a la aplicación del Código civil.

Los artículos 34 a 42 regularon la llamada «Sucesión intestada», manteniendo el orden de llamamientos tradicionales.

En primer lugar, eran llamados los descendientes legítimos (art. 35); a falta de estos se llamaría, en primer lugar, a los parientes con derecho a recobro de firma de dote y otras liberalidades y tras ellos, y en su caso, operaba el llamamiento a la sucesión troncal, para aquellos bienes que provinieran de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado (arts. 36 a 39); para el resto de los bienes que el causante hubiera adquirido de parientes más lejanos del sexto

---

[5] Sobre los mostrencos en Aragón: LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. (2012), *Los bienes mostrencos en Aragón*, ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza.

grado, de extraños o los hubiera ganado con su industria, la sucesión intestada se defería de acuerdo a las normas del Código civil (art. 40). El artículo 42 recogió el llamamiento al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

La regulación fue pobre y escueta, y presentó dos novedades conforme al Derecho tradicional:

1. El llamamiento a los padres en los bienes no troncales a través de la remisión que al Código civil hacía el art. 40 del Apéndice.
2. La aplicación del derecho de representación también en la línea colateral restringida a los descendientes del hermano del causante.

2.4. *La Compilación de 1967*

A) *Redacción originaria (Ley estatal 15/1967, de 8 de abril)*

La Compilación de 1967 reguló la «Sucesión abintestato» en el Título VI del libro II.

La regulación fue incompleta. El Cc se aplicaba supletoriamente para determinar el orden de llamamientos a la sucesión no troncal: *En defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, se abre la sucesión legítima conforme al Código civil y esta Compilación* (art. 127 Comp. arag.).

La sucesión troncal, como afirma la doctrina[6] se reguló con mucha mejor técnica, si bien el texto original elaborado por los miembros del Seminario de Jurisconsultos, que presidía el maestro Lacruz, sufrió en la Comisión General de Codificación modificaciones importantes que cambiaron el sistema previamente concebido por el Seminario.

A pesar de ello, cuando el causante fallecía sin descendencia, la sucesión troncal era muchas veces olvidada en las declaraciones de herederos abintestato, lo que provocaba litigiosidad, puesto que los parientes colaterales con derecho a heredar los bienes troncales del causante debían iniciar un procedimiento ordinario para impugnar el Auto de declaración universal de herederos en los que no se había atendido a la posibilidad este doble llamamiento universal en Aragón. [Cfr. S. APH, de 21 de abril de 1999, (*RDCA*, VI, marginal 13)].

Durante la vigencia del Libro II Comp. arag. hubo también una cuestión polémica que, al igual que la anterior, permaneció insoluble hasta la Lsuc.

El problema consistía en determinar si la sustitución legal prevista en el art. 141 Comp. arag., ubicado entre «Normas comunes a las diversas clases de sucesión» (Tit. VII, Lib. II Comp.), era o no aplicable a la sucesión legal de los descendientes.

---

[6] Delgado Echeverría, Jesús, (1999), «De la sucesión legal», *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General. S.A., Zaragoza, pp. 153 a 162 (= *RDCA,* V, núm. 1, pp. 123 a 130).

El origen de esta incógnita se hallaba en la remisión que el artículo 128 Comp. hacía a los arts. 931 a 934 Cc para regular el llamamiento legal a favor de los descendientes. Los artículos 931 y 932 Cc establecían entonces (como ahora) la aplicación del derecho de representación a favor de los nietos y demás descendientes del causante en lugar de los hijos de éste premuertos, desheredados o incapaces de heredar; derecho de representación que no operaba (ni opera) en caso de renuncia del llamado.

Por su parte, el artículo 141 Comp. arag. regulaba un mecanismo semejante, la sustitución legal (pero con otros presupuestos), que sí admitía la sustitución en caso de renuncia del llamado.

La inseguridad era evidente: ¿se aplicaba el derecho de representación del Cc o el artículo 141 Comp. arag.? La doctrina mantuvo diversas interpretaciones[7], sin aportar ninguna solución definitiva. La jurisprudencia tampoco echó luz sobre el asunto: no hubo ningún fallo que directamente atendiera a esta cuestión. La sucesión troncal tampoco fue ajena a la polémica y puntos de fricción que el art. 141 Comp. arag. creaba. Estos problemas sólo hallaron solución en la Lsuc., y ya resueltos son ahora Derecho vigente en el CDFA.

Por último, en esta redacción originaria, y como novedades, podemos citar el llamamiento a los padres en los bienes troncales, tras los hermanos e hijos de hermanos, que eran llamados por sustitución legal, que se sigue manteniendo en el Derecho vigente.

B) *Reformas. La entrada en vigor del CE*

a'. *La reforma del Código civil en 1981.* La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo una modificación en los llamamientos a la sucesión intestada, anteponiendo el cónyuge viudo respecto de los colaterales del premuerto.

Este cambio modificó también el orden de llamamientos en la sucesión no troncal aragonesa, debido, precisamente, a la remisión que la Compilación hacía al Derecho Estatal.

b'. *La reforma de la Compilación en 1985.* La Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón, tuvo como objetivo principal adecuar e integrar en el ordenamiento jurídico aragonés «el texto normativo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, (art. 1), y modificar el texto de la Compilación para adaptarla a la CE, en particular en lo que concierne al principio de igualdad entre cónyuges e hijos». En este sentido, y por lo que atañe a la sucesión legal, se eliminó la expresión de «legítimos» referida a los descendientes (arts. 128, 129, 130, 132 Comp. arag.).

---

[7] Vid. Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos (1992), «Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa», *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen primero, Bosch, Barcelona, pp. 580 a 606.

c'. *La reforma de la Compilación en 1995*. La Ley de las Cortes de Aragón 4/1995, de 29 de marzo, sobre modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada, tuvo como principal objetivo introducir el llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón en sustitución del Estado Español.

2.5. *La Ley de sucesiones: el antecedente de la regulación en el CDFA*[8]

A. *Tramitación*. La regulación de la sucesión por causa de muerte en Aragón responde a unos objetivos que la Comisión Aragonesa de Derecho civil, presidida por el profesor Delgado Echeverría, formuló en octubre de 1996, tras su nueva creación y puesta en funcionamiento.

Fruto de esta política legislativa fue la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte de 1999, que pasó por diversas fases[9] y cuyo contenido normativo es asumido íntegramente, con algunas «aclaraciones» por el vigente CDFA.

En lo que atañe a la sucesión legal, el punto de partida fue el Borrador de Anteproyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte (septiembre de 1997) y la Memoria que justificaba la propuesta que, por encargo del Gobierno de Aragón, elaboró el profesor Serrano García, vocal de la CADC. El Título II, del Borrador contuvo la regulación *De la sucesión legal*, que con algunas supresiones y modificaciones responde la regulación del vigente CDFA.

Los debates sobre «La sucesión legal» comenzaron el 10 de diciembre de 1997 y se prolongaron hasta el 28 de enero de 1998 en sesiones semanales (todos los miércoles) de tres horas de duración.

En la primera sesión, el ponente, buen conocedor de los problemas que, durante la vigencia del Libro II de la Comp. arag. planteaba la llamada sucesión *ab intestato* en Aragón, propone una serie de principios que son bien acogidos por el resto de los miembros de la Comisión y que quedarán como Anteproyecto de Ley sometido, posteriormente, a la Cortes aragonesas.

La propuesta parte de los siguientes principios:

1º Una regulación completa, que no requiera en esta materia de la aplicación supletoria del Código civil; fuente, como ya he señalado, de graves problemas.

2º Establecer unas *Disposiciones Generales* que sean la médula del llamamiento a la sucesión legal en Aragón. Para ello se establecen una serie de precep-

---

[8] Todos los antecedentes de la vigente formación del Derecho civil aragonés en SERRANO GARCÍA, José Antonio (2008), «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», *RJN*, núm. 46, pp. 109 a 163. [= «Derecho civil aragonés: Presente y Futuro», *RDCA,* XV, 2009, pp. 23 a 72].

[9] Sobre la elaboración de la Ley, SERRANO GARCÍA, José Antonio (1999), «Introducción a la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», *Revista de Economía Aragonesa,* núm. 8, ed. IberCaja, Zaragoza, pp. 81 y ss.

tos: i) que explican el orden de llamamientos a la sucesión legal, ii) cómo operan los supuestos de ineficacia; iii) la diversidad de llamamientos universales, troncal y no troncal y la necesidad de que sea tenido en cuenta en los Autos de declaración de herederos e, incluso, iv) un precepto que regulaba el parentesco. Este último precepto (el art. 4 del Borrador) fue suprimido por la Comisión a propuesta de alguno de sus miembros, alegando que la regulación del parentesco no es solo una cuestión de Derecho civil sino una cuestión general que afecta a otras disciplinas.

3º La aplicación de la sustitución legal (regulada en el Título I de la Lsuc.) a todos los modos de delación en Aragón. Se rechaza en el seno de la CADC (8 votos en contra, 2 a favor) la renuncia como un presupuesto de aplicación de la sustitución legal, tal y como se permitía en el art. 141 Comp. arag.

El ponente propuso también el cambio de nombre de «Sucesión intestada» por el de «Sucesión legal», terminología correcta (en Aragón no sólo hay testamento) y bien acogida por el resto de los miembros de la Comisión.

El texto aprobado por la CADC (el 19 de agosto de 1998) se presentó inmediatamente al Gobierno de Aragón, que aprobó su tramitación como Proyecto de Ley sin ninguna modificación. El 7 de septiembre se registra su entrada en las Cortes.

En lo que atañe a la sucesión legal se presentaron veinte enmiendas (enmiendas 331 a 351) a propuesta del Grupo Parlamentario Mixto en representación de los diputados de Chunta Aragonesista. El objeto de las mismas, con alguna salvedad (la enmienda 341) atendía a cuestiones de técnica o de mejora de redacción. De todas ellas prosperaron cinco enmiendas (333, 336, 339, 340, 347), que mejoraron la redacción definitiva del Proyecto[10].

B. Promulgación, publicación y entrada en vigor. La Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte fue promulgada por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón el día 24 de febrero y publicada en el BOA, núm. 26, del día 4 de marzo de 1999 (también en el BOE, núm. 72, del día 25 de marzo).

Entró en vigor el 23 de abril de ese mismo año, tal y como expresamente estableció la DA Segunda de la Ley.

2.6. *El Código del Derecho Foral de Aragón*

La Lsuc. fue formalmente derogada por el vigente CDFA, que entró en vigor el 23 de abril de 2011, (Disposición Final única del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título de «Código del Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las Leyes civiles ara-

---

[10] Todo ello está tratado en profundidad en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2000), vol. 2, pp. 49, 87-90, 155, 203-204 y 257-258.

gonesas) pero es el contenido normativo de la Lsuc. el que se trasfunde al Título VII del Libro IV del CDFA y por ello, sin solución de continuidad, es esta la regulación que rige la sucesión de todos los aragoneses desde el 23 de abril de 1999 y, en especial, del que fallece sin disposición voluntaria eficaz, tal y como señala la DT, Decimotercera, *Ley aplicable a la sucesión,* del vigente CDFA: *Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión.*

La regulación y contenido de la sucesión legal en el CDFA es la misma que la ofrecida por la Lsuc., sin perjuicio de algunas aclaraciones en algunos preceptos que en nada modifica la regulación anterior, si bien despeja algunas dudas de interpretación dando nueva redacción a algunos preceptos.

II. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA SUCESIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

1. Objetivos

La aplicación supletoria del Código civil, fuente de inagotables problemas durante la vigencia del Libro II de la Comp., queda definitivamente eliminada para la sucesión legal desde 1999, como se señala en el núm. 37 del Preámbulo del CDFA: «La regulación es formalmente completa, sin remisiones al Derecho supletorio, con pocas variaciones respecto del Derecho ya vigente, pero con un desarrollo más detallado que facilita su aplicación».

En definitiva y como señala Delgado Echeverría, el objetivo de la reforma no fue otro que «formar un sistema que, sin incurrir en visibles contradicciones de valoración, dé una respuesta segura y previsible a los más casos, evitando así litigios»[11].

2. Estructura

La Sucesión legal se contiene en el Título VII del Libro IV del CDFA. Se compone de un Capítulo I, *Disposiciones Generales*, en el que a través de cinco preceptos se modulan las reglas del juego en los llamamientos a la sucesión del que fallece en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento. El resto de los capítulos desarrollan el orden de llamamientos previsto en el artículo 517 CDFA: el capítulo II, *Sucesión de los descendientes*; Capítulo III, *Recobros y sucesión troncal*; Capítulo IV, *Sucesión de los ascendientes*, Capítulo V, *Sucesión del cónyuge y los colaterales* y Capítulos VI, *Sucesión en defecto de parientes y cónyuge.*

---

[11] Delgado Echeverría, Jesús (1999), «De la sucesión legal», *RDCA,* V, núm. 1 pp. 123 a 130.

III. DISPOSICIONES GENERALES

1. Terminología

Desde 1999 se dejó de hablar legalmente de «sucesión abintestato» y se pasó a hablar de «Sucesión Legal» para referirse a la sucesión que se defiere «por disposición de la Ley» (art. 317-1 CDFA.), que es más correcta y precisa debido a los diversos modos de delación admitidos en Aragón: no sólo testamento (*ad in testato*), sino también pacto sucesorio (art. 317-1 CDFA).

2. Apertura de la sucesión legal

2.1. *Cuestiones previas*

A) *Vecindad civil aragonesa en el momento del fallecimiento*

Para que tenga lugar el llamamiento legal previsto en CDFA es preciso que el causante fallezca teniendo vecindad civil aragonesa, tal y como señala el art. 9.8º Cc, en relación con los artículos 14-1 y 16-1 del mismo cuerpo legal[11bis].

B) *Apertura de la sucesión y lugar de fallecimiento: Competencia judicial y notarial*

El artículo 320 CDFA establece que: *La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante y en el lugar de su último domicilio.* La muerte y declaración del fallecimiento pueden equipararse.

La referencia al «último domicilio del causante» determina la competencia de los tribunales en materia de Derecho sucesorio y también la de las notarías y juzgados para conocer de los procedimientos de «herederos abintestato».

Si el causante con vecindad civil aragonesa fallece fuera de Aragón, la competencia de los juzgados o notarias para proceder a la declaración de herederos vendrá determinada por el último domicilio del causante; y a la sucesión deben aplicarse las normas sucesorias aragonesas (arts. 9-8º Cc y 9-2 EAA), con independencia de cuál sea la vecindad civil de los llamados a la herencia.

Esta situación puede dar lugar a duplicidad de jurisprudencia, por cuanto la competencia funcional impide conocer del recurso de casación, en su caso, al

---

[11bis] En esta materia se ha de tener en cuenta el Reglamento de la EU núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, en vigor desde el 18 de agosto de 2012, pero aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, que ha introducido en la normativa española un cambio trascendental: la sustitución del estatuto personal por el real en materia de eficacia de la ley sucesoria. A partir de esa fecha, ley que rige la sucesión de los ciudadanos comunitarios, se determina, con carácter general, por la ley de su residencia habitual al tiempo del fallecimiento del causante; si bien, se permite la elección, al tiempo de otorgamiento de testamento o pacto, entre la ley de su nacionalidad y la ley de la residencia al tiempo del fallecimiento, siendo inaplicable el art. 9-8 Cc., que, sin embargo, sigue vigente y es el aplicable para determinar la ley sucesoria entre españoles dentro del territorio nacional, pero no fuera de él.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, correspondiendo la misma al Tribunal Supremo[12].

C) *Apertura de la sucesión legal, fallecimiento del causante y delación: Momentos distintos*

a) *Apertura de la sucesión y delación. Posibilidad de que se produzcan en momentos distintos.* La sucesión de las personas físicas se produce una sola vez y en un momento determinado: con ocasión de su fallecimiento (art. 320-1 CDFA).

Por regla general la delación, bien sea voluntaria o legal, también tiene lugar en ese mismo instante: en el momento de fallecimiento del causante.

Con todo, en Derecho aragonés es posible que algunos efectos de la sucesión *mortis causa* no sigan esta frecuencia y puedan producirse antes de la apertura de la sucesión (pactos sucesorios a favor de contratante: art. 385 CDFA.) o tiempo después de la misma (casos de fiducia: art. 448 CDFA). A estos supuestos se refiere expresamente el art. 321-4 CDFA.

Estas consecuencias también pueden tener lugar en materia de sucesión legal, de manera que fallecido el causante en un momento determinado, abierta su sucesión y aun producida la delación, tiempo después de su fallecimiento, procede un llamamiento legal para parte de esa herencia ya abierta pero en un momento anterior.

D) *Apertura de la sucesión y llamamiento a la sucesión legal en un momento posterior: artículos 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA*

a) *El supuesto: la institución recíproca de herederos y la delación legal a favor del cónyuge.* En los casos de institución recíproca de herederos, bien sea por delación voluntaria: pacto (art. 395-3 CDFA) o testamento mancomunado (art. 419-3 CDFA), bien sea por delación legal a favor del cónyuge (art. 531-2 CDFA), el legislador aragonés ha regulado, tomando como fundamento la presunta voluntad del causante, el destino que deban tener los bienes provenientes de la herencia del premuerto que son heredados por el sobreviviente y que, a su fallecimiento, permanezcan en su patrimonio por no haber dispuesto de ellos por ningún título (lucrativo u oneroso, tanto *inter vivos* como *mortis causa*).

b) *Los supuestos legales.* El texto de las normas referidas es muy similar; la naturaleza y finalidad de esta delación posterior al fallecimiento del causante es idéntica.

El artículo 395-3 CDFA establece los efectos de la institución recíproca de herederos otorgada en pacto sucesorio:

---

[12] Bayod López, María del Carmen (2009), «La aplicación indebida del Código civil como fundamento del recurso de casación: Infracción de las normas de Derecho civil aragonés para la solución del conflicto (Reflexiones sobre las SS. TSJA de 15 de marzo de 2007 y de 27 de febrero de 2006)», *RDCA,* XV, pp. 171 y ss.

> *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.*

Por su parte, el artículo 419-3 CDFA regula las mismas consecuencias cuando la institución recíproca tiene lugar en testamento mancomunado:

> *Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que de ellos 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 quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.*

Desde 1999 no se exige que los otorgantes del pacto o del testamento mancomunado estén casados entre sí, como así se exigía en la Compilación.

Por último, el art. 531-2 CDFA establece la misma consecuencia (desconocida con anterioridad a 1999) para el caso de la sucesión legal a favor del cónyuge:

> *Si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.*

c) *Naturaleza de esta segunda delación: sustitución legal preventiva de residuo.* Estos bienes provenientes de la herencia del primer causante y de los que no dispuso el heredero supérstite están sujetos a un nueva delación: serán deferidos a los parientes llamados a la sucesión legal del premuerto; ahora bien, el llamamiento a estos parientes no se produce cuando se abrió la sucesión del premuerto, sino en un momento posterior: al tiempo de la muerte del supérstite (primer heredero del causante).

Este segundo llamamiento responde a la naturaleza de una sustitución legal preventiva de residuo: los bienes los recibirán los parientes llamados a la sucesión del premuerto como herederos de éste y sustitutos del sobreviviente: eso afirman cada una de las normas transcritas y así ha sido interpretado por la doctrina[13].

En los tres supuestos de institución recíproca se excluye de la delación legal a la Comunidad autónoma de Aragón, al llamar los tres preceptos tan sólo a los «parientes» del premuerto (y no a sus «sucesores legales») y disponer textualmente todos ellos que *A falta de tales parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.*

---

[13] Serrano García, José Antonio (2000), «La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (Comentario de un caso de pacto al más viviente), en *RDCA, VI*, núm. 1, pp. 203 a 236; Bayod López, Carmen (2008), «"Ana y el artículo 216-2 Lsuc". Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en *RDCA,* XIV, pp. 117-141; A. de 7 de febrero de 1997, JPI, núm. 13 de Zaragoza (marginal 11, *RDCA*, V, núm. 1); A. de 14 de febrero de 2000 del JPII núm. 14 Zaragoza (marginal 51, *RDCA*, VII-VIII)].

2.2. *Procedencia. Supuestos de apertura de la Sucesión legal: La falta de disposición válida y eficaz. Análisis*

A) *En general*

El artículo 516 CDFA indica con carácter general cuándo procede la apertura de la sucesión legal de la persona física fallecida con vecindad civil aragonesa: *En defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal.*

El precepto requiere la falta de ordenación voluntaria de la sucesión o su ineficacia, pero también es posible la apertura de la sucesión legal aun cuando el causante hubiera ordenado de forma voluntaria su sucesión, puesto que ambos modos de delación: voluntario y legal son compatibles en Aragón (art. 317-2 CDFA).

B) *Los casos en particular*[14]

Veamos los casos:

a) *Defecto total de la sucesión ordenada por pacto o testamento.*

A este supuesto responden diversas situaciones:

1º Los supuestos en los que el causante fallece sin haber otorgado pacto o testamento.

2º A pesar de haber dispuesto de forma voluntaria mediante pacto o testamento, procederá la apertura de la sucesión legal sobre todo el caudal en los siguientes supuestos:

1. Cuando la disposición del causante no tenga contenido patrimonial (arts. 405-3 y 432 CDFA que admiten esta posibilidad tanto en el testamento como en el pacto).
2. Cuando se destruye el testamento o pacto y se acredita su imposibilidad de reconstrucción.
3. Cuando hay revocación total del pacto o testamento sin otorgar una nueva disposición.
4. Cuando el pacto o testamento sean inválidos y se ejercite la acción correspondiente y no proceda la conversión del testamento nulo (arts. 426 a 430 CDFA.)
5. Testamento con error en la indicación de la persona o de los bienes, sin que pueda procederse a su averiguación (art. 425 CDFA).
6. Caducidad del testamento.

[14] Todos ellos están tomados de MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. 2, pp. 31 y ss.

7. En los supuestos de preterición no intencional a que se refiere el artículo 508-2 CDFA.
8. Supuestos de institución de heredero o de legatario sujeto a condición suspensiva. [art. 437.b) CDFA].
9. Incumplimiento total de la fiducia sucesoria: artículos. 462 y 463 CDFA.
10. Supuestos de pacto o testamento mancomunado con institución recíproca de herederos entre cónyuges y se decrete la nulidad, separación o divorcio entre los cónyuges o se encuentren en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin (arts. 404 y 438 CDFA.). En estos casos queda ineficaz el llamamiento voluntario y los cónyuges excluidos, respectivamente, del llamamiento a la sucesión legal (art. 531-1 CDFA).
11. Cuando el llamado o los llamados no pueden o no quieren suceder y no entran en juego los mecanismos de sustitución voluntaria, legal o acrecimiento: artículos 323 y 437 CDFA.

b) *Defecto parcial de la sucesión ordenada por testamento.*

Este llamamiento es consecuencia de la compatibilidad de delaciones previstas en el art. 317-2 CDFA.

Los supuestos serían los siguientes:

1º Disposición parcial del causante.

2º Supuestos de nulidad, anulabilidad, revocación ineficacia de alguna disposición testamentaria: artículos 424-3 y 470 CDFA.

3º La aparición de nuevos bienes en los supuestos de distribución de toda la herencia en legados: artículo 469-2 CDFA.

4º Incumplimiento parcial de la fiducia.

5º Exclusión absoluta de la herencia en el supuesto del artículo 513-3 CDFA.

3. El orden de llamamientos en la sucesión legal

3.1. *Regulación y finalidad de la norma*

El artículo 517 CDFA establece el orden de la sucesión legal. El propósito de la norma no es otro que «establecer los sucesivos órdenes de llamamientos en la sucesión legal, de modo que ya no será preciso en cada uno de los distintos capítulos sobre cada orden hacer referencia a que el llamamiento sólo procede en defecto de los anteriores»[15].

[15] Serrano García, ponente de la Ley, Acta de la Sesión de 10 de diciembre de 1997, fol. 5; (= en el Borrador de Anteproyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte, que él redactó, fol. 2).

3.2. *El orden de llamamientos*

A) *El art. 517 CDFA*

La sucesión legal aragonesa se ha caracterizado desde sus más remotos orígenes por deferir la herencia atendiendo a dos circunstancias: la parentela y el origen de los bienes. Tal es así, que históricamente los padres no eran llamados a la sucesión, tan sólo tenían derecho de recobro. Los hijos y descendientes eran los primeros llamados a suceder a sus ascendientes, sin atender al origen de los bienes (troncales o industriales), pues en ellos confluyen ambas líneas parentales.

En relación con ello, el artículo 517 CDFA establece:

1. *En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente.*
2. *En defecto de descendientes:*
   - *1º Los bienes recobrables y troncales se defieren a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente.*
   - *2º Los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos, si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma de Aragón o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.*

B) *Algunas precisiones*

Del precepto transcrito se deduce que tenemos tres órdenes de llamamientos:

En primer lugar: Descendientes.

- Están llamados a heredar todos los bienes de causante: troncales o no troncales, en este llamamiento el origen de los bienes es irrelevante.

En segundo lugar: bienes recobrables y troncales.

- Sólo procede este llamamiento a falta de descendientes (hijos, nietos, biznietos, etc.) del causante.
- Estos bienes son objeto de sucesión sólo si existen en la herencia del causante. El origen familiar de los bienes no le impone al causante en vida ningún deber de reserva a favor de estos sucesores: ha podido disponer de ellos tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y a título oneroso o lucrativo.
- Son llamados determinados parientes en función de su relación con la parentela de procedencia de los bienes (troncalidad) y en los casos de ser ascendiente o hermano del causante por haber realizado a favor de éste alguna liberalidad, y sobrevivir al causante.

En tercer lugar: sucesión no troncal.

- El llamamiento opera sobre bienes que no tenga procedencia familiar (troncales o recobrables); bienes que históricamente se denominaban industriales, por haber sido conseguidos por el causante por su industria o adquiridos a través de extraños. Ahora bien, los bienes troncales o recobrables pueden formar parte de este llamamiento si no hubiera parientes con derecho a los mismos o, habiéndolos, repudiaran la delación.
- El orden de suceder opera jerárquicamente: en primer lugar los ascendientes, en su defecto, y en segundo lugar, el cónyuge; a falta de éste, y en tercer lugar, los colaterales hasta el 4º de parentesco con el causante.
- A falta de parientes colaterales hasta el 4º, y en quinto lugar la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de que le pueda corresponder heredar preferentemente al Hospital de Nuestra Sra. de Gracia, si se dan los presupuestos del artículo 536 CDFA.

4. Compatibilidad de llamamientos

4.1. *Llamamientos a título universal y responsabilidad del heredero*

A) *Diversidad de llamamientos universales*

a) *Responsabilidad del heredero troncal. En la sucesión legal de una persona puedan concurrir diferentes llamamientos universales en atención al carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicto* (art. 518-1 CDFA).

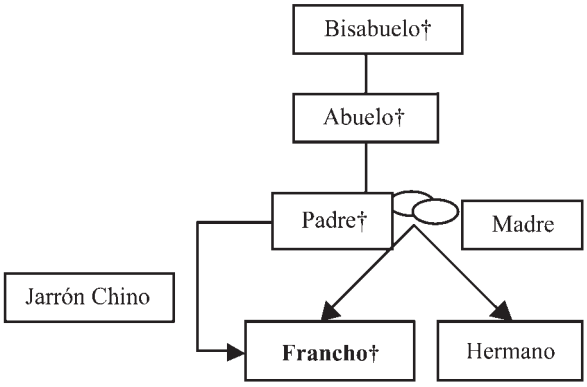
El precepto declara que los llamados a suceder en los bienes troncales, aun cuando sólo sucedan en un bien determinado, son herederos y no legatarios o sucesores legales a título particular (como lo son los parientes con derecho a recobro); por ello su llamamiento es universal (art. 319-1 CDFA) y responden de las deudas de la herencia (art. 322-1 CDFA) como señala el artículo 355-1 CDFA: *El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario.*

b) *Concurrencia de llamamientos.* El origen troncal o no de los bienes determina, a falta de descendientes del causante, la posibilidad de varios llamamientos universales a su herencia que pueden también concurrir en la misma persona llamada a ella.

Pensemos en el siguiente ejemplo: Francho, aragonés, falleció en estado de soltero y sin descendientes. Le sobrevivió su madre y un hermano. El caudal hereditario estaba compuesto por un jarrón chino de la dinastía Ming, que había pertenecido al bisabuelo de Francho y que le donó su padre cuando el causante alcanzó la mayor edad; hay además algunas acciones y un piso, que Francho adquirió con trabajo; como deudas, tan solo los gastos de entierro y funeral.

¿Quién o quiénes están llamados a la herencia de Francho?

GRÁFICO 1



No habiendo descendientes, el orden de llamamientos se produce sobre los bienes troncales y no troncales del causante.

En este caso, en el patrimonio de Francho existe un bien troncal de abolorio: el jarrón chino (fue del bisabuelo y al causante se lo transmitió su padre, art. 527 CDFA) y otros bienes no troncales: la casa y las acciones, que el causante ganó con su industria.

A su sucesión están llamados, por un lado, el hermano, que recibirá el jarrón chino (art. 526-1º CDFA); por otro, la madre, que recibirá el piso y las acciones [art. 517-2.b)].

Ambos son herederos a título universal del causante; si el hermano repudiara su herencia o, careciendo de descendencia, hubiera premuerto a Francho, el jarrón también sería para la madre, al no existir en este caso otros parientes colaterales del causante.

Por ser ambos herederos adquieren, como dice el artículo 322-1 CDFA, *los bienes y derechos de la misma,* (de la herencia) *se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación.* Ambos responderán de las deudas de la herencia.

4.2. *La declaración de herederos y el origen de los bienes*

El párrafo 2º del artículo 518 CDFA contiene una norma dirigida al Juez para que haga constar la diversidad de llamamientos posibles en Aragón:

> *La declaración de herederos legales deberá expresar si se refiere sólo a los bienes no troncales, sólo a los troncales, con indicación de la línea de que procedan, o a*

> *ambos tipos de bienes. Si falta dicha mención, se presumirá que la declaración se ha limitado a los bienes no troncales y no impedirá instar una nueva declaración referida a los troncales.*

Los Tribunales aragoneses inmediatamente asumieron este mandato, así el Auto de la APH de 5 de mayo de 1999 (*RDCA*, VII-VIII, marginal 65) y el Auto del JPII, núm. 2 de Monzón (*RDCA*, XIV, marginal 52).

5. Reglas generales: artículos 519 y 520 CDFA

Los artículos 519 y 520 CDFA establecen las reglas aplicables en cualesquiera llamamientos legales regulados en los capítulos siguientes, completando y vertebrando el sistema.

5.1. *El principio de proximidad de grado*

A) *Regulación. Proximidad de grado y sustitución legal.* El artículo 519 CDFA establece en su párrafo 1 que:

> *Dentro de cada línea, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo en los casos en que proceda el derecho de sustitución legal.*

Este precepto contiene una regla tradicional en el sistema de delación legal: la proximidad de parentesco, pero advierte ya la aplicación de la sustitución legal, cuyas reglas se contienen en los artículos 334 a 341 CDFA; en particular, y en lo que atañe a la sucesión legal, son de especial aplicación los artículos 334, 335, 338, 340 y 341 CDFA.

B) *El reparto de los bienes.* El párrafo 3º del artículo 519 CDFA establece como regla la distribución por cabezas y a partes iguales de los bienes de la herencia cuando los llamados pertenezcan a la misma línea y grado de parentesco; regla que como igualmente advierte el precepto, tiene excepciones, una de ellas, como veremos inmediatamente es la sucesión a favor de nietos y demás descendientes (art. 523 CDFA).

En concreto, el párrafo 3º del art. 519 dispone:

> *2. Los parientes de la misma línea y grado heredan por cabezas o a partes iguales, salvo previsión legal en contrario.*

Obsérvese que heredar por cabezas, o partes iguales, es una regla de reparto, aplicable cuando los parientes llamados *concurren solos*, por ser de la misma línea y grado, aun cuando sucedan por sustitución legal (arts. 338-2; 526-1 y 532-4 CDFA) y no por derecho propio. El error sobre este concepto provocó que los artículos 338-2, 526-1 y 532-4 tengan una nueva redacción el CDFA para aclarar el significado de las reglas de reparto.

C) *Repudiación del único o todos los llamados a la herencia.* El párrafo 2º del artículo 519 CDFA es una aclaración que se introdujo por la CADC en la elaboración del texto refundido.

Se pretende con ella aclarar y establecer con carácter general cómo opera el principio de proximidad de grado cuando todos o el único llamado repudian la herencia, explicando que heredarán los llamados de grado siguiente por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante. Así se establece con carácter particular cuando el llamamiento se hace a los descendientes (art. 523-2 CDFA) pero se echaba de menos está precisión en otros llamamientos en particular en el llamamiento legal a colaterales: tíos, sobrinos y sobrinos nietos.

Al introducirse este párrafo en el artículo 519 CDFA en sede de disposiciones generales, los efectos de la repudiación de todos o del único llamado afectan a cualesquiera llamamientos legales.

5.2. *Ineficacia del llamamiento*

El artículo 520 CDFA establece el orden de suceder en los supuestos en los que el primer llamamiento se ha visto frustrado. Su finalidad es similar a la prevista los artículos 323 y 437 CDF en los supuestos de delación voluntaria.

El artículo 520 CDFA establece:

1. *Cuando el llamado a la sucesión legal no puede o no quiere suceder, se procede conforme al siguiente orden:*

1º Si se trata de un descendiente o hermano del causante y de alguno de los supuestos de sustitución legal, ocupan su lugar sus estirpes de descendientes.

2º No aplicándose la sustitución legal, su parte acrecerá a los coherederos.

3º Si tampoco hubiera acrecimiento, sucederán por derecho propio los parientes del grado siguiente o, en su caso, las personas que ocuparan el siguiente lugar, todo ello según el orden de delación legal.

2. *Quienes reciban la porción del llamado ausente deberán cumplir las obligaciones que impone la normativa sobre la ausencia.*

IV. SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

1. Llamamiento ilimitado a favor de los descendientes. Principio de no discriminación

El art. 521 CDFA llama, en primer lugar, y sin límite de grado a todos los descendientes del causante: «parientes en la línea recta descendente»: ellos percibirán todos los bienes de causante, troncales y no troncales.

Los bienes los recibirán los descendientes sujetos, en su caso, al usufructo del cónyuge viudo del causante, (art. 283 CDFA y art. 16-2 2º Cc.): en Aragón el cónyuge viudo no es legitimario, sólo lo son los descendientes.

Los hijos y sus descendientes suceden sin distinción de sexo, edad o filiación (art. 521 CDFA), principio también aplicable a cualquier pariente del causante que pueda concurrir a su sucesión legal.

1.1. *Sucesión a favor de los hijos: Suceden por derecho propio*

Los hijos del difunto le heredan siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia a partes iguales (art. 522 CDFA).

Para que proceda el llamamiento a favor de los hijos del difunto se requiere:

1º Que el causante haya fallecido sin disponer voluntariamente (art. 516 CDFA).

2º Que los hijos tengan capacidad sucesoria: sobrevivan a su causante (art. 325 CDFA) y que no sean indignos (art. 328 CDFA), o estén desheredados con causa legal o excluidos absolutamente de la sucesión de su padre o madre (art. 338 en relación con los arts. 510 y 513 CDFA).

3º Que acepten el llamamiento (art. 342 CDFA).

Dándose estas circunstancias, los hijos heredan y reparten todos los bienes del difunto (su padre o madre) a partes iguales (por cabezas) y sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo.

1.2. *Sucesión a favor de otros descendientes*

A) *La regla general. Suceden por sustitución legal*

a) *La sustitución legal en el párrafo 1 del artículo 523 CDFA. Los nietos y demás descendientes del causante heredan por sustitución legal, en los casos y en la forma previstos en el capítulo III del Título Primero de este Libro.*

En este precepto el legislador se remite a las reglas de la sustitución legal, que son las aplicables en este llamamiento.

En efecto, los descendientes no hijos del causante heredan por sustitución legal y, aun cuando concurran solos, dividirán la herencia por estirpes y no por cabezas, al ser el artículo 523-1 una excepción al párrafo 3 del artículo 519 CDFA, que impone en estos casos la división de la herencia por cabezas y no por estirpes.

En razón de ello, podemos concluir:

1º Que se aplica el régimen jurídico de la sustitución legal previsto en los artículos 334 a 341 CDFA.

2º No se aplica la sustitución legal en caso de repudiación desde el 23 de abril de 1999 (art. 341 y DT Décimo sexta CDFA).

3º En Aragón, el juego de la sustitución legal es voluntario, puede evitarlo el causante (art. 336 CDFA). Las consecuencias de eliminar la aplicación de la sustitución legal en este llamamiento serían las siguientes:

1ª Habiendo hijos, y eliminando el causante el juego de la sustitución legal, la parte de los que se hallaren en tal situación, acrecería al resto de los hijos [art. 520-1.b) CDFA].

2º Incurriendo todos los hijos en causa de sustitución legal, el resto de los descendientes heredarán por derecho propio, excluyendo los de grado más próximo a los más remotos (nietos frente a biznietos, etc.): artículos 519-1 CDFA.

b) *Supuestos en los que tiene lugar la sustitución legal a favor de los descendientes no hijos del causante: artículo 338-1 CDFA.* Los supuestos en los que puede tener lugar la sustitución legal vienen expresamente nominados en el artículo 338-1 CDFA: premoriencia, ausencia, indignidad, desheredación con causa legal y exclusión absoluta de los hijos del causante[16].

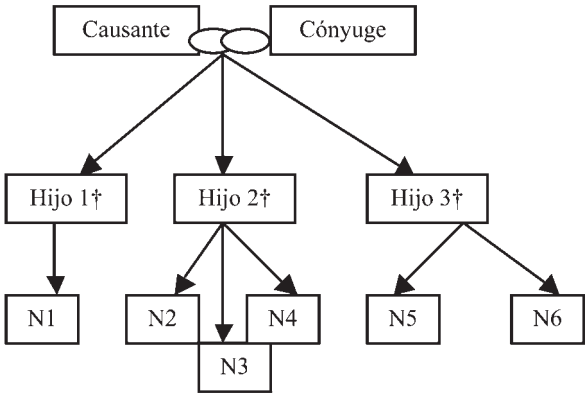
La indignidad, la desheredación con causa legal y la exclusión absoluta de los hijos del causante se regulan en los arts. 328 a 333 y 509 a 514 respectivamente; la ausencia está regulada en los artículos 46 a 55 CDFA.

La sustitución legal, en la línea recta descendente opera, además, sin límite de grado: *la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurran solos dividen por estirpes* (art. 338-2 CDFA).

c) *Efectos: el artículo 340 CDFA.* Los descendientes del causante heredan por estirpes*, de modo que el sustituto o sustitutos legales ocupan el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución (art. 345-1 CDFA).*

El siguiente esquema lo explica:

GRÁFICO 2



[16] El análisis de cada uno de los supuestos en MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. 2, pp. 62 a 73.

Los nietos (N) heredan por sustitución legal, ocupando el lugar que le hubiera correspondido a su padre en la herencia del abuelo (Causante), y ello, aun cuando todos ocupen la misma línea y grado de parentesco (2º grado en línea recta) y concurran solos, dividen por estirpes: excepción al artículo 519-3 CDFA, que impondría el reparto por cabezas de los sustitutos.

Por ello, teniendo el causante tres hijos y no habiéndole sobrevivido ninguno de ellos (o estando ausentes, o desheredados con causa legal, etc.), heredan sus nietos, pero no por derecho propio, sino por sustitución legal: cada estirpe de descendientes recibirá la porción del sustituido; en el ejemplo 1/3 a cada grupo que repartirán así: 1/3 a N1; 1/9 a N2, a N3 y a N4; y 1/6 a N5 y a N6.

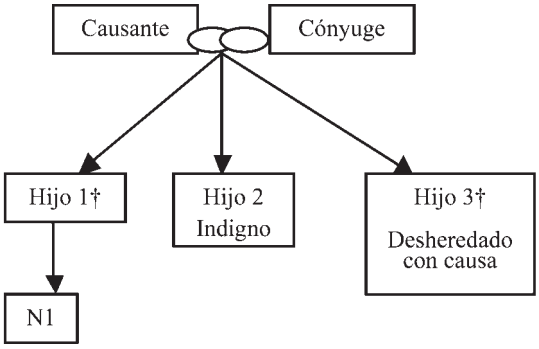
Por lo demás, no olvidemos que viviendo el cónyuge del causante, los nietos recibirán los bienes con el usufructo del viudo[17].

Nada importa que los sustitutos (los nietos en el ejemplo) hayan repudiado la herencia de sus padres o que sean indignos o estén desheredados, para ser llamados, por sustitución legal, a la herencia del abuelo: así lo establece el artículo 340-2 CDFA: *Para que opere la sustitución legal no es preciso que el sustituto llegue a heredar al sustituido.*

La misma situación se produce aun cuando sólo quedase un nieto por haber premuerto (o encontrarse en cualesquiera otros supuestos de sustitución legal *ex* art. 338 CDFA), y no haber tenido descendencia o haber ésta premuerto al hijo del causante.

Imaginemos el siguiente supuesto a través de este gráfico:

GRÁFICO 3



En este caso el nieto N1 tiene derecho a la totalidad de los bienes del causante, su abuelo, pero igualmente hereda por sustitución legal (art. 523 CDFA):

[17] Bayod López, Carmen (2012), «La viudedad» en *Manual de Derecho civil aragonés*. Director Jesús Delgado Echeverría, coordinadora María Ángeles Parra Lucán, ed. El Justicia de Aragón, 4ª edición, Zaragoza, pp. 457 a 496.

recibe toda la herencia porque la misma se concentra en su padre (Hijo 1) al recibir por acrecimiento [art. 520-1.b) CDFA], la porción correspondiente a sus hermanos, al no ser aplicable en sus llamamientos la sustitución legal por carecer de descendientes.

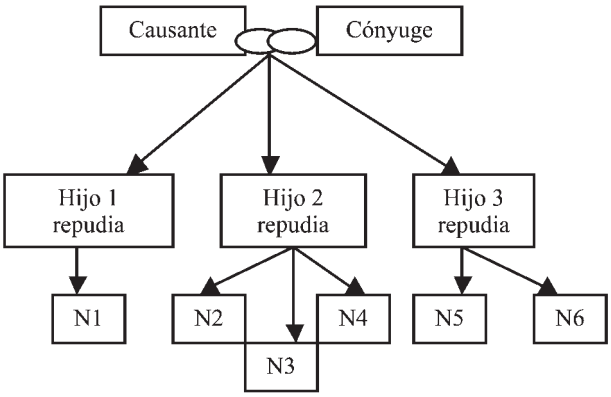
B) *La excepción: Repudiación del de todos o del único hijo del causante.* El art. 341 CDFA afirma que *En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal.*

Por lo tanto, el párrafo 2 del artículo 523 CDFA dispone que: *Repudiando la herencia el descendiente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los descendientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante.*

Por lo tanto, sólo en el caso de repudiación (o de exclusión de la sustitución legal por parte del causante *Supra 4.1.2.*) los descendientes no hijos del causante heredan por derecho propio o de forma directa.

Podemos verlo con un gráfico:

GRÁFICO 4



Los tres hijos repudian el llamamiento de su padre (el causante); en este caso todos los nietos heredan por derecho propio (directamente no por sustitución), por ello cada uno de los nietos tendrá derecho a 1/6 de la herencia y, desde luego, sin perjuicio del usufructo vidual del cónyuge supérstite (art. 283 CDFA.).

2. Derecho transitorio y sustitución legal: el derogado artículo 141 Comp. Arg.

La DT Decimosexta CDFA, *Sustitución legal*, dispone:

1. *No es causa de sustitución legal la renuncia a la herencia producida con posterioridad al 23 de abril de 1999.*

2. *No obstante, cuando en pacto sucesorio o testamento otorgado antes del 23 de abril de 1999 se hubiera previsto expresamente la aplicación del régimen contenido en el artículo 141 de la Compilación del Derecho Civil, será dicho régimen el que se aplique.*

Desde la entrada en vigor de la Lsuc. se excluyó la aplicación del artículo 141 Comp. arg., que sólo será aplicable a los casos sujetos a la Ley anterior, bien por haberse producido la delación y repudiación vigente en la misma o en las sucesiones voluntarias, pacto o testamento, otorgadas vigente en el Libro II Comp. arag., haberse establecido expresamente la aplicación del artículo 141 Comp. arag.

Por lo que respecta a la sucesión legal, cabe concluir que desde el 23 de abril de 1999, la repudiación a la herencia no operará como causa de sustitución legal: aun cuando el causante hubiera fallecido antes de dicha fecha, siempre y cuando los llamados aún no hubieran ejercitado la delación.

V. RECOBRO DE LIBERALIDADES

1. Regulación

El recobro de liberalidades se regula en los artículos 524 y 525 CDFA.

Los presupuestos del recobro siguen siendo los mismos: se regula a favor de los ascendientes y hermanos del causante, fallecido sin descendencia y sin disposición, sobre los mismos bienes que aquéllos le hubiesen donado y aún se conserven en el caudal relicto del fallecido.

Con todo, desde 1999, y como señaló la profesora Martínez[18], se pueden destacar las siguientes precisiones o aclaraciones en relación a su régimen jurídico:

1. Se admite la sustitución legal para el recobro de liberalidades a favor de los descendientes del hermano del causante: artículo 524-2 CDFA.
2. Se afirma expresamente que el derecho de viudedad recae también sobre los bienes recobrables: artículo 524-3 CDFA.
3. Se dicta una norma expresa en relación con bienes donados que procedan de la comunidad conyugal del donante: artículo 524-4 CDFA.
4. Se prevé expresamente (resolviendo una cuestión dudosa) que el recobro es de aplicación preferente al consorcio foral: artículo 374-3 CDFA.

---

[18] Martínez Martínez, María (2000): vol. II, pp. 100 y ss.

2. Orden de llamamiento: artículo 517-2.1º CDFA

A falta de descendientes, en la sucesión legal aragonesa se atiende al origen de los bienes, y el primer llamamiento se produce en relación a los bienes recobrables, que serán deferidos, en primer lugar, a los parientes con derecho a recobro: ascendientes o hermanos del causante, que le han sobrevivido y en vida del causante le donaron bienes que aún se conservan en el caudal relicto.

3. Fundamento

La finalidad de esta regulación no es otra que conceder a los ascendientes o hermanos de quien fallece sin disposición voluntaria válida y eficaz la posibilidad de recuperar los mismos bienes que, en su caso, donaron y ello con preferencia a otros posibles herederos legales del causante.

En consecuencia, el recobro es previo a la sucesión troncal: estos bienes serían troncales (bienes de procedencia familiar), y se aplicaría el artículo 526 CDFA sobre ellos, si no fuera porque los donantes siguen vivos y la ley les concede el derecho a recuperarlos, al fallecer el causante (donatario) sin disposición sucesoria sobre ellos y sin descendientes o habiendo fallecido todos ellos.

4. Naturaleza y régimen jurídico

4.1. *Naturaleza*

Los recobrantes son sucesores a título particular por disposición de la ley, así se desprende del artículo 319-2 CDFA: *Los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o* ***sucesores a título particular por disposición legal.*** A esta naturaleza responde la figura del recobrante y es similar a la del legatario (si bien éste solo puede existir en la sucesión voluntaria) y por ello se aplica analógicamente las disposiciones sobre legados a los recobrantes (sucesores a título particular por disposición legal).

4.2. *Régimen jurídico*

Resultan aplicables, analógicamente, los arts. 477 a 480 CDFA y, directamente, las *Disposiciones Generales* del Capítulo Primero del Título Primero del Libro IV del CDFA (en especial los arts. 319 a 322 CDFA) y los demás preceptos concordantes.

De las normas referidas, siguiendo a Martínez Martínez[19], podemos deducir los efectos que provoca el recobro:

---

[19] Martínez Martínez, María, (2000) vol. II, pp. 110 y ss.

1º La adquisición de los bienes por los recobrantes se produce *ipso iure*, desde el momento del fallecimiento del causante, y sin perjuicio de la posibilidad de repudiarlo: artículo 322-3 CDFA.

2º Por ser el bien objeto de recobro de «una cosa cierta y determinada» que existe en caudal hereditario, será de aplicación el artículo 479 CDFA, que en Aragón faculta al legatario (en este caso al recobrante) para: *tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.*

3º Si el causante estaba casado, los bienes objeto de recobro están sujetos al usufructo del viudo: artículo 524-3 CDFA.

4º El recobrante no es heredero, por lo tanto no responde de las deudas del causante (art. 319-1 en relación con el art. 355-1 CDFA). Si bien, ello no significa que las deudas no le afecten, incluso que las deba de soportar no recibiendo nada, puesto que si no hubiera bienes bastantes en la herencia (troncales y no troncales) los bienes recobrables también se tendrían que aplicar al pago de las deudas del causante y de las cargas de la herencia (arts. 359 y 360 CDFA).

5. Requisitos

Del artículo 524 CDFA se deducen los siguientes requisitos para que tenga lugar el derecho de recobro:

1º Donación efectuada por un ascendiente o hermano al causante de la herencia.

2º Fallecimiento del donatario sin descendencia y sin pacto o testamento en el que hubiera dispuesto de los bienes donados.

3º Que los bienes donados subsistan en el caudal relicto.

4º Que el donante sea ascendiente o hermano del causante, le sobreviva y tenga capacidad sucesoria o, para el caso de hijos y nietos del hermano donante, tenga lugar la aplicación de la sustitución legal.

5º El pariente con derecho a recobro puede ser llamado simultáneamente también como heredero, troncal o no del causante; en razón de ello, podrá aceptar por un concepto y repudiar por otro: artículo 345-3 CDFA.

Veamos más detenidamente los dos elementos más relevantes del recobro: los bienes objeto de recobro y los parientes con derecho a los mismos.

5.1. *Bienes objeto de recobro*

En atención al artículo 524-1 CDFA son objeto de recobro *los mismos bienes,* que los ascendientes o hermanos le hubieran donado, y aún *existan en el caudal relicto.*

En relación con ello, y a lo que creo, son relevantes en este punto dos cuestiones: *A. Qué debemos entender por bienes que existan en el caudal* y, por ello, si es

aplicable o no la subrogación real; *B. Si la donación es el único negocio transmisivo que permite el posterior recobro.*

A) *Los bienes.* En primer lugar, podrán ser recobrables todos los bienes que puedan ser objeto de donación, tanto muebles como inmuebles, e incluso las universalidades (vgr. una empresa) y también parte o cuota de bienes: bienes en situación de consorcio foral (art. 374 CDFA), o bienes procedentes de la comunidad conyugal (art. 524-4 CDFA).

Se recuperan *los mismos bienes* que fueron objeto de donación y que aún existan en el caudal relicto, por lo tanto no se admite el juego de la subrogación real.

Se recobran bienes, no valores, por ello el dinero, en cuanto medida de valor, no puede ser objeto de recobro.

Si el bien donado hubiera pertenecido a la comunidad conyugal, cada cónyuge ejercitará el recobro sobre la mitad indivisa del bien y lo recuperará para su propio patrimonio (art. 524-4 CDFA).

Por último, el bien se recobrará con sus partes integrantes y sus pertenencias. En relación a los frutos, gastos, mejoras o deterioros que sufra el bien será aplicable supletoriamente el Código civil[20].

B) *El negocio transmisivo.* El artículo 524 CDFA se refiere a los bienes que «hubieran donado»; la donación se configura como el negocio jurídico a través del cual se ha de producir la liberalidad. Como señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ[21] no cabe admitir una interpretación amplia del término donación; por lo tanto no procede el recobro de liberalidades en los casos de institución de presente con premoriencia del heredero contractual al causante (se aplica aquí el art. 387 CDFA); sí sería posible el recobro en los supuestos de bienes entregados como dote.

5.2. *Parientes con derecho a recobro*

A) *Ascendientes y hermanos*

A tenor del artículo 524 CDFA tienen derecho a recobro los ascendientes o hermanos del causante, sustituidos éstos por sus hijos y nietos (art. 524-2 CDFA).

a) Requisitos generales. Capacidad sucesoria. Para que los parientes con derecho a recobro puedan adquirir los bienes recobrables deben tener capacidad sucesoria: sobrevivir al causante, no ser indigno o estar excluido de la herencia. Si esta falta de capacidad concurriera respecto del hermano del causante con derecho a recobro sería sustituido por sus estirpes de descendientes (art. 524-2 y 338-1 CDFA).

---

[20] Sobre estas cuestiones: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2000), vol. II, pp. 121 a 123.

[21] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2000), vol. II, 2000, pp. 99 y ss.

Si el pariente con derecho a recobro falleciera antes de aceptar o repudiar el llamamiento, sería aplicable el derecho de transmisión, de manera que podrían ejercitar el recobro sus herederos, tal y como lo establece el artículo 354 CDFA.

b) Ascendientes. Podrán ejercitar el recobro sin límite de grado, puesto que nada señala el Código. El límite vendrá impuesto por la naturaleza.

c) Hermanos. Los hermanos podrán serlo tanto de doble vínculo como de vínculo sencillo, la norma no establece diferencias al respecto y, desde luego, por naturaleza o adopción.

d) Hijos y nietos de hermanos: sustitución legal. El recobro de los hermanos, en los casos en que proceda la sustitución legal, pasará a los hijos o nietos (art. 524-2 CDFA).

Los casos en los que opera la sustitución legal son los previstos en el art. 338-1 CDFA.; tratándose de hermanos del causante sólo operan las siguientes causas: premoriencia, indignidad, ausencia o exclusión legal, puesto que la desheredación sólo actúa en relación con los legitimarios (en Aragón sólo son los descendientes del causante).

Los sustitutos del hermano que donó los bienes deben ser parientes con el causante dentro del cuarto grado, así se desprende de las reglas de la sustitución legal: artículo 338-2 CDFA: *la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante.*

Los hijos y nietos de hermanos recobran por sustitución legal (el recobro «pasará», dice el art. 524-2 Lsuc.) no por derecho propio.

6. Recobro habiendo descendientes

Procede también el recobro ordenado en el artículo anterior si, habiendo ya recaído por título lucrativo los bienes en descendientes del finado, fallecen todos éstos sin dejar descendencia ni haber dispuesto de dichos bienes, antes que la persona con derecho a tal recobro (art. 525 CDFA).

6.1. *Requisitos de aplicación*

En primer lugar, el causante recibió bienes a través de una donación efectuada por un ascendiente o hermano.

En segundo lugar, es necesario que el causante transmitiera, *por título lucrativo*, los bienes a él donados a uno de sus descendientes. Esta transmisión debe ser lucrativa, pero puede ser *inter vivos* o *mortis causa*, ya que el artículo 525 CDFA no distingue.

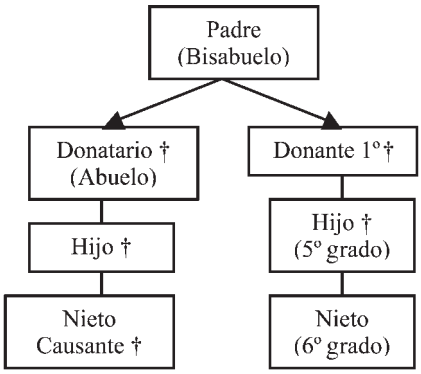
Por último, debe ocurrir el fallecimiento de *todos* los descendientes del finado sin haber dispuesto de dichos bienes antes que la persona con derecho a recobro.

6.2. *Personas con derecho a recobro*

Concurriendo los anteriores requisitos, procede el recobro a favor del ascendiente o hermanos del causante, y si opera la sustitución legal, a favor de los hijos y nietos del hermano del causante, que no deberán rebasar el cuarto grado de parentesco con el descendiente del fallecido.

Veamos un ejemplo.

GRÁFICO 5



En el caso propuesto, imaginemos que el donante 1º donó un reloj de oro a su hermano (Donatario). Éste, transmitió el reloj, por sucesión a su hijo y éste, a su vez, transmitió el mismo reloj por donación al suyo (nieto del primer causante y donatario). El nieto, y ahora causante, fallece sin haber dispuesto del reloj.

En un caso así, el artículo 525 CDFA declara la procedencia del recobro a favor del primer donante, si sobrevive a todos descendientes del primer donatario (de lo contrario, ellos podrán haber tenido derecho al recobro al haber transmitido el bien a sus descendientes); fallecido el donante primero, habría lugar, en su caso, a la sustitución legal, y procedería el recobro a favor de sus hijos y nietos.

Ahora bien, en estos casos, y para que proceda el recobro, los hermanos o sustitutos no deben superar el cuarto grado de parentesco con el causante; recordemos que no hay límite respecto de los ascendientes donantes.

En el caso propuesto no habría parientes con derecho de recobro: tanto el donante primero (tío abuelo del causante) como sus descendientes (primos del causante) superan el 4º grado de parentesco.

No habiendo parientes con derecho de recobro, procede el llamamiento a los parientes troncales, en este caso, como vamos a ver inmediatamente, el reloj es un bien troncal de abolorio (perteneció ya a la generación del abuelo) y la delación, en este caso, se expande hasta el sexto grado; el llamamiento al reloj corresponde a un primo del causante (colateral de 6º grado).

VI. SUCESIÓN TRONCAL

1. Regulación

La sucesión troncal, junto con los recobros, se regula en el capítulo III, del Título VII del Libro IV CDFA; en concreto en los artículos 526 a 528.

Nos encontramos ante un llamamiento a título universal, aun cuando los llamados sólo reciban bienes concretos del caudal relicto (vid. *Supra 3.4.1*).

Los parientes troncales son herederos del causante y, por lo tanto, responsables, al igual que los herederos no troncales, de las deudas y cargas de la herencia (art. 322 y 355 CDFA).

2. El orden de llamamientos. Procedencia

El llamamiento a la sucesión troncal tiene lugar cuando el causante fallece sin descendientes y sin parientes con derecho de recobro (art. 517-1 en relación con el art. 526 CDFA), dejando bienes de origen familiar (troncales simples o troncales de abolorio), de los que no ha dispuesto.

El orden de llamamientos los establece el artículo 526 CDFA, que ha sido objeto de «aclaración» por la Comisión aragonesa de Derecho civil (CADC)[22]:

Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores, la sucesión en los bienes troncales se deferirá:

1º A los hermanos e hijos y nietos de hermanos por la línea de donde procedan los bienes. Los hijos y nietos de hermanos suceden por sustitución legal o por derecho propio conforme a lo dispuesto en el artículo 532.

2º Al padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

---

[22] El párrafo 1º del artículo 211 Lsuc. decía: *A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, sustituidos por sus respectivas estirpes de descendientes. Habiendo sólo hijos o sólo nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.* De la literalidad del precepto podía entenderse que los hijos o nietos de hermanos únicamente heredaban si operaba la sustitución legal, pero no si ésta (por haber mediado repudiación de todos o del único llamado) no tenía lugar; abriéndose el segundo llamamiento (*Al padre o a la madre por la línea de donde procedan los bienes*) y postergando a los sobrinos y sobrinos nietos del causante al tercer llamamiento del artículo 211 Lsuc., ya que no eran aquí tratados estos colaterales como parientes privilegiados al no tener un llamamiento directo, sino tan sólo por sustitución legal. Así lo advertí a la CADC y ésta tuvo en cuenta mi opinión (Acta 257 de la CADC, de 23 de enero de 2011, pp. 10 y ss.) para «aclarar» la norma y que la misma dijera con precisión la posición que ya se defendía por la doctrina y que era aplicada por los Tribunales: que hermanos, sobrinos y sobrinos nietos deben heredar los bienes troncales también con preferencia al resto de los colaterales y por delante de los ascendientes llamados a ellos siendo, en consecuencia, tratados también como parientes privilegiados como lo eran y lo son en la sucesión legal no troncal: artículo 532 CDFA. De ahí que ahora el vigente 526-1 se refiera en la misma proposición a los «hermanos, hijos y nietos de hermanos» señalando, además, que pueden suceder tanto por sustitución legal como por derecho propio, ya que vigente el 211-1 Lsuc. sólo sucedían, literalmente, por sustitución legal. Sobre esto vid. mi estudio: Bayod López, (2013), *Estudios... Rams Albesa*, pp. 38 a 43.

3º A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto si se trata de bienes troncales de abolorio, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del transmitente, cuando unos y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.

3. Los bienes troncales

El CDFA define y regula los bienes troncales, distinguiendo entre bienes troncales simples y bienes troncales de abolorio. La regulación de cada tipo de bienes se encuentra en los artículos 527 y 528 CDFA.

3.1. *Bienes troncales de abolorio*

Su regulación se encuentra en el artículo 527 CDFA:

1. *Son bienes troncales de abolorio todos aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos.*
2. *Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias.*

Para constatar la existencia de bienes troncales de abolorio en el caudal relicto, deben darse los siguientes requisitos:

1º Bienes transmitidos al causante de la sucesión por cualquier familiar suyo, *perteneciente a la casa o familia* del causante, y sin límite en el grado de parentesco entre causante y transmitente.

2º El bien, para ser de abolorio, ha debido permanecer en la «casa o familia» durante «dos generaciones» inmediatamente anteriores a la suya.

En razón de ello, el párrafo 2º del artículo 527 CDFA explica que se cumple dicho requisito si el bien *ha pertenecido en algún momento a algún pariente de la generación de los abuelos o más alejada.*

Esta procedencia ha de entenderse *generacional*: «a la generación de los abuelos o más alejada (respecto del causante de la sucesión)», y «a cualquier pariente de esa generación»; por lo tanto no sólo hay que tener en cuenta la línea recta (abuelo, bisabuelo, tatarabuelo) etc., sino también a los colaterales ascendientes a partir de la generación del abuelo: tío abuelo, tío bisabuelo, etc.

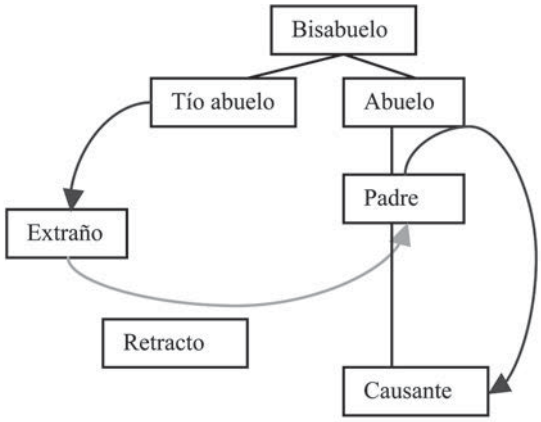
Esto es lo que a juicio de la doctrina científica aragonesa (Delgado, Serrano, Bayod, Martínez) establece con claridad el precepto que comentamos y, en esta ocasión, sin embargo, no ha sido correctamente interpretado por la jurisprudencia aragonesa que, con grave error, entiende el concepto de «casa» y «genera-

ción» sólo es aplicable a línea recta ascendente excluyendo a los colaterales ascendientes[23].

3º Es indiferente también el número de transmisiones intermedias que haya habido hasta llegar al causante, así como el título de adquisición: tanto oneroso como lucrativo, siempre que el bien no haya salido de la familia después de haber pertenecido a alguno de los miembros de la segunda generación anterior a la del causante.

Como explica MARTÍNEZ MARTÍNEZ[24], no será bien troncal de abolorio aquel que perteneciendo al abuelo (o tío bisabuelo) lo enajena a un extraño, y luego lo adquiere el padre del causante y, posteriormente, lo trasmite a su hijo (causante de la sucesión), con la única excepción del ejercicio del derecho de retracto de abolorio, por parte de los parientes (del padre o causante), pues entonces cabría entender que el bien no ha salido de la familia.

GRÁFICO 6



En este caso, como vemos, al haber ejercicio del derecho de retracto por parte del padre del causante, cabe entender que el bien no ha salido de la familia (lleva dos generaciones en la «casa»), pero de no haber habido retracto, aun cuando el bien lo hubiera adquirido el padre y luego lo hubiera transmitido al hijo, ya no estaríamos ante un bien troncal de abolorio, acaso será troncal simple, si el padre lo transmite al hijo de forma gratuita.

---

[23] Cfr. S. APZ de 20 de marzo de 2007 (*RDCA*, XV, marginal 43) y STSJ de Aragón de 1 de octubre de 2007 (*RDCA*, XIV, marginal 13); MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. II, pp. 159-160 (= Foro, 2002, p. 33); explica perfectamente con gráficos este concepto.

[24] MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. II, p. 161 (= Foro, 2002, p. 35).

4º No es necesario que los bienes, para tener la consideración de bienes de abolorio, radiquen en la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 9 EEA); lo pone en duda, pero sin explicar el fundamento, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA[25].

3.2. *Bienes troncales simples*

Su regulación se encuentra en el artículo 528 CDFA:

1. *Son bienes troncales simples los que el causante haya recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado.*
2. *Se exceptúan los que el causante hubiera adquirido de uno de sus padres procedentes de la comunidad conyugal de ambos cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor.*

Del precepto transcrito se deducen los siguientes requisitos:

1º Han de ser bienes adquiridos por el causante a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis caus*a.

2º El causante ha debido adquirir estos bienes de un ascendiente o colateral que no supere el sexto grado de parentesco con él.

3º No tienen la consideración de troncales los bienes que el causante haya adquirido de uno de sus padres, si dicho bien pertenecía a la comunidad conyugal, cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor, que efectivamente lo hereda.

3.3. *Los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal: los arts. 524-4 y 528-2 CDFA*

A) *Finalidad y aplicación de estos preceptos*

El artículo 528-2 CDFA exceptúa de la condición de bienes troncales simples a los bienes adquiridos a título lucrativo por el causante que hubieran pertenecido a la comunidad conyugal de los padres cuando, según las reglas de la sucesión no troncal, le correspondiera heredar al otro progenitor.

Con esta norma lo que ha pretendido el legislador es que el padre o madre del causante que sobreviva no quede postergado en la sucesión de estos bienes, que pertenecieron a su comunidad conyugal. Si esta norma no existiera, serían preferidos al padre o madre, los hermanos, e hijos y nietos de hermanos del causante, conforme a lo previsto en el artículo 526 CDFA.

El artículo 528-2 CDFA se complementa con el artículo 524-4 CDFA, pues ambas normas, responden a la idea de preferir, respecto a la sucesión de estos bienes, a los progenitores del causante, eludiendo el llamamiento troncal sobre los bienes consorciales.

---

[25] LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA (2006), p. 688.

Veamos el juego de estas normas con un ejemplo.

Imaginemos que Casto, aragonés, fallece sin disposición voluntaria y sin descendientes, dejando como únicos parientes vivos a su cónyuge, a su madre, Restituta, a un hermano y a dos sobrinos, hijos de otro hermano premuerto. Entre los bienes de Casto se encuentra un campo de cerezas, que perteneció al consorcio conyugal de sus padres, y que le donaron cuando contrajo matrimonio.

El campo de cerezas al ser donado por los ascendientes del causante tendría la condición de troncal, pero por pertenecer a la comunidad conyugal es objeto de una especial delación en lo que atañe a los recobros y a la troncalidad, de la que será «condicionadamente» excluido.

Viviendo Restituta, madre del causante, tiene derecho de recobro, *ex* artículo 524-4 CDFA: recobrará la mitad indivisa de dicho bien, sujeta al usufructo de su nuera (viuda del causante: art. 524-3 CDFA).

Respecto de la otra mitad del campo, el bien debería ser calificado de troncal simple y, por lo tanto, conforme al 526-1º Lsuc., les correspondería heredar al hermano vivo y a los dos sobrinos, como sustitutos legales del hermano premuerto y sin perjuicio, desde luego, de usufructo vidual del cónyuge del causante (art. 283 CDFA).

El artículo 528-2 CDFA excluye respecto de este bien (la mitad del campo de cerezas) el juego de la troncalidad, en razón de ello será deferido a Restituta por el juego de las reglas de la sucesión no troncal: artículos. 517-2.2º y 531 en relación con el artículo 528-2 CDFA, y ello sin perjuicio del usufructo de su nuera.

En consecuencia, la totalidad del campo de cerezas, bien consorcial, será deferido a la madre del causante, Restituta, por dos títulos: ½ por derecho de recobro y la otra ½ como heredera no troncal.

B) *Pérdida condicionada de la troncalidad de los bienes pertenecientes al consorcio conyugal*

El artículo 528-2 CDFA parece afirmar que los bienes que hubieran pertenecido a la comunidad conyugal de los ascendientes no son bienes troncales.

En el ejemplo anterior, el campo de cerezas, por haber pertenecido a la comunidad conyugal de los padres del causante, nunca tendrá la condición de bien troncal y, por lo tanto, será excluido de los llamamientos del artículo 526 CDFA.

De manera que si Restituta no pudiera (ha premuerto, es indigna, etc.) o no quisiera heredar (repudia), el bien será deferido de acuerdo al orden de llamamiento del artículo 517-2.2º CDFA y en nuestro ejemplo sería heredado por la viuda del causante.

Situación nada deseable en la sucesión legal aragonesa que responde, a falta de descendientes y de disposición voluntaria efectuada por el causante, al principio de troncalidad.

Por ello, parece más adecuado concluir que la pérdida del carácter troncal de estos bienes no es definitiva, sino que está condicionada a la posibilidad de

que pueda heredar el otro progenitor conforme a las reglas de la sucesión no troncal, de no ser así (porque no quiere o no puede heredar), el bien debe seguir las reglas de la sucesión troncal, y no quedar excluido de este llamamiento.

No es esta una solución evidente, pero cabe deducirla de la letra de la ley de su finalidad teleológica[26].

3.4. *Bienes troncales y subrogación real*

Los bienes troncales, tanto simples como de abolorio, pueden ser muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, e incluso derechos de crédito. Respecto de estos bienes, al igual que en el caso de los recobros, surge la duda acerca de establecer si procede o no la aplicación de la subrogación real.

Vigente la Compilación, algunos autores la admitieron (LACRUZ, BELLED HEREDIA); otros negaron su aplicación (MERINO HERNÁNDEZ), a lo que creo, con mejor criterio.

El Derecho vigente no dice nada de forma expresa, pero no fue este un tema obviado por la CADC.

En efecto, en la sesión de 21 de enero de 1998, sí se debatió acerca de la aplicación o no de este mecanismo respecto de los bienes troncales. La subrogación real, a juicio de la Comisión, no debe tener aplicación en relación a los bienes troncales de una y otra clase, al igual que no procede su aplicación en materia de bienes recobrables (que responden también a la naturaleza de bienes troncales).

Con todo, prefirieron no establecer nada al respecto, por considerar que si nada se decía, la regla sería que no procede el juego de la subrogación real a excepción de casos específicos en que la misma sí tiene sentido: permuta de bienes y procedimientos administrativos de sustitución de unos bienes por otros, como la concentración parcelaria y las adjudicaciones derivadas de los procedimientos urbanísticos de compensación y reparcelación.

Como explica SERRANO GARCÍA[27]: «En los bienes de origen familiar no se produce la subrogación real porque no se hallan sujetos por razón de su origen a ninguna afectación especial: ni existe sobre ellos derecho, gravamen o vínculo alguno en favor de terceros (los parientes del tronco de procedencia), ni forman un patrimonio especial o separado dentro del patrimonio personal del adquirente».

---

[26] También MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. II, p. 143 y ss.

[27] SERRANO GARCÍA, *RDCA*, VI, 1, 2000.

4. Parientes llamados a la sucesión troncal

El artículo 526 CDFA establece tres órdenes de llamamientos jerárquicos: no puede entrar en juego el siguiente si hay un pariente que quiera y pueda heredar en el llamamiento anterior.

Los llamamientos son los siguientes: 1º hermanos e hijos y nietos de hermanos, tanto por derecho propio como por sustitución legal; 2º padre o madre y, 3º, resto de colaterales; en este último llamamiento hay, a su vez, dos órdenes jerárquicos de llamados.

4.1. *Hermanos e hijos y nietos de hermanos*

A) *Hermanos e hijos y nietos de hermanos. Sustitución legal y el límite al cuarto grado de parentesco*

El artículo 526 CDFA llama, en primer lugar y por derecho propio, a los hermanos del causante, sustituidos por sus estirpes de descendientes, recibiendo todos los bienes troncales ya sean simples o de abolorio, y limitando al cuarto grado de parentesco el llamamiento respecto de sobrinos y nietos del causante (art. 526-1º y 338-2 CDFA), tanto si son llamados por sustitución legal como de forma directa (han repudiado todos los hermanos: art. 519-2 CDFA).

B) *Pertenencia al tronco y doble vínculo de parentesco*

Los hermanos y descendientes de hermanos, éstos dentro del cuarto grado con el causante, deben pertenecer a la línea de procedencia de los bienes; esto es, deben tener con el causante un ascendiente común que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes deferidos.

Por ello, es habitual que se afirme que en este llamamiento entre hermanos no tiene relevancia el doble vínculo de parentesco, siendo suficiente con que todos ellos pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes (vgr. el causante recibió de un su madre un reloj de oro; no tiene descendientes ni ha dispuesto del reloj; le sobreviven dos hermanos de doble vínculo y un hermano uterino: es evidente que los tres recibirán el reloj a partes iguales: es irrelevante el doble grado de parentesco: todos son hijos del ascendiente común)

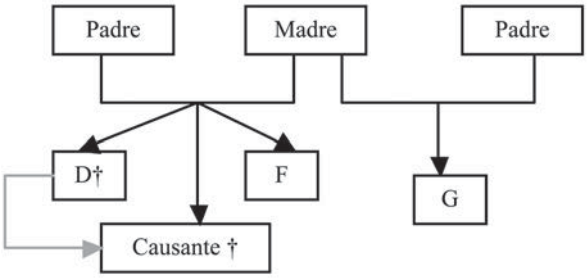
Con todo, la doctora Martínez pone de relieve un ejemplo, que tomo de ella[28] en el que el doble vínculo de parentesco sí es relevante, debiendo tomar doble porción estos hermanos que los medio hermanos.

Se trata del siguiente supuesto: el causante tiene dos hermanos de doble vínculo y un hermano uterino. El causante recibió un valioso cuadro de uno de sus hermanos de doble vínculo, que le premurió. En este caso, aun cuando ambos hermanos son llamados a la sucesión *ex* artículo 526-1º CDFA, el hermano de doble vínculo debe recibir doble porción que el hermano uterino.

---

[28] Martínez Martínez, María (2000), vol. 2, p. 173 (= Foro 2002, p. 44).

GRÁFICO 7



C) *Los nietos e hijos de hermanos heredan por derecho propio y por sustitución legal aun cuando dividan los bienes por cabezas*

El primer llamamiento en la sucesión de los bienes troncales tiene lugar a favor de los hermanos del causante por la línea de donde procedan los bienes. Es un llamamiento por derecho propio y dividen la herencia por cabezas: a partes iguales.

En este llamamiento opera la sustitución legal: en lugar del hermano premuerto, declarado ausente, indigno o excluido de la sucesión del causante, son llamados sus descendientes hasta el cuarto grado con el causante: sobrinos y nietos del hermano sustituido (art. 338-2 Lsuc.).

El llamamiento a sobrinos y sobrinos nietos cuando tiene lugar por sustitución legal dará lugar a dos formas de reparto de la herencia, por estirpes o por cabezas, según con el grado de parentela con el que éstos concurra; así cuando concurran *solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, si bien cuando concurren por sustitución solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes* (art. 338-2 CDFA).

El artículo 338 CDFA, que establece cómo opera la sustitución legal en el supuesto de delación legal, ha sido objeto también de «aclaración» por parte de la CADC al elaborar el Texto Refundido que dio a luz al vigente CDFA, ya que la expresión *Habiendo sólo hijos o solo nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas,* fue entendida por la doctrina como un llamamiento directo a hijos y nietos de hermanos que excluía la sustitución legal[29], tanto en el artículo 23-2; 211-1 y 217-4 Lsuc., de ahí que todos estos preceptos hayan sido objeto de «aclaración» y se haya modificado su dicción en sus homólogos del CDAF (338-2, 526-1 y 532-4 CDFA).

En efecto, la expresión, *habiendo solo hijo o solo nietos, la herencia* ***se deferirá por cabezas,*** hace referencia al modo de distribuir los bienes, y no a la eliminación del mecanismo sustitutorio[30], ya que los términos cabezas o estirpes no tienen

---

[29] MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. II, 2000, p. 174 (= Foro, 2002, p. 45), (= Manual 2007, p. 650).

[30] Así lo entendieron SERRANO GARCÍA (1999) *Actas de Foro* …, pp. 115 y 116; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA (2006,) p. 670; y entre otras la S. APH de 18 de enero de 2007 (*RDCA*, XV, marginal 18).

que ver con el llamamiento a la herencia (si es directo o por sustitución legal) sino con la forma de repartir los bienes: a partes iguales o no.

En consecuencia, la distribución será por estirpes y por sustitución legal cuando concurran parientes colaterales pertenecientes a grados diferentes (tíos y sobrinos; sobrinos y sobrinos nietos, o tíos, sobrinos y sobrinos nietos). Por el contrario repartirán por cabezas si concurren todos los *sustitutos* del mismo grado.

Veamos con unos gráficos la aplicación del precepto:

GRÁFICO 8

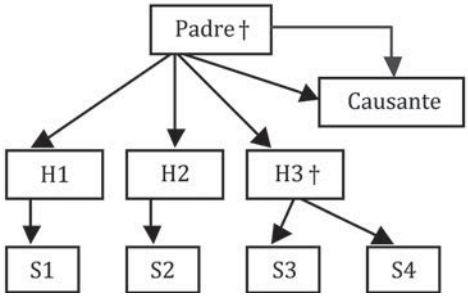
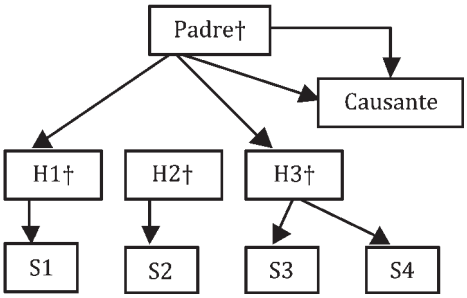


GRÁFICO 9



En el gráfico 8, el causante heredó una finca de su padre, fallece soltero, sin descendientes y sin haber dispuesto de dicha finca. Le sobreviven los parientes indicados en el gráfico.

La finca corresponderá a los hermanos H1 y H2 así como a S3 y S4, por sustitución legal. La distribución de los bienes será por cabezas y por estirpes: los hermanos H1 y H2 recibirán 1/3 cada uno, mientras que los sobrinos, S3 y S4, repartirán los bienes por estirpes: 1/6 cada uno.

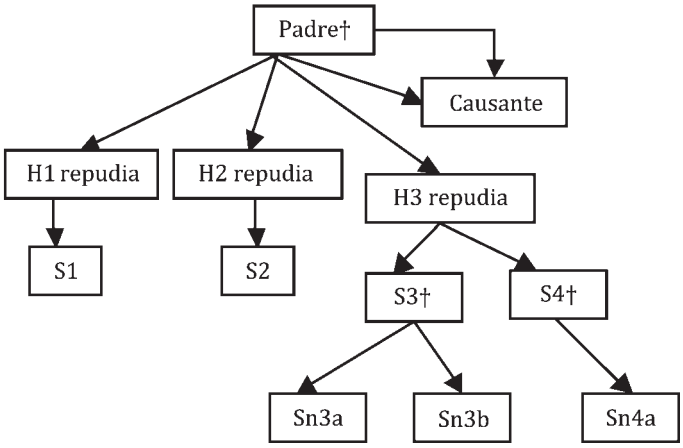
El gráfico 9, representa el mismo supuesto, si bien han premuerto al causante (o concurre otra causa de sustitución legal) todos los parientes colaterales de

segundo grado. Ahora los sobrinos, igualmente heredan por sustitución legal, pero distribuirán los bienes por cabezas, a cada uno le corresponderá ¼ de la finca troncal.

El artículo 526-1 CDFA «aclara» ahora que los sobrinos y sobrinos nietos del causante no sólo heredan por sustitución legal, sino también por derecho propio, ya que en el supuesto de que todos o el único hermano del causante repudie la herencia, serán llamados los sobrinos y sobrinos nietos del causante, que igualmente repartirán por estirpes o por cabezas en función de que sean todos de diferente o del mismo grado de parentesco.

El siguiente gráfico ejemplifica este llamamiento.

GRÁFICO 10



En el caso de que los hermanos del causante H1, H2 y H3 repudien la herencia, son llamados sus descendientes que heredarán por derecho propio, al tratarlos ahora el artículo 526 CDFA como colaterales privilegiados, si bien igualmente repartirán por cabezas o estirpes.

Los sobrinos, S1 y S2 repartirán por cabezas (1/4 para cada uno) y los sobrinos nietos, Sn3a, Sn3b y Sn4a por estirpes, a los primeros les corresponderá 1/8 para cada uno y ¼ para Sn4a.

4.2. *Padre o madre del causante según la línea de procedencia de los bienes*

El llamamiento sólo es al padre o madre, y no al resto de los ascendientes.

El padre o madre del causante que no pertenezca a la línea de procedencia de los bienes queda excluido.

Aun cuando el artículo 526-2º CDFA emplea el nexo disyuntivo «o», tanto el padre como la madre podrían concurrir juntos si, como explica la profesora MARTÍNEZ, el bien lo hubiera recibido el causante de un hermano premuerto o sean los padres parientes entre sí (primos, tío y sobrina, por ejemplo)[31].

4.3. *El resto de parientes colaterales*

A) *El orden de llamamientos en el artículo 526-3º CDFA: cuarto y sexto grado de parentesco*

El último llamamiento a la sucesión troncal aragonesa tiene lugar cuando los parientes llamados en los números 1º y 2º del artículo 526 CDFA no quieren o no pueden heredar.

Este llamamiento sólo tiene lugar a favor de colaterales del causante cuyo grado de parentesco será de cuarto o sexto grado, según los bienes deferidos sean troncales simples o troncales de abolorio. No tiene aplicación en este llamamiento la sustitución legal, que sólo opera, en la línea colateral respecto de hermanos y con el límite del cuarto grado de parentesco con el causante.

Dentro de este llamamiento, el legislador ha previsto dos grupos diferentes de parientes colaterales que igualmente concurren de forma jerarquizada: no procede el llamamiento al segundo grupo si hay colaterales llamados en el primer grupo que quieren y pueden heredar.

El orden de llamamientos en el artículo 526-3º CDFA es el siguiente:

> *A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto si se trata de bienes troncales de abolorio, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del transmitente, cuando unos y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.*

B) *Primer grupo de llamados: descendientes de un ascendiente común propietario de los bienes*

Este llamamiento sólo puede tener lugar si algún ascendiente del causante ha sido propietario de los bienes; en el término ascendiente, no se incluye a los ascendientes colaterales como propietarios de los bienes (MARTÍNEZ MARTÍNEZ).

El llamamiento a los parientes colaterales del causante llegará hasta el cuarto o sexto grado en función del tipo de bienes troncales.

Los requisitos para que opere el llamamiento a favor de este grupo son los siguientes:

1º Que los bienes hayan sido propiedad de un ascendiente común en línea recta.

---

[31] MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000), vol. II, 2000, p. 178.

2º Que el causante, descendiente del transmitente, no haya dispuesto de forma eficaz de dicho bien.

3º La adquisición por el causante deberá haber sido gratuita, si el bien es troncal simple; y podrá ser tanto gratuita como onerosa, si el bien es troncal de abolorio.

4º Que no haya parientes que quieran o puedan heredar conforme a los números 1º y 2º del artículo 526 CDFA.

5º La delación se produce a favor de colaterales hasta el cuarto grado, si el bien es troncal simple o hasta el sexto grado, si el bien es troncal de abolorio.

6º No procede la sustitución legal (art. 335 CDFA). Si concurren varios parientes del mismo grado distribuirán los bienes por cabezas.

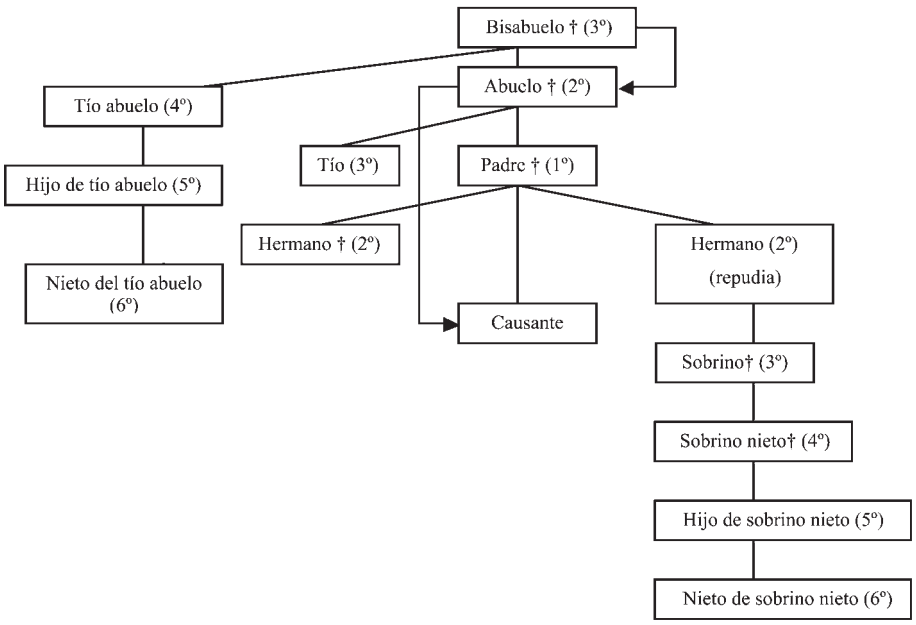
7º En este llamamiento se tiene en cuenta el principio de proximidad de grado con el causante: el pariente más próximo excluye al más remoto; por ello, en este grupo de llamados será preferido un tío (3º) a un primo del causante (4º) [A. APH de 18 de diciembre de 2007 (*RDCA,* XV, marginal 38)].

Veamos un ejemplo.

Pensemos que un valioso cuadro que perteneció al bisabuelo, fue heredado por el abuelo y, finalmente, adquirido por compra por el causante.

El siguiente esquema indica quién estaría llamado a la sucesión.

GRÁFICO 11



En el gráfico 11 se representa a todos los parientes que podían ser llamados a la sucesión:

En el supuesto se llega hasta el sexto grado por tratarse de un bien troncal de abolorio (art. 527 CDFA) y no haber delación a favor de los parientes llamados en los números 1º y 2º del 526 CDFA.

En el ejemplo propuesto concurren todos los requisitos señalados:

1º El bien perteneció a un ascendiente común (bisabuelo).

2º No hay parientes que quieran o puedan heredar conforme a las reglas del art. 526 CDFA:

- Un hermano del causante ha muerto sin dejar descendientes; el otro, le sobrevive pero repudia y sus descendientes hasta el cuarto grado han fallecido, no pudiendo ser llamados tampoco por derecho propio.
- El padre del causante no puede heredar al haber premuerto a su hijo.

3º Procede, entonces, deferir los bienes, al primer grupo de colaterales llamados en el número 3º del artículo 526 CDFA: «Los más próximos colaterales entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes». En este caso el valioso cuadro corresponderá al tío carnal del causante (3º).

4º Si el bien hubiera sido troncal simple (vgr. cuadro perteneció al padre del causante y él lo heredó), el llamamiento sólo recaería hasta el 4º grado de parentesco.

C) *Segundo grupo de llamados: Parientes de mejor grado de la persona de quien hubo los bienes el causante a título gratuito*

Este llamamiento es subsidiario del anterior, y toma en consideración dos criterios, a saber: i) la proximidad de parentesco con el causante y ii) y la proximidad de parentesco con la persona que transmitió los bienes al causante: transmitente, en palabras de la ley.

Igualmente los bienes podrán ser simples o de abolorio y los parientes colaterales llegar hasta el cuarto o sexto grado en función del tipo de bienes troncales. Conviene señalar que en este llamamiento, aun tratándose de bienes de abolorio, se exige el que los mismos hayan sido adquiridos por el causante a título gratuito.

Lo normal será que el bien proceda de un colateral del causante y no de un ascendiente, como exige el primer llamamiento del número 3º del artículo 526 CDFA, pero nada impide que en este segundo llamamiento el bien proceda de un ascendiente común, y sea deferido a este segundo grupo por no haber parientes vivos o aceptantes que tengan mejor grado de parentesco con el causante.

Además, si concurren tíos y sobrinos del transmitente, cuando uno y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros excluirán a los segundos.

Los requisitos de aplicación de la norma serían los siguientes:

1º Que no haya parientes que quieran o puedan aceptar los bienes troncales conforme a los llamamientos anteriores.

2º Que el bien le haya sido transmitido al causante a título gratuito, tanto si son troncales simples como troncales de abolorio.

3º Que el bien haya sido transmitido al causante por un pariente colateral o por un ascendiente, y en este caso no haya parientes que hayan querido o podido aceptar conforme a los llamamientos anteriores del artículo 526 CDFA.

4º Sólo son llamados parientes colaterales que no superaren el cuarto o sexto grado de parentesco con el causante en función de que los bienes sean troncales simples o de abolorio.

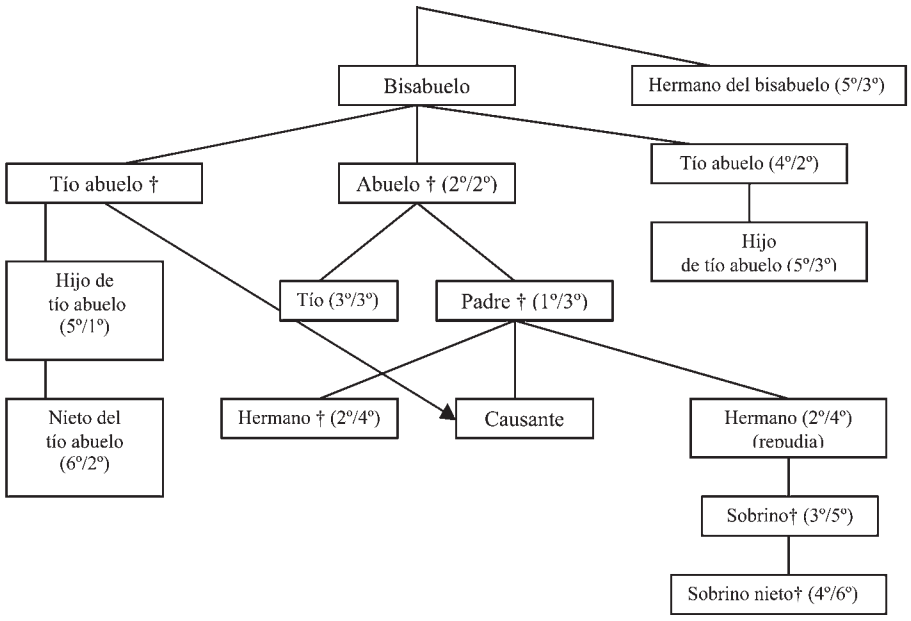
5º En este llamamiento se prefiere a la persona más próxima en grado de parentesco con el transmitente de los bienes aun cuando sea pariente de grado más lejano del causante.

6º Si concurren tíos y sobrinos del transmitente, siendo ambos parientes de igual grado con el causante, los tíos serán excluidos por los sobrinos.

7º En este llamamiento tampoco opera la sustitución legal (art. 335-2 CDFA).

Veamos un ejemplo de aplicación de este segundo llamamiento del art. 526-3º CDFA.

GRÁFICO 12



El gráfico 12 representa a los posibles grupos de llamados según la regla segunda del llamamiento tercero del artículo 526-3 CDFA.

Pensemos que el causante recibió por herencia o donación una valiosa finca de su tío abuelo ya fallecido (transmitente), dicho bien es de abolorio (art. 527 CDFA), si bien para que opere este llamamiento debe ser transmitido a título gratuito, por ello he representado a parientes colaterales con el causante que llegan al sexto grado (cifra de la izquierda en el paréntesis). Si el bien no fuera de abolorio, el parentesco con el causante no podría pasar del cuarto grado (tíos abuelos, tíos carnales y sobrinos nietos), pero la preferencia respecto de los llamados opera de la misma forma.

Las reglas para este orden de llamamientos son las siguientes:

1º *Son llamados únicamente los colaterales del causante.*

- El padre o madre del causante están llamados por el núm. 2 del art. 526 CDFA, por lo tanto o han muerto o han repudiado el llamamiento, no pudiendo reiterarse la delación por esta vía (art. 343 CDFA).
- Los abuelos o bisabuelos están excluidos de la sucesión troncal. De haber sido propietarios de los bienes, que no es nuestro caso, tendrían derecho de recobro.
- Por ello, aun cuando el bisabuelo vive, no está llamado a heredar la finca.
- El llamamiento a los colaterales privilegiados (hermanos, hijos y nietos de hermanos) no ha tenido lugar, en nuestro caso un hermano ha muerto y el otro repudia sin que le sobreviva descendencia que pueda heredar.

2º *De los parientes colaterales del causante*, bien sean de sexto grado o de cuarto, según la naturaleza del bien troncal, simple o de abolorio, *serán preferidos los colaterales que tengan mejor grado de parentesco con el transmitente de los bienes.*

- En nuestro ejemplo heredaría el hijo del tío abuelo del transmitente (5º/1º), es un pariente de quinto grado del causante, pero de primero con el transmitente.
- Si él hubiera fallecido, heredan los siguientes parientes de mejor grado con el transmitente: En el caso heredarían el nieto del tío abuelo transmitente (6º/2º) y el tío abuelo hermano del transmitente (4º/2º), que dividen a partes iguales.
- Si estos hubieran fallecido, los siguientes colaterales más próximos al transmitente y así sucesivamente.

3º Por último, y para el caso de que concurran tíos y sobrinos del transmitente, y unos y otros sean parientes del mismo grado con el transmitente, la última proposición del art. 526-3º CDFA establece que serán preferidos los sobrinos del transmitente a sus tíos.

- En el caso propuesto, si tan sólo concurriesen a la sucesión el hermano del bisabuelo (5º/3º), que es tío del transmitente y un sobrino suyo, el hijo del tío abuelo, hermano del transmitente (5º/3º), ambos tienen

igual grado de parentesco con el transmitente (3º) y con el causante (5º); en este caso, el sobrino del transmitente excluye al tío. Por ello, en este caso, heredaría el hijo del tío abuelo.

VII. LA SUCESIÓN NO TRONCAL. PROCEDENCIA Y LLAMAMIENTOS

1. Procedencia

El CDFA establece un orden de llamamientos a favor de determinados parientes del causante que ha fallecido sin disponer de forma válida y eficaz de sus bienes y sin descendientes (arts. 516 y 517 CDFA).

La sucesión no troncal se ordena en función de los bienes del causante que no tienen procedencia familiar en el sentido dicho en los apartados anteriores; con todo los parientes llamados a la sucesión no troncal pueden heredar los bienes troncales o recobrables si no hay parientes con derecho a ellos o rechazan el llamamiento.

Sucesión troncal y no troncal pueden concurrir a la vez e incluso una misma persona puede ser llamada como recobrante, heredero troncal y no troncal.

Imaginemos que Casto fallece sin disponer de sus bienes, sin descendientes y sobreviviéndole su madre y su cónyuge. Entre los bienes de Casto existe una finca que su madre le donó con ocasión de su matrimonio, un valioso grabado de Goya que heredó de su abuelo materno y varios bienes ganados con su industria y la porción de consorciales que le corresponda, tras liquidarse el consorcio conyugal.

Pues bien, la madre del causante tiene derecho de recobro sobre la finca (art. 524-4 CDFA); será llamada como heredara troncal para recibir el cuadro (art. 526-2º CDFA) y como heredera no troncal en el resto de los bienes [art. 517-2.b) y 529 CDFA]; todo ello sin perjuicio, en su caso, del usufructo de la viuda del causante y nuera de la heredera (arts. 192, 271 y 283 CDFA).

2. Orden de llamamientos

El artículo 517-2.b) CDFA, como sabemos, establece un llamamiento jerarquizado: los unos en defecto de los otros.

Los parientes del causante llamados a su sucesión legal no troncal son los ascendientes, el cónyuge y los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En defecto de parientes hasta el cuarto grado con el causante, la delación se produce a favor de la Comunidad Autónoma Aragonesa y ello sin perjuicio del preferente derecho del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, para los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

VIII. SUCESIÓN A FAVOR DE LOS ASCENDIENTES

1. Regulación y principios

La sucesión de los ascendientes la regula el CDFA artículos 529 y 530 de la misma, y lo hace de forma muy similar al Código civil.

Padre y madre son llamados con preferencia al resto de los ascendientes; sólo en defecto de padre y madre la delación recae sobre los demás ascendientes, que son llamados en función del principio de proximidad de grado con el causante.

En la sucesión de los ascendientes no tiene lugar la sustitución legal (art. 335-2 CDFA), cada ascendiente es llamado por derecho propio en función del principio de proximidad de grado con el causante.

Si el descendiente estuviera casado habrá que tener en cuenta el posible usufructo del cónyuge viudo (arts. 199 CDFA y 16-2-3º Cc).

2. Capacidad para suceder

El padre y la madre así como el resto de los ascendientes respecto del descendiente causante deben tener capacidad sucesoria, esto es:

1º Sobrevivir al causante.

2º No incurrir en causa de indignidad sucesoria: artículo 328 CDFA.

3º No estar excluido absolutamente de la herencia.

4º Que la filiación, en caso de los padres, no haya sido judicialmente determinada contra su oposición y que no haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia firme (art. 61-1 CDFA). *Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente o, desde que cumpla los catorce años, por voluntad del propio hijo con la debida asistencia* (art. 61-3 CDFA).

3. Sucesión a favor de los padres

3.1. *Regulación: art. 529 CDFA*

El artículo 529 CDFA establece los principios y requisitos para que, producida la delación a su favor, los padres hereden a sus hijos.

El precepto dispone:

1. *La herencia se defiere al padre y a la madre por partes iguales.*
2. *En el caso de que uno de los padres haya premuerto al causante o no quiera o no pueda heredar, su parte acrecerá al otro progenitor.*

3.2. *Régimen jurídico*

De la trascripción del precepto podemos deducir los siguientes caracteres:

Primero: Son llamados con preferencia al resto de los ascendientes: mientras viva el padre o la madre del causante, si quieren y pueden heredar, no tiene entrada el resto de los ascendientes.

Segundo: Padre y madre, si concurren juntos a la sucesión del hijo, heredan por cabezas y a partes iguales.

Tercero: No tiene lugar el juego de la sustitución legal a favor de otros ascendientes (art. 335-2 CDFA), por ello, la premoriencia, imposibilidad o renuncia de uno de los padres en la herencia del hijo incrementa la porción del otro.

4. Sucesión a favor de otros ascendientes

4.1. *Regulación: art. 530 CDFA*

La delación a favor del resto de los ascendientes del causante se regula en el artículo 530 CDFA, que dispone:

1. *A falta de padre y de madre, o cuando ambos no quieran o no puedan aceptar, la herencia se defiere a los ascendientes más próximos en grado.*
2. *Si concurren varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea paterna o materna, la herencia se defiere por cabezas. Si alguno de los llamados no quiere o no puede aceptar, su parte acrecerá a los demás coherederos*
3. *Si los ascendientes son de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad se defiere a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos. En cada línea, la división se hará por cabezas, con derecho de acrecer en favor de los coherederos de la misma línea en caso de que algún llamado no quiera o no pueda aceptar la herencia. Si todos los ascendientes de una línea no quieren o no pueden aceptar, su mitad acrecerá a los ascendientes del mismo grado de la otra línea.*

4.2. *Régimen jurídico*

Del artículo 530 CDFA podemos deducir los siguientes caracteres:

Primero. La delación sólo tiene lugar en defecto de padre y madre del causante.

Segundo. Heredan los ascendientes más próximos en grado con el causante, con exclusión de todos los demás.

- Si concurre un abuelo paterno con dos bisabuelos paternos y un bisabuelo materno, sólo hereda el abuelo paterno.

Tercero. Las reglas previstas en los números 2 y 3 sólo entran en juego en el supuesto de que concurran ascendientes del mismo grado.

- En estos casos, son llamados los ascendientes por cada línea, paterna y materna, dividiendo la herencia por mitad; dentro de cada línea se divide por cabezas.
- Si uno de los llamados no puede o no quiere aceptar la herencia su parte acrecerá a los demás ascendientes pertenecientes a su línea.
- Si todos o el único de los ascendientes de una de las líneas no quisiera o no pudiera heredar, su parte acrecerá al resto de los llamados.

Veamos algunos ejemplos:

a) Si concurren dos abuelos maternos y una abuela paterna, y sobrevive un bisabuelo materno y dos bisabuelos paternos:
   - Los bisabuelos no heredan: principio de proximidad de grado.
   - La delación se produce a favor de los tres abuelos, dividiendo el caudal por líneas: ½ para los abuelos maternos (¼ para cada uno) y el otro ½ para la abuela paterna.

b) Si la abuela materna repudia, su parte acrece al abuelo materno, que recibe la mitad que corresponde a la línea materna; si repudiase la abuela paterna, su mitad acrece a los dos abuelos maternos.

c) Si repudian ambos abuelos paternos, su ½ acrecerá a la abuela materna, que hereda todo.

d) Si todos los abuelos de ambas líneas no quisieran o no pudieran heredar, se pasará al grado siguiente: bisabuelos, que igualmente serían llamados por líneas, paterna y materna, respecto del causante, sin ser relevantes las sublíneas.

Como señala la profesora MARTÍNEZ, si sobreviven cuatro bisabuelos por la línea paterna (dos de ellos padres de abuelo y los otros dos padres de la abuela del causante) y también un bisabuelo por la línea paterna, la herencia igualmente se divide en dos partes: al bisabuelo paterno le corresponderá ½ y el otro medio se repartirá entre los cuatro bisabuelos maternos. Si uno de ellos repudiase, el acrecimiento sería a favor de todos los de su línea (los otros tres que no han repudiado, y no sólo, en nuestro ejemplo, para su consorte)[32].

[32] Los anteriores ejemplos están tomados de la obra de la profesora MARTÍNEZ, y aparece explicado con gráficos su obra: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2000, vol. II , p. 214.

IX. SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

1. Regulación

Desde la reforma del Código civil en 1981, el cónyuge viudo es llamado a la herencia de su consorte con preferencia a los colaterales del causante; y así sigue en el CDFA[33].

La sucesión del cónyuge viudo se regula en el artículo 531 CDFA[34]:

1. *El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento del causante estuviera decretada judicialmente la separación, se encontraran en trámite, a instancias de uno o de ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

2. Requisitos

El párrafo 1 del artículo 531 CDFA establece las reglas para que, una vez llamado el viudo a la herencia de su consorte (art. 517-2-2º CDFA) pueda, si quiere, aceptar el llamamiento.

Los requisitos son los siguientes:

1º Al tiempo del fallecimiento del causante el matrimonio entre ellos debe ser subsistente y válido, por lo tanto, es necesario:

- Que no medie nulidad matrimonial, salvo el caso de matrimonio putativo[35].

---

[33] En la tramitación de la Lsuc. no prosperó la Enmienda 341, propiciada por el Grupo Mixto, que proponía anteponer al viudo sobre los ascendientes en el llamamiento a la sucesión no troncal.

[34] Este precepto ha sido objeto de sistematización por la CADC. Se ha añadido, respecto a la dicción que tenía en la Lsuc., la proposición *a instancia de uno o de ambos cónyuges*, ya que en el originario 216-1 Lsuc. no se hacía referencia a quién llevaba a cabo los trámites para obtener la nulidad, la separación o el divorcio. En el CDFA todos los preceptos que hacen referencia a los «efectos de la pendencia de los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio» [(arts. 253-1, *Disolución por muerte,* (art. 71 Lrem.); 276-2, *Extinción* (del derecho de viudedad, que mantiene su redacción, ya que procede del 94-2 Lrem.); 404; 438, *Efectos de la nulidad, separación y divorcio* (en sede de pacto sucesorio y testamento, arts. 89 y 123 Lsuc., respectivamente); 440-2, *Fiduciarios* (art. 125-2 Lsuc.) y 531-1 *Sucesión a favor del cónyuge viudo,* (art. 216-2 Lsuc.)] presentan ahora la misma redacción añadiendo la proposición referida, a excepción del art. 272-2, procedente del 94-2 Lrem., único en el que se hacía referencia a dicha proposición, y de él se regulariza para todos los demás. Sobre el uso de las facultades de regularización y sistematización Serrano García, José Antonio (2012), «El Código del Derecho Foral de Aragón» en *Actas de los XXI Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 98 a 104; Bayod López, María del Carmen (2013), *Estudios... Rams Albesa*, pp. 33 a 37.

[35] Bayod López, Carmen (2009), «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?», en *Reflexiones sobre materia de Derecho sucesorio*, dirigido por Damián Álvarez y Zubiri Salinas, Cuadernos de formación permanente, CGPJ, pp. 235 y ss.

- Que no medie divorcio.
- Que no haya separación judicial.
- Que no haya separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
- Que no estén en trámites los procedimientos judiciales para obtener la nulidad, separación o divorcio.

2º El cónyuge supérstite debe tener capacidad sucesoria, esto es:

- No ser indigno para suceder a su cónyuge.
- No estar excluido de su sucesión.

Obsérvese que, en Aragón, la separación de hecho sólo es relevante para excluir los derechos sucesorios del cónyuge supérstite si es de mutuo acuerdo y consta fehacientemente. [Cfr. SS. TSJA de 28 de marzo de 2003 y 25 de junio de 2007 (*RDCA,* VII-VIII, marginal 143 y *RDCA,* XIV, marginal 9)].

Por lo demás, con la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio se extinguen los derechos sucesorios del viudo al igual que la viudedad foral (art. 276-2 CDFA).

En Aragón no hay llamamiento a la sucesión legal de los miembros de una pareja estable no casada, ya que este precepto solo llama al cónyuge viudo.

3. Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto: sustitución legal preventiva de residuo

3.1. *Regulación*

El párrafo 2º del artículo 531-2 CDFA establece un llamamiento a favor de los sucesores legales del cónyuge primeramente fallecido, para el caso de que el cónyuge supérstite y heredero del fallecido no hubiera dispuesto de dichos bienes.

Este llamamiento legal cuya naturaleza responde a una sustitución legal preventiva en el residuo[36] se encuentra también en los artículos 395-3 y 419-3 CDFA. El artículo 531-2 CDFA dispone:

> *2. Si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.*

---

[36] Por todos Serrano García, *RDCA,* VI, núm. 1, p. 230.

Obsérvese que, por disposición legal, los herederos del cónyuge premuerto son herederos suyos, llamados por la ley, que heredan los bienes de su pariente premuerto como sustitutos legales del cónyuge supérstite.

3.2. *Requisitos de aplicación*

Para que proceda la aplicación de la sustitución legal preventiva en el residuo se requiere[37]:

1º Que ambos cónyuges, el premuerto y su heredero, fallezcan sin disposición voluntaria (o siendo esta ineficaz) a partir del día 23 de abril de 1999: sólo entonces se aplicará el artículo 531-2 CDFA [S. TSJA de 22 de junio de 2009, (*RDCA-XV*, marginal 12)].

2º Que en el patrimonio del cónyuge supérstite queden bienes identificables procedentes del cónyuge premuerto. Ello excluye los bienes fungibles y, a mi juicio, en especial el dinero por ser fácilmente confundible y poco inidentificable[38].

3º Que sobre dichos bienes (los que proceden del patrimonio del cónyuge premuerto), el cónyuge sobreviviente, y ahora causante, no haya dispuesto por ningún título: ni *inter vivos* ni *mortis causa*, a titulo oneroso o lucrativo. No opera la subrogación real.

4º Fallecimiento del cónyuge supérstite, con independencia de que mantenga o no la vecindad civil aragonesa. El párrafo 2 del art. 531 CDFA regula la sucesión del cónyuge premuerto, por lo tanto los parientes llamados a su sucesión legal, si su causante murió con vecindad civil aragonesa, podrán reclamar la sucesión en dichos bienes aun cuando el cónyuge supérstite fallezca con una vecindad civil distinta de la aragonesa.

5º Que existan parientes del cónyuge premuerto llamados a su sucesión legal en el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite, que acepten la herencia en los bienes residuales provenientes del cónyuge premuerto.

A falta de estos requisitos no se aplica el artículo 531-2 CDFA y los bienes recibidos por el cónyuge supérstite de su consorte premuerto quedarán definitivamente integrados en su herencia y serán heredados, en su caso, por los llamados a su sucesión legal: artículos 532 y ss. CDFA.

En este llamamiento del artículo 531-2 CDFA se excluye a la Comunidad Autónoma de Aragón[39].

---

[37] Bayod López, Carmen (2008), «"Ana y el artículo 216-2 Lsuc". Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en *RDCA,* XIV, pp. 129-130.

[38] En este sentido también Serrano García, *RDCA,* VI, núm. 1, p. 230 y STSJA de 13 de junio de 2007.

[39] En este sentido también Martínez Martínez, María (2006), «La institución recíproca de herederos» en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 51.

X. SUCESIÓN A FAVOR DE LOS COLATERALES

Los parientes colaterales son llamados a la sucesión no troncal después de los hijos, de los ascendientes y del cónyuge del causante.

El llamamiento a los parientes colaterales está limitado, en todo caso, al cuarto grado de parentesco.

El Código del Derecho Foral de Aragón, siguiendo con ello la formulación del Código civil, distingue entre colaterales privilegiados: hermanos, sobrinos y nietos de hermanos, que heredan con preferencia al resto de los colaterales (arts. 532 y 533 CDFA), y el resto de los colaterales (no más allá del cuarto grado de parentesco con el causante), artículo 534 CDFA.

Los colaterales, en la sucesión no troncal, al heredar tras el cónyuge del causante, recibirán los bienes sin la carga del usufructo, puesto que la premisa es la inexistencia de cónyuge viudo.

1. Llamamiento a los parientes colaterales privilegiados: hermanos, hijos y nietos de hermanos

1.1. *Parientes llamados: artículo 532 CDFA*

Entre los parientes colaterales del causante, les corresponde heredar con preferencia a los hermanos del causante y a sus sobrinos y sobrinos nietos.

Al incluirse en este llamamiento a los sobrinos nietos (hijos del hermano del causante) se modifica desde 1999 el Derecho anterior, puesto que la Compilación al llamar supletoriamente al Código civil, hacía aplicables en Aragón a los arts. 935 a 955 Cc., que limitaba el derecho de representación a los hijos de hermanos.

El artículo 532-1 CDFA dispone:

1. *Los hermanos e hijos y nietos de hermanos son llamados con preferencia al resto de los colaterales.*

Los hijos y nietos de hermanos son llamados por sustitución legal (art. 338-2 y 532-3 Lsuc.). Pero también pueden concurrir directamente en los casos en los que el único o todos los llamados de grado preferente hayan repudiado el llamamiento, ya que este grupo de parientes «son llamados con preferencia al resto de los colaterales» y, por lo tanto, no aplicándose la sustitución legal ni el derecho de acrecer heredan los parientes del grado siguiente (art. 519-2 CDFA), que son los hijos y nietos de hermanos.

1.2. *La distribución de los bienes: artículos 532-2 a 4 y 533 CDFA*

La distribución de los bienes en este primer grupo de llamados combina las reglas de reparto por estirpes y por cabezas, así como el doble vínculo de parentesco.

En lo que atañe a la sustitución legal y a las reglas de reparto en este llamamiento, la CADC ha utilizado la facultad de «aclaración» dando una redacción más precisa al párrafo 4 del art. 532 CDFA[40].

A) *Hermanos de doble vínculo, concurrencia con hijos y nietos. Sustitución legal y división por cabezas*

El artículo 532 CDFA en sus aparados 2 a 4 establece cómo han de distribuirse los bienes del causante si concurren hermanos de doble vínculo de parentesco con descendientes de otros hermanos también de doble vínculo; estos últimos, en principio serán llamados por sustitución legal.

Las reglas que podemos deducir son las siguientes:

Primero: Los hermanos que tengan capacidad sucesoria, heredan al causante por derecho propio y dividen los bienes por cabezas: *Si no concurren más que hermanos de doble vínculo, la delación tiene lugar por partes iguales* (art. 532-2 CDFA).

Segundo: Sustitución legal: *Si concurren hermanos con descendientes de otros hermanos de doble vínculo* ***sustituidos****, la herencia se defiere a los primeros por derecho propio y a los segundos por sustitución legal* (art. 532-3 CDFA).

a) El llamamiento a los hijos y nietos de hermanos opera, en primer lugar, a través del mecanismo de la sustitución legal, esto significa que si alguno de los hermanos del causante no puede heredar por haber premuerto, estar ausente, ser indigno o excluido de la sucesión del causante, ocuparán su lugar sus estirpes de descendientes, hasta el cuarto grado con el causante: hijos y nietos de hermanos.

En este orden (hijos y nietos) también opera la sustitución legal.

b) Si tiene lugar la sustitución legal, el reparto se llevará a cabo por estirpes o por cabezas según todos los llamados ocupen el mismo grado de parentesco con el causante o no.

Si concurren tíos, sobrinos y sobrinos nietos: los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes.

- Si concurren hijos y nietos de hermanos, la herencia se defiere por sustitución legal (art. 532-4 CDFA), lo que significa que reparten por estirpes, por ser parientes de distinto grado de parentesco.
- *Pero si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos* ***sustituidos****, la herencia se defiere por cabezas* (arts. 532-4 CDFA), su llamamiento igualmente es por sustitución legal, pero dividen por cabezas, porque todos los llamados tienen el mismo grado de parentesco con el causante. El A. JPI núm. 17 de Zaragoza de 18 de noviembre de 1996, consideró erróneamente, que al concurrir «solos los hijos de hermanos», heredaban por derecho propio (marginal 77, *RDCA-IV*).

---

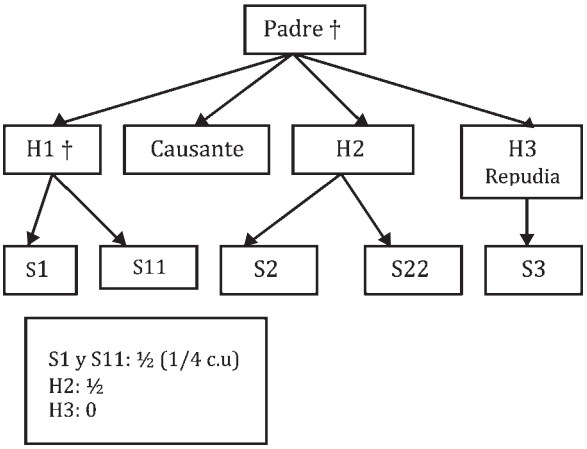
[40] Sobre estas cuestiones Serrano García (2012*), Acta de Foro* ..., p. 98 y ss.; Bayod López (2013), *Estudios … Rams Albesa*, p. 37 y ss.

Debido a estos problemas de interpretación, la CADC procedió también a «aclarar» este precepto introduciendo constantemente la palabra **sustituidos** y una remisión expresa al artículo 338-2 CDFA, que también fue objeto de aclaración, para solventar el error doctrinal y jurisprudencial que identifica reglas de reparto (estirpes o cabezas) con heredar por llamamiento directo o por sustitución legal, respectivamente[41].

- Si uno de los llamados de grado preferente (hermano o hijo de hermano) repudia su llamamiento, no tiene lugar la sustitución legal (art. 341 CDFA) y, junto a él, queda excluida su estirpe. Su parte, acrecerá al resto de los llamados de su mismo orden (art. 519-2 CDFA).

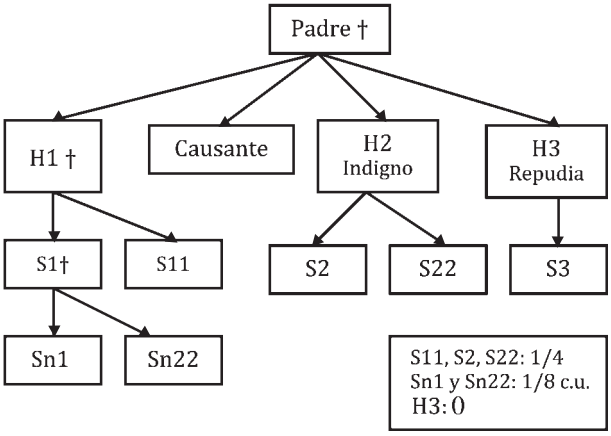
Veamos unos ejemplos y cómo opera la distribución de los bienes:

GRÁFICO 13



[41] El párrafo 4º del artículo 217, equivalente a este 532-4, decía: «Si concurren hijos y nietos de hermanos, la herencia se defiere por sustitución legal, pero si concurren sólo hijos o sólo nietos de hermanos, la herencia se defiere por cabezas». Ciertamente la dicción del precepto no era muy afortunada, y dio lugar a una interpretación errónea, de ahí que la CADC aclarase este párrafo 4º del ahora art. 532: «Si por falta de hermanos concurren solamente hijos y nietos de hermanos **sustituidos**, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes, pero si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos **sustituidos,** dividen por cabezas, todo ello **conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 338**». Sobre estas cuestiones SERRANO GARCÍA (2012*), Acta de Foro* ..., p. 98 y ss.; BAYOD LÓPEZ (2013), *Estudios… Rams Albesa*, p. 37 y ss.

GRÁFICO 14



En el gráfico 13, si los tres hermanos del causante vivieran y tuvieran capacidad sucesoria, aceptando el llamamiento, heredarían por derecho propio y a partes iguales: 1/3 para cada uno.

En el supuesto gráfico del que partimos no todos los hermanos quieren o pueden heredar. H1 ha premuerto, H2 sobrevive y H3 repudia.

Por consiguiente, concurriendo tíos y sobrinos, la herencia se defiere respecto de los segundos por sustitución legal y la distribución de los bienes se hace por cabezas, para los tíos, y por estirpes para los sobrinos: artículo 532-3 CDFA.

Al tío H2 le corresponde ½ del caudal; el otro medio que le hubiera correspondido a H1, al haber premuerto al causante, le corresponderá a sus hijos (S1 y S11), que al concurrir con el tío reparten la cuota por estirpe: ¼ para cada uno.

Como H3 repudió, se entenderá que no ha sido llamado nunca a la herencia (art. 352 CDFA) y, respecto de su estirpe, no opera la sustitución legal (art. 341 CDFA): nada recibirán al concurrir con otros parientes más próximos al causante que quieren y pueden suceder (art. 519 CDFA).

En el gráfico 14, la parentela de los tíos, primeros llamados, no quieren o no pueden heredar: H1 ha premuerto, H2 es indigno y H3 repudia.

Ahora bien, H1 y H2 han incurrido en causa de sustitución legal, por lo tanto, aunque *concurran solos sus descendientes del hermano sustituido* (S1, S11, S2 y S22, sobrinos del causante) heredan, evidentemente, por sustitución legal dividiendo por cabezas, de manera que corresponderá ¼ para cada uno (art. 532-4 CDFA). Esta era la correcta inteligencia de la norma (así Delgado, Serrano, Bayod, Latorre) y los Tribunales aragoneses (A. APH de 18 de enero de 2007, *RDCA-XV*, marginal 18) y ninguna duda hay ahora en el CDFA al haber sido objeto este párrafo 4º de aclaración.

El gráfico refleja que S1 ha premuerto, y por lo tanto su descendencia (Sn1 y Sn12) le sustituye a él (art. 338-2 y 532-4 CDFA), al concurrir con sus tíos, S11, S2 y S22, dividen por estirpes; por lo tanto, el ¼ de su antecesor (S1) lo dividen entre ellos, correspondiéndoles 1/8 a cada uno de ellos.

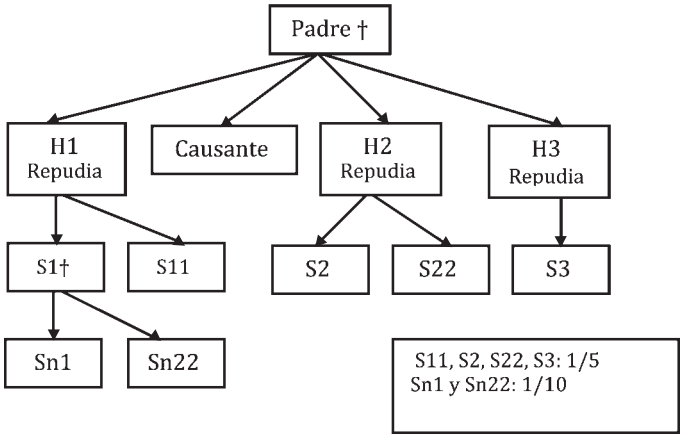
B) *Repudiación de todos los hermanos, hijos o nietos de hermanos: llamamiento por derecho propio al grado siguiente*

En este llamamiento, si todos o el único hermano del causante (o sus descendientes), repudian el llamamiento, al ser llamados los hijos y nietos de hermanos con preferencia al resto de los colaterales, aun cuando no se aplica la sustitución legal (hay repudiación), todavía no opera la delación respecto del resto de los colaterales no privilegiados.

En estos casos, *suceden por derecho propio los parientes del grado siguiente*: los hijos de hermanos o, en su caso, los sobrinos de hermanos, así del artículo 519-2 CDFA y, en particular, el artículo 534 CDFA al disponer que: *No habiendo hermanos, ni hijos o nietos de hermanos, la herencia se defiere a los demás parientes del causante en línea colateral hasta el cuarto grado.* [S. 30 de noviembre de 2006 del JPI, núm. 17 de Zaragoza (marginal 59, *RDCA-XIV*)].

En consecuencia, sólo cuando no existan parientes de esta clase o ninguno de ellos, pudiendo, quiera heredar, serán llamados el resto de los colaterales.

GRÁFICO 15



Como se observa en el gráfico 15 han repudiado toda la parentela de hermanos (H1, H2 y H3) pero en este caso, al heredar hijos y nietos de hermanos con preferencia al resto de los colaterales, serán llamados por derecho propio (art. 519-2 CDFA); S11, S2, S22 y S3 son llamados de forma directa y dividen por cabezas; como S1 ha premuerto al causante, en este llamamiento también opera la sustitución legal (art. 338-2 CDFA) ocupando su lugar sus descendientes: Sn1 y Sn2, que dividen la herencia por estirpes.

1.3. *Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo: la regla del duplo*

El artículo 533-1 CDFA establece el derecho a doble cuota respecto de los hermanos de doble vínculo del causante en concurrencia con hermanos de vínculo sencillo, aplicándose en Derecho aragonés la llamada regla del duplo, tal y como se venía haciendo vigente la Compilación por remisión al Código civil (art. 949).

La regla del duplo implica que el caudal se ha de dividir entre el número de hermanos concurrentes contando como dos a cada uno de los hermanos de vínculo doble. Así, si concurren tres hermanos de vínculo sencillo y dos de vínculo doble, el caudal se divide en siete partes, correspondiendo 1/7 para cada uno de los hermanos de vínculo sencillo y 2/7 para cada uno de los hermanos de doble vínculo.

Así lo establece el artículo 533-1 CDFA: *Si concurren hermanos de doble vínculo con medio hermanos, los primeros son llamados a doble cuota de la herencia que los segundos.*

Evidentemente, *En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por parte de madre, la herencia se defiere a todos por partes iguales.* (arts. 531-2 CDFA), igual que si sólo concurriesen hermanos de doble vínculo: art. 532-2 CDFA.

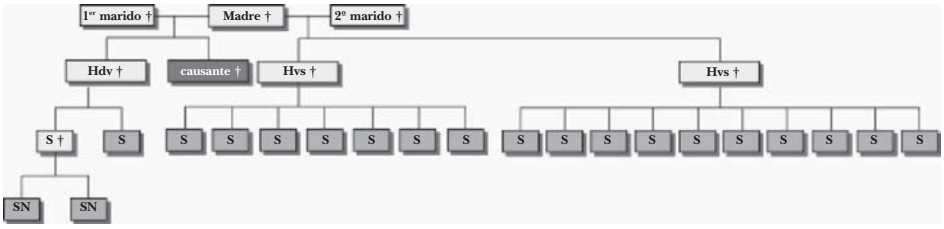
Respecto de hijos y nietos de medio hermanos, las reglas de reparto entre ellos, son las mismas que hemos visto para los descendientes de hermanos de doble vínculo (gráficos 13 a 15). Así lo establece el artículo 533-3 CDFA: *La herencia se defiere a los hijos y nietos de los medios hermanos por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los descendientes de los hermanos de doble vínculo.*

1.4. *El doble grado de parentesco y la sustitución legal: ¿juega también la regla del duplo?, ¿Y si hubiera repudiación del único o de todos los hermanos?*

La regla del duplo debe aplicarse también a las generaciones de los hijos y nietos hermanos, pues la misma sólo está excluida respecto del resto de los colaterales privilegiados (art. 534 CDFA).

Así lo defiende y lo ha explicado DELGADO ECHEVERRÍA, http://derechoaragones.blogia.com/2004/mayo.php y se aplica en los tribunales aragoneses (A. APH de 18 de enero de 2007, RDCA-XV, 2009, marginal 18). Tomo el esquema del maestro:

GRÁFICO 16



En este caso, concurren 18 sobrinos de la causante y dos sobrinos nietos.

Al no concurrir hermanos de la causante, los sobrinos heredan por sustitución legal, pero al concurrir solos, dividen por cabezas.

Ahora bien, en este caso hay una complicación más, 17 sobrinos son de vínculo sencillo y dos (uno de ellos premuerto, pero dejando descendencia) son de vínculo doble, tal y como se ve en el esquema.

En estos casos, procede aplicar la regla del duplo también para los hijos y nietos de hermanos. Por ello, como falló el Juzgado: 2/21 partes corresponden al sobrino vivo hijo del hermano de doble vínculo; otras 2/21 partes, por mitad, a las hijas del otro hijo de este hermano, y 1/21 parte a cada uno de los otros diecisiete sobrinos.

Un problema añadido sería determinar si el doble vínculo es también relevante en el caso de que hubiera habido repudiación de todos los llamados de grado preferente (bien los tíos, bien sus hijos). En el ejemplo, imaginemos que los hermanos de Patrocinio, la causante, hubieran repudiado.

En este caso son llamados por derecho propio sus sobrinos y por sustitución legal, los sobrinos nietos (mientras haya parientes de esta clase que quieran y puedan heredar no se defiere la herencia al resto de colaterales).

Aun cuando hay dudas en la doctrina y algunos defienden que no debe jugar la regla del duplo, tampoco en el caso del gráfico 16[42], me parece que en la parentela de los colaterales privilegiados la regla del duplo juega respecto de todos los llamados, y sólo se excluye respecto del resto de colaterales (art. 534 CDFA).

Obsérvese que en el llamamiento del artículo 532 CDFA, aun cuando repudien todos los hermanos, y sus hijos o nietos hereden por derecho propio, la razón de ello deriva de ser descendientes de los hermanos del causante y es este parentesco el que les otorga el privilegio de heredar antes que otros parientes de grado más próximo con el causante: hereda un sobrino nieto del causante, que es de cuarto grado, antes que un tío del causante, 3º. La regla del duplo se aplica en este llamamiento, lo impone el privilegio.

2. Los parientes colaterales no privilegiados: artículo 219 Lsuc

El artículo 534 CDFA llama al resto de los parientes colaterales del causante dentro del cuarto grado:

1. *No habiendo hermanos ni hijos o nietos de hermanos, la herencia se defiere a los demás parientes del causante en línea colateral hasta el cuarto grado.*
2. *La delación en favor de estos colaterales se verifica sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.*

---

[42] En este sentido Martínez Martínez, María (2000), vol. 2, p. 240 (= *Manual*, 2012, p. 667).

La delación a favor del resto de los colaterales sólo opera a falta de hermanos, hijos y nietos de hermanos que no puedan o quieran heredar.

En este llamamiento rige la regla de proximidad de grado de parentesco con el causante (art. 519 CDFA) y no opera ni la sustitución legal (art. 338 CDFA), ni tiene relevancia el doble vínculo de parentesco.

XI. SUCESIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

1. Regulación

El artículo 535 CDFA, ubicado en el capítulo VI, *Sucesión en defecto de parientes y cónyuges*, establece el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, como desde 1995 (Ley 4/1995, de 29 de marzo) se contenía ya en el art. 136 Compilación, sin que en la regulación vigente haya modificaciones.

El artículo 535 CDFA establece:

1. *En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.*
2. *Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.*

2. Requisitos

Del precepto transcrito, podemos deducir los siguientes requisitos:

1º Que el causante tenga vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

2º Que fallezca sin disposición voluntaria válida y eficaz.

3º Que no haya personas con preferencia a heredar sus bienes según las normas aragonesas que hemos visto, y que tampoco juegue la preferencia del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, prevista en el artículo 536 CDFA.

4º Declaración judicial de herederos.

5º Aceptación.

Cumpliéndose estos requisitos, la Comunidad autónoma de Aragón será heredera por sucesión legal, debiendo destinar los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social del municipio en el que causante hubiera tenido su último domicilio.

3. La necesidad de declaración judicial de herederos

El CDFA establece entre los requisitos necesarios para que llegue a heredar la Comunidad Autónoma de Aragón la «previa declaración judicial de herederos», salvando así viejas disputas, vigente el libro II Comp. arag., que pretendían, a mi juicio sin demasiado fundamento, que la Comunidad autónoma podría ser declarada heredera mediante declaración notarial[43].

La Comunidad Autónoma aragonesa regula esta cuestión a través del Decreto 191/2000, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas[44], tal y como se afirma en el propio Decreto autonómico, no resulta aplicable en Aragón la normativa estatal para el llamamiento abintestato del Estado Español, al tener la sucesión legal aragonesa principios peculiares y regulación propia.

Este Decreto tuvo su origen en un llamamiento legal a la Comunidad Autónoma de Aragón; el caso fue dictaminado por el profesor Serrano[45].

XII. PRIVILEGIO DEL HOSPITAL DE NUESTRA SRA. DE GRACIA

1. Antecedentes

El privilegio del Hospital de Nuestra Sra. de Gracia, hoy sin personalidad jurídica y dependiente de la Diputación General de Aragón, tiene su origen en un acto de Cortes de 1626 que ha llegado hasta nuestros días, pues tal privilegio fue recogido en el Apéndice de 1925 y también en la Compilación aragonesa hasta su reforma de 1995.

El Hospital de Nuestra Sra. de Gracia fue fundado por Alfonso V el Magnánimo en 1425. Perseguía fines de caridad y de asistencia general y también universal, pues en él se acogía a todos los seres desgraciados sin atender a sus creencias, nacionalidad, etc. De ahí que en el frontispicio del hospital figure el siguiente lema: *Domus infirmorum, urbis et orbis* (Casa de los enfermos, de la ciudad y del mundo).

Esta caridad inagotable del Hospital fue la que le hizo valedor de la concesión del mencionado privilegio, que consistía en la facultad que tenía el Hospital de

---

[43] Merino Hernández, José Luis (1993), «La sucesión intestada: aspectos concretos», *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, pp. 111-123.

[44] BOA, núm. 143 de 24 de noviembre de 2000; se publica también en el *RDCA,* VI, núm. 1, 2000).

[45] Serrano García, J. Antonio (2000), «Dictamen sobre la subrogación real en la sustitución de bienes de origen familiar», *RDCA,* VI.

heredar en la sucesión legal de los enfermos en él fallecidos en ausencia de otros herederos. El Fuero señalaba el grado de parentesco para que heredase el Hospital: cuarto grado y con independencia de que la herencia tuviera bienes muebles e inmuebles. No se atendía a la vecindad civil (nacionalidad) del fallecido, dada precisamente, su situación de privilegio.

2. Requisitos

Para que el Hospital sea llamado a la sucesión legal del fallecido en sus dependencias se requiere, al igual que en el caso de la Comunidad Autónoma aragonesa, que:

1º El causante fallezca sin disposición voluntaria válida y eficaz.

2º No haya personas con preferencia a heredar sus bienes según las normas aragonesas ya vistas.

3º El causante haya estado hospitalizado y atendido en el Hospital, falleciendo en él[46].

4º Declaración judicial de herederos.

5º Aceptación.

2.1. *¿Debe tener vecindad civil aragonesa el causante de la sucesión?*

El llamamiento a la sucesión legal del Hospital nació como un privilegio, exigiéndose tan sólo a los causantes de la sucesión que, atendidos en sus dependencias y fallecidos en él, no tuvieran parientes dentro del cuarto grado, y todo ello con independencia de la vecindad o nacionalidad de los fallecidos.

Así se aplicó siempre en Aragón, con algunas dudas a partir de la reforma de la Compilación en 1995, a través de la cual se comenzó a requerir, por parte de algún sector doctrinal[47], la necesidad de que el causante falleciera con vecindad civil aragonesa.

A mi juicio, el art. 536 CDFA no responde a los principios de una norma de conflicto, sino que nos encontramos ante una norma material autolimitada: contiene en sí misma sus índices de aplicación espacial y por tanto excluye el recurso a las normas de conflicto. Como señala Zabalo Escudero[48], el supuesto de hecho de la norma subsume una situación o relación jurídica conectada al orden jurídico aragonés: la sucesión de la persona fallecida sin parientes que puedan heredar en el Hospital aragonés. En este tipo de normas el legislador formula el supuesto

---

[46] Latorre Martínez de Baroja, 2006.

[47] Martínez Martínez, María, (2000), vol. 2, p. 290 (= *Manual* ..., 2012, p. 670).

[48] Zabalo Escudero, Elena (1997), «El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho internacional privado e interregional», en *RDCA*, III, núm. 2, pp. 81-97.

de hecho de forma concreta y con conexión con el propio ordenamiento; siguiendo a González Campos puede afirmarse que el rasgo caracterizador de las mismas es que el supuesto de hecho no está formulado en forma abstracta (como ocurre con la norma de conflicto) sino que sólo regula supuestos vinculados a las esfera personal o territorial del propio ordenamiento.

En este caso esa conexión con el propio ordenamiento presenta carácter territorial, pues el derecho «se extiende» a las sucesiones de enfermos que fallezcan en el hospital. Por ello, el factor que delimita en el espacio el Derecho sucesorio del hospital es el fallecimiento del causante en el hospital sin herederos dentro del cuarto grado[49].

3. El destino de los bienes

Es necesaria declaración judicial de herederos. Al carecer el Hospital de personalidad jurídica será la Diputación General de Aragón, de la cual depende, la que tendrá que hacerse cargo de los bienes de la herencia y aplicarlos a la mejora de las instalaciones del Hospital (art. 536-2 CDFA).

BIBLIOGRAFÍA

- Todas las obras que cito (y cualesquiera otras sobre Derecho civil aragonés) pueden consultarse en la *Biblioteca Virtual de Derecho Civil Aragonés* (BIVIDA):

  http://www.bivida.es/es/estaticos/contenido.cmd?pagina=estaticos/indice

- La consulta de artículos publicados en la RDCA y la jurisprudencia aragonesa publicada en la misma revista, así como novedades en materia científica y jurisprudencial (*Cuadernos Lacruz Berdejo*), pueden consultarse en la página web de *Derecho civil aragonés*:

  http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/

- Seguidamente añado una reseña de las obras que me parecen más relevantes, y que han sido citadas o tenidas en cuenta especialmente para la redacción de estas páginas.

A. *Derecho histórico*

Todas la referencias a las fuentes, así como el estudio de las mismas puede consultarse en:

---

[49] En el mismo sentido Latorre Martínez de Baroja, 2006.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2000), «La sucesión legal en el Derecho civil aragonés. Dos volúmenes». *Volumen I: Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico.* Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza (339 pp.).

B. *Vigente el Libro II Compilación del Derecho civil de Aragón*

Destaco, tan sólo, las obras que me parecen más relevantes.

BELLED HEREDIA, José María (1965-67), «La sucesión intestada», *ADA*, XIII, 1965-67, pp. 450-453.

—, (1968), «La sucesión intestada en el Derecho aragonés», *RCDI,* XLVI, pp. 469-505.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo (1992), «La sustitución legal en Aragón».

—, (1996), «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespacial», en *RDCA,* II, núm. 2, DPZ, Zaragoza, pp. 105 a 107.

GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ, Vicente (1993), «Dos supuestos de sucesión intestada. Cuestiones procesales en relación a la troncalidad» en *Actas de los Segundo Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 128 a 130.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (1967), «Derecho de sucesiones por causa de muerte (De la legítima. De la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión)», *BCAZ*, núm. 26, pp. 145-194.

—, (1968), «La sucesión intestada en la nueva Compilación aragonesa», *RGLJ,* LVI, pp. 580-609.

—, (1992), «La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa», en *Homenaje al profesor José María Pi y Suñer*, pp. 485 a 498 (= Estudios de Derecho privado, común y foral, T. II, Obligaciones y sucesiones, ed. Colegio de Registradores de España, Bosch, pp. 491-500).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALZAD, Carlos (1992), «Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa», *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO*, volumen primero, Bosch, Barcelona, pp. 580 a 606.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, (1993) «La sucesión intestada: aspectos concretos», *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, pp. 111-123.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo (1993), «El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil de Aragón» en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 85 y ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (1997), «Los bienes troncales en la herencia deferida por cuotas, en parte a herederos voluntarios y en parte a los legales», en *RDCA,* III, núm. 2, pp. 101-112.

—, (1990), «Comentario a la STS 10 abril 1990 (Derecho civil aragonés: viudedad testamentaria, universal y vitalicia; sucesión intestada troncal en el Cuerpo de Fueros y Observancias)», *CCJC,* núm. 24, 1990, pp. 813-830.

ZABALO ESCUDERO, Elena (1997), «El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho internacional privado e interregional», en *RDCA,* III, núm. 2, pp. 81-97.

C. *Estudios sobre Derecho vigente*

La obra de referencia, y la que he seguido para redactar estás páginas, corresponde a la Dra. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, editada por el Justicia de Aragón en 2000, y se corresponde con la que fue su tesis doctoral defendida en 1999.

BAYOD LÓPEZ, Carmen (2013), «De la Disposición Final primera de la ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, pp. 57 a 72.

—, (2009), «La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge supérstite del bínubo premuerto sobre los bienes que éste recibió de su primer consorte y de los que no dispuso por ningún título (art. 108 Comp. y arts. 803, 104.3 y 216 LSUC), *RDCA*, XV, pp. 223-245.

—, (2008), «"Ana y el artículo 216-2 Lsuc". Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en *RDCA*, XIV, pp. 117-141.

—, (2008), «La aplicación indebida del Código civil como fundamento del recurso de casación: Infracción de las normas de Derecho civil aragonés para la solución del conflicto (Reflexiones sobre las SS. TSJA de 15 de marzo de 2007 y de 27 de febrero de 2006)», *RDCA*, XIV, pp. 171-191.

—, (2009), «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?», en *Reflexiones sobre materia de Derecho sucesorio*, dirigido por Damián ÁLVAREZ Y ZUBIRI SALINAS, Cuadernos de formación permanente, CGPJ, pp. 203 a 466.

—, (2012), «La viudedad» en *Manual de Derecho civil aragonés*. Director Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, coordinadora María Ángeles PARRA LUCÁN, ed. El Justicia de Aragón, 4ª edición, Zaragoza, pp. 457 a 496.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (1999), «De la sucesión legal», *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General. S.A., Zaragoza, pp. 153 a 162 (= *RDCA*, V, núm. 1, pp. 123 a 130).

GÍMENEZ VILLAR, Fernando (2002), «La sucesión troncal. Declaración de herederos» en *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 73 a 79.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. (2012), *Los bienes mostrencos en Aragón*, ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio (2006), «La sucesión legal» *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinado por José Luis MERINO HERNÁNDEZ, ed. Sonlibros, Zaragoza, pp. 637 a 690.

MARTÍN MARTÍN, Abel (2002), «La subrogación real en los bienes troncales», en *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 65-71.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2012), «La sucesión legal en el Derecho civil aragonés», *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón*, dirigido

por Jesús Delgado Echeverría, coordinado por María de los Ángeles Parra Lucán, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 647 a 660.

—, (2006), «La institución recíproca de herederos» en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés»*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 13 a 57.

—, (2002), «La sucesión troncal» *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés,* ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 11 a 64.

—, (2002), «Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de 14 de noviembre de 2002), en *RDCA,* VII-VIII, Zaragoza, pp. 251 a 265.

—, (2000), «La sucesión legal en el Derecho civil aragonés». Dos volúmenes. *Volumen I: Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico. Volumen II: La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte»*. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza.

Serrano García, J. Antonio (2012), «El Código del Derecho Foral de Aragón» en *Actas de los vigesimoprimeros Encuentros de Foro de Derecho aragonés,* ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 69 a 117.

—, (2009), «Derecho civil aragonés: Presente y Futuro», *RDCA,* XV, 2009, pp. 23 a 72.

—, (2008), «La troncalidad en la sustitución del artículo 108-3 de la Compilación» en *RDCA,* XIV, DPZ, Zaragoza.

—, (2008), «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», *RJN*, núm. 46, pp. 109 a 163.

—, (2004), «Notas sobre las sustituciones de los artículos 80, 104 y 216 de la Ley de sucesiones» en *RDCA,* IX-X, DPZ, Zaragoza, pp. 11 a 41.

—, (2001), «La protección del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés), en *Aequalitas,* núm. 8, pp. 32 a 44.

—, (2000), *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa.* Ed. Centro de Estudios Registrales de Aragón, Zaragoza.

—, (2000), «La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (Comentario de un caso de pacto al más viviente), en *RDCA,* VI, núm.1, pp. 203 a 236.

—, (1999), «La sustitución legal» en *Actas de los Decimonovenos Encuentros de Foro de Derecho aragonés,* ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 88 a 119.

—, (1999), «Matrimonio, pareja estable no casada y Derecho de sucesiones», en *Aequalitas,* núm. 2, pp. 26 a 32.

—, (1999), «Introducción a la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», *Revista de Economía Aragonesa,* núm. 8, ed. IberCaja, Zaragoza, pp. 75-98.

—, (1997), *Memoria del Borrador de Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte*, Zaragoza (sin editar).

Documentos

Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (no editadas).

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONÉS*

Alfredo Sánchez-Rubio García
Profesor Titular de Derecho civil

RESUMEN

El testamento otorgado por más de una persona –pluripersonal o mancomunado– es una institución tradicional del Derecho civil aragonés, aunque también está documentada su práctica en todo el Reino de España hasta que lo prohibiera el Código civil a finales del siglo XIX. Este trabajo analiza la naturaleza y características más relevantes del testamento mancomunado y en particular su regulación en el Derecho histórico de Aragón y en el actual, en el que continúa plenamente vigente, con especial atención a sus problemas más relevantes, entre los que merecen cita expresa en este lugar los que suscita la distinta vecindad de los testadores, la naturaleza y régimen de las disposiciones de los otorgantes recíprocamente vinculadas –correspectivas– y la revocación por uno solo de los testadores de su testamento otorgado en forma mancomunada.

Palabras clave: Testamento mancomunado, disposiciones correspectivas, revocación del testamento.

ABSTRACT

Wills granted by more than one person –multi-personal or joint wills– are a traditional institution in civil Aragonese Law, although granting of these types of

* El autor ha enmarcado este estudio en sus aportaciones al grupo IDAA (Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés), financiado con fondos del Gobierno de Aragón y de la Unión Europea.

wills is documented in all of the Kingdom of Spain until it was prohibited by the Civil Code at the end of the 19th Century. This document analyses the nature and more relevant characteristics of the joint will and in particular its regulation in the historical Law of Aragón and in current Law, where it is still in force, focusing on its more relevant problems. The problems that deserve special mention are the ones related to the different vicinities of the grantors, the nature and regime of the provisions of the grantors that are reciprocally linked –co-respective– and the revocation by only one of the testators of the will granted in a joint manner.

Keywords: joint will, co-respective provisions, will revocation.

SUMARIO

I. APROXIMACIÓN AL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. Terminología. 2. Concepto. II. ORIGEN Y RELEVANCIA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA SOCIEDAD ARAGONESA. 1. El testamento mancomunado en los Fueros y Observancias. 2. Su regulación en el Apéndice. 3. El testamento mancomunado en la Compilación. 4. La Ley de sucesiones por causa de muerte y el Código del Derecho Foral de Aragón. III. NATURALEZA JURÍDICA. IV. ELEMENTOS PERSONALES. 1. Número de testadores y relación entre ellos. 2. Capacidad de los otorgantes. 3. Vecindad civil. El artículo 417.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. V. LA FORMA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. El testamento mancomunado cerrado. 2. El testamento mancomunado ológrafo. VI. CONTENIDO. 1. Institución recíproca entre otorgantes. 1.1. *La sustitución legal preventiva de residuo.* 2. Disposiciones correspectivas. 2.1. *Concepto y requisitos de la correspectividad.* 2.2. *Régimen legal.* VII. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. Revocación en vida de ambos testadores. 2. Revocación por el sobreviviente. 3. Disposición inter vivos de bienes afectos a disposiciones correspectivas.

1. APROXIMACIÓN AL TESTAMENTO MANCOMUNADO

1. Terminología

El testamento otorgado por más de una persona ha recibido distintas denominaciones según el tiempo y el lugar. En Aragón, heredado de los textos legales inmediatamente anteriores (Apéndice y Compilación), en el Código de Derecho Foral de Aragón, que refundió la Ley de sucesiones por causa de muerte y recoge el derecho positivo vigente, recibe el nombre de testamento mancomunado que, sin embargo, no era el utilizado de modo uniforme antes de promulgarse el

Apéndice en 1925, como se advierte en las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81 donde la pregunta del Tema III del Capítulo dedicado a sucesiones se formulaba en los siguientes términos: «*¿Deben conservarse los testamentos mutuos o recíprocos, y los conjuntos, vulgarmente llamados de hermandad?*», poniendo de manifiesto que *mancomunado* no era el término que servía para designar el testamento que nos ocupa.

En derecho navarro es conocido como testamento de hermandad (Ley 199 FN) y como testamento *congiuntivo o reciproco* en el *Codice* italiano, mientras otros textos se limitan a describir el hecho de testar dos o más personas en un solo acto, absteniéndose de asignarle un *nomen iuris*, como en el artículo 968 del Code francés o en el artículo 4º del Convenio de La Haya de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que alude a las «*disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas*» sin utilizar siquiera la denominación «*testamento conjunto*», generalizada en Derecho internacional privado.

Cuando el artículo 669 CC dice que «*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento…*», el uso de la disyuntiva «o» en el precepto, si se entiende en la acepción que denota diferencia y no equivalencia, mueve a pensar que testar mancomunadamente sea algo diferente a testar varias personas en un mismo instrumento y que el precepto aluda a algún requisito de contenido como la institución recíproca entre testadores o la vinculación entre las disposiciones de ambos. Aunque posibles y frecuentes, este tipo de disposiciones no son consustanciales a esta variedad de testamento, por lo que, independientemente de que puedan incluirse en él, el testamento mancomunado no requiere nada más que lo que resulta de su factura externa: otorgarse por más de una persona.

2. Concepto

Con esta misma orientación, vigentes los Fueros y Observancias, decía Isábal que testamento mancomunado es el que convienen en otorgar más de una persona en un mismo acto, siendo accidental el hecho de establecer la sucesión a favor de un tercero o en recíproco favor de los otorgantes (Isábal, M., *Enciclopedia Jurídica*) y promulgado el Apéndice, su artículo 17 entendía por tal el testamento hecho por los cónyuges «*en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero*».

Tras promulgarse la Compilación en 1967, la opinión de Merino coincide también con la de Isábal (Merino Hernández, J. L., *Comentarios al Código Civil y...,* 1987, p. 95) y, haciendo suyas las palabras de Ibáñez Cerezo, entendía bastante caracterizar el testamento mancomunado como el acto de disposición *mortis causa* otorgado por dos o más personas «*en un solo momento, en un solo documento*» (Ibáñez Cerezo, A., *El testamento mancomunado,* 1943, p. 251). Vigente la Ley de sucesiones, para García Vicente el testamento mancomunado queda definido en ella, en primer lugar porque lo otorgan dos personas y en segundo término por el carácter vinculante de las disposiciones correspectivas, si las hay (García

VICENTE, F., *El testamento mancomunado*, *RDCA*, V-1999-1º, p. 67); pero la posibilidad de que el testamento no contenga disposiciones de esta clase hace de su otorgamiento por dos personas la única característica que necesariamente debe concurrir en el testamento mancomunado. Abundando en esta idea, la STS 13 de febrero de 1984 dice que el testamento mancomunado es «*aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental no por su contenido*».

El testamento mancomunado, dice el artículo 406.3 CDFA, es «el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos»; texto vigente que, al admitir la eventual inexistencia de disposiciones correspectivas o recíprocamente vinculadas –que existan o no liberalidades mutuas entre los testadores no es trascendente– coincide con la noción expuesta, de suerte que, en el ordenamiento sucesorio aragonés vigente, testamento mancomunado es el que otorgan dos personas en un mismo instrumento, cualquiera que sea el sentido de sus disposiciones y la dependencia o independencia entre ellas.

Incluso para los códigos que lo prohíben, el testamento mancomunado se caracteriza por su factura externa de testamento otorgado por varias personas, y así el artículo 968 del *Code* dispone que «*un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes*» y el artículo 589 del *Codice*, rubricado *testamento congiuntivo o reciproco*, impide testar a «*due o più persone nel medesimo atto*»; sólo el artículo 669 CC, como hemos visto, al prohibir testar a dos o más personas *«mancomunadamente o en un mismo instrumento»* puede suscitar la duda acerca de si la disyuntiva *o* indica aquí diferencia o equivalencia, aunque no parece que esta forma de expresarse pretenda tener un significado distinto a otorgar testamento conjuntamente.

II. ORIGEN Y RELEVANCIA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA SOCIEDAD ARAGONESA

El testamento mancomunado es una creación consuetudinaria que resulta de la práctica testamentaria a la que durante siglos han recurrido los aragoneses –general, aunque no necesariamente, cónyuges– carente de regulación en los textos normativos, salvo algún precepto puntual. En muchos de los casos de frecuente cita las normas del derecho histórico más que regular el testamento mancomunado tenían por objeto la institución recíproca entre cónyuges, y así sucede con el precedente que en el derecho castellano algunos consideran el más antiguo de esta forma de testar que es la Ley IX del Título VI, Libro III, del Fuero Real, sobre «*como el marido y la muger pueden hazer hermandad*».

En Aragón el mancomunado es la forma testamentaria a la que mayoritariamente han recurrido en toda época los cónyuges, y en algún caso quienes no lo

eran. Los archivos documentales ponen de manifiesto que hasta el siglo XII todos los cónyuges testaban en forma mancomunada, ya que no se encuentran testamentos unipersonales otorgados por personas casadas (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El testamento mancomunado…* 1994, p. 291); según MOUTON «*el testamento en mancomún es de uso frecuentísimo en el territorio aragonés, y sus resultados siempre han sido excelentes*» (MOUTON Y OCAMPO, L., *Derecho…,* 1911, p. 235) y BELLOD, cuya obra es de consulta imprescindible en la materia, (*El testamento mancomunado…*, Zaragoza, 1997) da cuenta del elevado número de testamentos de esta clase otorgados en toda época. Sin embargo, en el plano normativo sólo la Observancia 1ª, *de testamentis*, se ocupó puntualmente del testamento mancomunado, regulando su revocabilidad en función de la forma en que los testadores hubieran expresado su última voluntad.

Fuera de Aragón también parece sentida –especialmente por los cónyuges– la necesidad de testar conjuntamente, como ponen de manifiesto los datos estadísticos de los testamentos que, según refiere el notario CASTIELLA, otorgan ambos cónyuges ante Notarios de toda España en la misma fecha e idénticos términos, con números de protocolo correlativos (CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., *El testamento mancomunado…,* 1993, p. 48-50), y según el también notario GARCÍA GRANERO, las ventajas que proporciona la ordenación simultánea y mancomunada de la sucesión *mortis causa* de ambos cónyuges son realmente importantes y en ocasiones el único medio de dar adecuada solución a problemas prácticos que son realmente insolubles dentro del estrecho marco del Código Civil (GARCÍA GRANERO, J., *Comentarios al Código…,* pp. 219 y 220).

1. El testamento mancomunado en los Fueros y Observancias

Según LACRUZ, el origen del testamento mancomunado se encuentra probablemente en las donaciones *post-obitum* que ambos cónyuges solían dejar dispuestas de consuno (LACRUZ BERDEJO, J. L., *El régimen matrimonial…,* 1946, p. 106) aunque lo cierto es que en los Fueros no podemos encontrar regulación alguna, y sólo la citada Observancia 1ª *de testamentis* se ocupaba de él en los siguientes términos: «*si el marido y la mujer hacen juntos su testamento, ya sea hablando ambos y disponiendo de los bienes conjuntamente, ya sea hablando cada uno de ellos por su parte, haciendo sus propios legados y otros actos, el superviviente, en lo que atañe a sus propios bienes, puede cambiar el testamento. Lo contrario ocurre si solamente uno de ellos dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o no hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro. Entonces el que consiente no puede contravenir al testamento*». Estamos, en suma, ante una creación consuetudinaria regulada durante siglos por la propia costumbre en todos sus aspectos y requisitos, sin otra norma escrita hasta la promulgación del Apéndice al Código civil que la relativa a la revocabilidad contenida en la Observancia citada.

2. Su regulación en el Apéndice

Como queda dicho, el primer texto escrito que contiene una regulación más amplia del testamento mancomunado secularmente otorgado por los aragoneses

es el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, aprobado por RD de 7 de diciembre de 1925 (que MONEVA Y PUYOL prefería denominar «Cuaderno Foral de Aragón»), introduciendo en el régimen de la revocación una novedad extraña a la tradición aragonesa, aunque en sintonía con los principales motivos que determinaron su prohibición en el Código civil, en concreto la preocupación por la deslealtad que podía suponer –y a veces suponía– la revocación de su testamento por el testador supérstite tras la muerte del otro testador.

El Apéndice dedicó tres artículos al testamento mancomunado, disponiendo el artículo 17 en su primer párrafo que «Los cónyuges pueden testar de mancomún, en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero; ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones; ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes», texto que refleja las dos posibles formas tradicionales de expresar la última voluntad aludidas en la Observancia de reiterada cita; dedicó los dos párrafos restantes de este artículo a disponer que ya se otorgue dentro o fuera de Aragón, bien como testamento ordinario en sus diversas formas, ya militar o marítimo, se admita siempre que los cónyuges aragoneses puedan otorgar testamento mancomunado. Iniciando una línea normativa que ha llegado hasta hoy, el artículo 18 del Apéndice dispuso la pérdida de eficacia del testamento mancomunado si en vida de los testadores se declara «la nulidad del matrimonio, se decreta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querella de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir».

Las normas sobre revocación fueron la principal novedad del Apéndice, al disponer su artículo 19 que en vida de ambos testadores el testamento podía ser revocado por los dos en la misma forma que lo otorgaron, o por uno solo de ellos respecto de sus propias disposiciones, previa notificación notarial al otro de su intención de hacerlo; pero muerto uno de los otorgantes el sobreviviente sólo podría modificar lo dispuesto de mancomún sobre sus propios bienes si renunciaba «*enteramente*» a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del finado, de suerte que una vez aceptada por el supérstite cualquier liberalidad a su favor concedida en el testamento mancomunado quedaban para él «*irrevocablemente obligatorias todas las condiciones y disposiciones del testamento que fueran originariamente lícitas*», deviniendo el testamento para el supérstite irrevocable.

La regulación del artículo 19 del Apéndice era consecuencia de considerar que todas las disposiciones recíprocas entre los testadores eran correspectivas –aunque tal término no figurase en su texto– dando lugar a consecuencias injustas y según LACRUZ «*sembró la consternación entre los juristas aragoneses*» (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Revocabilidad del testamento…*, p. 352), al propiciar sentencias de la AT de Zaragoza que declaraba nulos posteriores testamentos del viudo, incluso cuando solo había disfrutado el usufructo vidual, derecho de origen legal y naturaleza familiar, ya que era la celebración del matrimonio la que, según el artículo 63 del Apéndice, atribuía viudedad a los cónyuges «*por ministerio de la ley*», o como la STS 4 de diciembre de 1986, que resolviendo sobre la impugnación de enajenaciones realizadas por la testadora supérstite, una a título oneroso y dos por donación, confirmó la sentencia recurrida de la AT de Zaragoza de 16 de diciembre de 1983, a su vez confirma-

toria de la sentencia de primera instancia, declarado nulas tres enajenaciones, una por compraventa y dos donaciones, y las inscripciones registrales causadas por ellas, con fundamento en que la enajenante había otorgado en 1951 testamento mancomunado con su premuerto esposo concediéndose recíprocamente viudedad universal «incluso de los bienes muebles», derecho al que ella no había renunciado, y que no es según la sentencia un «usufructo legal» u *ope legis*, sino un «usufructo universal» concedido precisamente en el testamento.

3. El testamento mancomunado en la Compilación

Cinco artículos dedicó la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 a regular el testamento mancomunado, siendo su innovación más importante sustituir el riguroso régimen de revocación del artículo 19 de Apéndice por otro que, conservando la libre revocabilidad en vida de los testadores, tanto por ambos como unilateralmente por cada uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones (art. 96), incorpora al texto el concepto de correspectividad, rotulando el artículo 97 «*disposiciones correspectivas*», que su primer apartado define como «*aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas*».

El artículo 97.3 mantuvo la imposibilidad de que muerto uno de los cónyuges el sobreviviente pudiera revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallasen en vigor, pero esta disposición solo afectaba ya a las disposiciones que tuvieran tal carácter por así disponerlo los testadores. En vida de ambos, la revocación unilateral debía hacerse en testamento abierto ante Notario, y este notificar al otro cónyuge –ya no con carácter previo, como en el Apéndice, sino dentro de los ocho días hábiles siguientes– el mero hecho de que tales disposiciones habían sido revocadas o modificadas. La revocación unilateral del testamento producía la ineficacia total de las disposiciones correspectivas.

Como novedad, el artículo 95 dispuso que, salvo declaración en contrario, la institución mutua y recíproca entre cónyuges producía los mismos efectos que el «*pacto al más viviente*», manteniendo el artículo 98.1 el criterio del artículo 18 del Apéndice sobre los efectos de las crisis matrimoniales y, a su tenor, las sentencias de nulidad matrimonial, divorcio y separación hacían ineficaces las liberalidades que se hubieran concedido los cónyuges en el testamento mancomunado, y también todas las disposiciones correspectivas. Ineficacia que no producía por sí sola la pendencia de estos procesos, ya que en caso de fallecer uno de los testadores encontrándose en trámite, el apartado 2 del citado artículo 98 permitía que pudieran continuarse hasta su fin por los herederos de un cónyuge, dejando mientras en suspenso la efectividad de tales disposiciones y liberalidades.

4. La Ley de sucesiones por causa de muerte y el Código del Derecho Foral de Aragón

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte contenía la vigente regulación del testamento mancomunado y, en general, la regulación

de las sucesiones regidas por el derecho aragonés, preceptos hoy refundidos en el Código del Derecho Foral de Aragón tras la promulgación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Sin perjuicio del estudio detallado que seguirá, resaltemos aquí sus novedades, de las que quizá sea la principal suprimir la exigencia de que los otorgantes sean cónyuges, no requiriendo tampoco que sean parientes entre sí, por lo que el testamento mancomunado puede otorgarse por cualesquiera dos personas.

La Ley cambió el sentido de la presunción legal cuando los otorgantes se instituyen herederos recíprocamente, de suerte que bajo su vigencia ya no produce los efectos del pacto al más viviente, «*salvo declaración en contrario*» como disponía el artículo 95 de la Compilación, produciéndolos sólo en caso de que así lo establezcan los testadores.

La Ley mantuvo en líneas generales el régimen de revocación introducido por la Compilación, entendiendo que la lealtad debida entre los testadores exige que toda revocación unilateral se notifique al otro testador para que, si así lo desea, pueda obrar en consecuencia, y ello aunque el testamento no contenga disposiciones correspectivas.

Incorporó una nueva norma destinada a regular las consecuencias que se siguen de la enajenación de bienes hecha en vida por los testadores cuando afecte a la eficacia de las disposiciones correspectivas cuyo objeto fuera precisamente el destino *post mortem* de tales bienes, y son también novedad los dos artículos (95 y 96) que regulan el testamento mancomunado cerrado y el ológrafo, lo que constituye una excepción en una Ley que ha dejado la regulación de la formas testamentarias a la aplicación supletoria del Código civil (art. 1º.2 CDFA), excepción que se justifica por el hecho de que el Código civil no regula el testamento mancomunado, al prohibirlo su artículo 669.

Como queda dicho, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOA del 29 de marzo), aprobó, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, entre ellas la de Sucesiones por causa de muerte, manteniendo su texto, salvo alguna modificación que para regularizar, aclarar o armonizar autorizaba el apartado 2 de la Disposición final de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que autorizaba al Gobierno de Aragón a refundir la leyes vigentes en el citado Código.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Determinar la naturaleza del testamento mancomunado es una cuestión relevante, dadas la peculiares circunstancias que concurren en él: la intervención de dos testadores en un acto que, en cuanto testamento, ha sido siempre unilateral; la eventual vinculación de la voluntad de ambos testadores; la restricción a la li-

bre revocabilidad en algún supuesto, y el tenor de disposiciones legales, como el derogado artículo 95 de la Compilación y el 419.1 CDFA, que relacionaban el testamento mancomunado que contuviera institución recíproca entre los otorgantes con el «pacto al más viviente», a fin de cuentas una de las especies de contrato sucesorio.

Es probable que referirse a él siempre en singular induzca la errónea creencia de que se trata de un testamento único en el que dos testadores disponen conjuntamente de un mismo patrimonio, cuando un somero análisis pone de manifiesto la existencia de dos testamentos –*testamenta mere simultanea*– en los que cada uno de sus autores dispone de lo que será *su* propia herencia, es decir del patrimonio relicto que quede sin titular cuando *él* fallezca: nunca dispone uno de los bienes del otro testador y solo la coincidencia temporal e instrumental permite hablar de «el testamento» y no hacerlo de «los testamentos», pese a que materialmente se trate de dos testamentos otorgados formalmente en un solo acto. Cada testador dispone el destino *post mortem* de sus propios bienes y derechos; incluso cuando el artículo 238 CDFA regula la disposición por causa de muerte a expensas del patrimonio consorcial –disposición que también cabe hacer en testamento unipersonal– cualquiera que sean los términos que emplee el testador limita su disposición a «su participación en el patrimonio común», a su «mitad indivisa», o bien condiciona la efectividad de la disposición a que los bienes objeto de ella formen parte del lote correspondiente a su herencia cuando se liquide el patrimonio común.

Las respectivas sucesiones de los testadores se abren independientemente una de otra cuando fallece cada uno de ellos, lo que –salvo el caso excepcional de comoriencia– ocurre en momentos diferentes y a veces distantes en el tiempo; es posible, incluso, que cada sucesión esté regida por un ordenamiento distinto si el más viviente cambió de vecindad civil, pues a tenor del artículo 9.8 CC es la ley de la vecindad del causante al tiempo de fallecer la que regule su sucesión. La independencia de ambas sucesiones se resalta también en el artículo 418 CDFA cuando dispone que «*al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma*», añadiendo que no son accesibles aún «*las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*», de las que el Notario no puede expedir copia.

En otro orden de cosas, la libre revocabilidad por cada uno de los testadores en la generalidad de los supuestos confirma el carácter y naturaleza testamentaria y no de pacto sucesorio que tiene el testamento mancomunado. Sin embargo, aunque la práctica ha desechado modernamente la forma de testar conjunta en la que un testador dispone y el otro asiente, caso en que para la Observancia 1ª *de testamentis* el testamento era irrevocable, la vigente Ley de sucesiones mantiene que las disposiciones correspectivas no pueden ser revocadas por uno de los testadores tras la muerte del otro, salvo previsión en contrario de los propios testadores (art. 421.3 CDFA); y habrá que convenir que únicamente en este caso desaparece la nota diferencial entre el testamento y el pacto sucesorio que es la revocabilidad, bien entendido que sólo respecto de las disposiciones correspectivas, que en la actual regulación sólo tienen este carácter por voluntad de los tes-

tadores, y únicamente desde que fallece uno de ellos. No obstante, los requisitos de edad (mayoría de edad para el pacto, según el artículo 378 y catorce años para el testamento, salvo el ológrafo) y de forma (escritura pública para el pacto, según el art. 377 CDFA) diferencian testamento y pacto y, aunque contenga disposiciones correspectivas, no son de aplicación al testamento mancomunado los requisitos más rigurosos previstos para el pacto sucesorio.

IV. ELEMENTOS PERSONALES

1. Número de testadores y relación entre ellos

En el otorgamiento del testamento mancomunado concurre por definición más de una persona; en la mayor parte de las épocas y lugares el número de testadores ha sido de dos y generalmente cónyuges, pero al tratarse de una creación consuetudinaria no regulada en Aragón por el derecho escrito hasta el Apéndice de 1925 tampoco se encuentran en el derecho histórico reglas que limitasen el número máximo de testadores, aunque no existe noticia de ningún testamento de esta clase otorgado por más de tres personas y, siendo el número de estos otorgamientos realmente escaso, frecuentemente uno de los testadores es clérigo que testa con su hermano o hermana y el cónyuge de éste. En su investigación de cinco siglos de protocolos notariales aragoneses, de 993 testamentos mancomunados Bellod encontró que únicamente en 33 los otorgantes no eran cónyuges, y únicamente en cinco de éstos los testadores eran tres: dos que otorgaban tres hermanos; uno de padre con dos hijos; uno de padre con hijo y nuera; y otro de los cónyuges con un clérigo hermano de la esposa; lo que no aparece es un solo testamento mancomunado otorgado por dos auténticos extraños (Bellod Fernández de Palencia, M. E., *El testamento mancomunado…*, pp. 109-114). Antes de la promulgación del Código civil, fuera de Aragón también se encuentra algún testamento otorgado por tres personas, como el de un abad y sus dos sobrinas fechado en Ginzo de Limia el 24 de abril de 1853, que fue objeto del pleito resuelto por la STS de 13 de diciembre de 1870.

Que la Observancia 1ª *de testamentis* comience «*si vir et uxor…*» es revelador de que quienes habitualmente otorgaban el testamento mancomunado eran cónyuges, pero no es menos cierto, como acabamos de poner de manifiesto, que los protocolos notariales contienen un número –escaso pero apreciable– de testamentos mancomunados en que los otorgantes no eran cónyuges, aunque sí parientes consanguíneos o afines, lo que demuestra que bajo la vigencia de los Fueros y Observancias no era un requisito inexcusable que los otorgantes fueran cónyuges, aunque de cónyuges hablaban siempre los foristas, como Bardají, La Ripa, Bages, Lissa y Sessé. No obstante, hay que tener en cuenta que, como indica Teixeira Gracianeta, cuando Portolés habla del testamento mancomunado otorgado por los «consortes», no se refiere necesariamente a cónyuges sino a los miembros de la comunidad de bienes de origen sucesorio conocida como «con-

sorcio foral» (TEIXEIRA GRACIANETA, A. *El testamento mancomunado aragonés*, ADA, 1963-64, p. 45), que son parientes y no cónyuges.

A partir de la promulgación del Apéndice de 1925 sólo pueden testar en mancomún los cónyuges aragoneses (art. 17), exigencia que mantiene el artículo 94.1 de la Compilación de 1967 y también tras la reforma de 1985, siendo derogada por la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999, cuyo artículo 102.1, hoy artículo 417.1 CDFA, dispuso que «*Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*», por lo que pueden otorgar testamento mancomunado cualesquiera dos personas sin necesidad de que exista entre ellas relación familiar o cuasi-familiar alguna, lo que hacía innecesario el artículo 15 de la Ley aragonesa de 26 de marzo de 1999, relativa a parejas estables no casadas, según la cual «*los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa*», precepto que, como dice MARTÍNEZ BLÁZQUEZ (*El testamento mancomunado: evolución…*, p. 508) reiteraba lo obvio y resultaba difícilmente justificable habida cuenta que dicha Ley fue promulgada después de la de sucesiones por causa de muerte y entró en vigor siete meses más tarde que ella, según resulta de las disposiciones finales de ambas. Este precepto se suprimió al refundir en su articulado el Código del Derecho Foral de Aragón la Ley 6/1999 relativa a parejas estables no casadas.

Durante la vigencia del Apéndice y la Compilación la necesidad de que los testadores fueran cónyuges limitaba indirectamente su número a dos, y aunque actualmente no se requiere que sean matrimonio, el artículo 406.3 CDFA limita también hoy a dos el número testadores.

La modificación legislativa operada por la Ley de sucesiones por causa de muerte suprimiendo el requisito de que los testadores sean cónyuges exige una referencia al derecho transitorio aplicable a las sucesiones regidas por testamentos otorgados bajo la vigencia de las normas ya derogadas, pues no es impensable que puedan suscitarse problemas de esta naturaleza incluso respecto de sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la Ley (el 23 de abril de 1999, según su disposición final segunda) pendientes aún de realizar las operaciones sucesorias, desde la aceptación a la adjudicación del caudal, ya que el usufructo universal del viudo aragonés sobre todos los bienes del cónyuge premuerto propicia el retraso de estas operaciones dado el escaso interés de los herederos por adjudicarse bienes o porciones indivisas de ellos en nuda propiedad mientras vive el usufructuario.

Según la norma general de la disposición transitoria 13ª CDFA –antigua DT 1ª de la Ley se sucesiones– «*Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión*», por lo que las disposiciones del actual Libro Tercero del Código sólo se aplican a las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Ley refundida y como a tenor de la DT 14ª.2 CDFA «*… serán válidos los... testamentos otorgados… antes del 23 de abril de 1999 que lo sean con arreglo a este Código, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca a partir de dicha fecha*» los testamentos que pudieran haber otorgado durante la vigencia del Apéndice o la Compilación

testadores aragoneses que no fueran cónyuges son válidos para regir sus respectivas sucesiones si fallecen tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones por causa de muerte pero, abierta la sucesión en momento anterior, habrán de aplicarse las normas de la Compilación o del Apéndice, entre las que no existía una disposición transitoria del tenor de la últimamente citada.

La ausencia de la condición de cónyuges en los testadores cuando era exigible puede tener su origen en la invalidez del matrimonio, y para el caso de declaración de nulidad matrimonial los textos legales hoy derogados sí contenían normas, como la del artículo 18 del Apéndice, a cuyo tenor «*el testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio*», lo que suponía la ineficacia total del testamento; no obstante, la muerte de uno de los testadores antes de la declaración de nulidad del matrimonio es un supuesto que no contempla el precepto y que probablemente permitiría considerar eficaz el testamento de acuerdo con la figura del matrimonio putativo, que en la redacción del Código civil vigente cuando se promulgó el Apéndice regulaba el artículo 69 CC («*El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo*») y hoy el artículo 79 CC, siendo la apertura de la sucesión un efecto «*ya producido*», si bien como decía Teixeira sería precisa buena fe de ambos contrayentes, que se presume tanto en el antiguo artículo como en el actual (Teixeira Gracianeta, A., *El testamento mancomunado…*, p. 73).

Bajo la vigencia de la Compilación, según el artículo 98.1, la sentencia de nulidad matrimonial hacía ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas, pero ni era causa de invalidez de todo el testamento ni afectaba a otras disposiciones del mismo que no fueran las mencionadas.

2. Capacidad de los otorgantes

Según el artículo 409.1 CDFA, el testamento mancomunado puede revestir cualquiera de las formas admitidas por la ley, siendo la forma elegida por los testadores la que determina los requisitos de capacidad para otorgarlo, que no son otros que los comunes para cualquier testamento recogidos en los artículos 408.1 y 408.2 CDFA: ser mayor de catorce años y no carecer de capacidad natural; requiriéndose mayoría de edad para otorgar testamento ológrafo.

La capacidad exigida debe concurrir en ambos testadores, pues según el artículo 408.3 CDFA la falta de capacidad en uno de ellos, sea la general o la especialmente requerida para una variedad concreta de testamento, impide otorgarlo en forma mancomunada, de suerte que para el ológrafo, además de no carecer de capacidad natural como se exige para cualquier testamento, ambos testadores deben ser mayores de edad. La exigencia del precepto legal es precisamente la *mayoría de edad* y no la de haber alcanzado una edad concreta por tener cumplido un número determinado de años –hoy dieciocho– de suerte que si ambos testadores o alguno de ellos es un aragonés legalmente casado, aunque sea menor de dieciocho años tiene la condición de mayor de edad, según dispo-

ne el artículo 4.1.b) CDFA, y no la de «*menor emancipado*» como sucedería si su ley personal fuera el Código civil, pudiendo otorgar testamento ológrafo tanto mancomunado como unipersonal.

Las restricciones que derivan de limitaciones físicas, sensoriales o cognoscitivas que puedan afectar a uno de los testadores, como el caso del ciego o de quien no sabe o no puede leer, se extienden al testamento en su conjunto, y la aplicación supletoria del artículo 708 CC por ausencia de norma propia aragonesa impide que el testamento mancomunado pueda otorgarse en tal caso bajo la forma de testamento cerrado. Entiendo que por la mismas razones que inspiran la norma del artículo citado, aunque no exista precepto legal que así lo disponga, el ciego o quien no sabe o no puede leer no puede otorgar testamento mancomunado ológrafo redactado por el otro testador, pues la firma y la concisa nota de conformidad manuscrita previstas en el artículo 411.1 CDFA podría extenderlas un invidente o un analfabeto sin que ello asegure que conoce cumplidamente y aprueba el contenido del documento de ajena redacción. No es posible encontrar una norma en la regulación del testamento ológrafo en el Código civil que pueda aplicarse con carácter supletorio, porque al admitir el Código únicamente el testamento unipersonal, cuando este se otorga como ológrafo es forzoso que el testador sepa leer y pueda escribir el contenido del documento que expresa su última voluntad.

3. Vecindad civil. El artículo 417.2 CDFA

La vecindad civil de los otorgantes es una condición de especial trascendencia en el testamento mancomunado, y por ello dispone el artículo 417.1 CDFA que «*Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*», norma dirigida así a *los aragoneses,* como es congruente con el hecho de que, salvo muy contadas excepciones entre las que no se encuentra la testamentifacción, el derecho civil aragonés es un fuero personal de los aragoneses más que un derecho territorial de Aragón. Ser aragonés a estos efectos es ostentar vecindad civil aragonesa, disponiendo el artículo 14.1 CC que «*La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*», para cuya asignación originaria el artículo 14.2 CC acude al criterio del *ius sanguinis.*

En la práctica, el problema se plantea cuando uno de los testadores no ostenta vecindad civil aragonesa, habida cuenta que el mancomunado es una forma testamentaria objeto de regulación divergente en los ordenamientos civiles que la aceptan y frontalmente rechazada por otros, como el Código civil. El problema, que no es baladí por las consecuencias que se siguen de la invalidez de un testamento que sería nulo según el artículo 6.3 CC por infringir una norma prohibitiva, tampoco es en modo alguno improbable, pues el testador que a lo largo de su vida ha cambiado de residencia pudo perder su vecindad civil sin ser consciente de ello, dada la adquisición *ex lege* de vecindad –y correlativa pérdida de la anterior– que el artículo 14.5.2º CC asocia a la residencia decenal sin que medie declaración en contra del interesado. Muchos aragoneses de origen en esta situación pueden pensar que continúan siendo tales, y más si han regresado

a Aragón y testan mancomunadamente antes de completar los diez años de residencia después del retorno; creencia errónea que puede abrigar también quien hace menos de diez años contrajo matrimonio con un aragonés, fijando su residencia en Aragón, donde está empadronado, donde vota y cuyo derecho civil regula incluso el régimen económico de su matrimonio (art. 9.2 CC). El testador en tales circunstancias –que pueden concurrir incluso en ambos testadores si en el ejemplo anterior se tratase de un matrimonio retornado a Aragón– es posible que otorgue de buena fe un testamento mancomunado que el Código civil le prohíbe, porque su ignorada vecindad real es la llamada «de derecho común».

El legislador aragonés pretendió dar solución al problema en el artículo 102.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, hoy 417.2 CDFA, al disponer que un testador aragonés puede otorgar testamento mancomunado con otro testador de distinta vecindad civil, siempre que éste *no lo tenga prohibido por su ley personal* y, por tanto sin necesidad de que la ley personal del testador que no ostente vecindad civil aragonesa se lo permita expresamente.

Algunos autores consideran que este precepto es inconstitucional, en cuanto aspira a regular la actividad de un testador no aragonés y la validez del testamento mancomunado «mixto» otorgado fuera de Aragón, invadiendo con ello la competencia normativa reservada al Estado por el artículo 149.1.8ª C. E. en la promulgación de *«normas para resolver los conflictos de leyes»*, ya que la legislación aragonesa no puede dar solución unilateral a un problema en el que juegan los dos factores externos citados al estar involucrado otro ordenamiento territorial y un testador de vecindad que no es la aragonesa (Zabalo Escudero, M. E., *Conflictos interregionales…,* 2001, p. 121), aunque no es menos cierto que en las normas del Título Preliminar del Código civil tampoco se encuentra solución al problema, por lo que Font Segura achaca al legislador estatal «*dejación de la función constitucional que tiene encomendada*» al no haber promulgado las normas necesarias para resolver estas cuestiones (Font Segura, A., *La sucesión hereditaria*, p. 60). Por su parte, Merino considera que la constitucionalidad del precepto es «*discutible y discutida*» (Merino Hernández, J. L., *Comentarios al Código Civil y …,* 2002, p. 722).

Puesto que el derecho civil de Aragón no puede regular el régimen legal del testamento de un otorgante que no ostenta vecindad aragonesa, es patente que el precepto que nos ocupa no puede tener a este testador como destinatario, quedando su alcance limitado a regular los requisitos y condiciones del otorgamiento del testador aragonés, para lo que a todas luces bastaría disponer, en los términos que lo hace el artículo 417.1 del Código aragonés, que «*los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*» sin que les afecte la eventual prohibición para otorgar este testamento que pueda pesar sobre el otro testador ya que, según dispone el artículo 430.2 del propio Código, la nulidad del testamento mancomunado por causas que afecten a un testador no afecta al del otro, no viéndose comprometida la validez del otorgamiento del testador aragonés porque a él no le alcanza la prohibición que afecta únicamente al testador sujeto al derecho común. La validez o invalidez del otorgamiento del testador no aragonés conforme a las normas del derecho aragonés

solo será relevante para regir su sucesión si fuera el ordenamiento aragonés el que la rige porque al tiempo de abrirse su sucesión ostente la vecindad aragonesa adquirida o recuperada después de testar; pero si fallece manteniendo la vecindad que ostentaba al otorgar el testamento, su sucesión se regirá por el ordenamiento correspondiente a esta vecindad, cuyas normas determinarán la validez o invalidez del testamento (su invalidez, si prohibía esta forma testamentaria) pero no habrá intromisión del derecho aragonés fuera de los límites constitucionales.

La norma del artículo 417.2 CDFA lejos de facilitar el otorgamiento del testamento mancomunado, como parece ser el espíritu que inspira su redacción, restringe las facultades que el testador aragonés tiene según el apartado 1 del mismo artículo, pues si el otro testador tiene prohibido por su ley personal testar mancomunadamente el tenor del precepto que nos ocupa supone que tampoco el aragonés puede testar en mancomún con él, y que también será inválido su testamento si lo otorga infringiendo esta norma.

Cuando los testadores no son cónyuges y la ley personal del que no ostenta vecindad aragonesa exige que los testadores lo sean, hay que decidir si por no concurrir este requisito debe entenderse que tiene prohibido testar mancomunadamente. Las opiniones pueden decantarse a favor de cualquiera de las dos soluciones posibles: que su ley personal no lo prohíbe, o que existe prohibición cuando los testadores no están casados, porque sólo admite el testamento mancomunado otorgado por cónyuges. A mi juicio, la literalidad del precepto parece dirigida exclusivamente a los casos en que la ley personal de causante contenga una prohibición categórica del mancomunado como la de los códigos civiles español, francés o italiano, entre otros que se pronuncian en términos semejantes y, en consecuencia, en el supuesto contemplado puede entenderse que no existe prohibición.

Se plantea un conflicto móvil de derecho interregional cuando otorgado testamento mancomunado siendo uno o ambos testadores de vecindad civil «común» adquieren vecindad aragonesa después del otorgamiento, vecindad que ostentan al fallecer, habida cuenta que el artículo 9.8 CC dispone que «*la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*», norma de derecho internacional privado del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, a la que remite el artículo 16.1 CC para resolver los conflictos de Leyes surgidos de la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

El conflicto móvil tendrá distinta solución según la que previamente se adopte acerca de si la posibilidad de otorgar testamento mancomunado es cuestión de fondo o de forma, pues si el testamento mancomunado se ha otorgado en Aragón y entendemos que se trata de una cuestión de forma cabe aplicar el artículo 11.1 CC y considerar que es válido, ya que según este precepto «*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen»,* solución no aplicable si el testamento se otorgó fuera de Aragón.

Se inclinan por considerar que estamos ante una cuestión sustantiva quienes estiman que la intervención de dos voluntades en un solo acto de disposición hace que la naturaleza del testamento mancomunado no esté muy lejana del pacto sucesorio (ZABALO ESCUDERO, Mª E., *El testamento conjunto…,* 1989, p. 6359) o quien cree que su contenido provoca unos efectos distintos a los del testamento unipersonal, «*debido a la vinculación entre los testadores surgida a raíz del hecho de testar conjuntamente*» (FONT SEGURA, A., *La sucesión hereditaria,* p. 37). Sin embargo, como quedó dicho, la presencia de dos testadores que disponen *mortis causa* en un solo acto no implica otorgamiento de un testamento sino de dos –*testamenta mere simultanea*– uno de cada testador, porque en la regulación actual la vinculación entre ellos solo se produce en las disposiciones correspectivas, que no son contenido necesario del testamento mancomunado ni, según el artículo 420 CDFA, se presume que tenga tal carácter ninguna disposición testamentaria, porque el carácter correspectivo exige «*voluntad declarada por ambos en un mismo testamento*». No puede tomarse la parte por el todo y atribuir al testamento mancomunado aragonés como figura genérica unas características que en cuanto tal no le corresponden en su actual regulación, salvo si existen disposiciones correspectivas y que sólo a ellas afecta, por lo que debe entenderse que, al menos para determinar el ordenamiento aplicable en el ámbito del derecho interregional, estamos ante un asunto susceptible de ser tratado como cuestión de forma testamentaria.

A mayor abundamiento, la independencia entre ambas sucesiones se pone de manifiesto porque se abren en momentos distintos, a veces distantes en el tiempo, y que pueden incluso estar regidas por diferentes ordenamientos si los causantes no ostentan la misma vecindad al tiempo de fallecer; tampoco estamos ante una cuestión de capacidad, pues la posibilidad de que cualquiera de los testadores pueda otorgar testamento mancomunado no depende de su aptitud para testar, que no difiere de la requerida para el unipersonal según la clase elegida, sino sólo de que el ordenamiento aplicable considere que es una forma testamentaria válida para disponer su sucesión, lo que también desde este enfoque supone una cuestión formal.

Aunque lo cierto es que el artículo 16 CC remite concretamente a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil y no genéricamente a las normas de derecho internacional privado, hay autores que estiman procedente aplicar también a los conflictos de derecho interregional el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre formas testamentarias, que en el ámbito del derecho internacional ha desplazado la aplicación del artículo 11.1 CC (ZABALO ESCUDERO a favor, FONT SEGURA en contra de la aplicabilidad), cuyo artículo 1º.b) aporta criterios de conexión adicionales que permitirán calificar como válido el testamento si resulta serlo de acuerdo con otros ordenamientos, y lo es en concreto cuando «*responde a la ley personal del testador … en el momento de su fallecimiento»,* esto es, la misma que designa el artículo 9.8 CC.

V. LA FORMA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Dispone el artículo 409.1 CDFA que el testamento mancomunado puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas; formas testamentarias que con carácter general no regula la Ley aragonesa, aunque sí contenga algunas normas sobre el testamento mancomunado cerrado y ológrafo, además de las que en los artículos 412 a 415 CDFA sobre idioma y testigos afectan a todos los testamentos, incluidos los unipersonales. En lo no regulado por estas normas, la forma del testamento mancomunado se rige, igual que la del testamento unipersonal, por las normas del Código civil sobre la materia, que se aplican como derecho supletorio conforme a lo dispuesto en el artículo 1º.2 CDFA

Entre las normas comunes a los testamentos unipersonales y mancomunados, el artículo 412 CDFA dispone que tanto si se otorga bajo forma notarial como si es ológrafo podrá redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón elegidas por los testadores, debiendo estar presente e intervenir un intérprete si el notario autorizante, los testigos si concurren, o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida. El intérprete, que debe firmar el documento, no es indispensable que posea titulación oficial y será designado por los testadores y aceptado por el autorizante. Esta norma y la del artículo 382 CDFA, de idéntico contenido sobre idioma de los pactos sucesorios, no figuraban en el Proyecto de la Ley de sucesiones por causa de muerte, y fueron incorporados a consecuencia de una enmienda instada por los diputados de Chunta Aragonesista, partido integrado en el Grupo Mixto de las Cortes de Aragón, que prosperó a pesar de no existir al tiempo de promulgarse la Ley ninguna norma que determinase cuáles son esas «*lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón*» a que se refiere el precepto, por lo que habrá que entenderlo referido a las que tradicionalmente se han hablado en Aragón, aunque hoy el uso de algunas de ellas sea minoritario como el cheso, la fabla, el fragatino, el catalán … etc. MERINO, muy crítico con este artículo, cree muy dudosa su constitucionalidad (MERINO HERNÁNDEZ J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones*, 2002**,** pp. 683 a 692).

En el testamento notarial otorgado en Aragón –deberá entenderse otorgado en Aragón *por testadores aragoneses*, porque solo a ellos es aplicable esta norma– dispone el artículo 413 CDFA que no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en un testador o expresamente lo requieran uno de los testadores o el notario autorizante; circunstancias especiales que, según el apartado 2 del propio artículo, concurren cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí, previendo finalmente que si el testador que no sabe o no puede leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento a presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

El Código foral aragonés contiene también normas sobre el número y condiciones de idoneidad de los testigos para los casos en que sea necesaria su inter-

vención, disponiendo que serán dos, que no es preciso que sean rogados ni que conozcan a los testadores ni tampoco que tengan su misma residencia; únicamente exige que los testigos sepan firmar y entiendan a los testadores y al notario o persona ante quien se otorgue el testamento. El artículo 415 CDFA recoge los supuestos de incapacidad para ser testigo en términos similares, aunque no idénticos, a los artículos 681 y 682 CC: la edad se fija en los catorce años, con criterio congruente con la tradición aragonesa sobre capacidad por razón de edad; son incapaces los que no pueden testar por falta de capacidad natural, en particular los totalmente sordos, los ciegos, y los mudos que no sepan escribir; también son inhábiles los favorecidos en el testamento, los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en él, así como el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido, de los legatarios, del notario o persona ante quien se otorgue el testamento y de los facultativos, intérpretes y expertos que, en su caso, intervengan en el otorgamiento.

Se consideran formas testamentarias comunes el testamento abierto, el testamento cerrado y el ológrafo. Para el testamento mancomunado abierto no existe ninguna norma especial en la normativa sucesoria aragonesa, por lo que se aplicará en todos sus aspectos la regulación del Código civil, debiendo comparecer ambos testadores ante el notario autorizante y realizar cada uno de ellos en un mismo acto lo que el Código civil prevé para el testamento abierto unipersonal.

La única norma aragonesa respecto del testamento abierto especial o excepcional es la del artículo 409.2 CDFA, a cuyo tenor «basta que concurran en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente», por lo que si uno de ellos se encuentra en peligro de muerte el testamento mancomunado puede otorgarse por ambos de acuerdo con el artículo 700 CC, o basta que uno de ellos esté en campaña para acudir a las reglas del testamento militar de los artículos 716 CC y siguientes. Es evidente que aunque la Ley no lo exija para ambos en otros casos las circunstancias especiales afectarán de hecho a ambos testadores, como en el testamento marítimo, el otorgado en el extranjero y el que lo sea en tiempo de epidemia.

1. El testamento mancomunado cerrado

De aplicación preferente a las que regulan este mismo testamento en el Código civil, el artículo 410 CDFA contiene algunas normas sobre el testamento mancomunado cerrado que en sus tres párrafos se refieren, respectivamente, a la elaboración del testamento o fase privada, a la fase notarial u otorgamiento y a la custodia del testamento. Sobre la confección del testamento permite que esté escrito de mano de uno de los testadores, por un medio mecánico o por un tercero a ruego de alguno de ellos; deberá firmarlo en todas sus hojas y al pie el testador que no lo haya escrito de su mano, o únicamente al final si lo ha escrito él. El precepto no prevé la posibilidad de que sea firmado por un tercero a ruego del testador que no sepa o no pueda firmar, como prevé el penúltimo inciso del artículo 706 CC, que no obstante entiendo aplicable como supletorio, al no

estar previsto el caso en el Código aragonés y ser posible que se presente esta eventualidad. La obligación de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones que impone en su inciso final el artículo 706 CC, no tiene paralelo en nuestra legislación y, si bien es admisible que así se haga, la falta de esta salvedad antes de la firma no será causa de invalidez del testamento mancomunado aragonés otorgado como testamento cerrado.

La prohibición de otorgar testamento cerrado en quienes concurran las circunstancias del artículo 708 CC, y las reglas a que se debe acomodar el testamento cerrado de quienes no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, prevenidas en el siguiente artículo 709 CC se aplican al testamento cerrado aragonés otorgado en forma mancomunada cuando uno cualquiera de los testadores se encuentre en esas circunstancias.

El artículo 410.2 CDFA regula el otorgamiento o fase notarial, disponiendo que «ambos testadores comparecerán ante el Notario y manifestarán de forma expresa que el sobre que presentan contiene su testamento mancomunado, expresando también la forma en que se halla escrito y firmado». El acta notarial deberá extenderse en la forma prevenida en el artículo 707 CC, norma supletoria que completa y no contradice la aragonesa, siendo necesario que la plica o sobre que contiene el testamento quede perfectamente identificado sobre su cubierta ya que, como seguidamente veremos, puede salir de poder del notario, aunque la custodia por este sea la posibilidad que el Código foral contempla con carácter preferente.

El testamento mancomunado cerrado debe depositarse en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo, dice el artículo 410.3 CDFA, «*de donde sólo podrá ser retirado por ambos testadores*». Frente a la triple alternativa que contempla el Código civil, de encomendar la custodia al notario, a un tercero o conservarlo el propio testador, parece que el legislador aragonés se habría inclinado por encomendar la custodia necesariamente al notario, aunque la posibilidad de que ambos testadores puedan retirarlo, evidentemente en vida de ambos, supone que a partir de ese momento el sobre puede quedar en poder de ellos, de uno solo de ellos o de un tercero al que se lo hayan confiado, y en tal caso cuando uno fallezca tendrá el otro obligación de presentarlo y, en general, será de aplicación el régimen de los artículos 712 a 714 CC.

2. El testamento mancomunado ológrafo

La concurrencia de dos testadores y la imprescindible autografía del documento son elementos que se compatibilizan con notable dificultad, por lo que constata Bellod, citando a Lacruz, que esta forma de testar carece de precedentes en el derecho aragonés (Bellod Fernández de Palencia, Mª E., «La sucesión testamentaria», en *Manual…*, 2006, p. 569). A diferencia del Derecho navarro, en el que la Ley 199 FN prohíbe el testamento de hermandad ológrafo, en Aragón nunca estuvo prohibido expresamente y como en la forma de los testamentos se ha aplicado supletoriamente el Código civil, antes de la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte se entendía que no era una forma ex-

cluida, si bien difícilmente accesible, diciendo al respecto LORENTE SANZ que en los trabajos del Seminario aragonés preparatorios de la Compilación se llegó a la conclusión, no reflejada en el texto legal, de que para su otorgamiento sería preciso que cada testador redactase el testamento íntegramente de su mano, firmando cada uno su propia redacción y la del otro testador (LORENTE SANZ, J., *El testamento mancomunado…*, 1968-69, p. 43). En sentencia de 14 de febrero de 1969 el Tribunal Supremo revocó la dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967 y aceptó la validez de un testamento ológrafo otorgado por cónyuges bajo la vigencia del Apéndice, en el que el marido redactó el texto y la esposa manifestó de su puño y letra la adhesión al mismo, firmando ambos cónyuges (estas sentencias están comentadas por LACRUZ BERDEJO, J. L., en *Un dictamen y…*, 1969, pp. 1642 ss.).

Según el que fuera apartado V del Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte, hoy apartado 33 del Preámbulo del CDFA, el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo exige aquellos que al legislador han parecido los mínimos imprescindibles «*para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores*». El precepto en cuestión es hoy el artículo 411.1 CDFA a cuyo tenor basta que el testamento esté «*escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo*»; forma la descrita que no debe considerarse en ningún caso como la única posible para otorgar el testamento mancomunado ológrafo, pues si el texto legal dice que «basta» que se haga de este modo quiere decir tanto como que es suficiente con hacerlo así, pero podrá hacerse también de alguna otra forma que cumpla al menos con estos requisitos formales que, por ejemplo, la doble redacción antes citada cumplirá también.

Siendo el testamento del Código civil necesariamente unipersonal y obligado que el ológrafo esté redactado de puño y letra del otorgante resulta de todo punto lógico que el Código no prohíba otorgar esta clase de testamento al testador ciego o al que no sepa o no pueda leer, porque tales limitaciones le impiden de hecho otorgar testamento ológrafo; pero les prohíbe expresamente otorgar testamento cerrado, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 708. La *ratio* de esta norma reside en la imposibilidad de que el testador que se encuentre en tales circunstancias pueda tener la seguridad de que el pliego que se introduce en el sobre o plica contiene realmente la expresión de su voluntad, razón que concurre en el testamento mancomunado ológrafo redactado en los términos prevenidos en el artículo 411.1 CDFA por uno de los testadores, pues si el otro no sabe o no puede leerlo aunque lo pueda firmar y expresar conformidad escrita mediante la breve fórmula que el precepto exige –quizá copiándola– concurre la misma inseguridad sobre la concordancia entre lo escrito y la voluntad del testador que no puede leerlo por sí mismo que propicia la prohibición de otorgar testamento cerrado y debe aplicarse por analogía al supuesto que nos ocupa.

Carente el ordenamiento aragonés de normas al respecto, la adveración deberá ajustarse al procedimiento prevenido en los artículos 689 a 693 CC, si bien

como cada sucesión se abre cuando fallece uno de los testadores el artículo 411.1 CDFA dispone que al fallecer el primer testador se adverará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo «*con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese*», norma que a mi entender no limita la adveración y protocolización a las disposiciones del testador fallecido sino que alcanza a la totalidad del testamento aunque una vez protocolizado le afecte la norma del artículo 418 CDFA que impide expedir copia que incluya disposiciones que sólo afecten a la sucesión del testador sobreviviente. Es también de esta opinión MERINO, quien precisa que en el trámite de adveración deberá comprobarse la autenticidad de la letra y firma del fallecido mediante la pertinente prueba caligráfica y se recogerá la declaración del supérstite (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y …,* 2002, p. 681) con lo quedará adverada la doble autoría y se protocolizará el testamento completo; por el contrario, a juicio de MARTÍNEZ CORTÉS, el testamento debería adverarse al fallecimiento de cada uno de los testadores, no bastando hacerlo únicamente a la muerte del primero (MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios...,* 1999, p. 73); aunque no aporta argumento alguno en apoyo de esta postura. Si solo se tratase de comprobar la autoría del testamento del primeramente fallecido carecería de objeto la «*necesaria participación*» del otorgante supérstite que ordena la norma legal.

VI. CONTENIDO

El testamento mancomunado puede contener las mismas disposiciones *mortis causa* que el testamento unipersonal, incluso las atípicas o no sucesorias que tradicionalmente se incluyen en los testamentos, como nombramiento de tutor, reconocimiento de hijos, reconocimiento de deudas, consejos y recomendaciones a hijos, descendientes, cónyuge y allegados… etc., ya que no existe ninguna norma que limite o condicione el contenido del testamento mancomunado.

La práctica testamentaria pone de manifiesto, sin embargo, algunos contenidos que frecuentemente se incluyen en el testamento mancomunado, como la institución recíproca de heredero entre los otorgantes o el nombramiento de fiduciario que, también con carácter recíproco, suelen hacer los testadores, especialmente si se trata de cónyuges. Ambos son objeto de regulación en el ordenamiento de la sucesión voluntaria aragonesa, tanto en el Código y en la refundida Ley como en los textos legales que les precedieron, siendo especialmente relevante la institución recíproca entre los testadores, conocida como institución «*al más viviente*».

1. INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES

Aunque en opinión de COSTA no era frecuente que los cónyuges aragoneses otorgasen testamento mancomunado, forma testamentaria que a su juicio enrai-

zaba en la costumbre castellana (COSTA MARTÍNEZ, J., *Derecho consuetudinario y…*, 1984, p. 231-232), advierte DELGADO que estas manifestaciones sólo podían referirse al Alto Aragón donde lo habitual era heredar por pacto, generalmente otorgado junto a los capítulos matrimoniales del heredero instituido, y que es evidente el notorio incremento del testamento mancomunado frente a la sucesión contractual, tanto dentro como fuera de capítulos (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El testamento mancomunado aragonés…,* p. 298). En 1944 decía SOLANO que, «*dentro de lo poco que se usa*» –hay que entender que en el Alto Aragón, a cuyo ámbito geográfico se circunscribe el trabajo en el que esto escribe– el testamento mancomunado se otorgaba sobre todo por cónyuges sin hijos con objeto de instituirse recíprocamente herederos (SOLANO NAVARRO, M., «*Mi contribución…,* 1944, p. 347), poniendo así de relieve que la institución recíproca fue contenido habitual del testamento mancomunado entre cónyuges, que eran los únicos testadores posibles hasta la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

La existencia de una modalidad de pacto sucesorio, significativamente conocida como «*pacto al más viviente*»; la aparente proximidad con los pactos de un testamento otorgado por dos personas y el respeto a la legítima cuando sobreviven descendientes a la apertura de la sucesión, propició que desde la promulgación del Apéndice al Código civil de 1925 todos los textos legales aragoneses incluyeran normas que, con mayor o menor alcance, regulan la institución recíproca entre testadores en el testamento mancomunado, ya para asimilarla ya para distinguirla del pacto con institución recíproca entre otorgantes.

El artículo 20 del Apéndice foral, en su escueta regulación, contemplaba únicamente el supuesto de institución recíproca –que denomina *mutua*– cuando además se designan otras personas en las que ulteriormente deben recaer los bienes, supuesto cuya eficacia, salvando que otra cosa se haya podido expresar por los otorgantes, se limita a atribuir al cónyuge sobreviviente «*el usufructo tan sólo de los bienes del finado*», usufructo que respecto de los sitios no necesitaba de esta atribución voluntaria, pues correspondía al viudo aragonés por ministerio de la Ley según lo dispuesto en el artículo 63 del Apéndice. El usufructo legal recaía únicamente sobre los inmuebles, a los que dicho precepto extendía la denominada «viudedad legal», de suerte que la mayor extensión resultante de que el artículo 20 incluyera todos los bienes del difunto, configuraba un supuesto de «viudedad universal» de mayor extensión que aquella. Caso de no existir designación de personas en las que ulteriormente debieran recaer los bienes, el supérstite no quedaba sujeto a esta limitación de los efectos de su institución hereditaria.

Afirma SAPENA que aunque se utilice en muchos casos esta denominación, la institución mutua y recíproca de heredero otorgada por los cónyuges en testamento mancomunado no integra en todo caso bajo la vigencia del Apéndice la variedad contractual consuetudinaria del «casamiento al más viviente» porque la cualidad de revocable que acompaña al testamento mancomunado basta para diferenciarlo con claridad del pacto sucesorio al más viviente (SAPENA TOMÁS, J. *El pacto sucesorio…,* 1954, p. 774).

Bajo la rúbrica «Institución recíproca entre cónyuges», el artículo 95 de la Compilación disponía que «Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la

institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» regulado en esta Compilación», siendo el artículo 108 el que en la redacción originaria de la Compilación, promulgada por Ley (estatal) 15/1967, de 8 de abril, disponía en los siguientes términos: «Pacto al más viviente. Artículo 108.1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio. 2. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia»; artículo que modificó la Ley (aragonesa) 3/1985, de 21 de mayo, sustituyendo en el apartado 1 la mención final «cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio» por «cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes», manteniendo la redacción del apartado 2, y añadiendo un tercer párrafo del tenor siguiente: «3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido».

La remisión del artículo 95 de la Compilación a los efectos del pacto sucesorio con institución recíproca entre los otorgantes, o «*pacto al más viviente*», no convertían el testamento mancomunado –salvo alguna opinión minoritaria en contra– en un pacto sucesorio irrevocable, según ya hemos visto sostenía SAPENA antes de promulgarse la Compilación, porque la remisión se hacía únicamente a los efectos específicos de su artículo 108 pero sin desvirtuar su condición esencial de testamento y en cuanto tal revocable (DELGADO ECHEVERRÍA, *El testamento mancomunado...*, p. 299), opinión con la que muestra su coincidencia MERINO HERNÁNDEZ (*Comentarios…*, 1987, p. 254).

La modificación del artículo 108.1 de la Compilación operada en 1985, resultaba obligada porque la ya vigente Constitución española igualaba la condición de todos los hijos, mientras el texto de 1967 solo tenía en cuenta los hijos fruto de anterior matrimonio («*legítimos*», según las categorías al uso) sin aplicar el precepto cuando quedaban hijos no matrimoniales, pasando tras la reforma a considerarse a estos efectos únicamente si los hijos no eran comunes de ambos testadores, sin atender a la condición –ya irrelevante– de ser hijos matrimoniales.

En la Ley de sucesiones de 1999 la institución recíproca entre otorgantes continuó siendo objeto de atención dentro de la regulación del testamento mancomunado, si bien cambiando el sentido de la norma que, aunque subordinando siempre los efectos previstos en ella a la voluntad de los otorgantes, en el texto de la Compilación se aplicaban los del pacto al más viviente *salvo declaración en contrario*, según disponía su artículo 95, mientras que el actual artículo 419.1 CDFA prevé que «*Si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legitimarios*», o lo que es lo mismo, que en caso de silencio o falta de previsión de los otorgantes, tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones por causa de muerte no se aplican tales efectos. Los artículos

395 y 396 CDFA regulan hoy el pacto al más viviente en sede de sucesión contractual, tomando en consideración la posible existencia de descendientes de cualquier grado del causante, y no solo de hijos, como hacía el derogado texto de la Compilación.

El artículo 419.1 CDFA deja a salvo los derechos legitimarios de los descendientes de cada testador, si los hubiera, en términos acordes con la regulación de la legítima que introdujo la Ley de sucesiones por causa de muerte y mantiene el actual Código, en la que a los legitimarios, que según el artículo 487.1 CDFA en Aragón lo son todos los descendientes y únicamente ellos, se les puede atribuir la legítima «*por cualquier título lucrativo*», ya que el apartado 2 del mismo artículo dispone que «*la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de forma clara y explícita, heredero a un extraño*». Por otra parte, la referencia que hacía el texto de la Compilación a la condición de comunes o no comunes a los testadores que pudieran tener sus descendientes que queden al fallecer cada uno de ellos es hoy menos congruente en cuanto no exige que los testadores sean cónyuges ni convivientes *more uxorio*, por lo que la eventual descendencia de cada uno de ellos puede ser totalmente independiente de la descendencia del otro. Sin perjuicio de la solución que los artículos 395 y 396 CDFA prevén para el pacto al más viviente, la regla aplicable al testamento mancomunado es que si quedan descendientes y no está satisfecha la legítima por liberalidades *inter vivos* o en virtud de legado dispuesto en el testamento, la institución de heredero a favor del testador supérstite es plenamente válida y eficaz, asistiendo a los legitimarios las pertinentes acciones de reclamación por lesión cuantitativa o cualitativa que arbitran los artículos 494 a 502 CDFA.

Con notable frecuencia, la institución recíproca entre otorgantes va acompañada de la ulterior institución de otras personas a las que se instituye para que hereden sucesivamente, al modo de la sustitución fideicomisaria, supuesto que como hemos visto contemplaba el artículo 20 del Apéndice y, aunque la Compilación no contenía norma expresa sobre el caso, vuelve a ser objeto de regulación en el artículo 419.2 CDFA cuando dispone que «*Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento.*», sucesión directa del causante y no sucesión del primer heredero, que responde al criterio que adoptó la Ley de sucesiones aragonesa no solo para este caso sino también para el del número 3 del propio artículo, del que seguidamente nos ocupamos, y para los concordantes: artículo 395.3 CDFA, relativo al pacto al más viviente; artículo 531.2 CDFA en la sucesión legal del cónyuge; e incluso en el acrecimiento en el consorcio foral por fallecimiento de un consorte sin dejar descendencia, que regula el artículo 374 CDFA.

1.1. *La sustitución legal preventiva de residuo*

El artículo 419.3 CDFA, con redacción similar a la del derogado artículo 95.3 de la Compilación pero adaptada a lo previsto en los apartados precedentes, en

los que la existencia de hijos o descendientes a la apertura de la sucesión no afecta ya a la eficacia de la institución recíproca, salvo previsión en contrario de los testadores, dispone que «*Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que de ellos 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 quedarán integrados en la herencia del sobreviviente*».

Esta consecuencia, ya prevista en la Compilación para la institución recíproca en el testamento mancomunado y en el pacto sucesorio al más viviente, la ha extendido el artículo 531.2 CDFA a la situación subsiguiente al supuesto de sucesión legal a favor del cónyuge, con la peculiaridad de que en este caso se tratará de testadores necesariamente casados entre sí, pues esta cualidad es la que funda el llamamiento a la sucesión legal del causante, mientras los otorgantes del pacto al más viviente o quienes se instituyen recíprocamente en testamento mancomunado no es necesario que estén unidos por vínculo matrimonial. El efecto, regulado por el artículo 419.3 CDFA, se conoció como «*fideicomiso legal de residuo*» y recientemente con la denominación más descriptiva, propuesta por SERRANO y generalmente aceptada, de «*sustitución legal preventiva de residuo*», que rotula este epígrafe (SERRANO GARCÍA, J. A., *La sustitución legal…*, 2000, p. 203 ss.).

Aunque con mínimas diferencias en los textos, la sustitución legal preventiva de residuo persigue la misma finalidad en el artículo 419.3 CDFA que nos ocupa y en los artículos 395. 3 y 531.2 CDFA; en todos ellos el testador mancomunado y el otorgante del pacto que sobreviven, de igual modo que el cónyuge viudo, son herederos sin ninguna limitación ni condicionamiento, por lo que, como señaló la STSJA de 30 de septiembre de 2005 en relación con un supuesto al que era aplicable la Compilación, el instituido «*se hace dueño absoluto de los bienes de su premuerto consorte y puede disponer de ellos a su arbitrio por cualquier título, inter vivos o mortis causa, oneroso o gratuito; se está, pues, en presencia de un supuesto normal de sucesión hereditaria*», de lo que resulta que no se trata de una reserva legal que según el artículo 464.3 CDFA el ordenamiento sucesorio aragonés nunca establece sino por disposición voluntaria del causante de suerte que, igual que sucede en toda sucesión, el heredero puede disponer de los bienes heredados como tenga por conveniente sin estar obligado a reservarlos a favor de nadie, y es únicamente cuando no haya dispuesto de ellos por cualquier título cuando la norma legal decide su destino, no a favor de sus propios herederos, sino de quienes en ese momento fueran herederos legales del primeramente fallecido.

No estamos ante una nueva –y, sin duda, anómala– apertura de la sucesión del primer causante, sino ante una delación sucesiva o de segundo grado: primero se defirió la herencia en favor del instituido con carácter recíproco que sobrevive al otro testador y, una vez fallecido este sin haber dispuesto de los bienes heredados de aquel, se defiere en favor de los herederos legales del premuerto, al que suceden como sustitutos del segundo causante en el sentido que la «sustitución legal» tiene en el ordenamiento sucesorio aragonés, similar al «derecho de representación» que regula el Código civil. Es así como lo entiende la jurisprudencia del TSJA, que en sentencia de casación de 13 de junio de 2007 dice:

«*conforme al pacto, heredó el esposo; pero, una vez fallecido éste, la sucesión se defiere de nuevo, esta vez respecto de los familiares de la esposa premuerta a la que ya había heredado el esposo*», y añade, para justificar que no se abre nuevamente la sucesión de la fallecida, que «*los llamados en la segunda vocación como herederos de la primera fallecida no son aquellos a quienes pudiera corresponder esta condición en el momento del óbito de la causante. Precisamente porque la determinación de herederos de ésta quedó hecha al tiempo de su fallecimiento con toda claridad y no por título legal, sino por causa testamentaria: el heredero en aquel momento fue uno solo, su esposo. Si se volviera a abrir la sucesión, ello conllevaría declarar herederos a los que les habría correspondido serlo en el momento de muerte del primer fallecido*». En el caso que dio lugar a la sentencia del TSJA de 22 de junio de 2009 se cuestionaba la aplicabilidad de la Compilación aragonesa o de la Ley de sucesiones por causa de muerte, al haber fallecido el primer causante antes de la entrada en vigor de esta Ley y el segundo con posterioridad a ella, resolviendo que la única apertura de la sucesión tuvo lugar cuando muere el primer causante y la muerte del segundo «*no nos sitúa ante una segunda apertura de la sucesión, sino ante una delación pluripersonal o múltiple en la que el cónyuge supérstite es llamado en el momento de la apertura de la sucesión, en tanto que los parientes del cónyuge premuerto lo son, en su caso, en un momento posterior: cuando se produce el fallecimiento del cónyuge supérstite –apertura única y delación sucesiva–*». Bayod y otros autores aragoneses lo entienden también así (Bayod López, C., *Ana y el artículo …*, 2008, p. 117 ss.).

La condición de que el heredero no haya dispuesto por algún título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, limita el derecho de sus sustitutos a recibir los que procedentes de aquel queden *in natura* en el patrimonio de este, para lo que será necesaria su cumplida identificación. Si el primer heredero dispone de ellos por causa de muerte a título universal, nada quedará como residuo susceptible de pasar a los sustitutos, pues la disposición legal no limita la facultad de disponer a los actos *inter vivos*, causando baja también los bienes procedentes de la herencia de los que disponga por legado. Entiende Serrano García que no se produce subrogación real de los bienes adquiridos con el precio obtenido por enajenación de los heredados o permutados por ellos, con la probable excepción de los supuestos de expropiación forzosa, concentración parcelaria o reparcelación urbanística (Serrano García, J. A., *La sustitución legal …*, p. 231) en los que no cabe atribuir a la voluntad del heredero la disposición de los bienes. Respecto a los bienes muebles fungibles que se hayan confundido con los propios del heredero no será posible establecer la identidad de los que proceden del primer causante para integrarlos en el residuo objeto de la sustitución, como dice la STSJA de 1 de diciembre de 2008 en relación con el dinero metálico que el heredero haya hecho suyo confundiéndolo con fondos propios, salvo que lo mantenga en depósitos distinguibles del resto de su patrimonio.

Sólo si quedan parientes llamados a la sucesión legal del primer causante cuando fallece el segundo tendrá lugar la delación a su favor de los bienes que integran el «residuo», pues el inciso final del artículo 419.3 CDFA dispone que a falta de tales parientes los bienes se integrarán en la herencia del sobreviviente, lo que supone que se deferirán junto al resto del caudal relicto en favor de sus propios herederos.

2. Disposiciones correspectivas

En el testamento mancomunado las disposiciones de un otorgante pueden ser totalmente independientes de las del otro pero es innegable que cuando dos personas deciden testar en mancomún, sean o no cónyuges o parientes, algún tipo de relación existirá entre ellas que les ha movido a proceder de este modo, y con mucha frecuencia esa misma relación es la causa de que las disposiciones testamentarias de uno y otro testador estén vinculadas, relacionadas entre sí, o recíprocamente condicionadas.

Han sido precisamente los problemas que plantea la revocabilidad unilateral, que en cuanto testamento es facultad individual de cada testador, y la protección de la confianza que el otro depositó en él al otorgar disposiciones vinculadas o condicionadas lo que ha planteado siempre los problemas más importantes en la regulación del testamento mancomunado y lo que en buena medida sirvió a sus detractores para apoyar la prohibición de que es objeto en el Código civil, como cuando García Goyena, comentando el artículo 557 del Proyecto de 1851, dice que «*lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fé ó con la naturaleza de los testamentos y que por otra parte daba lugar á sugestiones y violencias*» (García Goyena, F., *Concordancias…*, 1974, p. 300-301) o las opiniones contrarias a esta forma de testar de Benito Gutiérrez y Felipe Sánchez Román que, incluso dentro de Aragón, sirvieron de apoyo a la crítica del testamento mancomunado del notario García Atance, aunque su criterio no ha sido compartido por la gran mayoría de sus compañeros de profesión (García Atance, M., *Aspectos concretos…*, pp. 13 a 23).

Probablemente ha contribuido a esta corriente de opinión adversa al testamento mancomunado el último inciso de la Observancia 1ª *de testamentis* cuando dispone que «*…si solamente uno de ellos dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o no hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro. Entonces el que consiente no puede contravenir al testamento*», queda el testamento irrevocable para uno de los testadores. En el Apéndice, la revocación del testamento mancomunado tras el fallecimiento del otro testador requería la renuncia total por el sobreviviente a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del finado, añadiendo su artículo 19 que, aceptada por el supérstite cualquier liberalidad a su favor contenida en el otorgamiento mancomunado, el testamento quedaba para él irrevocable.

2.1. *Concepto y requisitos de la correspectividad*

A partir de la Compilación del Derecho civil de Aragón, promulgada en 1967, comienza a distinguirse de forma expresa en los textos legales entre las disposiciones del testamento mancomunado que son independientes de cada testador y las que están vinculadas entre sí, o cláusulas correspectivas, que en su artículo 97.1 definía la Compilación como «*aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas*». La Ley de sucesiones por causa de muerte perfiló más el concepto en el

artículo 105.1, según el cual «*son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero*».

Mientras el Apéndice consideraba correspectivas –aunque sin emplear este término en su redacción– únicamente a las disposiciones hechas por los testadores en beneficio mutuo (pues sólo a ellas había que renunciar para poder revocar las propias disposiciones tras el fallecimiento del otro testador, quedando irrevocables cuando el sobreviviente ya hubiera disfrutado algún beneficio testamentario procedente del primer fallecido) la Compilación consideró correspectivas las que por voluntad declarada de los testadores estuvieran recíprocamente condicionadas, y la Ley de sucesiones por causa de muerte, a partir de la misma idea, precisa que es condición necesaria de las disposiciones correspectivas que tengan contenido patrimonial, pudiendo contener liberalidades a favor de terceros distintos del otro testador, lo que en la Compilación probablemente estaba implícito pero no expreso.

Disposición correspectiva no equivalía en la Compilación ni equivale a partir de la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte a disposición recíproca pues, aunque en la doctrina alemana autores como KIPP y BINDER equiparaban correspectividad y reciprocidad, según dice BELLOD, en la doctrina aragonesa tanto PALÁ como LORENTE señalaron, vigente el Apéndice, que la interdependencia entre las disposiciones de uno y otro testador es lo que permite calificarlas como correspectivas y no el hecho de que el beneficiario de cada una de ellas sea precisamente el otro testador (BELLOD, M. E., *La correspectividad…*. RDCA, 1997-1, pp. 92-94), entendiendo DELGADO que incluso la institución recíproca de herederos entre testadores puede no tener carácter correspectivo si así lo manifiestan los otorgantes en su testamento (DELGADO ECHEVERRIA, J., *El testamento…*, p. 14). La correspectividad supone, como dice GARCÍA VICENTE, el equilibrio que establecen los testadores entre las disposiciones a las que asignan esta naturaleza, de forma que las de uno son fundamento causal de las del otro, que sin aquellas no hubiera otorgado las suyas propias (GARCÍA VICENTE, F., *Comentarios…*, p. 235).

Concluye el artículo 420.1 CDFA (antes art. 105.1 LSCMA) diciendo que «*la correspectividad no se presume*», luego de haber dispuesto anteriormente que la correspectividad se origina «*por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento*», suprimiendo la posibilidad contemplada en el correlativo artículo 97.1 de la Compilación de que esta declaración de voluntad pudiera hacerse también en documento público distinto y no precisamente en el testamento mancomunado. De esta regulación resulta que no cabe una correspectividad presunta, excluida expresamente en el precepto legal, sino que debe ser producto de la voluntad de los testadores declarada en el propio testamento, aunque sin llegar al extremo de requerir el empleo sacramental del vocablo «correspectivo/correspectiva», bastando que la voluntad de los testadores se exprese claramente en el sentido de querer condicionar recíprocamente la eficacia de las disposiciones a las que quieran asignar este carácter. Así lo entiende la generalidad de la doctrina,

entre ellos los autores ya citados LORENTE SANZ y GARCÍA VICENTE, y también TOBAJAS GÁLVEZ (*El testamento mancomunado…*, 2000, p. 702).

2.2. *Régimen legal*

Además de las normas especiales que regulan la revocación de las disposiciones correspectivas, el artículo 420.2 CDFA dispone que «*La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter*».

Aunque no es éste lugar para adentrarnos en un análisis pormenorizado de la disciplina de la invalidez, en la interpretación del precepto hay que distinguir entre disposiciones inválidas, o que adolecen de un vicio o defecto, que en la clásica teoría dualista reflejada en el texto transcrito pueden ser nulas o anulables, y disposiciones ineficaces que son las que no producen efectos, sean válidas o no, pues aunque la carencia de efectos suele ser consecuencia de la invalidez, puede servirnos como ejemplo de que esta correlación no se da siempre la institución recíproca entre testadores, en la que la disposición del supérstite instituyendo heredero universal al primeramente fallecido es válida, pero resulta ineficaz por premoriencia del instituido.

Como quiera que nulidad de pleno derecho y anulabilidad no son otra cosa que distintos procedimientos para invalidar una disposición aparentemente válida, la declaración de nulidad de una disposición por una u otra causa produce la ineficacia total de la disposición correspectiva, lo que supone que no produce efecto alguno aunque ella misma no sea inválida, como es inválida aquella.

El segundo inciso del artículo 420 CDFA tiene como supuesto de hecho la ineficacia *sobrevenida* de una disposición testamentaria correspectiva de otra disposición del cotestador, ineficacia que sobrevendrá no solo en el supuesto de premoriencia en caso de institución recíproca –que nos ha servido en el anterior ejemplo– sino en todos aquellos en que siendo un tercero el beneficiario de la disposición a título universal o particular no resulte eficaz por su premoriencia, ausencia declarada, indignidad o repudiación. Salvo que la causa de ineficacia sea la repudiación, supuesto que el artículo 341 CDFA excluye de la sustitución legal, en los demás casos mencionados tiene lugar la sustitución en la sucesión voluntaria, según previsión del artículo 336 CDFA, lo que no permitirá considerar que la disposición correspectiva ha sido ineficaz, pese a que el beneficiario no sea el designado por el testador sino su sustituto legal.

La consecuencia legal prevista para el caso de ineficacia sobrevenida no afecta a la validez ni a la eficacia de la disposición correspectiva, sino únicamente a su condición de correspectiva que se pierde, lo que permite al otro testador revocarla sin limitación alguna, como seguidamente veremos, pues sólo las disposiciones correspectivas son irrevocables tras la muerte del otro testador.

Aplicable a todos los testamentos y, en consecuencia, también al mancomunado, el artículo 438 CDFA dispone que, «salvo que del testamento resulte que

la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin».

VII. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

El testamento mancomunado es revocable, como lo es cualquier otro testamento, siendo esta cualidad la que principalmente le diferencia del pacto sucesorio, además de la mayoría de edad y la escritura pública exigidas para otorgar válidamente el pacto. Si ambos otorgantes revocan o modifican de consuno el testamento mancomunado que otorgaron estaremos ante un supuesto que planteará escasos o nulos problemas, pero la revocación unilateral de sus disposiciones por uno de los que testaron en mancomún es un asunto «*digno de meditación*» que «*inspiró siempre dudas de consideración*» como dijera en su informe el abogado oscense VIDAL TOLOSANA, poco antes de la promulgación del Apéndice foral aragonés y en función del mismo (*Informe elevado…,* 1924, p. 26).

En la medida en que el otorgamiento de un testamento unipersonal válido tiene efectos revocatorios de las propias disposiciones del testamento mancomunado anterior y puede lesionar la confianza depositada por cada testador en el otro, el legislador ha entendido necesario darle a conocer el hecho del otorgamiento posterior, aunque no de enterarle del contenido del nuevo testamento; obligación de informar que, sin embargo, no se extiende a los supuestos en que se dispone entre vivos a favor de tercero de bienes afectos a disposiciones del testamento, incluso correspectivas, que quedan ineficaces al privarlas de contenido. El artículo 422 CDFA –que más tarde estudiamos– regula los efectos que producen estas disposiciones, pero no establece la obligación de informar de ellas al otro testador.

La revocación unilateral de su testamento hecha por el sobreviviente tras la muerte del otro testador ha sido objeto de regulación desde el Apéndice, impidiéndola o sujetándola a algunas limitaciones, como también disponía la Ley de sucesiones por causa de muerte hoy refundida, razón por la que, según ya anunciaba su Preámbulo, el artículo 406.3 CDFA define el testamento mancomunado como acto *naturalmente revocable*, a diferencia del testamento unipersonal considerado *esencialmente revocable* por el apartado 2 del mismo artículo.

Como queda dicho, la revocación simultánea por ambos testadores no plantea especiales problemas. Según el artículo 421.1 CDFA «*El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento*», es decir, con la misma libertad con la que ambos pudieron otorgar su

testamento en mancomún pueden modificarlo o revocarlo posteriormente. El precepto se refiere a un «acto u otorgamiento» revocatorio, y no necesariamente a un nuevo testamento mancomunado, porque el pacto sucesorio otorgado por ambos testadores también tendrá efecto revocatorio del testamento mancomunado anterior.

La revocación unilateral del testamento mancomunado es la que plantea mayor número de problemas, dadas las diferentes variantes que presenta, y que resultan de la combinación de los siguientes supuestos:

a) Revocación unilateral en vida de ambos testadores y tras la muerte de uno de ellos.

b) Revocación del testamento y revocación de las disposiciones correspectivas.

c) Revocación formal por otorgar nuevo testamento y modificación material al disponer *inter vivos* de los bienes afectos a una disposición correspectiva, bien a título oneroso o bien a título lucrativo.

1. Revocación en vida de ambos testadores

Sin distinguir si la modificación afecta a disposiciones correspectivas o a las que no lo son, el artículo 421.4 CDFA establece las reglas que deben observarse en «*toda revocación o modificación unilateral*» del testamento mancomunado en vida del otro testador, cuyo primer requisito es que se haga «*en testamento abierto ante Notario*»; el segundo es que el otorgante manifieste al Notario autorizante «*la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante*» y finalmente que el Notario notifique al otro testador dentro de los ocho días hábiles siguientes «*el mero hecho del nuevo otorgamiento*». Concluye el párrafo estableciendo las consecuencias de la infracción de alguna de estas normas, disponiendo que «*sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación*», aunque la consecuencia que se sigue de que el testamento no se otorgue como testamento notarial abierto, según exige el precepto, entiendo que sí afecta a su validez, al no estar incluido en el párrafo transcrito.

No parece lógico que la norma imponga precisamente la forma de testamento abierto en lugar de limitarse a exigir únicamente forma notarial, que incluiría también el testamento cerrado, pues mediante la notificación notarial no se trata de dar a conocer al otro testador el contenido del nuevo testamento sino únicamente el hecho de su otorgamiento, todo lo cual es posible también si el testamento se otorgase con las formalidades del testamento cerrado apto para el testamento mancomunado, que es objeto de regulación específica en el artículo 410 CDFA; ello no obstante, la forma claramente exigida por el precepto que nos ocupa es la de testamento notarial abierto, por lo que si no se ajusta a esta prescripción estaremos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, dado que el artículo 423.1.a) CDFA dispone que son nulos «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado*», y existiría inobservancia de un requisi-

to esencial de forma legalmente prescrito; en caso de entenderse que no se trata de un requisito esencial, el testamento sería también nulo conforme a lo dispuesto en el apartado b) del propio artículo 108.1, que sanciona la inobservancia de *los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley*, con la única diferencia de que en este caso la acción de invalidez no sería imprescriptible como en aquél, al prescribir según dispone el artículo 426.2 CDFA en el plazo de quince años a contar de la fecha de fallecimiento del testador.

Decía el Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que es la lealtad debida al otro otorgante la que motiva que haya que darle a conocer la revocación «*para que obre, si quiere, en consecuencia*». La notificación fue introducida en el ordenamiento aragonés por el primer párrafo del artículo 19 del Apéndice foral, a cuyo tenor «*El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado, no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge*», notificación que debía ser previa al otorgamiento del testamento revocador o modificador del mancomunado. La Compilación, desde su primera redacción de 1967, recogió en el artículo 97.2 la misma norma del actual artículo 421.4 CDFA, salvo que aquel texto no imponía expresamente al otorgante la obligación de hacer saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante, aunque de hecho fuera indispensable, dada la necesidad de llevar a cabo la notificación en los mismos términos y en el mismo plazo que establece el precepto hoy vigente.

La norma es aplicable a todo otorgamiento de un testamento individual por quien anteriormente había otorgado testamento mancomunado, sin necesidad de atender a su contenido, dado que a tenor del inicio del artículo 432 CDFA «*el testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamentos posteriores perfectos*», siendo excepcional que del mismo se infiera la subsistencia total o parcial del anterior testamento. Si se otorgó testamento mancomunado pero ha fallecido el otro testador, no concurre el supuesto de hecho del artículo 421.4 CDFA y el sobreviviente no está sujeto a sus previsiones, pudiendo testar nuevamente en la forma que prefiera, sin obligación de hacer manifestación alguna al autorizante, si lo otorgase en forma notarial, y sin necesidad de notificar a nadie el otorgamiento.

Según la letra del precepto que nos ocupa, al otorgar el testamento unipersonal posterior el testador debe manifestar al Notario el hecho de haber otorgado anteriormente testamento mancomunado y el domicilio del otro otorgante. La norma no exige una identificación más precisa del testamento anterior que no sea el hecho de su existencia, y habrá que entenderse también de su subsistencia, pues no es lógico aplicar estas cautelas si el anterior testamento mancomunado estuviera ya revocado, por ejemplo por ambos testadores. Respecto a los datos del otro testador, el texto exige únicamente *el domicilio*, aunque habrá de entenderse que el otorgante deberá facilitar también al Notario al menos su nombre y apellidos, de todo punto imprescindibles para poder practicar la notificación.

Al comentar este artículo, dice MERINO que el Notario debe partir necesariamente de la manifestación del otorgante, requisito indispensable para practicar

la notificación prevista por el precepto, sin poder servirse de información ajena a tal manifestación, ya proceda de terceros ya de su propio conocimiento, incluso cuando el testamento anterior hubiera sido autorizado por él mismo. Estima indispensable que en todo otorgamiento de un testamento unipersonal –especialmente cuando el testador por su nacionalidad o vecindad civil hubiera podido otorgar anteriormente testamento mancomunado– el Notario le pregunte sobre estos extremos, como parte de la autorización notarial del testamento, aunque no venga así impuesto por una norma positiva (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios…,* 2002**,** p. 755).

Advierte MERINO (*Comentarios…,* 2002**,** p. 756), citando a TEIXEIRA GRACIANETA (*El testamento mancomunado…,* p. 133), que la finalidad perseguida por esta notificación sólo será eficaz cuando el testador destinatario de ella se encuentre en condiciones de poder testar, pues si estuviera incapacitado para hacerlo, o ausente, su situación sería equiparable al supuesto de que ya hubiera fallecido.

De que la notificación llegue a realizarse y se lleve a cabo dentro del plazo de ocho días legalmente previsto será responsable el Notario autorizante del testamento unipersonal, del propio modo que pesa sobre el otorgante y eventualmente sobre sus herederos la responsabilidad derivada de haber omitido comunicar al Notario los extremos que exige el precepto legal, aunque en ninguno de estos casos se invalidaría el otorgamiento ni su efecto revocatorio o modificador del testamento mancomunado anterior, pese a la ausencia de notificación, porque así lo prevé expresamente la norma.

La responsabilidad del Notario, cuando le es atribuible, tendrá su fundamento en el artículo 1.902 CC; la del otorgante que oculta la información puede asentarse en el mismo precepto, pues no siendo un contrato lo que otorgó con el otro testador no cabe entender que se trate de responsabilidad contractual, añadiendo GARCÍA VICENTE que cuando la ocultación pueda calificarse de fraudulenta podría constituir una maquinación tendente a impedir que el otro testador modifique su testamento, si así lo desea, subsumible en los apartados f) y g) del artículo 328 CDFA que consideran indigno de suceder al que con fraude impidiera revocar o modificar el pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia que tuviese hechos (GARCÍA VICENTE, F., *Ley de sucesiones. Comentarios…,* 1999, p. 98).

2. REVOCACIÓN POR EL SOBREVIVIENTE

Dispone el artículo 421.2 CDFA que cada testador puede revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas. Fallecido uno de los testadores, no será precisa –porque ya no es posible– la notificación prevista en el apartado 4 del mismo artículo, de que el sobreviviente ha otorgado nuevo testamento.

Con la misma impropiedad que se advierte en la redacción de otros preceptos de la normativa sucesoria, el artículo 421.3 CDFA parece disponer en qué casos un testador puede y en cuáles no puede revocar sus disposiciones

correspectivas, cuando lo que hace realmente es regular la validez de la revocación en los diferentes supuestos que contempla: cualquiera de los testadores *puede* revocar su testamento y todas las disposiciones del mismo en cualquier momento, lo que la norma sanciona es la validez y la eficacia de esta revocación. En vida del otro testador ya hemos visto cuál es el régimen de modificación o revocación de las disposiciones testamentarias, sean o no correspectivas, y también la revocación de las disposiciones que no lo son, después de la muerte de uno de los testadores. Resta por ver el régimen de revocación de las disposiciones correspectivas por uno de los testadores después de la muerte del otro.

Salvo que en el testamento mancomunado se hubiera previsto otra cosa, fallecido un testador, el sobreviviente no podrá revocar sus propias disposiciones correspectivas salvo que concurra «*alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios*», remisión del artículo 421.3 CDFA al régimen del artículo 401 del propio Código que contempla tres causas, de las que en la práctica sólo una resulta útil a los efectos que nos ocupan, pues es obvio que si en el propio testamento mancomunado se facultó al testador para revocar sus disposiciones correspectivas después de la muerte del otro tal disposición sería eficaz sin necesidad de apoyarla en este precepto; en segundo lugar, no cabe incumplimiento de cargas y prestaciones impuestas al instituido, o que éste impida con su conducta la normal convivencia familiar pactada, sencillamente porque el instituido no tiene intervención alguna en el otorgamiento del testamento –aunque puede tenerla en el pacto, para el que está pensado el artículo 401 CDFA– y no puede haber aceptado carga, prestación o convivencia alguna; quedando en consecuencia únicamente aplicable el último supuesto del artículo 401 CDFA que permite revocar cuando el beneficiario de la disposición ha incurrido en causa de indignidad o en situación que si fuera legitimario pudiera fundar su desheredación. Si el testador supérstite revocase sus disposiciones correspectivas por concurrir esta causa, se produce la ineficacia total de las que sean correspectivas en el otorgamiento del testador fallecido, y fuera de este supuesto incurrirán en causa de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 424.1 CDFA las cláusulas del testamento otorgado tras la muerte del otro testador que revoquen las disposiciones correspectivas del mancomunado, por ser esencialmente determinadas por un motivo contrario a la ley, aunque la nulidad no alcanzará al resto de las cláusulas del testamento ulterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 424.3 CDFA.

3. Disposición *inter vivos* de bienes afectos a disposiciones correspectivas

Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, decía Ulpiano, y es un hecho que el disponente por causa de muerte puede ejecutar su cambio de decisión tanto revocando sus disposiciones testamentarias como –de forma indirecta– enajenando en vida los bienes de los que había dispuesto en el testamento a favor de persona distinta de quien en éste figura como beneficiario *mortis causa*. El ordenamiento reconoce al testador libertad para hacerlo así, dado que en el régimen general de los legados el artículo 869 CC, aplicable

como derecho supletorio a falta de norma aragonesa, dispone que si el testador enajena la cosa legada el legado quedará sin efecto.

Sin embargo, la Ley de sucesiones aragonesa introdujo normas destinadas a regular los supuestos en que la revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte está limitada, condicionada o sencillamente no es posible, como sucede en el pacto sucesorio –por naturaleza irrevocable– o en relación con las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado, después de la muerte de uno de los testadores. Salvo en el pacto sucesorio con institución de presente –variedad en desuso que implica la transmisión actual del patrimonio al instituido– el instituyente conserva en todo caso la facultad de disponer a título oneroso, teniéndola también, según el artículo 398 CDFA, para hacerlo a título gratuito si la institución paccionada es a favor de tercero, aunque si fuera a favor de contratante debe contar con el consentimiento del instituido, salvo que se trate de liberalidades usuales o de escaso valor, según dispone el artículo 393.2 CDFA.

Tratándose de disposiciones correspectivas en testamento mancomunado los Cuerpos legales aragoneses anteriores a la Ley de sucesiones por causa de muerte no contenían normas reguladoras de las consecuencias que produce la enajenación entre vivos de bienes afectados por ellas, pese a que tanto el artículo 19 del Apéndice como el artículo 97.3 de la Compilación prohibían revocar o modificar las disposiciones correspectivas tras la muerte del otro testador –entonces necesariamente su cónyuge– no obstante estas enajenaciones las hicieran ineficaces *de facto*. La solución al problema quedaba al arbitrio judicial y la jurisprudencia, dice García Vicente, fue más rigurosa en relación con las disposiciones correspectivas que con lo que resultaría de aplicarles lo dispuesto para el pacto sucesorio, llegando a considerar anulable todo acto dispositivo *inter vivos*, incluso a título oneroso, hasta que comenzó a orientarse en el sentido que más tarde lo haría la Ley de sucesiones, permitiendo las disposiciones inter vivos a título oneroso aplicándoles el principio de subrogación (García Vicente, F., «Ley de sucesiones …», *RDCA-1999-V*, p. 79).

La Ley de sucesiones por causa de muerte incorporó al ordenamiento sucesorio aragonés una regulación positiva de los actos de disposición o gravamen dispuestos en vida por los testadores que afecten a los bienes vinculados por sus disposiciones correspectivas en testamento mancomunado para evitar, como dice su Preámbulo, que puedan vaciarse de contenido dichas disposiciones y quedar indirectamente sin efecto, pero procurando no entorpecer el tráfico de los bienes ni afectar a la seguridad de los terceros adquirentes. Estas normas están recogidas hoy en el artículo 422 CDFA que, rubricado «*Disposición de bienes entre vivos*», establece un principio general de libertad de disposición por los testadores, no obstante puedan producirse las que denomina *excepciones y modalidades,* a semejanza de los efectos de la revocación formal del testamento, cuando la disposición o alteración sustancial se realiza por un testador después del fallecimiento del otro.

Como corresponde a la naturaleza *mortis causa* del testamento, que no despliega sus efectos sino después de fallecer el causante, su otorgamiento no debe

limitar la facultad de los testadores para disponer de su patrimonio mientras vivan del modo que tengan por conveniente, por lo que el artículo 422.1 CDFA comienza proclamando que «*aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro*». Como se advierte en el precepto, frente a este principio no prevalece siquiera la voluntad en contrario de los testadores ya que la norma legal deroga lo que pudieran haber previsto los interesados en contra de la libre disponibilidad, siguiendo el mismo criterio con que, en otro orden de cosas, el artículo 431.1 y 3 CDFA tiene por no escritas las cláusulas *ad cautelam* o de renuncia a la revocabilidad del testamento.

Sin embargo, cuando los bienes enajenados estaban afectos a disposiciones correspectivas del testamento mancomunado que hubiera otorgado el disponente, el ejercicio de la libertad de disposición produce ciertas consecuencias aunque no se traduzcan en prohibir o limitar la facultad de disponer. El artículo 422.2 CDFA regula la disposición de estos bienes cuando se hace en vida de ambos testadores, y el artículo 422.3 CDFA la disposición por el sobreviviente, una vez fallecido el otro testador.

Hay que precisar en primer lugar el contenido de las disposiciones correspectivas de que se trata en estos casos, y cuál sea la naturaleza y entidad de los actos a cuya realización afectan las disposiciones de este artículo, ya que según el texto legal se trata de «*bienes comprendidos en una disposición correspectiva*» y el acto dispositivo del testador deberá implicar la «*revocación o modificación sustancial*» de la misma.

Mientras respecto al pacto sucesorio para después de los días del instituyente en el que el instituido es el otro contratante, el artículo 393 CDFA se refiere en sus dos apartados a la disponibilidad «*de los bienes objeto de la institución*», el artículo 398 CDFA refiere la libre disponibilidad del instituyente en el pacto a favor de tercero a «*sus bienes*» sin otra precisión o referencia a que sean o no objeto de la institución paccionada; expresiones de distinto alcance que cuando la disposición correspectiva es la institución universal de heredero pueden suscitar la duda sobre si es todo el patrimonio del testador el que queda afectado por el artículo 422.2 y 3 CDFA en la medida en que todo él integrará el caudal relicto si lo conservase hasta su fallecimiento, y habrían de aplicarse en tal caso sus normas a la enajenación o gravamen de cualquiera de los bienes que lo integran. Me inclino con Bellod (*Manual…*, 2007, p. 574) por la negativa dado que, por su carácter universal, la institución de heredero no atribuye bienes concretos al instituido, por lo que habremos de partir del hecho de que la disposición correspectiva a la que estén afectos los bienes cuya enajenación integra el supuesto de hecho del precepto que nos ocupa será un legado del bien en cuestión, o institución hereditaria *ex re certa* en la que, según el artículo 466.3 CDFA, el instituido tiene la consideración de legatario.

Los actos que determinan la aplicación de estas normas, según el artículo 422.2 CDFA aplicable a las disposiciones en vida del otro testador, son las disposiciones de bienes entre vivos (rúbrica del art. 422 CDFA) que impliquen revocación o modificación sustancial de la disposición del testador supérstite corres-

pectiva de otra u otras del fallecido, mientras el párrafo 3 del propio artículo solo habla de «actos de disposición» realizados después de la muerte del otro testador, aunque debe entenderse que ambos párrafos se refieren a los mismos actos, en cuanto produzcan los efectos descritos en el primero de ellos. Estaremos ante el supuesto de hecho de estas normas cuando de trate de enajenaciones entre vivos, sean a título oneroso o gratuito, y también si se trata de actos de gravamen del bien en cuestión que modifiquen sustancialmente la disposición correspectiva a que esté afecto.

Plantea y no resuelve MERINO HERNÁNDEZ la pregunta de qué debe entenderse por alteración sustancial y qué baremo ha de medir tal sustancialidad (MERINO, *Comentarios* ..., 2002, pp. 767-768), problemas que a mi entender pueden salvarse con una interpretación sistemática pues, siendo requisito necesario que tengan contenido patrimonial las disposiciones del testamento mancomunado para que tengan la condición de correspectivas según la definición del artículo 420.1 CDFA, y debiendo responder en último término el donatario o los herederos del testador ante el beneficiario perjudicado del valor actualizado de la lesión, cabe aplicar pautas o criterios del derecho de daños y considerar que causa el perjuicio indemnizable cualquier acto de enajenación o gravamen del bien afecto a la disposición correspectiva que produzca una disminución sustancial de su valor material, es decir, que no sea ínfima, mínima o inapreciable, disminución de valor de cuyo importe deben responder ya el donatario ya los herederos del testador, en sus respectivos casos.

La solución legal es distinta si la disposición entre vivos que entraña revocación o modificación sustancial se realiza en vida de ambos testadores o tras el fallecimiento de uno de ellos. En el primer caso, dispone el artículo 422.2 CDFA que «*en vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspectiva que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspectiva del otro*», solución que se aparta de la que resultaría de aplicar la regla general y produce consecuencias anómalas; en efecto, en caso de enajenación del bien legado a falta de norma aragonesa reguladora del supuesto se aplica como derecho supletorio el artículo 869 CC, a cuyo tenor el legado queda sin efecto cuando se enajena la cosa legada, lo que en otros términos supone la ineficacia sobrevenida de la disposición que ordena el legado, que en el régimen que resulta de la aplicación de la norma general del artículo 420.2 *in fine* no produciría la ineficacia de la disposición correspectiva, sino únicamente que dejase de tener ese carácter, no obstante lo cual seguiría siendo una disposición eficaz. Sin embargo, aplicando como procede la norma especial del artículo 422.2 CDFA, la enajenación *inter vivos* en vida de ambos testadores del bien afecto a una disposición correspectiva que suponga su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la disposición correspectiva del otro testador, quedando privadas de efecto ambas disposiciones correspectivas por el acto unilateral de uno de los testadores, que no sólo priva de eficacia a su propia disposición testamentaria sino que produce también la ineficacia de las correspectivas del otro testador, sin contar con su voluntad, y posiblemente contra ella.

Al amparo del artículo 422.3 CDFA también puede el otorgante sobreviviente disponer entre vivos de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva después de la muerte del otro testador, con distintas consecuencias si la disposición es a título lucrativo o a título oneroso; en el primer caso, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos el valor actualizado del bien enajenado; y si la disposición fuera a título oneroso y supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva, el valor actualizado podrá reclamarlo a los herederos del testador que dispuso en vida de los bienes.

El precepto no confiere al acreedor derecho a obtener la entrega del bien afecto a la disposición correspectiva, sino que genera un crédito pecuniario a favor del beneficiario de la disposición que queda vacía de contenido o menguada de forma sustancial por el importe de la lesión producida a consecuencia de la disposición *inter vivos* del testador, que podrá ser total o parcial, y a cargo de quienes señala el precepto como deudores, según la naturaleza onerosa o gratuita del acto dispositivo, debiendo tenerse en cuenta en el primer caso que el artículo 355 CDFA limita la responsabilidad del heredero en la sucesión aragonesa a los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no haga inventario, por lo que la obligación que nos ocupa quedará afecta a esta limitación de responsabilidad.

Por «valor actualizado» no debe entenderse en este caso el valor que tenía el bien al tiempo de enajenarse actualizado al tiempo de fallecer el causante pues, tratándose de una disposición por causa de muerte, el beneficiario de la disposición correspectiva no tendría derecho a recibir el bien hasta que fallecido el testador se abre la sucesión, por lo que entiendo que el valor a computar es que tenga el bien en ese momento –ya que en ningún otro momento anterior tendría el beneficiario derecho a recibirlo– y la actualización del valor será la que corresponda desde la apertura de la sucesión hasta el pago de la deuda.

En su inciso final, el artículo 422.3 CDFA señala plazo para el ejercicio de la acción de reclamación en los supuestos que regula este artículo, disponiendo al efecto que «*estos derechos caducan en el plazo de dos años contados desde el fallecimiento del disponente*», plazo sin duda alguna de caducidad, no de prescripción, dada la literalidad del precepto.

BIBLIOGRAFÍA

BAYOD LÓPEZ, C., «Ana y el artículo 216-2 Lsuc. Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación». *RDCA,* XIV, 2008, pp. 117-141.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*. El Justicia de Aragón, Zaragoza 1997.

—, «La correspectividad del testamento mancomunado*:* estado de la cuestión». *RDCA,* 1997-1, pp. 85-106.

—, «La sucesión testamentaria», en *Manual de Derecho civil de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. 2ª Edición, Zaragoza, 2007.

BERJANO Y ESCOBAR, G., «Diferencias, en materia de sucesión testamentaria, entre el Código civil y las legislaciones de Aragón, Navarra y Cataluña». *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1895-1896*. Establecimiento tipográfico de Adolfo Brid, Oviedo, 1895.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», *Revista Jurídica de Navarra,* nº 15, 1993.

COSTA MARTÍNEZ, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España, I.* Guara Editorial, Zaragoza, 1984.

CUADRADO IGLESIAS, M., *El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1983.

DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Derecho foral de Aragón*. Conferencias en la Universidad de Zaragoza. Tipografía del Hogar Pignatelli, Zaragoza, 1936.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El testamento mancomunado aragonés». *Comunicación a las Setenes Jornades de Dret català a Tossa*. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.

FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en derecho interregional», *ADC*, 2000, 1.

GARCÍA ATANCE, M., «Revocación del testamento mancomunado». *Segunda semana de Derecho aragonés (Jaca 1943)*, pp. 259-262.

—, «Aspectos concretos de la evolución del Derecho aragonés». *Boletín Oficial del Colegio de Abogados de Zaragoza*, Año V, núm. 14, 1964.

GARCÍA GRANERO, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVI, Vol. 1º.

GARCÍA VICENTE, F., «El testamento mancomunado», *RDCA,* V-1999-1º.

—, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón,* Vol. III. Diputación General de Aragón. Zaragoza, 1996.

—, *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*. Zaragoza, 1999

GÓMEZ DE VALENZUELA, M., *Testamentos del Valle de Tena* (1424-1730). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002.

IBÁÑEZ CEREZO, A., *El testamento mancomunado, comunicación a la Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1943.

IZABAL BADA, M., *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo 29º, voz: testamento mancomunado. Seix, Editor, Barcelona, s.d.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón». *ADA*, 1946.

—, «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal». *ADA,* Tomo XII.

—, «Un dictamen y dos sentencias», *RCDI,* 1969.

LORENTE SANZ, J., «El testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón». *ADA*, XIV, 1968-69.

MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, J. A., «El testamento mancomunado: evolución y regulación jurídica a la luz de la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/99». *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón, 1997-2002*. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2003. Tomo I, pp. 477-554.

MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, 1999.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «La institución recíproca de herederos». *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 13-56.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid 1987.

—, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1º**,** Edersa, Madrid, 2002.

—, «Revocación post mortem del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro». *RCDI*, Tomo L, Núm. 500, 1974, pp. 47-73.

MONTERO RÍOS, E., *Derecho foral aragonés. Capitulaciones matrimoniales. Testamento de hermandad*. F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1879.

MOUTON OCAMPO, L., *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911.

MUÑOZ SALILLAS, J., «Dos interesantes sentencias recaídas en el Juzgado de primera instancia de Tarazona, en autos seguidos ante el mismo (retracto gentilicio; revocación unilateral de testamento mancomunado)». *ADA*, VI, 1951-52, pp. 197-208.

PALÁ MEDIANO, F., «Derecho de sucesión por causa de muerte. Modos de delación hereditaria. De la sucesión testamentaria. De la sucesión paccionada. De la fiducia sucesoria». *Boletín del REICAZ*, Año VII, Número 26, 1967, pp. 127-144.

PINTOS, J., «De la revocabilidad del testamento mancomunado». *RCDI* Tomo XXVII, Núm. 311, 1954, pp. 271-275.

SAPENA TOMÁS, J., «El pacto sucesorio en el Alto Aragón». *RDP*, 1954.

SERRANO GARCÍA, J. A., «La sustitución legal preventiva de residuo: declaración de herederos legales y troncalidad». *RDCA* VI, núm. 1, Zaragoza, 2000.

SOLANO NAVARRO, M., «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», *ADA,* 1944.

TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés». *Revista Temis, núm. 3-4*, 1958, pp. 137-156, Facultad de Derecho de Zaragoza, Zaragoza, 1958.

—, «El testamento mancomunado aragonés», *ADA*, 1963-64, p. 45.

TOBAJAS GÁLVEZ, O., «El testamento mancomunado en Aragón», *Actualidad civil*, mayo 2000.

VIDAL TOLOSANA, L., *Informe elevado a la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, conforme a la real Orden de 27 de febrero de 1924*. Imprenta Viuda de M. Aguarón, Huesca, 1924.

VITORIA BURGOA, U., «El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado». *RGL*, Tomo 150, 1927. Editorial Reus, S. A., Madrid, pp. 461-468.

ZABALO ESCUDERO, M. E., «El testamento conjunto en el Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés». *RGD*, Valencia, octubre-noviembre, 1989.

—, «Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés». *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001.

EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO DESDE EL DERECHO ARAGONÉS[1]

Adolfo Calatayud Sierra
Notario

RESUMEN

Consideraciones sobre la justificación del arbitraje testamentario y la forma en que debe interpretarse su escasa y deficiente regulación, así como las limitaciones que ésta establece, con especial referencia al Derecho sucesorio aragonés.

Se parte de la idea de que la justificación de que se permita al testador instituir el arbitraje para las controversias que surjan sobre su herencia es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El artículo 10 de la Ley del Arbitraje lo que hace es dar al testador una herramienta más para poder ordenar su sucesión, que no debe ser considerada excepcional ni ser objeto de interpretación restrictiva; por ello mismo, los límites con que se autoriza a instituir el arbitraje testamentario tienen carácter sucesorio sustantivo.

En cuanto a Aragón, su Derecho sucesorio tiene repercusiones importantes en el régimen del arbitraje testamentario. En cuanto a los mecanismos de su establecimiento: no sólo el testamento unipersonal, sino también el testamento mancomunado, el pacto sucesorio y, habiendo fiducia sucesoria, el documento a través del cual el fiduciario ordena la sucesión del comitente. Por otra parte, la limitación que establece el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, al circunscribir este arbitraje a la solución de *«diferencias entre herederos no forzosos o legatarios»*, debe ser interpretada a la luz del Derecho sustantivo sobre legítimas de Aragón, por lo que dicha limitación no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes; y el tratamiento de la contravención de la limitación, cuando exista, tendrá el propio de la lesión en la intangibilidad cualitativa de la legítima,

[1] Ponencia presentada en el Curso para la formación en arbitraje civil y mercantil celebrado los días 16 y 17 de abril de 2012, organizado por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación.

como un gravamen establecido sobre ella, con el consiguiente derecho de los legitimarios, y sólo ellos, a tener el gravamen por no puesto y con la posibilidad de que el testador establezca una opción compensatoria de legítima que penalice a los legitimarios que se opongan al arbitraje instituido.

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje sucesorio, arbitraje testamentario, legítima, gravámenes sobre la legítima.

ABSTRACT

Considerations regarding the justification of probate arbitration and the way in which the scarce and deficient regulation must be interpreted, as well as the limitations that it establishes, with special reference to Aragón succession Law.

The main idea is that the justification that allows testators to establish arbitration for controversies that arise from their wills is the same as the one that is based on the possibility of disposal of property upon death. Article 10 of the Arbitration Law gives testators an additional tool to arrange the succession of their estate, which must not be considered as an exception or the object of restrictive interpretation. For this reason, the limits that allow probate arbitration have a substantive succession character.

With regards to Aragon, its succession Law has important repercussions on probate arbitration. Regarding its establishment mechanisms: not only in the unipersonal will, but also in the joint will, agreement as to succession and, where there are trusts, the document by which the trustee arranges the testator's succession. On the other hand, the limitation that article 10 of the Arbitration law establishes, by circumscribing this kind of arbitration to the solution of *«differences between non compulsory heirs or beneficiaries», it must be interpreted in the light of substantive Law of Aragón regarding the legitimate portion of the estate, so that the limitation is not applied when the only people favoured in the will by the testator are descendants. The contravention of the limitation, should it exist, will be treated as if it were a lesion of the qualitative intangibility of the legitimate portion of the estate, as if it were an encumbrance established over it. Therefore only the legal heirs, can take this encumbrance not to exist with the possibility that the testator establishes a compensatory measure in the legitimate portion of the estate which penalises the legal heirs who oppose arbitration established in the will.*

Palabras clave: Arbitration, succession arbitration, probate arbitration, legitimate portion of the estate, encumbrances on the legitimate portion of the estate.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA. 1. Arbitraje sucesorio y arbitraje testamentario. 2. Diferencias con otras figuras sucesorias.

III. JUSTIFICACIÓN. IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO. 1. Actos jurídicos que pueden instituir el arbitraje testamentario. 2. Limitación del arbitraje testamentario a las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios. 3. Materias sobre las que puede versar el arbitraje testamentario. 4. Arbitraje de Derecho y de equidad. V. CONCLUSIONES. VI. FORMULARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta intervención lo constituye el arbitraje testamentario, cuya regulación básica se encuentra en el artículo 10 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que dispone:

> *«Artículo 10. Arbitraje testamentario.*
>
> *También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.»*

Se trata de un precepto que tiene su origen en la Ley de Arbitraje Privado de 1953, desde la que ha acabado llegando, con sólo algunas variaciones, a la vigente, pero que ya tenía antecedentes en la práctica y un apoyo en la jurisprudencia anterior (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 y 25 de septiembre de 1902 y 28 de marzo de 1944 y Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1876, 28 de noviembre de 1908, 20 de marzo de 1918 y 24 de junio de 1940).

A desentrañar el significado del citado artículo y cómo puede articularse, conforme al mismo, este tipo de arbitraje, materia nada sencilla, y dentro de los límites temporales que han sido fijados, va dirigida esta ponencia. Agotar la materia escapa de mis posibilidades, pero sí que se pretende abordar las principales cuestiones que están involucradas en el arbitraje testamentario.

Prueba de la dificultad de la materia es la escasa presencia de cláusulas testamentarias dirigidas a establecer este arbitraje, lo cual, sin duda, es debido en buena medida a los obstáculos que plantea la interpretación de la regulación legal, que ha dado lugar a gran diversidad de criterios entre los autores que la han estudiado, con la consiguiente inseguridad que ello produce.

Esta intervención constituye un intento de despejar los principales de esos obstáculos. Y, a la vez, integrar el indicado precepto en el régimen sucesorio aragonés, tan distinto al del Código Civil, que es en el que se inspira el artículo 10 de la Ley de Arbitraje objeto de nuestro estudio. Porque resulta evidente que un precepto de naturaleza procesal, adjetivo, como éste, debe ser interpretado para que se adapte a la normativa sustantiva sobre la que se va a aplicar. En este sentido, esta ponencia bien podría haber llevado el título «*El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés*».

Quiero dejar claro que en el desarrollo de esta ponencia voy a partir de un principio favorable al arbitraje testamentario, primero porque creo que constituye una manifestación de la libertad de disposición por causa de muerte, que entiendo que debe ser promovida, como expresión del principio de libertad civil del individuo, que es uno de los principales que inspiran todo el Derecho aragonés. Y, en segundo término, porque creo que debe facilitarse la utilización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos y esta afirmación es especialmente indicada para una materia como el reparto de la herencia, que tantos conflictos familiares genera; la sumisión de este tipo de controversias a arbitraje quizá podría reducir la crispación asociada a estos litigios, por la mayor rapidez y menor formalismo de éste.

Este punto de partida me induce a interpretar la regulación legal del modo más favorable a la validez de la disposición del testador y a la efectividad del arbitraje. Quien prefiera limitar la libertad de disposición por causa de muerte o vea con disfavor el arbitraje a lo mejor parte de planteamientos de base opuestos que le llevan a conclusiones distintas.

II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA

1. Arbitraje sucesorio y arbitraje testamentario

El arbitraje testamentario es una modalidad del arbitraje sucesorio, es decir, del que versa sobre cuestiones de Derecho sucesorio, sobre controversias relativas a la atribución y reparto de una herencia entre las personas llamadas a la misma.

El arbitraje sucesorio puede establecerse de dos formas distintas:

a) *Por convenio arbitral*, es decir, mediante acuerdo entre los propios sucesores que van a ser parte en el procedimiento arbitral, dirigido a resolver una controversia surgida entre ellos derivada de una herencia a la que están llamados. Este arbitraje podríamos denominarlo *«normal»*, porque nacería de un convenio arbitral entre quienes van a ser parte en el litigio.

Sobre este convenio, destacar que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que es válido el convenio arbitral entre los herederos futuros, es decir, sobre una herencia no causada todavía porque la persona a la que se refiere aún vive, y que tal convenio no constituye un pacto sucesorio sobre herencia de tercero, sino sólo una previsión destinada a establecer el procedimiento a través del cual debería resolverse una hipotética controversia que pudiera surgir por esa herencia. Recordemos, a estos efectos, que el Derecho aragonés, que admite con amplitud los pactos sucesorios, sin embargo prohíbe el pacto sobre la herencia de tercero (art. 377 del Código del Derecho Foral de Aragón); pues bien, semejante pacto no contravendría esa prohibición, por las razones expresadas.

Por otra parte, aunque el testador puede imponer el arbitraje a sus sucesores, como vamos a ver (de eso trata esta ponencia), entiendo que lo que no puede es prohibirles que sometan sus controversias sobre la herencia a arbitraje, es decir imponerles acudir para ello a los órganos judiciales. Una cláusula testamentaria que impusiera esta prohibición no sería válida, por limitar indebidamente el derecho de sus sucesores a resolver sus litigios por el procedimiento arbitral, para lo cual el testador no tiene autorización legal.

Por lo demás, este arbitraje plantea, las mismas cuestiones que las generales de todo arbitraje.

b) *Mediante disposición testamentaria*, es decir por voluntad del testador, que instituye el arbitraje para que sus sucesores resuelvan las diferencias que puedan surgir entre ellos relativas a la herencia. Éste es el arbitraje testamentario, el que regula el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, del que nos vamos a ocupar.

Así pues, lo específico del arbitraje testamentario es la ausencia de convenio arbitral entre quienes van a ser parte en el procedimiento arbitral, a los que se impone la sumisión al arbitraje por la voluntad del testador. Es el origen del arbitraje su especialidad; en este sentido, guarda similitud con el llamado arbitraje estatutario, el establecido en los Estatutos de las sociedades para dirimir los conflictos que se susciten en su ámbito, en el que también se obliga a someterse a él a quienes no han sido parte en el contrato social. Por ello, la Ley regula estos dos tipos de arbitraje dentro del Título II relativo al convenio arbitral, Título que, con mayor precisión, podría denominarse algo así como *De la sumisión al arbitraje y sus efectos*, puesto que esa sumisión puede tener su origen en el convenio arbitral, pero también en el testamento y en los estatutos societarios.

2. Diferencias con otras figuras sucesorias

Para acabar de delimitar la materia objeto de nuestro estudio, hay que distinguir al árbitro de otras figuras que el testador puede designar en su testamento para que intervengan en la efectividad de su sucesión. Lo esencial que distingue al árbitro de esas figuras es que su función consiste en resolver controversias, con el valor propio del laudo, es decir, con los efectos de la cosa juzgada, sin más recursos contra él que la acción de anulación y el recurso de revisión (art. 43 de la Ley de Arbitraje), laudo que será dictado después de haberse seguido el correspondiente procedimiento arbitral.

En concreto, no son árbitros:

a) El *fiduciario* designado por el testador para ordenar su sucesión, figura que en Aragón está ampliamente admitida (arts. 439 y siguientes del CDFA) y de gran utilización práctica. La función del fiduciario es ordenar la herencia de quien le designa, del mismo modo que podría haberlo hecho él mismo, utilizando los instrumentos establecidos al efecto. En su actuación no hay ni procedimiento arbitral, ni cosa juzgada, por lo que podrá ser impugnada ante la jurisdicción ordinaria o ante el árbitro si se ha instituido el arbitraje.

b) El *albacea* que haya designado el testador, que, aunque no regulado en Aragón, no hay duda de que puede ser nombrado por aplicación supletoria de los artículos 892 y siguientes del Código Civil. El albacea es un ejecutor sucesorio, una persona nombrada por el testador con el encargo de hacer cumplir su voluntad o algún aspecto de la misma, en quien tampoco se dan las características del árbitro.

c) El *administrador* de los bienes hereditarios que puede designar el testador, entre otros casos, en los de herencia yacente (art. 324.2 y 449.2 CDFA) o en los bienes atribuidos a menores o incapaces (art. 107 CDFR) o, incluso, a personas plenamente capaces.

d) El denominado *arbitrador*, es decir, la persona a la que todos los partícipes en la sucesión encargan de común acuerdo la realización de la partición, que se regula en el artículo 402 del Código Civil, en sede de comunidad ordinaria, pero aplicable también a la partición hereditaria, cuya regulación también es aplicable en Aragón por vía supletoria. A pesar de que el citado artículo le llame *«árbitro»*, la doctrina prefiere denominarlo *«arbitrador»* o amigable componedor –expresión ésta que también usa el Código Civil–, para distinguirlo del árbitro propiamente dicho, puesto que su función no es resolver sobre controversias concretas, ni emitir laudos tras un procedimiento contradictorio, sino efectuar la partición por encargo de los interesados.

e) El *contador partidor*, es decir la persona a la que el testador encarga la facultad de hacer la partición (art. 1.057, párrafo primero, del Código Civil, también aplicable en Aragón por supletoriedad). La partición que realice no tendrá el valor de laudo arbitral.

Lo mismo puede decirse del contador partidor dativo (art. 1.057, párrafo segundo), es decir el que, no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, nombre el Juez por las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos; en este caso, la partición realizada requiere aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Este contador partidor tampoco es un árbitro y la partición realizada por él, aun habiendo sido aprobada por el Juez, no tendrá efectos de cosa juzgada y podrá ser objeto de impugnación.

Por el contrario, la partición de la herencia podrá ser calificada de arbitral cuando se lleve a cabo por un verdadero árbitro y mediante un laudo dictado tras un auténtico procedimiento arbitral, de forma similar a como sería una partición judicial.

La doctrina que ha estudiado el arbitraje testamentario se ha planteado si es posible que el testador designe árbitro a la misma persona a la que ha encargado la ejecución de su herencia o su partición, es decir, a quien haya nombrado albacea o contador partidor. El criterio mayoritario es el que admite esa posibilidad, incluso aunque la controversia sometida a arbitraje sea la actuación misma del albacea o del contador partidor (entre otros, véase Manuel Albaladejo García,

en *El albaceazgo en el Derecho español*, 1969, p. 292). Se defiende que en ese caso la voluntad del testador es que la persona de su confianza resuelva los temas relativos a su sucesión, tanto si surge litigio entre los sucesores como si no lo hay. Que el árbitro tenga que reconsiderar su propio criterio que mantuvo cuando actuó como albacea o contador partidor no presupone su parcialidad; tendrá que decidir en el laudo, tras seguirse el procedimiento arbitral con las diversas alegaciones de las partes y práctica de pruebas. Será similar a algo tan frecuente como un recurso de reposición.

Sólo se exceptuaría el caso de que el mismo albacea o contador partidor se hallara involucrado en la *litis*.

En cualquier caso, el mero hecho de que el testador nombre a un albacea o contador partidor no lo convierte en árbitro y viceversa. Como hemos dicho, son figuras completamente distintas y su nombramiento como uno u otro debe ser establecido expresamente por el testador.

III. JUSTIFICACIÓN

Parece oportuno realizar algunas reflexiones sobre la justificación misma del arbitraje testamentario, las causas en que se basa su misma existencia, porque de ello dependerá el criterio que debe mantenerse para interpretar la figura.

Pues bien, en mi opinión, la razón que justifica la existencia del arbitraje testamentario es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El legislador ha considerado oportuno permitir que una persona pueda disponer de su patrimonio para después de su muerte utilizando los procedimientos que habilita al efecto y ello lo puede hacer estableciendo una serie de limitaciones o modalidades para sus sucesores y dentro de ellas se encuentra la de someter a arbitraje las disputas que surjan entre ellos por razón de la herencia. Es decir, se trata de una más de las múltiples herramientas con que el legislador dota al testador para organizar su sucesión. Igual que el testador puede designar albaceas, contadores-partidores o administradores de la herencia y disponer otras muchas medidas para su sucesión por causa de muerte, también puede someter a arbitraje las controversias que surjan entre sus sucesores.

Sin embargo, existe una tendencia en algunos autores a considerar que nos encontramos ante un arbitraje excepcional, que tiene una especie de pecado original, consistente en que determinadas personas se ven sometidas al arbitraje dispuesto por otra, el testador. Y de esa excepcionalidad se ha querido extraer como consecuencia que debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Es un criterio que no debe aceptarse. Como se ha indicado, estamos en el ámbito de las facultades que el legislador concede a las personas para organizar su sucesión por causa de muerte y esto es algo que entra dentro de la normalidad. Por ello, creo que no sólo no procede una interpretación restrictiva, sino que el

criterio más acertado será el dirigido a facilitar su aplicación, sobre la base del principio general de respeto a la voluntad del testador y el de conservación de la validez del testamento *(favor testamenti)*.

Por otra parte, así entendida la posibilidad de instituir arbitraje testamentario, cabe considerar que estamos ante una materia con fuerte contenido de Derecho sustantivo sucesorio, lo que lleva consigo que la determinación de los supuestos en que procede entrará dentro del ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. Es decir, la Ley de Arbitraje contiene la habilitación general para el arbitraje testamentario y, en todo caso, el procedimiento arbitral deberá regirse por ella, pero las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, al regular el Derecho sucesorio sustantivo, podrán determinar el alcance con el que quien dispone de su sucesión puede instituir el arbitraje testamentario. Téngase en cuenta que, como vamos a ver, la principal dificultad de este arbitraje se encuentra en la limitación que se establece por razón de legítimas y que la regulación de éstas forma parte del Derecho civil y su competencia corresponde a quien tenga la de éste. En el caso de Aragón, a la Cortes de Aragón. Hasta ahora ninguna Comunidad Autónoma con Derecho civil propio ha legislado sobre la facultad de establecer arbitraje testamentario, pero creo que podría hacerse y, a lo mejor, resulta oportuno para evitar los problemas interpretativos que hoy suscita la regulación de la Ley de Arbitraje y los casos en que es posible establecerlo.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

Vamos a examinar, a continuación, los requisitos que precisa el arbitraje testamentario para poder ser establecido y los límites legales que se le imponen, que son mayores que los que rigen en el arbitraje que se instituye mediante convenio. Como veremos, no es materia sencilla, pese a lo breve del precepto que estamos analizando. A estos efectos, como ya adelantábamos, habrá que tener en cuenta la legislación sucesoria sustantiva, para poder interpretar correctamente cómo se aplican esos límites. Me centraré en la forma en que incide la normativa sobre Derecho de Sucesiones en Aragón.

1. Actos jurídicos que pueden instituir el arbitraje testamentario

Nos dice el artículo 10 que este arbitraje es el establecido «*por disposición testamentaria*». Como vemos, el único vehículo documental que se contempla es el testamento.

No cabe duda de que cualquier clase de testamento válido es hábil para instituir el arbitraje. La cuestión que se plantea es si resulta posible utilizar otros vehículos documentales. Indefectiblemente, en el ámbito del Código Civil, que es donde exclusivamente se fija la Ley de Arbitraje (como si no hubiera más De-

recho sucesorio en España que el de dicho cuerpo legal), no hay más posibilidad que la del testamento sobre la propia herencia del testador, porque no existen otros medios de disposición por causa de muerte.

Ahora bien, en Aragón sí que hay otros vehículos de disposición *mortis causa* y, desde luego, nada debe impedir que puedan ser utilizados para instituir el arbitraje, porque sustantivamente pueden contener cualquier disposición por causa de muerte. Es decir, en la *«disposición testamentaria»* del artículo 10 de la Ley del Arbitraje cabe cualquier procedimiento hábil, conforme a la ley personal del otorgante, para disponer de su sucesión.

En concreto, en Aragón podrá instituirse arbitraje testamentario también por los siguientes cauces formales que no permite el Código Civil a quienes están sujetos a él:

a) El *testamento mancomunado*, testamento también al fin y al cabo, pero en el que, a diferencia de lo que sucede en el testamento unipersonal, único permitido en el ámbito del Código Civil, será posible atribuir a la institución del arbitraje el carácter de cláusula correspectiva, con los efectos que de ello se derivan para los casos de ineficacia y revocación (arts. 420 y siguientes CDFA).

b) Los *pactos sucesorios*, es decir los que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto (art. 377 CDFA). Constituye otra forma de disposición por causa de muerte, distinta del testamento, no permitida en el Código Civil pero con larga tradición en Aragón. En los pactos sucesorios es también posible instituir arbitraje, porque su contenido puede ser el mismo que el del testamento.

La tipología de pactos sucesorios que permite el Derecho aragonés nos da pie a realizar alguna consideración sobre la eficacia de la sumisión arbitral realizada en ellos.

Cuando el pacto se celebre entre el disponente y sus sucesores (institución a favor de contratante), nos encontraremos con que en el mismo acto se reúnen el arbitraje testamentario, puesto que el instituyente lo ordena, y el convenio arbitral, porque intervienen los sucesores que lo pactan. En consecuencia, en estos casos no serán de aplicación las limitaciones específicas que afectan al arbitraje testamentario.

En cambio, cuando en el pacto sucesorio se instituye a un tercero, es decir, a persona distinta de los propios contratantes (pacto a favor de tercero), sí que estaremos ante un arbitraje testamentario propiamente dicho, de forma similar a lo que sucede en el testamento mancomunado.

c) Por *ejecución de la fiducia sucesoria*. En Aragón no sólo no se encuentra prohibida (como en el art. 670 del Código Civil) la delegación de la facultad de disponer por causa de muerte, sino que la fiducia sucesoria, que es el instrumento que permite hacer esa delegación, es de utilización habitual en los testamentos. Pues bien, cuando el fiduciario vaya a ejecutar la fiducia sucesoria, salvo disposición en contra del comitente, puede ordenar la sucesión de éste con la

misma libertad con que podría hacerlo él. Por tanto, el fiduciario podrá instituir arbitraje testamentario en la sucesión del comitente, de la misma forma que éste habría podido hacerlo.

Además, el fiduciario podrá instituir el arbitraje a través de cualquiera de los procedimientos por los que puede ejecutar la fiducia. Si es el cónyuge viudo, tanto en testamento como en escritura pública entre vivos; si no es cónyuge, sólo por este último procedimiento (art. 456 CDFA). Puede parecer chocante que se establezca un arbitraje *testamentario* en una escritura pública entre vivos, pero, como decíamos antes, en este punto por *disposición testamentaria* debe entenderse cualquier procedimiento hábil para disponer por causa de muerte y la ejecución de la fiducia lo es.

2. Limitación del arbitraje testamentario a las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje limita este tipo de arbitraje a la solución de diferencias *«entre herederos no forzosos o legatarios»*. La interpretación de esta limitación constituye quizá la cuestión más controvertida de todo el arbitraje testamentario y, según cómo se entienda, deja a éste un ámbito muy reducido, puesto que el número de herencias en las que no intervienen legitimarios es muy inferior al de aquellas en que sí que intervienen, con lo que la posibilidad de instituir arbitraje testamentario con una interpretación extensiva de esta limitación sería muy escasa.

Parece que el legislador considera que, en la medida en que el testador no puede establecer disposiciones que contravengan la legítima de los parientes que tienen derecho a ella, tampoco puede instituir un arbitraje que pueda afectarle, porque podría utilizarse como una vía indirecta para vulnerar la legítima. Como sucede con otras normas, el legislador establece una sobreprotección para la legítima, presumiendo una especie de intención fraudulenta en cualquier disposición del testador que pueda afectarle.

Se trata de una limitación muy discutible y un importante sector doctrinal aboga por su supresión (entre otros autores, véase Xavier O'Callaghan Muñoz, a la sazón Magistrado del Tribunal Supremo, en «El arbitraje en Derecho sucesorio», revista *La Notaría*, número 47-48, especial *Derecho Privado y Arbitraje*, noviembre y diciembre de 2007). La defensa de los derechos de los legitimarios supuestamente vulnerados tendría su cauce en el recurso de anulación que podrían interponer contra el laudo que no respetara la legítima sobre la base de considerar que, en tal caso, estamos ante un laudo contrario al orden público (conforme al art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje) (así, Elías Campo Villegas, en «La partición hereditaria arbitral», para *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, pp. 260-261).

Lo que no podría defenderse, pese a lo que entiende algún autor, es que, al aceptar la herencia, el sucesor acepta también la institución del arbitraje, lo que le impediría alegar la limitación, porque la aceptación de la herencia por parte

del legitimario, aunque sea pura y simple, no conlleva aceptación de los gravámenes y limitaciones contra-ley que el testador le haya impuesto.

Mientras tengamos la norma ahí, no es posible dejar de aplicarla. Por ello, lo que procede es examinarla con atención, tener en cuenta la regulación en materia de legítimas sobre la que se aplica y, conforme a la finalidad perseguida por el legislador, encontrarle el sentido más lógico.

A estos efectos, hay que partir de la indudable relación que esta limitación guarda con la general del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje sobre las cuestiones que son susceptibles de arbitraje, que lo circunscribe a las *«controversias sobre las materias de libre disposición conforme a derecho»*. Es decir, vendría a ser una aplicación particular de esa norma general, derivada de que, como regla de principio, la legítima es materia que no se encuentra sujeta a la libre disposición del testador. Lo que sucede es que esta afirmación no puede hacerse de un modo tan rotundo, porque las diversas regulaciones sobre legítima sí que dan al testador un cierto margen de maniobra, en algunos casos muy amplio; en la medida en que estemos dentro del margen en que el testador puede moverse, la materia sí que será de libre disposición conforme a derecho y, por ello, será arbitrable.

Así pues, para comprender el alcance concreto de la limitación de que estamos tratando resulta esencial el régimen de la legítima que rige en la sucesión de que se trate. Si el testador tiene libre disposición sobre la legítima, no habrá obstáculo legal para el arbitraje testamentario. Como se dijo antes, el objetivo de esta ponencia es tomar como objeto de referencia el Derecho aragonés y a ello me voy a dedicar.

Pues bien, las consideraciones que entiendo que deben hacerse sobre esta materia y referidas, en particular, al Derecho sucesorio aragonés, son las siguientes:

a) Para empezar, hay que poner de manifiesto, como hace toda la doctrina que ha estudiado esta norma, la imprecisión del texto del artículo 10, porque la expresión *herederos forzosos*, si bien es la que utiliza el Código Civil para denominar a aquellos parientes que tienen derecho a la legítima, es incorrecta, ya que la legítima, incluso en el ámbito del Código Civil, puede dejarse por cualquier título lucrativo, sin que sea necesario que esos parientes la reciban en concepto de herederos; la forma correcta de llamar a esos parientes es *«legitimarios»*, que es la que utiliza el CDFA, como otros Derechos civiles españoles. Además, y por la misma razón, la expresión *legatarios* es improcedente, porque la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo (art. 487.1 CDFA) y son imputables a la legítima todas las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de los legitimarios (art. 490 CDFA), también las que se hagan por medio de legado. De modo que hay que empezar por hacer una primera interpretación correctiva de la norma: las diferencias arbitrables son las que surjan entre *no legitimarios*.

Pero, en realidad, todavía hay que matizar esta corrección. Y, es que el artículo 10 de la Ley de Arbitraje que estamos analizando da a esta limitación un alcance aparentemente subjetivo, en razón de las personas que serían parte en el procedimiento arbitral, siendo que, en realidad, el sentido lógico de esta limitación es de naturaleza objetiva: lo que se proscriben para el arbitraje testamen-

tario son las controversias que tengan por objeto la legítima, puesto que es ésta la materia que se considera indisponible.

b) En segundo lugar, centrándonos en Aragón, tenemos que sólo son legitimarios los descendientes y que, además, la legítima (una mitad del caudal computable) es colectiva, lo cual quiere decir que el causante puede distribuirla, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirla a uno solo (art. 486 CDFA). Esto significa que en Aragón entre legitimarios no puede haber reclamaciones por razón de legítima; entre ellos es como si no hubiera legítima. En consecuencia, cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes, no existe ningún obstáculo a que el testador instituya arbitraje testamentario, y no será de aplicación ninguna limitación al mismo, porque entre ellos, en realidad, no hay legítimas. Esta afirmación creo que resulta incuestionable y posibilita que la inmensa mayoría de las sucesiones de aragoneses admitan el arbitraje testamentario. Es quizá la conclusión más importante de esta ponencia y, por ello, quiero resaltarla.

c) Pero todavía es posible llegar más lejos. En los casos en que concurran en la sucesión legitimarios y personas que no lo son sí que estaríamos en el ámbito de la prohibición legal del arbitraje testamentario, pero creo que ello no implica, sin más, la ineficacia de la cláusula que lo instituye, sino que el tratamiento de la infracción de esa prohibición será el que resulte de la normativa sustantiva en materia de legítima que corresponda. En concreto, el tratamiento será el establecido para las lesiones de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque no se trata tanto de si recibe o no todo el *quantum* de su legítima, como de que el legitimario se encuentra con que debe soportar un arbitraje que, en principio, no se le debería imponer. Es decir, estaríamos ante un gravamen no autorizado sobre la legítima, con las consecuencias que de ello se derivan.

Esta conclusión permite extraer consecuencias de interés:

— Siendo que, desde el punto de vista sustantivo, el establecimiento del arbitraje testamentario opera para los legitimarios como un gravamen sobre su legítima, hay que tener en cuenta que, por excepción, el CDFA permite aquellos gravámenes sobre la legítima que estén fundados en una justa causa, que se exprese en el título sucesorio o en documento público, entendiéndose por justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios (arts. 501 y 502). En este sentido, podría plantearse si es posible encontrar una justa causa que justifique imponer a los legitimarios el arbitraje, es decir que pueda entenderse que la institución de éste tiene como finalidad la búsqueda de un mayor beneficio para los legitimarios. Es dudoso. Tal vez podría defenderse que lo es la intención de evitar los perjuicios derivados de los retrasos y gastos que conlleva un procedimiento judicial, casi siempre mayores que los del arbitral, pero no puede afirmarse con rotundidad. Es cierto que la causa expresada para el gravamen deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es (art. 502.3 CDFA), pero si, alegada la falta de competencia de los árbitros por el legitimario sobre la base de la falta de validez de la cláusula de arbitraje testamentario, los árbitros rechazan esa excepción y posterior-

mente el legitimario insta la anulación del laudo, es posible que al Tribunal no le parezca bien que se utilicen como justificación los defectos ancestrales del sistema judicial español y, por tanto, estime la demanda de anulación, por no considerar justa esa causa para establecer el arbitraje testamentario.

— El efecto que produce la imposición de gravámenes indebidos sobre la legítima es que los legitimarios afectados tienen derecho a que se tengan por no puestos (art. 499 CDFA). Por tanto, el tercero no legitimario carecerá de ese derecho, de modo que si el legitimario, pudiendo hacerlo, no rechaza el arbitraje instituido por el testador, sino que, incluso, opta por resolver la controversia surgida a través de él, quien no sea legitimario no podrá oponerse, ya que no tiene derechos legitimarios que puedan resultar afectados por el arbitraje.

— El testador puede utilizar el mecanismo de la opción compensatoria de legítima con la finalidad de *estimular* al legitimario para que acepte la sumisión al arbitraje testamentario. En efecto, el testador puede conceder a los legitimarios la facultad de optar entre su legítima estricta libre de gravamen y una atribución de mayor importe pero sujeta a gravamen, siempre que se cumpla el doble requisito de que, si opta por la atribución libre de gravamen, no haya lesión en la legítima colectiva y, si opta por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición (art. 500 CDFA). Así pues, si lo que el testador ha dejado al conjunto de los legitimarios alcanza tres cuartas partes del caudal, podrá añadir a la cláusula de arbitraje testamentario que el legitimario que no acepte el arbitraje testamentario dispuesto pierda toda atribución en su herencia en beneficio de los legitimarios que sí que la acepten; y, si ningún legitimario lo aceptara, queden reducidos a la legítima estricta, correspondiendo el resto de lo que en principio les había atribuido a quien el propio testador determine.

d) Con independencia de todo lo dicho, una cláusula testamentaria de arbitraje genérica, aunque contravenga la limitación legal por razón de la legítima, no por ello es nula y, de hecho, puede desarrollar toda su eficacia si resulta que quienes pueden oponerse a ella y desconocerla, que son los legitimarios, no lo hacen. A estos efectos, parece que no hay duda de la aplicación al arbitraje testamentario, por analogía, de la regla del artículo 9.5 de la Ley de Arbitraje, la que considera que hay convenio arbitral cuando, en el intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia es afirmada por una parte y no negada por la otra; en este caso, como decimos, quien podría negar la sumisión al arbitraje sería el legitimario, que, si no lo hace en el momento procesal oportuno, se verá sometido al arbitraje.

Además, puede suceder que la controversia surja sobre una cuestión en que no haya ninguna implicación de las legítimas; por ejemplo, aun concurriendo en la sucesión legitimarios y terceros, si la controversia sólo se plantea entre legitimarios o sólo entre no legitimarios.

Con ello quiero insistir en que sería una interpretación gravemente equivocada de la norma la consideración de que la cláusula testamentaria que infringe la limitación por razón de legítima es nula sin más. En consecuencia, debiera perderse el temor que hoy existe a incluir cláusulas de arbitraje en los testamentos, porque pueden llegar a ser plenamente eficaces, a pesar del estrecho marco que aparentemente les deja el artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

3. Materias sobre las que puede versar el arbitraje testamentario

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje, objeto de nuestra atención, tras excluir del arbitraje testamentario las controversias en materia de legítima, en la forma que hemos analizado, añade que este arbitraje se instituye para solucionar diferencias *«por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia»*.

Surgen también dudas sobre el significado y alcance de esta regla, que admite interpretaciones muy diversas. La principal duda hace referencia a cómo debe interpretarse la expresión *«distribución de la herencia»*. Una interpretación restrictiva la limita a la estricta operación de la partición hereditaria, tal y como aparece regulada en el Derecho sucesorio, es decir la operación mediante la cual se pone término a la comunidad hereditaria entre los sucesores que forman parte de la misma, sin poder extenderse a otros aspectos. Sin embargo, entendemos que no es ésta la solución acertada. La expresión *distribución* no es utilizada con un sentido técnico por las legislaciones sobre Derecho de sucesiones que imponga equipararla a partición de la herencia.

En realidad, esta supuesta limitación, igual que vimos que sucedía con la primera, debe relacionarse con los límites generales sobre materias susceptibles de arbitraje del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, que, recordemos, lo limita a las *«controversias sobre las materias de libre disposición conforme a derecho»*. Por tanto, sólo estará vedado al arbitraje testamentario aquello que escape de la libertad dispositiva del testador. Por ello, más convincente es la opinión que defiende que aquí se comprenden todas las cuestiones que versen sobre si alguien ha de ser partícipe en la herencia y la proporción en que ha de participar, las condiciones de su participación, etc. (como defienden Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, 1971, p. 232). Es decir, *distribución* de la herencia es todo el proceso sucesorio en virtud del cual los sucesores reciben los bienes del causante, con la limitación de las legítimas entendida de la forma que hemos referido anteriormente.

Además, como señala Elías Campo Villegas (en «La partición hereditaria arbitral», para *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, p. 257), la tesis restrictiva conduce a resultados absurdos. En efecto, si, iniciado un proceso arbitral basado en una cláusula testamentaria arbitral por conflictos sobre la distribución, una de las partes plantea cuestión sobre, por ejemplo, la condición de sucesor de alguno de los herederos designados en el testamento o sobre ineficacia de alguna previsión testamentaria, la tesis restrictiva obligaría al árbitro a dictar un laudo de absolución en la instancia sobre este tema y sobre las consecuencias que del mismo se siguieran y distribuir lo que no resultara afectado; seguidamente, en la

jurisdicción ordinaria habría que resolver sobre aquellos temas y, una vez agotados todos los posibles recursos, se tendría que iniciar el arbitraje de nuevo para completar la *distribución*.

Dicho esto, parece claro que el testador, al instituir el arbitraje, lo puede limitar a determinados aspectos de su sucesión y la voluntad expresada por él será lo que prevalecerá. Pero dejando aparte las limitaciones que pueda establecer el testador, defendemos un criterio amplio en cuanto a las materias que pueden someterse al arbitraje testamentario.

A la vista de este planteamiento, a continuación vamos a examinar diversas materias concretas y su susceptibilidad de ser objeto de un arbitraje testamentario:

a) No hay duda de que son susceptibles de arbitraje testamentario las controversias que surjan sobre la *administración* del caudal hereditario, bien cuando está sometido a administración de personas distintas de los sucesores, en los casos en que así procede, o bien cuando, estando los bienes indivisos, sin partir, no se ponen de acuerdo en ella los herederos.

b) Las *operaciones particionales*, cuando surge litigio sobre ellas, también pueden ser objeto de arbitraje testamentario. Todas ellas, incluso la colación de donaciones que se hubieran hecho a los descendientes, en los casos en que proceda, tanto sobre si deben colacionarse como acerca de la forma de realizarla. A estos efectos, recuérdese que en Aragón rige un sistema de colación inverso al del Código Civil, porque la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento (art. 362 CDFA).

Estas dos son las materias que se derivan de forma más directa del texto del artículo 10. Seguidamente, nos referiremos a otras que pueden plantear más dudas.

c) La concurrencia de los *presupuestos para la sucesión por causa de muerte* puede ser objeto del arbitraje testamentario: la apertura de la sucesión, el momento y lugar en que se produce, la capacidad de los sucesores para heredar, la existencia de aceptación o repudiación de la herencia. Si bien, la existencia de las causas de indignidad requerirá en ocasiones una resolución judicial penal, pero esta prejudicialidad también opera en la jurisdicción civil ordinaria.

Dentro de los presupuestos de la sucesión, se encuentra la determinación de la ley aplicable a la misma, incluyendo la vecindad civil del causante al otorgar el acto de disposición por causa de muerte y al fallecer, elementos determinantes del régimen jurídico de la sucesión. De ello dependerán muchos elementos esenciales de la sucesión, entre ellos qué tipo de legítima es la que rige, que, como se ha indicado, será clave para poder saber si hay legitimarios y cómo afecta esta circunstancia a la procedencia misma del arbitraje testamentario.

d) Abarca el arbitraje testamentario la *interpretación del testamento* mismo. Aunque hay autores que lo niegan, es un presupuesto indispensable para poder resolver buena parte de las cuestiones sucesorias. De hecho, frecuentemente será la interpretación del testamento el origen del litigio que se somete al arbitraje.

e) En general, la *efectividad de las disposiciones testamentarias* y las reglas previstas por el testador para ello pueden constituir las materias principales del trabajo del árbitro. Piénsese en la posible existencia de modalidades diversas en el testamento, condiciones, obligaciones modales, términos, sustituciones de distinta naturaleza, etc. Ese tipo de disposiciones con frecuencia ocasiona controversias que derivan en litigios que, habiéndose instituido arbitraje testamentario, corresponderá resolver a los árbitros.

f) Otro tema que ha suscitado dudas es si el arbitraje testamentario puede abarcar las *reservas hereditarias*. Se ha defendido que éstas tienen naturaleza similar a las legítimas, por escapar de la disponibilidad del testador, y, por ello, como éstas, no podrán ser objeto del arbitraje testamentario. Ahora bien, debe recordarse que en Aragón la reserva de bienes no tiene lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública (art. 464.3 CDFA). Esto hace que en Aragón las reservas hereditarias, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código Civil, sean, en la práctica, marginales; pero, además, dependen exclusivamente de la voluntad del testador, por lo que no hay duda de que sí que pueden someterse al arbitraje testamentario.

g) No entra en el ámbito de este arbitraje la *impugnación de donaciones que lesionan la legítima*, es decir las hechas a no legitimarios que impiden que los legitimarios reciban la totalidad de la legítima a que tienen derecho, porque el testador no puede vincular al donatario entre vivos que puede ver reducida su donación.

h) Un tema muy debatido es el de si el arbitraje testamentario puede tener por objeto la *impugnación del testamento* mismo. Un grupo de autores defiende que ello escapa a la disponibilidad del testador, como infieren de que el artículo 675.2 del Código Civil no autoriza al testador a prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley (Francisco Capilla Roncero, en Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinados por Rodrigo Bercovitz, página 91). Ahora bien, se trata de cosas distintas: dicho precepto prohíbe que se impugne el testamento nulo, pero no impone que se tenga que impugnar ante la autoridad judicial.

De todos modos, el carácter rigurosamente formal que tiene el testamento lleva consigo que, en principio, la invalidez del testamento mismo arrastre la ineficacia de todo su contenido, incluyendo la cláusula arbitral. Es lo que sucedería si se impugnara por defectos de forma, por falta de capacidad del testador o por haber sido otorgado con engaño, violencia o intimidación grave. Ahora bien, a estos efectos, deben tenerse en cuenta los supuestos de conversión del testamento nulo por defecto de forma que regula el artículo 430 CDFA, que dispone que el testamento nulo por defecto de forma será válido si reúne los requisitos formales de otra clase de testamento y que el testamento mancomunado nulo por causa que afecte solo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

Por otra parte, puede suceder que lo inválido no sea el testamento sino alguna de sus disposiciones, que es lo que sucede en los supuestos regulados en el

artículo 424 CDFA. En estos casos, la nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador, y salvo las correspectivas. Por tanto, salvo que la cláusula arbitral esté afectada por esas excepciones, mantendrá su eficacia aunque alguna otra no sea válida.

Estas consideraciones suponen la adaptación al testamento de lo que el artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje establece para el convenio arbitral, cuando señala que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

i) También entra en el ámbito del arbitraje testamentario la aplicación a la herencia de las reglas de la *sucesión legal*, cuando es la que procede. Téngase en cuenta que el testamento o pacto sucesorio podría no disponer de todo el caudal hereditario, de modo que fuese precisa la apertura de la sucesión legal o abintestato en cuanto a la parte del caudal de que no se haya dispuesto. Incluso, podría suceder que el testamento tuviera como único contenido la cláusula arbitral y que, por tanto, toda la herencia se defiriera abintestato; nada lo impide.

Pues bien, sería competencia del árbitro determinar si procede la apertura de la sucesión legal y quiénes son llamados a la misma, incluyendo tanto los herederos troncales como los no troncales, así como la posible existencia de derechos de recobro. En general, todas las circunstancias para hacer efectiva la sucesión legal; también, la declaración, si procede, de ser heredera la Comunidad Autónoma o el Hospital Nuestra Señora de Gracia, conforme al artículo 535 CDFA. La referencia que dicho precepto hace a la necesidad de previa declaración judicial no es inconveniente, porque el laudo haría sus veces.

No es obstáculo para ello que, en este caso, la sucesión se defiera por ley, porque ello no implica que el causante carezca de libre disposición sobre dichas reglas. De hecho, la disposición por causa de muerte en testamento o pacto sucesorio puede entenderse como la expresión de la voluntad de que no se apliquen a la sucesión las reglas de la sucesión legal, sino las que se establezcan al efecto.

j) En principio, queda al margen del arbitraje testamentario la *liquidación del régimen económico matrimonial* bajo el que hubiera estado casado el causante y el reparto de los bienes de la comunidad conyugal derivado del mismo, puesto que no es materia sucesoria y, además, es parte en el mismo el otro cónyuge, o sus herederos, a quienes no vincula la institución del arbitraje testamentario por parte de su cónyuge. Esto puede ser un obstáculo importante para poder hacer efectiva a través del arbitraje testamentario la atribución del patrimonio del testador, puesto que la determinación de los bienes concretos que lo integran en buena medida dependerá de cómo se realice el reparto de los bienes de la comunidad conyugal.

Ahora bien, si resulta que, como es muy frecuente en Aragón, ambos cónyuges otorgaron testamento mancomunado o –aunque sea menos frecuente– pacto sucesorio y en dichos actos instituyeron conjuntamente el arbitraje, el testamento o pacto sucesorio haría de convenio arbitral entre ambos y, por ello, podrían incluir lo relativo a la liquidación de la comunidad conyugal. Es preferible que

la cláusula arbitral se refiera expresamente a esta cuestión; en otro caso, será un problema de interpretación de la voluntad de los testadores la determinación de si la sumisión al arbitraje incluye esta materia. Quienes no podrían oponerse al arbitraje sobre esta cuestión serían los sucesores del testador, porque estarían vinculados por el convenio arbitral, como herederos de una de las personas que lo han celebrado, incluso aunque se trate de sucesores a título particular, y conforme a la mejor interpretación de la regla de vinculación de los herederos a los contratos celebrados por su causante que establece el artículo 1.257 del Código Civil (sobre el particular, puede verse a Elías CAMPO VILLEGAS, *«Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley»*, discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en *La Notaría*, número 10, octubre de 2004, pp. 25-26).

k) El *derecho de viudedad*, figura clave en Aragón en lo que se refiere a los derechos que se derivan del fallecimiento de una persona, tiene unas particularidades importantes que hacen difícil su incardinación en materia de arbitraje testamentario. Se trata de un derecho de naturaleza familiar, que surge por el hecho de la celebración del matrimonio, regulado, por tanto, en el Libro II, sobre Derecho de Familia, del CDFA, que durante el matrimonio se manifiesta como derecho expectante y que al fallecer uno de los cónyuges se hace efectivo a favor del otro como usufructo de viudedad de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (art. 283). Esta naturaleza del derecho de viudedad lleva consigo su exclusión del ámbito del arbitraje testamentario, pese a su indudable incidencia en la sucesión hereditaria. En el ámbito del Código Civil, el derecho de usufructo legal que se atribuye al cónyuge viudo (arts. 834 y siguiente) también está excluido del arbitraje testamentario, pese a ser de naturaleza sucesoria, por tener carácter legitimario.

No obstante, a pesar de esa exclusión inicial, sin embargo el derecho de viudedad puede quedar comprendido en el arbitraje en el caso que se mencionaba antes de que ambos cónyuges hubieran instituido arbitraje en testamento mancomunado o pacto sucesorio, porque, de esta forma, los dos se habrían sometido a él. Creo que aquí será más fácil considerar que existe una voluntad de ambos, si no hay exclusión expresa, de entender incluidos en el arbitraje los temas sobre derecho de viudedad, dada la fuerte vinculación de éste con el fenómeno sucesorio.

Por otra parte, existen casos en los que el derecho de usufructo de viudedad tiene un carácter estrictamente sucesorio. Son los derivados de la aplicación del párrafo tercero del artículo 16.3 del Código Civil que, en aquellos matrimonios en que no rige el derecho de viudedad, por no estar sometido su régimen económico matrimonial al Derecho aragonés, concede al cónyuge viudo el derecho de usufructo de viudedad si el fallecido tenía vecindad civil aragonesa al fallecer. En estos supuestos, tenemos un usufructo de viudedad que no tiene su origen en la celebración del matrimonio y no va precedido de la fase de derecho expectante; por ello, tiene naturaleza sucesoria. Pues bien, aquí la duda es si a este derecho de usufructo de viudedad sucesorio se le puede considerar de tipo legitimario, como el usufructo legal del Código Civil, con la consiguiente aplicación de la

limitación en materia de legítimas que antes se ha estudiado; el carácter indisponible de este derecho de usufructo parece abocar a esta conclusión.

l) Por último, no cabe duda de que la *actuación llevada a cabo por albaceas o contadores partidores* dentro del encargo recibido puede ser objeto del arbitraje testamentario, por lo que los herederos podrían iniciar procedimiento arbitral contra ellos si consideran que su actuación ha sido incorrecta. En efecto, los albaceas y contadores partidores, al aceptar el encargo recibido, quedan sometidos, como los sucesores, a que las controversias que surjan sobre la herencia se resuelvan mediante el arbitraje testamentario instituido. Del mismo modo, si los albaceas o contadores partidores, como consecuencia de su actuación, tienen alguna reclamación que formular a los sucesores, por ejemplo, de su retribución, si les corresponde, deberán hacerlo también mediante el arbitraje, porque se trata de una cuestión relativa a la herencia y su reparto. Más dudoso es si entraría dentro del arbitraje testamentario la reclamación de daños y perjuicios por parte de los sucesores a los albaceas o contadores partidores si consideran que se les han producido por la actuación negligente o dolosa de éstos, porque sería una consecuencia del reparto, pero no parte del mismo.

4. Arbitraje de Derecho y de equidad

Es cierto que la vigente Ley de Arbitraje no distingue, como sucedía antes, entre un arbitraje de Derecho y otro de equidad y que hay un solo arbitraje, pero es posible establecer que el árbitro tenga que decidir en Derecho o que tenga que hacerlo en equidad; si nada se dice, es lo primero lo que procede, ya que para poder resolver en equidad es preciso que se le haya autorizado expresamente (art. 34.1). Pues bien, es un tema debatido si es posible que en el arbitraje sucesorio se autorice al árbitro a decidir en equidad, dada la gran incidencia de normas imperativas que existen en Derecho sucesorio y, en general, la fuerte juridicidad de esta materia. Es difícil saber en qué consistiría resolver en equidad una controversia sucesoria teniendo en cuenta la gran diversidad de soluciones existente en los diversos Derechos civiles existentes en España: cómo va a considerarse más *equitativa* la solución que da un Derecho que la que establece otro.

Sobre la base de estas razones, muchos de los autores que han estudiado la cuestión, quizá la mayoría, se inclinan por entender que no es posible, en esta materia, encomendar al árbitro que decida en equidad. Se argumenta que, si así se admitiera, podrían vulnerarse las normas imperativas del Derecho sucesorio y, por esa vía, infringir el principio establecido en el artículo 6.3 del Código Civil.

Realmente no parece recomendable autorizar al árbitro a resolver en equidad en ésta ni en muchas otras materias con fuerte contenido imperativo y de técnica jurídica muy precisa, pero la lectura de la Ley no deja ver razones suficientes para considerar que está vedada esta posibilidad en el arbitraje sucesorio. Ahora bien, esto no quiere decir que el árbitro autorizado para decidir en equidad pueda dejar de aplicar las normas imperativas que corresponda. Si así lo hiciera, el laudo sería nulo y, contra él, podría interponerse la acción de anulación, al amparo del artículo 41.f) de la Ley de Arbitraje, como contrario al orden público.

V. CONCLUSIONES

A modo de resumen de esta ponencia, podemos hacer las siguientes conclusiones:

1) La justificación de que la ley autorice al testador a instituir el arbitraje para las controversias que surjan sobre su herencia es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El artículo 10 de la Ley del Arbitraje lo que hace es dar al testador una herramienta más para poder ordenar su sucesión, que no debe ser considerada excepcional ni ser objeto de interpretación restrictiva.

2) La determinación del alcance y los límites con que se autoriza a instituir el arbitraje testamentario tiene, por ello, carácter sucesorio sustantivo y entra dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo.

3) En Aragón, es posible instituir arbitraje testamentario, además de mediante testamento unipersonal, mediante testamento mancomunado, pacto sucesorio y, habiendo fiducia sucesoria, mediante el documento a través del cual el fiduciario ordena la sucesión del comitente.

4) La limitación que establece el artículo 10 de la Ley de Arbitraje al circunscribir este arbitraje a la solución de *«diferencias entre herederos no forzosos o legatarios»*, que debe ser referida a los conflictos en materia de legítima, carece de suficiente justificación y debería ser suprimida, porque la sumisión a arbitraje no supone disposición o vulneración de la legítima y los legitimarios que creyeran lesionados sus derechos por el laudo podrían interponer la acción de anulación del mismo.

5) Mientras esta limitación esté vigente, debe ser interpretada a la luz del Derecho sustantivo sobre legítimas que rija en cada sucesión y en función de la disponibilidad que el testador tenga sobre ella. Por ello, en la sucesión regida por el Derecho aragonés:

— La limitación no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes, porque, al ser la legítima colectiva, no puede haber conflicto de legítima entre ellos.

— El tratamiento de la contravención de la limitación, cuando exista, tendrá el propio de la lesión en la intangibilidad cualitativa de la legítima, como un gravamen establecido sobre ella, con el consiguiente derecho de los legitimarios, y sólo ellos, a tener el gravamen por no puesto. Este tratamiento, además, hace posible que el testador que instituye el arbitraje establezca una opción compensatoria de legítima que penalice a los legitimarios que se opongan al arbitraje instituido.

6) El arbitraje testamentario puede versar sobre cualquier controversia que surja en el proceso sucesorio en virtud del cual los sucesores reciben los bienes del causante, con la única excepción de los conflictos sobre legíti-

mas, según lo dicho antes, porque esta interpretación amplia es la que procede para la expresión *«cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia»* contenida en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje. En particular, pueden ser objeto de este arbitraje, aparte de la administración del caudal y su partición: todos los presupuestos de la sucesión por causa de muerte, incluyendo la vecindad civil del causante y la ley aplicable a la sucesión, la interpretación del testamento, la eficacia de las cláusulas establecidas para modalizar y hacer efectivas las atribuciones ordenadas por el testador, las reservas hereditarias, la aplicación de la sucesión legal, si procede, y la actuación llevada a cabo por albaceas y contadores partidores.

La liquidación del régimen económico matrimonial y el derecho de viudedad, como materias ajenas al Derecho sucesorio, no entran en el ámbito del arbitraje testamentario, salvo que el arbitraje hubiera sido establecido expresamente por ambos cónyuges en testamento mancomunado.

7) Aunque es poco recomendable autorizar a los árbitros a resolver en equidad, dada la fuerte juridicidad y la gran cantidad de normas imperativas en el Derecho sucesorio, no parece haber razones que impidan hacerlo, si bien cuando el laudo vulnere normas imperativas podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de anulación.

VI. FORMULARIOS

Por último, a continuación, se proponen varias *cláusulas modelo de arbitraje testamentario* para consignar en los testamentos. Se ha optado por un arbitraje institucional, administrado por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, por considerar que es el más conveniente.

1) Para testamento unipersonal:

> *El testador dispone que se resolverán mediante arbitraje todas las controversias que surjan entre sus sucesores relativas a su herencia. El arbitraje será administrado, siempre que sea posible, por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación u organismo que le pueda suceder en el futuro.*

2) Para el caso de que haya legitimarios del testador, puede añadirse lo siguiente:

> *Aquel de sus hijos que no aceptara la sumisión al arbitraje quedará privado de sus derechos hereditarios a favor de quienes lo acepten. Si ninguno lo aceptara, quedarán reducidos sus derechos hereditarios a la mitad de la herencia, correspondiendo la otra mitad a …*

3) Para testamento mancomunado otorgado entre cónyuges:

> *Los testadores disponen que se resolverán mediante arbitraje todas las controversias que surjan entre sus sucesores relativas a su herencia o entre ellos y el*

cónyuge viudo por la liquidación del régimen económico matrimonial o el derecho de viudedad. El arbitraje será administrado, siempre que sea posible, por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación u organismo que le pueda suceder en el futuro.

Para el caso de que haya legitimarios, puede añadirse la cláusula número dos.

LA PROPIEDAD DE LAS LLAMADAS FINCAS DE REEMPLAZO VACANTES: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEY 5/2011, DE 10 DE MARZO, DEL PATRIMONIO DE ARAGÓN

Luis Latorre Vila
Administrador Civil del Estado
Cortes de Aragón

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la Ley del Patrimonio de Aragón, de 2011, en el que se litiga acerca de si una Comunidad Autónoma con competencias en materia de legislación civil puede adquirir, por ministerio de la ley, la propiedad de las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria, en lugar del Estado. Para ello se estudian diversos precedentes legislativos y jurisprudenciales, los títulos competenciales alegados en el proceso y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre delimitación de competencias en materia de legislación civil.

Palabras clave: Bienes inmuebles vacantes; adquisición de su propiedad; competencias en materia de legislación civil.

ABSTRACT

In the present work there is analyzed the appeal of unconstitutionality by the President of the Government of the Nation against the sixth additional disposition of the Law of the Heritage of Aragón, of 2011, which litigates about if an

Autonomous Community with competences in the field of civil law can acquire, by operation of law, the property of unknown farms of reparcelling processes, instead of the State. To this we study various legislative and jurisprudential precedents, competence titles alleged in the process and the doctrine of the Constitutional Court on delimitation of competences in the field of civil law.

Keywords: Real estate vacancies; acquisition of their property; competences in the field of civil law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. 1. La disposición adicional sexta de la Ley del Patrimonio de Aragón. 2. Dos interpretaciones bien distintas de la norma impugnada: a) *adscripción al patrimonio agrario de Aragón.* b) *adquisición* ex lege *por Aragón de la propiedad.* III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES INVOCADOS EN EL RECURSO. IV. POSIBLES TÍTULOS COMPETENCIALES PRESENTES EN EL LITIGIO SUSCITADO. 1. Legislación civil. 2. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. V. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL. 1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil. 2. Aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional al recurso de inconstitucionalidad interpuesto. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el Boletín Oficial de Aragón núm. 57, de 21 de marzo de 2011, se publica la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón (en adelante LPA), aprobada por las Cortes de Aragón en sesión plenaria celebrada los días 10 y 11 de marzo del citado año. Se trata de una Ley más bien extensa, que consta de 156 artículos y un total de 17 disposiciones de la parte final, entre las cuales se incluye la disposición adicional sexta, relativa a las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria, las llamadas fincas de reemplazo.

Es respecto de esta concreta disposición adicional sexta de la LPA, única y exclusivamente, contra la que se interpone por el Presidente del Gobierno de la Nación el recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011, de acuerdo con el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de fecha 17 de no-

viembre de 2011 (Dictamen núm. 1828/2011), y previa solicitud del Gobierno en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el día 2 de diciembre siguiente[1].

Con anterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, y dentro del plazo de tres meses desde la fecha de la publicación de la LPA en el Boletín Oficial de Aragón, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, regulada en el artículo 90 del vigente Estatuto de Autonomía aragonés[2], había acordado poner en funcionamiento el instrumento de negociación previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional[3] –en adelante LOTC– (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero), mecanismo éste de carácter potestativo para ambos Gobiernos[4].

---

[1] El recurso de inconstitucionalidad fue presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 16 de diciembre de 2011. La providencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2012, acordando admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6868-2011, fue publicada en los respectivos Boletines Oficiales del Estado y de Aragón del día 1 de febrero de 2012. Su notificación, acompañada del escrito de demanda, tuvo entrada en el Registro General de las Cortes de Aragón el día 25 de enero de 2012.

[2] El Estatuto de Autonomía de Aragón, cuya reforma ha sido aprobada por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, establece lo siguiente:

> «Artículo 90. *La Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado.*
>
> 1. La Comisión Bilateral de Cooperación se configura como el instrumento principal de relación entre la Comunidad Autónoma y el Estado, sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos concretos de cooperación bilateral o multilateral.
>
> 2. A tales efectos, la Comisión Bilateral de Cooperación desempeña las siguientes funciones:
>
> (…) d) Servir de instrumento para prevenir conflictos entre ambas Administraciones, así como intentar dirimir controversias por vía extraprocesal. (…).»

[3] El artículo 33.2 LOTC establece que el Presidente del Gobierno y los Gobiernos autonómicos podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses si se cumplen los siguientes requisitos: se reúna la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación; acuerde ésta el inicio de negociaciones para resolver las discrepancias; y dicho acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la norma objeto de controversia, insertándose el acuerdo de inicio de negociaciones en los respectivos Boletines Oficiales, del Estado y de la Comunidad Autónoma concernida.

[4] Respecto de la negociación entre los Gobiernos estatal y autonómico institucionalizada a través de la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación, es muy ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de modificación de la LOTC, cuando afirma:

> «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la importancia del principio de colaboración como criterio que ha de regir las relaciones entre los entes que integran nuestro Estado compuesto (…).
>
> Entre los mecanismos que permiten articular esta colaboración, están las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, a las que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que permiten reunir a representantes de ambas Administraciones en orden a intercambiar información y poder llegar a acuerdos que solucionen posibles conflictos y que devengan en una pacífica aplicación de la normativa propia de cada Administración, dentro de un marco de lealtad institucional.
>
> Se aborda la presente modificación de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, a efectos de permitir legalmente que los acuerdos adoptados en dichas Comisiones

Por consiguiente, constatadas las diferencias surgidas con relación al ajuste constitucional y competencial de la disposición adicional sexta de la LPA, los respectivos Gobiernos estatal y autonómico decidían intentar resolver sus discrepancias por vía de la negociación, en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación, antes que acudir el Gobierno de la Nación directamente al Tribunal Constitucional[5]. Como consecuencia inmediata de dicho acuerdo, el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad quedaba automáticamente ampliado, pasando de los tres meses inicialmente previstos en el artículo 33.1 LOTC a los nueve meses indicados en su apartado 2[6].

Ampliado así el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, la decisión del Presidente del Gobierno de impugnar la Ley aragonesa ante el Tribunal Constitucional se produce el día 2 de diciembre de 2011. Esto es, cuando el Gobierno de la Nación es un Gobierno en funciones, al haber cesado pocos días antes como consecuencia de la celebración de elecciones generales[7]. Por consiguiente, en su condición de Gobierno cesante, de Gobierno en funciones, su gestión debe limitarse al *«despacho ordinario de los asuntos públicos»*, salvo casos de urgencia o razones de interés general debidamente acreditadas[8].

Bilaterales de Cooperación, en orden a evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, se comuniquen al Tribunal Constitucional, con el fin de ampliar el plazo del recurso de inconstitucionalidad, a efectos de que se abra un período mayor, de manera que pueda producirse un acuerdo, que evite el posible recurso.

Con esta medida se amplían e intensifican los lazos de colaboración y entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el intento de «... buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad» (STC 13/1992, FJ 7, entre otras).»

[5] En la reunión celebrada el día 18 de mayo de 2011, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado adoptó el siguiente Acuerdo:

«1.º Iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas sobre la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón.

2.º Designar un grupo de trabajo para proponer a la Comisión Bilateral de Cooperación la solución que proceda.

3.º Comunicar este Acuerdo al Tribunal Constitucional, antes del próximo día 22 de junio de 2011, por cualquiera de los órganos mencionados en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los efectos que en el propio precepto se contemplan, así como insertar el presente Acuerdo en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Boletín Oficial de Aragón"».

Este Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado se publicó en los respectivos Boletines Oficiales, del Estado y de Aragón, el día 24 de junio de 2011.

[6] El nuevo plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad quedaba así prolongado, por tanto, hasta el 21 de diciembre de 2011.

[7] De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (B.O.E. núm. 232, de 27 de septiembre), se celebraron elecciones a ambas Cámaras el domingo 20 de noviembre de 2011. Por tanto, de acuerdo con el artículo 101 de la Constitución, a partir de esa fecha cesa el Gobierno, que continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

[8] El artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (de la Nación), establece que *«El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno*

En ausencia de una justificación expresa de dichos casos o razones, tanto en el acuerdo del Consejo de Ministros como en la propia decisión del Presidente del Gobierno, ambos de fecha de 2 de diciembre de 2011, podría cuestionarse a este respecto si la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley emanada de un Parlamento tendría realmente la consideración de «despacho ordinario de los asuntos públicos».

Por otro lado, debe destacarse que el Presidente del Gobierno de la Nación, al interponer el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley aragonesa, no ha invocado los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, mediante los cuales se solicita al Tribunal Constitucional la suspensión de la vigencia y aplicación de la disposición impugnada. Como consecuencia de ello, por tanto, la vigencia de la disposición adicional sexta de la LPA nunca ha estado suspendida más allá de la *vacatio legis* expresamente recogida en la propia Ley, habiendo entrado en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón, de conformidad con lo previsto en la disposición final segunda de la LPA. Desde esa fecha, por consiguiente (21 de junio de 2011), ha podido ser aplicada por los órganos correspondientes de la Administración de la Comunidad Autónoma, de la misma manera que el resto de preceptos de la Ley.

Es significativo el radical cambio de opinión experimentado por el Gobierno estatal respecto del ejercicio de la facultad de solicitar la suspensión de la norma impugnada. En el ya citado Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 17 de noviembre de 2011 (Dictamen núm. 1828/2011), en su antecedente segundo, se indica que en el expediente remitido por el Gobierno al Consejo de Estado relativo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la LPA consta la expresa invocación del artículo 161.2 CE, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 LOTC, «a efectos de que se produzca la suspensión de la mencionada disposición de dicha Ley»[9]. Sin embargo, finalmente, esta invocación expresa no se ha realizado, si bien ni del acuerdo del Consejo de Ministros proponiendo la interposición del recurso de inconstitucionalidad ni de la decisión del Presidente del Gobierno de la Nación de presentarlo, ambos de 2 de diciembre de 2011, pueden deducirse las razones que han motivado tal cambio de opinión.

---

y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas».

Sobre el alcance del artículo 21.3 de la Ley 50/1997, destaca la interpretación del mismo realizada por el Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su Sentencia de 2 de diciembre de 2005, cuando afirma lo siguiente: *«En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse»* (FJ noveno). Cuestión, por tanto, que cabría considerar abierta.

[9] Los Dictámenes del Consejo de Estado pueden consultarse en las bases de datos del B.O.E., en la siguiente dirección de internet: www.boe.es/legislacion/consejo_estado.php

Por último, en la introducción del presente trabajo, parece oportuno recoger una observación de carácter más general sobre la Ley aragonesa 5/2011, si bien sea brevemente. A lo largo de toda la Ley, incluido su Título, se utiliza la expresión *«Patrimonio de Aragón»*, denominación que cabe considerar incorrecta técnicamente, ya que en sentido estricto el «Patrimonio de Aragón» vendría a ser la suma resultante de dos conjuntos patrimoniales diferenciados: por un lado, el «Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón», integrado por todos los bienes y derechos de los que sean titulares las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón, la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o los órganos estatutarios –como la Cámara de Cuentas de Aragón–, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la propia LPA; y, por otro lado, el «Patrimonio Local de Aragón», constituido por el conjunto de los bienes y derechos de las entidades locales aragonesas (provincias, comarcas y municipios), según se deduce de lo previsto en el vigente artículo 169 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

Sin embargo, en el concepto de patrimonio de Aragón recogido en la LPA, no se incluye el patrimonio de las entidades locales aragonesas, esto es, el patrimonio de las provincias, comarcas y municipios que conforman el territorio de Aragón, el cual es también, sin duda, «Patrimonio de Aragón».

Abundando en esta cuestión, cabe señalar que pocos meses después de que remitiera a las Cortes de Aragón el citado Proyecto de Ley del Patrimonio de Aragón, el Gobierno autonómico presentó en el Parlamento aragonés una nueva iniciativa legislativa, el *«Proyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio público y la Contratación local de Aragón»*, que finalmente no llegó a ser aprobado por las Cortes de Aragón[10]. El Título I de este proyecto legislativo estaba dedicado a la regulación del Patrimonio Local, abarcando cuestiones como su régimen general, adquisiciones, protección y defensa, bienes y derechos, utilización, gestión patrimonial y régimen sancionador, viniendo a derogar y sustituir la regulación específica que se contiene actualmente en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (Títulos VI y VII).

Por ello, a la vista del contenido de la norma legal, el término técnicamente más correcto para la Ley aragonesa 5/2011 sería el de *«Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón»*, término además que es el utilizado en el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 113, apartado 3, prevé que «Una ley de Cortes de Aragón regulará el régimen jurídico del *patrimonio de la Comunidad Autónoma*, así como su administración, conservación y defensa». Ese es también el tenor literal de la rúbrica del Capítulo III del Título VIII del Estatuto de Au-

---

[10] El «Proyecto de Ley del Patrimonio de Aragón» fue calificado y admitido a trámite por la Mesa de las Cortes de Aragón el día 30 de junio de 2010, siendo publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón (BOCA) núm. 237, VII Legislatura, de 1 de julio de 2010.

Por su parte, el «Proyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio público y la Contratación local de Aragón» fue calificado y admitido a trámite por la Mesa de las Cortes con fecha 9 de diciembre de 2010 y publicado en el B.O.C.A. núm. 263, VII Legislatura, de 15 de diciembre de 2010. Dicho Proyecto de Ley caducó al no haber sido aprobado antes de la expiración del mandato de las Cortes de Aragón.

tonomía y el que asimismo se deduce de lo dispuesto en el artículo 71 de la norma institucional básica aragonesa[11].

II. EL OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. La disposición adicional sexta de la Ley del Patrimonio de Aragón

El Presidente del Gobierno de la Nación interpone recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón (LPA), al estimar que este precepto entra en directa contradicción con el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), afirmándose por la representación estatal en el escrito de recurso que existe una frontal contradicción entre el precepto autonómico impugnado y el estatal de contraste en cuanto cada uno de ellos atribuye la titularidad de los mismos bienes a entidades territoriales distintas.

Así, en primer lugar, por lo que respecta a la Ley aragonesa, la disposición adicional sexta de la LPA impugnada establece lo siguiente:

> «Disposición adicional sexta. *Fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.*
>
> 1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria se incluirán también en el acta de reorganización de la concentración parcelaria, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma.
>
> 2. El departamento competente en materia de concentración parcelaria está facultado, dentro de los cinco años siguientes a la fecha del acta, para reconocer el dominio de estas fincas a favor de quien lo acredite suficientemente y para ordenar en tal caso que se protocolicen las correspondientes rectificaciones del acta de reorganización, de las cuales el notario expedirá copia a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad con sujeción al mismo régimen del acta.
>
> 3. Transcurridos los cinco años a que se refiere el apartado anterior, el departamento competente en materia de concentración parcelaria remitirá al que lo sea en materia de patrimonio agrario una relación de los bienes cuyo dueño no hubiese aparecido, con mención de las situaciones posesorias que figuren en el acta de reorganización.

---

[11] El Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, en el listado de materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma recogido en el artículo 71, diferencia entre las competencias sobre «el régimen de los bienes locales» (apartado 5º) y las competencias sobre los «bienes de dominio público y patrimoniales» de titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón (apartado 7º).

> 4. Los bienes indicados en el apartado anterior se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento, en el que se dará publicidad a la correspondiente propuesta en el «Boletín Oficial de Aragón» y en el ayuntamiento en cuyo término municipal estén ubicadas las fincas.
>
> 5. El departamento competente en materia de concentración parcelaria queda facultado hasta que se produzca la atribución prevista en el apartado anterior para ceder el uso en precario al ayuntamiento que corresponda, a la entidad local menor o a la comunidad de regantes, el cultivo o el uso de las fincas sin dueño.»

Por su parte, la Ley estatal prevé en el artículo 17 LPAP la siguiente regulación:

> «Artículo 17. *Inmuebles vacantes.*
>
> 1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.
>
> 2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley.
>
> 3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.
>
> 4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.»

La representación estatal considera que la disposición adicional sexta de la LPA, frente a lo previsto en el artículo 17 LPAP, viene a atribuir a la Comunidad Autónoma de Aragón la propiedad de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria, las llamadas fincas de reemplazo, desplazando de esta manera a la Administración General del Estado en la titularidad de tales bienes. Por ello, entiende el Gobierno de la Nación que Aragón se ha extralimitado en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de patrimonio y, por consiguiente, solicita del Tribunal Constitucional que declare inconstitucional y nulo el precepto impugnado.

Según esta interpretación, nos encontramos ante una norma que atribuye *ex lege* a Aragón la propiedad de unos muy concretos inmuebles vacantes, las fincas de reemplazo. En apoyo de esta tesis se alega, asimismo, el contenido del Preámbulo de la LPA, en el que después de citar como uno de los modos de adquisición de bienes y derechos a favor de la Comunidad Autónoma por atribución de la ley el régimen de sucesión legal recogido en la Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, dictada en el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral, se afirma lo siguiente:

> «Conforme con lo anterior, se ha recogido también en el texto de esta ley la incorporación al patrimonio de Aragón de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria»[12].

Sin embargo, el contenido de la disposición adicional sexta de la LPA es ambivalente, de forma que la anterior no es la única interpretación posible de dicho precepto, sino que cabe también, atendiendo a la literalidad de la norma aragonesa impugnada, alcanzar un significado ciertamente muy distinto al señalado por la representación estatal en el recurso de inconstitucionalidad. Por consiguiente, como se expone seguidamente, nos encontramos ante dos posibles interpretaciones bien distintas de esta norma.

2. Dos interpretaciones bien distintas de la norma impugnada

a) *Adscripción al patrimonio agrario de Aragón*

Debe destacarse que en la disposición adicional sexta objeto del recurso únicamente se emplea el término *«adscripción»*, para referirse a la puesta a disposición de la Administración autonómica de tales bienes inmuebles vacantes, pero no se utilizan a estos efectos los términos *«titularidad»*, *«propiedad»* o *«dominio»*, mientras que en el artículo 17 LPAP sí se habla expresamente de *«adquisición»* y de *«pertenencia»*. E, igualmente, cabe señalar que en el Preámbulo de la LPA, se dice «*incorporación* al Patrimonio de Aragón», término éste tampoco necesariamente equivalente a la adquisición de la propiedad de bienes inmuebles.

En efecto, la disposición adicional sexta de la LPA en ningún momento se refiere a la *«titularidad»* ni a la *«propiedad»* o al *«dominio»* de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre las fincas de reemplazo procedentes de un proceso de concentración parcelaria; tampoco habla de *«adquisición»* de esos bienes ni de su *«pertenencia»* a la Comunidad Autónoma. Lo que se afirma, literalmente, en el apartado 4 de la mencionada disposición adicional es que tales fincas «*se adscribirán* al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento», pero parece evidente que *«adscripción»* no equivale necesaria y únicamente a *«titularidad»*, *«dominio»* o *«propiedad»* de un bien, sino que puede tener otras interpretaciones jurídicas que no significan precisamente la pertenencia a título de dueño de ese bien, en este caso unas fincas procedentes de un proceso de concentración parcelaria.

Al respecto, la propia legislación sobre patrimonio, tanto la estatal como la aragonesa, nos indica con claridad el limitado alcance que en esta materia posee el término *«adscripción»*. Así, el artículo 73.3 LPAP dispone que «[L]a adscripción no alterará la titularidad sobre el bien», expresándose en idéntico sentido el artículo 90.2 de la Ley aragonesa. Recordemos que la adscripción de un bien transfiere las facultades y obligaciones de uso, administración y conservación del mismo, pero nunca su titularidad.

---

[12] Se trata, en concreto, del cuarto párrafo del apartado 2 del Preámbulo de la LPA.

Asimismo, en el marco de las relaciones interadministrativas en materia patrimonial regulado en la citada Ley estatal, el artículo 185 LPAP contempla la posibilidad, con relación a bienes determinados, de la adopción de cuantos actos de gestión patrimonial, entre ellos las adscripciones, puedan contribuir al pleno desarrollo de los principios recogidos en el artículo 8 de esta Ley, referidos a los bienes y derechos patrimoniales: eficiencia y economía en su gestión; eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos; publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes; identificación y control a través de inventarios o registros adecuados; y colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes[13].

En definitiva, la propia LPAP concibe la *adscripción* de bienes como un «acto de gestión patrimonial», pero en ningún caso como un modo de adquisición de bienes y derechos, como se deduce asimismo de lo establecido en el artículo 15 LPAP, en el que se detallan los modos en que las Administraciones públicas pueden adquirir bienes y derechos: a) por atribución de la ley; b) a título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación; c) por herencia, legado o donación; d) por prescripción; y e) por ocupación. Queda fuera de esta relación, por tanto, la adscripción de bienes, en cuya virtud no es posible modificar, alterar, la titularidad de los mismos.

Por otro lado, insistiendo en esta interpretación del precepto cuestionado, «alternativa» a la seguida por la representación estatal en el recurso de inconstitucionalidad, el alcance y contenido de la disposición adicional sexta de la LPA ahora impugnada no son muy diferentes de la regulación establecida en otras leyes autonómicas en materia de patrimonio, las cuales, sin embargo, no han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ni tampoco han motivado el inicio del procedimiento bilateral de solución de conflictos entre el Estado y una Comunidad Autónoma previsto en el artículo 33 LOTC. Se trata, en concreto, de las respectivas Leyes de Patrimonio aprobadas por los Parlamentos riojano y cántabro, ambas con posterioridad a la entrada en vigor de la LPAP.

Así, en primer lugar, la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, establece en el artículo 36 lo siguiente:

> «Artículo 36. *Naturaleza.*
>
> 1. La Consejería competente en materia de Hacienda tiene la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que formen o puedan formar parte

---

[13] El artículo 185 LPAP establece lo siguiente:

> «Artículo 185. Iniciativa de las Administraciones para la gestión de bienes públicos.
>
> En el marco de las relaciones de cooperación y coordinación, y en relación con bienes determinados, las distintas Administraciones públicas podrán solicitar a los órganos competentes de las Administraciones titulares de los mismos la adopción, respecto de éstos, de cuantos actos de gestión patrimonial, como afectaciones, desafectaciones, mutaciones demaniales, adscripciones o desadscripciones, que consideren pueden contribuir al pleno desenvolvimiento y efectividad de los principios recogidos en los artículos 6, 8 y 183 de esta ley.»

del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a fin de determinar, cuando no le conste, su titularidad sobre los mismos así como los usos a que son destinados.

2. No será necesario tramitar el procedimiento de investigación cuando con motivo de concentraciones parcelarias *se asignen* a la Comunidad Autónoma de La Rioja fincas de reemplazo carentes de titular. El acto o acuerdo de asignación al que se refiere el artículo 49 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, será dictado por el Consejero competente en materia de Hacienda y será título suficiente para la toma de posesión»[14].

La segunda norma autonómica que cabe reseñar al respecto es la Ley de Cantabria 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en cuyo artículo 21 se dispone lo siguiente:

«Artículo 21. *Asignación de fincas de reemplazo en procedimientos de concentración parcelaria.*

No será necesario tramitar el procedimiento de investigación cuando con motivo de concentraciones parcelarias *se asignen* a la Comunidad Autónoma fincas de reemplazo carentes de titular, si así lo prevé la legislación específica sobre la materia.

El acto o acuerdo de asignación constituirá título suficiente para la toma de posesión e inscripción de las mismas a favor de la Comunidad Autónoma.»

En ambos preceptos de las citadas normas autonómicas, como vemos, se habla de *«asignación»*, que es precisamente el término utilizado en el artículo 49 LPAP[15]. Ello es debido a que ambos preceptos vienen a ser una traslación a los ordenamientos jurídicos de La Rioja y de Cantabria, previa la correspondiente adaptación, de dicho artículo 49 LPAP, el cual ha sido dictado al amparo del artículo 149.1.8ª CE y es calificado por el ya mencionado dictamen del Consejo de Estado núm. 1828/2011, de 17 de noviembre, como regla general que complementa el artículo 17 LPAP. Recordemos al respecto que tanto La Rioja como Cantabria, a diferencia de Aragón, se rigen por el Derecho Civil común, por la legislación civil del Estado, al carecer de Derecho civil, foral o especial, propio; y, en consecuencia, carecen de competencia en materia de legislación civil. Además, según se dispone expresamente en el artículo 36.2 de la Ley de Patrimonio

---

[14] Resulta significativo, a estos efectos, que el transcrito artículo 36, con el que se inicia la sección 3ª («Potestad de investigación»), esté incluido en el Capítulo III del Título II («Protección y defensa del patrimonio») de la Ley riojana de Patrimonio, dado que la rúbrica del Capítulo III es «Prerrogativas y potestades de la Comunidad Autónoma de La Rioja con respecto a *sus bienes*».

[15] El artículo 49 LPAP dispone lo siguiente:

«Artículo 49. Asignación de fincas de reemplazo en procedimientos de concentración parcelaria.

No será necesario tramitar el procedimiento de investigación cuando con motivo de concentraciones parcelarias se asignen a la Administración General del Estado fincas de reemplazo carentes de titular.

El acto o acuerdo de asignación constituirá título suficiente para la toma de posesión e inscripción de las mismas a favor de la Administración.»

de La Rioja, corresponde al Consejero autonómico competente en materia de Hacienda, y no a una autoridad estatal, dictar el correspondiente acuerdo de asignación a la Comunidad Autónoma de las fincas de reemplazo carentes de titular.

Sin embargo, ni el artículo 36.2 de la Ley 11/2005, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ni el artículo 21 de la Ley 3/2006, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, han merecido ninguna tacha de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la Nación. Por consiguiente, y en coherencia, difícilmente podrían advertirse criterios que permitieran sostener fundadamente una supuesta inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta de la Ley aragonesa 5/2011, interpretada de la manera indicada.

Por ello mismo, a partir de esta interpretación literal, «alternativa», de la disposición adicional sexta de la LPA, tampoco puede compartirse la afirmación expresada por la representación estatal en el escrito del recurso cuando señala que la citada disposición autonómica es inconstitucional por haber fijado un plazo de cinco años para que los inmuebles vacantes pasen a ser de titularidad pública, frente a la inmediatez prevista en el artículo 17 LPAP.

En realidad, siguiendo una interpretación literal del precepto autonómico, la disposición adicional sexta de la LPA no se está refiriendo a la fijación de un plazo determinado para el reconocimiento de la titularidad de las fincas de reemplazo a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que los cinco años previstos es el plazo concedido para reconocer el dominio de estas fincas a favor de quien lo acredite suficientemente y para ordenar en tal caso que se protocolicen las correspondientes rectificaciones del acta de reorganización.

De esta manera, de acuerdo con el apartado 1 *in fine* de la disposición adicional impugnada, en dicho plazo de cinco años, contado a partir de la fecha del acta de reorganización de la concentración parcelaria, tales fincas «no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma». Y únicamente cuando hayan transcurrido los cinco años establecidos, los bienes inmuebles cuyo dueño no hubiese aparecido «se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento», de conformidad con lo exigido en el ya citado apartado 4 del precepto objeto del recurso. Se trata, por tanto, de alcanzar una mayor seguridad jurídica, una mejor garantía de los diferentes derechos e intereses legítimos presentes en todo proceso de concentración parcelaria, caracterizado por su gran complejidad.

En este sentido, de nuevo debe señalarse que la previsión contenida en el citado apartado 1 de la disposición adicional sexta de la LPA, relativa a la inscripción, en su caso, de las fincas de reemplazo «a nombre de la Comunidad Autónoma», no puede ser interpretada única y exclusivamente como equivalente a una inscripción registral como propietaria de tales bienes. Así se deduce, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 100.1 LPA, relativo a la publicidad registral, en el que se alude a «la inscripción de los actos de afectación, mutación demanial, desafectación, adscripción, desadscripción e incorporación».

Además, el mencionado plazo de cinco años de necesaria espera hasta que sea posible por la Administración pública la toma de posesión e inscripción de las fincas de reemplazo procedentes de concentraciones parcelarias, es también el contemplado respecto de la Administración General del Estado en la propia normativa estatal vigente, concretamente en la disposición adicional segunda del Reglamento General de la LPAP[16]. En coherencia, por consiguiente, también debería predicarse la nulidad de este precepto reglamentario, por ser contrario a lo establecido en el artículo 17 LPAP, contraviniendo así el principio de jerarquía normativa proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Finalmente, cabe añadir dos argumentos más en apoyo de esta interpretación de la disposición adicional sexta de la LPA. El primero de carácter sistemático, en el sentido de que si realmente se trata de una norma atributiva *ex lege* de la propiedad de las fincas de reemplazo en favor de la Comunidad Autónoma, habría sido más correcto técnicamente ubicar este precepto en el Capítulo II del Título II de la Ley, relativo a la adquisición de los bienes y derechos del patrimonio de Aragón; así sucede con las adquisiciones hereditarias a favor de Aragón en virtud de ley, mencionadas en el artículo 20 LPA.

El segundo argumento no es ciertamente jurídico, sino de oportunidad: si el legislador aragonés, por medio de la disposición adicional sexta de la LPA, y frente a la regulación contenida en el artículo 17 LPAP, pretende establecer en favor de la Comunidad Autónoma una norma atributiva *ex lege* de la propiedad de las llamadas fincas de reemplazo, cabe plantearse por qué limitar esta previsión a unos muy concretos bienes inmuebles. Así, podría pensarse que puestos a ignorar la citada legislación estatal, el alcance de la atribución por ministerio de la ley de la propiedad debería extenderse al mayor ámbito posible y, por tanto, a todos los bienes inmuebles vacantes en el territorio de la Comunidad Autónoma. Sobre todo, teniendo en cuenta los precedentes constituidos por la Ley de Castilla y León 14/1990, de 18 de noviembre, de Concentración Parcelaria, y la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, que serán objeto de análisis en otro apartado de este trabajo.

En definitiva, la disposición adicional sexta de la LPA impugnada también puede ser objeto de una interpretación ajustada a lo previsto en el artículo 17

---

[16] La disposición adicional segunda del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (publicado en el B.O.E. núm. 226, de 18 de septiembre), dispone lo siguiente:

> «Disposición adicional segunda. Concentración parcelaria.
>
> Para la toma de posesión e inscripción de las fincas procedentes de concentraciones parcelarias en las que se asignen a la Administración General del Estado fincas de reemplazo de otras carentes de titular, una vez cumplido el plazo de cinco años desde la suscripción del acta de protocolización de reordenación de la propiedad, previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por el Decreto 118/1973, de 12 de enero, la Unidad de Patrimonio de la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente procederá a la identificación de la finca y a la comprobación de su situación posesoria.
>
> Si de estas actuaciones no se dedujera obstáculo alguno, el Delegado de Economía y Hacienda acordará la incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado

LPAP, de forma que no exista esa «frontal contradicción» entre ambos preceptos, alegada por la representación estatal en el recurso de inconstitucionalidad, sino una compatibilidad entre la disposición autonómica y la norma estatal de contraste. Por consiguiente, en virtud de esta interpretación, las fincas de reemplazo procedentes de un proceso de concentración parcelaria se adscribirían al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón para el cumplimiento de los fines propios derivados de este tipo de procesos, ostentando la Administración General del Estado su propiedad.

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional podría resolver el litigio suscitado sobre la supuesta inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta de la LPA aplicando su propio criterio de actuación en los procesos de enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, denominado de «interpretación conforme», avalado por una reiterada doctrina del Alto Tribunal, en cuya virtud el Tribunal Constitucional sólo declara la nulidad de una ley, o de alguno de sus preceptos, cuando no resulte posible una interpretación de la misma conforme con la Constitución. Este criterio, fundamentado en el principio de conservación de la ley impugnada, el cual a su vez se asienta en el principio de seguridad jurídica –proclamado en el artículo 9.3 CE– y en la legitimidad democrática del legislador –reconocida en el artículo 66.1 CE–, ha dado lugar a las denominadas «sentencias interpretativas», que declaran la constitucionalidad de una ley siempre que ésta se interprete en un concreto y determinado sentido, recogido expresamente en alguno de los fundamentos jurídicos de la correspondiente Sentencia del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, se considera inconstitucional según otra determinada interpretación[17].

Así, en la Sentencia 93/1984, de 16 de octubre, afirma el Tribunal Constitucional que *«es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos impugnados de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación»* (FJ 5), citándose en ella, en este mismo sentido, la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 1.B). Igualmente, como se argumenta en un voto particular formulado por uno de sus Magistrados a la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, «el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que *«la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la*

---

de la finca, su inscripción en el Registro de la Propiedad y su incorporación al Catastro y al Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

En caso contrario se elevarán las actuaciones a la Dirección General del Patrimonio del Estado, quien resolverá lo que proceda, pudiendo instar ante el órgano de la Comunidad Autónoma que acordó la asignación que proceda a la adopción de las medidas pertinentes, incluida en su caso la revocación de la misma.»

17 Sobre las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, puede consultarse el trabajo de Francisco Rubio Llorente sobre la jurisdicción constitucional, contenido en su libro *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 387-388 y, en particular, pp. 483-489.

Constitución» (STC 108/1986, de 29 de julio), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, *«resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley»* (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18)»[18].

Como conclusión de todo lo hasta aquí expuesto, si se interpreta la disposición adicional sexta de la LPA en el sentido de que las fincas de reemplazo procedentes de un proceso de concentración parcelaria se adscribirían al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón, ostentando la Administración General del Estado su propiedad, no habría ninguna contradicción entre dicho precepto y el artículo 17 LPAP, en cuyo caso podría el Tribunal Constitucional dictar una sentencia desestimatoria de la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Presidente del Gobierno, y declarar que la citada norma de la Ley aragonesa no es contraria a la Constitución.

b) *Adquisición* ex lege *por Aragón de la propiedad*

La otra posible interpretación del alcance de la disposición adicional sexta de la LPA es, precisamente, la que ha motivado la interposición por el Gobierno de la Nación del recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011, al negar el Estado que una Comunidad Autónoma pueda atribuirse por ministerio de la ley (concretamente de una ley autonómica) la propiedad de bienes inmuebles vacantes. Así, como ya se ha señalado, la representación estatal afirma en el escrito del recurso que la citada disposición aragonesa entra en frontal contradicción con el artículo 17 LPAP, en cuanto cada uno de ellos atribuye la titularidad de los mismos bienes, las fincas de reemplazo procedentes de un proceso de concentración parcelaria, a entidades territoriales distintas, Comunidad Autónoma de Aragón y Administración General del Estado, respectivamente, considerando el Estado que Aragón se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias.

De nuevo debe rechazarse la categórica afirmación de la representación estatal contenida en el escrito del recurso de inconstitucionalidad, pues no puede compartirse que exista una «frontal contradicción» entre el precepto autonómico impugnado y el estatal de contraste. Y ello porque la disposición adicional sexta de la LPA no se está refiriendo a todos y a cada uno de los inmuebles existentes en Aragón que pudieren ser calificados como vacantes, sino que limita su objeto a un supuesto muy concreto: las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo

---

[18] Esta doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 247/2007 aparece expuesta en el voto particular formulado por el Magistrado R. García-Calvo y Montiel, quien a continuación del texto transcrito anteriormente, afirma lo siguiente: «Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también sus límites, pues esta técnica no permite a este Tribunal *«ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos»* (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre), ni *«reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional»* (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4)».

dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria. Por tanto, a diferencia del artículo 17 LPAP, relativo a todos los bienes inmuebles que carecieren de dueño, la norma aragonesa no contiene una declaración de alcance general, dirigida a todos los bienes inmuebles vacantes en el territorio de la Comunidad Autónoma, sino que afecta única y exclusivamente a las llamadas fincas de reemplazo.

¿Se ajusta a la Constitución la disposición adicional sexta de la LPA, así interpretada? ¿Puede válidamente la Comunidad Autónoma de Aragón, en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo con la Constitución, aprobar una norma como la citada en cuya virtud adquiera por ministerio de la ley la propiedad de las fincas de reemplazo, desplazando por completo de esa titularidad a la Administración General del Estado?

En mi opinión, la disposición adicional sexta impugnada es acorde con el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en particular en materia de legislación civil. Por consiguiente, la norma aragonesa es constitucional, con base en la argumentación que se expone en los siguientes apartados del presente trabajo.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES INVOCADOS EN EL RECURSO

Tanto en el escrito del recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011 promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la LPA, como en el Dictamen núm. 1828/2011 de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de fecha 17 de noviembre de 2011, relativo a la citada norma de la Ley aragonesa y emitido con carácter preceptivo y previo a la interposición del recurso, así como en el Dictamen núm. 1399/2007 de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de fecha de 12 de julio de 2007, emitido con carácter previo a la interposición por el Presidente del Gobierno de España de un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 15 y 16 de la Ley Foral de Navarra 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, se invocan prácticamente los mismos antecedentes legislativos y jurisprudenciales para fundamentar la nulidad de los preceptos autonómicos impugnados.

Se trata, en concreto, de los siguientes antecedentes: a) la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1982, de 27 de julio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 11/1981, de 7 de diciembre, que regula el Patrimonio de la Generalitat de Cataluña; b) la STC 150/1998, de 2 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido asimismo por el Estado contra algunos preceptos de la Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria; y c) la STC 204/2004, de 18 de noviembre, que resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad formuladas con relación al ya derogado ar-

tículo 29.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y cuyo contenido viene a ser coincidente con el del artículo 18.1 LPAP.

Sin embargo, cabe cuestionarse si estos antecedentes pueden, realmente, servir de base para fundamentar una declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta de la LPA. Además, las tres Leyes citadas sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Alto Tribunal fueron aprobadas muchos años antes de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que es la norma de contraste con la disposición adicional sexta de la LPA impugnada. Y, asimismo, dos de las tres Sentencias del Tribunal Constitucional invocadas por la representación estatal en el escrito del recurso son también anteriores al año 2003.

Así, en primer lugar, alega la representación estatal la STC 58/1982, de 27 de julio, que declara inconstitucional y, por tanto, nulo el artículo 11 de la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña. Recordemos que en dicho proceso de inconstitucionalidad se cuestiona la norma catalana al estimarse contraria a lo prescrito por los artículos 21 y 22 de la entonces vigente Ley del Patrimonio del Estado, de 1964[19]. El artículo 11 de la Ley catalana 11/1981 establecía lo siguiente:

> «Artículo 11.
>
> La Generalidad puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. En este supuesto corresponderá a la Generalidad la prueba de su derecho y los detentadores o poseedores no podrán ser inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio por sentencia firme.»[20]

---

[19] El Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado fue aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.

Tras casi cuarenta años de vigencia, esta Ley es derogada por la LPAP, en cuya Exposición de Motivos se afirma al respecto lo siguiente: *«Factores destacados de esta evolución han sido, entre otros de menor importancia, la aprobación de la Constitución de 1978 que, por una parte, dedica un artículo específico, el 132, a los bienes públicos demandando leyes para regular «el Patrimonio del Estado» y «el régimen jurídico de los bienes de dominio público» y, por otra, articula territorialmente el Estado sobre la base de comunidades autónomas, competentes, cada una de ellas para regular su patrimonio propio.»*

[20] De un contenido similar al artículo 11 de la Ley catalana 11/1981 es el vigente artículo 15 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, objeto también de impugnación por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucional número 572-2008, y que dispone lo siguiente:

> «Artículo 15. *Inmuebles vacantes.*
>
> Pertenecen a la Comunidad Foral de Navarra, por ministerio de esta Ley Foral, los inmuebles situados en su territorio que carecieren de dueño.
>
> No obstante, no se derivarán obligaciones o responsabilidades para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por razón de la propiedad, en tanto no se produzca la incorporación de los mismos a su Patrimonio previa instrucción de un expediente que se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Ley Foral.»

En la invocación de la STC 58/1982, de 27 de julio, se destacan por la representación estatal, en concreto, las siguientes argumentaciones del Tribunal Constitucional (contenidas en su FJ 3):

> «(…) lo que en este punto hace la Ley catalana es subrogar al Patrimonio de la Generalidad en el lugar del Patrimonio del Estado, y para esto, como es evidente, carece la Generalidad de toda competencia. Una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio Patrimonio, y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporarán a éste, sino al de la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares.
>
> El derecho sobre los bienes ocupados o retenidos sin título válido es una derivación de la vieja regalía, como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10,22,6) al referirse a «los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona...». Con la objetivación del poder y la fusión de los derechos mayestáticos en la noción única del poder soberano, este derecho pasa al Estado, traslación que entre nosotros se opera de manera positiva mediante la Ley de 9 de mayo de 1835 (Colección Legislativa, tomo XX, p. 173). En cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes podrían en principio ser atribuidos a entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución.»

Es cuestionable, como se ha indicado, la aplicación de esta doctrina del Tribunal Constitucional para fundamentar la impugnación de la disposición adicional sexta de la LPA. En la actualidad, difícilmente puede servir como criterio de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas el origen histórico de la regla de atribución al Estado de los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes. En el presente año 2012, casi treinta y cinco años después de la aprobación de la Constitución de 1978, en cuya virtud España se ha constituido en un Estado social y democrático de Derecho, en el que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado, cuya forma política es la Monarquía parlamentaria y su estructura territorial se ha edificado como un Estado complejo, basado en el reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran (arts. 1 y 2 CE), resulta evidente que la atribución o la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede basarse ni en la Novísima Recopilación de 1785, ni en la Ley de Mostrencos de 1835 ni en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Hay incluso quien, hoy en día, se remonta hasta Las Partidas (siglo XIII) para justificar la atribución al Estado de la propiedad de los bienes vacantes[21].

---

[21] Mª Belén Miguélez Fernández señala que *«se trata de una opción del legislador, pero éste, ya desde Las Partidas, decide la atribución de tal propiedad a la Administración General del Estado, en detrimento tanto de los particulares, frente al sistema permitido por el Derecho Romano, como de otras Administraciones existentes con anterioridad a la Constitución Española de 1978, como son los Entes Locales»*, en *Comentarios a la Ley del*

Además, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en la principal de sus Sentencias sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 13), el término «Estado» es ambiguo. Según el Alto Tribunal, el principio general que se proclama en el artículo 3.1 del Estatuto de Autonomía catalán de que «la Generalitat es Estado», *«es una afirmación indiscutible por cuanto, en efecto, el Estado, en su acepción más amplia, esto es, como Estado español erigido por la Constitución Española, comprende a todas las Comunidades Autónomas en las que aquél territorialmente se organiza (por todas, STC 12/1985, de 30 de enero, FJ 3) y no únicamente al que con mayor propiedad ha de denominarse «Estado central», con el que el Estado español no se confunde en absoluto, sino que lo incluye para formar, en unión de las Comunidades Autónomas, el Estado en su conjunto. (…) la Generalitat es, con perfecta propiedad, Estado (…)».*

Asimismo, cabe destacar que en la cita de carácter histórico recogida en la STC 58/1982, de 27 de julio, se incluyen expresamente los bienes abintestatos. Sin embargo, como se analizará con más detalle en otro apartado del presente trabajo, en la actualidad los bienes abintestatos ya no los adquiere exclusivamente el «Estado central». Por el contrario, también se atribuye su propiedad por ministerio de la ley a aquellas Comunidades Autónomas que, como Aragón, en virtud del artículo 149.1.8ª de la Constitución, han asumido competencias en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, desplazando de esta forma a la Administración General del Estado, en sus respectivos territorios, de la titularidad de dichos bienes. Así, debe señalarse que la atribución *ex lege* a estas Comunidades Autónomas de los bienes abintestatos no se ha llevado a cabo por «el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado», esto es, no se ha aprobado mediante una Ley de las Cortes Generales, sino que la modificación de la anterior atribución al Estado de los citados bienes en beneficio de algunas Comunidades Autónomas ha sido realizada unilateralmente por éstas, por medio de una Ley del respectivo Parlamento autonómico. No obstante lo cual, el artículo 956 del Código Civil (Cc) continúa proclamando en la actualidad que *«[a] falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (…)».*

En definitiva, no sólo una sino varias partes del Estado, concretamente las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, han podido modificar por sí mismas la anterior atribución *ex lege* de los bienes abintestatos a la Administración General del Estado. Por consiguiente, si la modificación de la atribución de los bienes abintestatos en favor de determinadas Comunidades Autónomas, aprobada por éstas y no por una Ley estatal, es constitucionalmente posible, ¿cómo negar la constitucionalidad de una modificación de la atribución de los bienes vacantes a favor de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, mediante una ley autonómica? No debe olvidarse, además, que los bienes abintestatos son también bienes vacantes, bienes sin dueño, participando de su misma naturaleza jurídica.

Patrimonio de las Administraciones Públicas (dir. De Fuentes Bardají, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, p. 278.

En segundo lugar, la representación estatal invoca para fundamentar la impugnación de la disposición adicional sexta de la LPA la STC 150/1998, de 2 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido asimismo por el Estado contra algunos preceptos de la Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria. En particular, el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y, por tanto, nulos los artículos 66, apartados 1, 3 y 4, y 100.b) de la Ley castellano-leonesa 14/1990, que establecían lo siguiente:

> «Artículo 66.
>
> 1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante el período normal de investigación, se incluirán también en el Acta de Reorganización, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.
>
> 3. Transcurridos los cinco años a que se refiere el párrafo anterior, la Dirección General remitirá a la Consejería de Economía y Hacienda, a los efectos determinados en la legislación sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma, relación de los bienes cuyo dueño no hubiere aparecido con mención de las situaciones posesorias que figuren en el Acta de Reorganización.
>
> 4. La Dirección General queda facultada para ceder en precario al Ayuntamiento que corresponda el cultivo de las fincas sin dueño conocido que nadie posea. La Consejería de Economía y Hacienda destinará las citadas fincas al Fondo de Tierras o a la realización en ellas de obras de restauración del medio natural.»
>
> «Artículo 100.
>
> En cada zona de concentración parcelaria si es posible, y analizada su conveniencia, se constituirá un Fondo de Tierras que se formará, en lo posible, con las siguientes aportaciones:
>
> b) Fincas de propietarios desconocidos que se adjudiquen a la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.»[22]

De la STC 150/1998, de 2 de julio, la representación estatal destaca en el escrito del recurso la siguiente argumentación del Tribunal Constitucional, contenida en su Fundamento Jurídico 3:

> «Lo dicho tiene su fundamento, como señala correctamente el Abogado del Estado, en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos. Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las

---

[22] En el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1828/2011, relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la LPA, se afirma que el artículo 66 de la Ley de Castilla-León 14/1990 *«regulaba el destino de las fincas de reemplazo sin dueño conocido procedentes de procesos de concentración parcelaria en términos prácticamente idénticos»* a los de la norma aragonesa impugnada. Sin embargo, hay una diferencia muy relevante entre ambas Leyes autonómicas: sólo la Ley castellano-leonesa, en el artículo 100.b), menciona expresamente la *adjudicación* a la Comunidad Autónoma de las fincas de reemplazo.

> Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8 CE), deberá ser una Ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado. Por ello, procede declarar inconstitucionales el art. 66.1.3 y 4 y, por conexión, del art. 100.b).»

Con este párrafo de su Sentencia 150/1998, el Tribunal Constitucional en realidad básicamente está rechazando la pretensión de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de fundamentar la atribución *ex lege*, en su favor, de la propiedad de las fincas de reemplazo en la competencia autonómica en materia de concentración parcelaria y en la necesidad de dicha atribución para la eficacia de las medidas de concentración parcelaria que ponía en marcha la Ley castellano-leonesa 14/1990, de 28 de noviembre.

En todo caso, lo más relevante de esta Sentencia del Alto Tribunal es el reconocimiento expreso por el Tribunal Constitucional de la naturaleza civil de la norma reguladora del régimen jurídico en general y del destino, en particular, de los bienes vacantes, materia ésta cuya competencia corresponde al Estado, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE, por lo que «deberá ser una Ley estatal la que realice tal atribución» de la propiedad de los bienes vacantes a las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, con base en la propia argumentación del Tribunal Constitucional, podría defenderse que esa necesaria Ley estatal que permitiría realizar la atribución *ex lege* a determinadas Comunidades Autónomas de los bienes vacantes es la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y más en concreto, el apartado 2 de la disposición final segunda de la LPAP, relativa a los títulos competenciales al amparo de los cuales el Estado aprueba esta Ley, cuando proclama que el artículo 17 LPAP se dicta al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución, y es *«de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan»*.

Obviamente, la expresión *«de aplicación general»* no es equivalente a *«de aplicación exclusiva»* ni tampoco a *«de aplicación con el carácter de legislación básica»*[23]. De esta forma, al reconocer el Tribunal Constitucional la naturaleza civil de la norma atributiva *ex lege* de la propiedad de los bienes vacantes, concepción recogida asimismo en una Ley estatal como es la LPAP, se ha abierto la puerta para que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan entrar a legislar,

---

[23] No es posible, por ello, compartir la afirmación contenida en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 805/2003, de 3 de abril, sobre el «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», en el apartado VIII.C).4), referido a los artículos 17 y 18 del anteproyecto, cuando sostiene lo siguiente: *«(…) hay que destacar que el anteproyecto atribuye ya expresamente carácter básico a estos dos preceptos, declarando así que los bienes vacantes corresponden, exclusivamente, a la Administración General del Estado, sin que las Comunidades Autónomas puedan, por vía legislativa, atribuir esa propiedad a sus propios órganos o a las entidades locales»*.

legítimamente, sobre la atribución de la propiedad de los bienes vacantes que se hallen en su respectivo territorio.

Finalmente, en tercer lugar, invoca la representación estatal en favor de sus tesis la STC 204/2004, de 18 de noviembre. En este supuesto, a diferencia de las dos Sentencias anteriores, no dirime el Tribunal Constitucional una controversia suscitada entre el Estado y una Comunidad Autónoma, sino que resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona en los años 1995 y 1997, respectivamente, en relación con el artículo 29.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP), aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (ya derogado)[24].

En concreto, el órgano judicial eleva al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad del artículo 29.2 LGP en relación con el artículo 33 CE, «en cuanto puede lesionar el derecho de propiedad la declaración de abandono de valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, por no practicarse gestión por los interesados que impliquen el derecho de propiedad durante 20 años».

Además, debe destacarse que ambas cuestiones de inconstitucionalidad traen causa de sendas demandas interpuestas por la Abogacía del Estado contra dos Cajas de Ahorros para que se declarase la obligación de éstas de entregar al Estado los depósitos abandonados durante veinte años y se las condenara a entregarle todos los saldos en que dicho plazo se hubiera cumplido con posterioridad a la promulgación de la entonces vigente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. Esto es, el litigio originario del que más tarde surgieron las cuestiones de inconstitucionalidad finalmente resueltas por la STC 204/2004, se había producido entre la Administración General del Estado y dos entidades financieras, siendo ajenas por completo a esta controversia las Comunidades Autónomas.

---

[24] El artículo 29.2 LGP establecía lo siguiente:

> «2. Son bienes abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o Entidades.»

En la actualidad, el artículo 18.1 LPAP contiene una regulación muy similar:

> «Artículo 18. Saldos y depósitos abandonados.
>
> 1. Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años.»

Por consiguiente, las dudas de constitucionalidad sobre el artículo 29.2 LGP que resuelve la STC 204/2004, de 18 de noviembre, no guardan ninguna relación con la impugnación de la disposición adicional sexta de la LPA. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona viene a cuestionar, por un lado, la extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono de saldos y depósitos en entidades financieras; y, por otro, la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados, y no a las entidades financieras depositarias. Por ello, como afirma el Tribunal Constitucional, *«[e]l juego del precepto cuestionado supone una previsión alternativa al régimen general de prescripción de las acciones civiles en las entidades o establecimientos de crédito, que impide que éstas pudieran eventualmente beneficiarse de los efectos de dicha suscripción para reclamar los saldos abandonados por sus titulares, atribuyéndose dichos saldos al Estado»* (FJ 7).

Asimismo, con relación a la atribución de los citados bienes en favor del Estado y no de las entidades financieras depositarias, aclara el Alto Tribunal en esta Sentencia (FJ 8) que, en cuanto bienes *nullius*, el Estado los adquiere por atribución de la Ley, de forma que esta regla atributiva constituye una excepción al régimen general, dispuesto en el artículo 610 del Código civil, de adquisición de la propiedad de los bienes muebles por ocupación; añadiendo a continuación el Tribunal Constitucional lo siguiente:

> «Ha de resaltarse, en este sentido, que la regla atributiva en favor del Estado que se recoge en el precepto cuestionado es la plasmación de una específica y determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto.
>
> Pues bien, ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius,* pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art. 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad.»

En definitiva, la atribución al Estado de la propiedad de los saldos y depósitos en entidades financieras considerados abandonados se examina en la STC 204/2004 «desde la óptica del derecho a la propiedad privada»; en absoluto, por consiguiente, para dirimir un conflicto planteado entre la Administración General del Estado y una Comunidad Autónoma respecto a la propiedad de los bienes vacantes o, más en concreto, de las denominadas fincas de reemplazo[25].

---

[25] Sí está planteada esta controversia, en la actualidad, ante el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de inconstitucionalidad número 572-2008, promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, referidos a inmuebles vacantes y saldos y depósitos abandonados, respectivamente, con un contenido prácticamente idéntico al de los artículos 17 y 18 LPAP.

IV. POSIBLES TÍTULOS COMPETENCIALES PRESENTES EN EL LITIGIO SUSCITADO

Afirma la representación estatal en el recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011 interpuesto contra la disposición adicional sexta de la LPA que la legitimidad constitucional del artículo 17 LPAP se basa en los dos títulos competenciales siguientes: a) el artículo 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; y b) el artículo 149.1.18ª CE, que reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Procede, por tanto, analizar la efectiva concurrencia en el litigio planteado de los dos títulos competenciales invocados por la Administración General del Estado, si bien debe señalarse la presencia de un tercer título competencial, quizá de menor relevancia o menos determinante para su resolución, pero igualmente presente en este conflicto, como es la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de concentración parcelaria, recogida en el artículo 71.17ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, dado que la disposición adicional sexta de la LPA, impugnada por el Gobierno de la Nación, se refiere específicamente a las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.

No es necesario incidir en la cuestión de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de concentración parcelaria, dado que se trata de un tema no controvertido, más allá de destacar que Aragón ha asumido todas las facultades anteriormente atribuidas al Estado en este ámbito competencial por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario[26]. Sin embargo, como ya hemos visto, la STC 150/1998 rechazó que este título competencial pudiera permitir a la Comunidad Autónoma de Castilla y León atribuirse la propiedad de las llamadas fincas de reemplazo procedentes de procesos de concentración parcelaria.

1. Legislación civil

Respecto del primero de los títulos competenciales alegados por la representación estatal, el artículo 149.1.8ª CE, es indudable su concurrencia en el presente supuesto, si bien la competencia en materia de legislación civil puede ser invocada tanto por la Administración General del Estado para legitimar la regulación estatal contenida en el artículo 17 LPAP, como por la Comunidad Autónoma de Aragón para fundamentar la voluntad legislativa aragonesa expresada en la disposición adicional sexta de la LPA.

---

[26] La todavía vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario fue aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero.

Así, de conformidad con lo señalado en la disposición final segunda, apartado 2, de la LPAP, el citado artículo 17 de la ley estatal se dicta al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución, y es de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Pero también, con base precisamente en este mismo artículo 149.1.8ª CE, el artículo 71.2ª del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, reconoce a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, competencia exclusiva en cuyo ejercicio se dicta la disposición adicional sexta de la LPA, ahora recurrida. Por consiguiente, ninguna duda u objeción cabe plantear respecto a la presencia de la competencia en materia de legislación civil en el litigio suscitado.

En este mismo sentido se han pronunciado expresamente tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de Estado, destacando la naturaleza civil de las normas reguladoras de esta materia. Así, afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio (FJ 3), ya citada, lo siguiente:

> «Lo dicho tiene su fundamento (…) en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos.»

Y esta es también la opinión expresada en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1828/2011, de 17 de noviembre, emitido sobre el expediente relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la LPA, en el que en ningún momento se invoca el artículo 149.1.18ª CE. Por el contrario, afirma taxativamente el Consejo de Estado:

> «(…) es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil (…)».

Por tanto, de acuerdo con la STC 150/1998 y el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1828/2011, la Administración pública (estatal o autonómica, según corresponda) adquiere los inmuebles vacantes *iure privatorum*, al igual que ocurre con los bienes abintestato. Dicho en otros términos, la determinación de la Administración pública en cuyo patrimonio deben integrarse los inmuebles vacantes se encuadra no en la legislación sobre el régimen jurídico del patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18ª CE), sino en la legislación civil (art. 149.1.8ª CE).

Por ello mismo, parece igualmente claro que la determinación de la atribución a una u otra Administración pública de los inmuebles vacantes no es una cuestión de soberanía del Estado en sentido estricto, o *iure imperii*, al nivel de las cuestiones relativas a las relaciones internacionales, la defensa nacional o la Hacienda general, por citar unos ejemplos típicos, sino que se trata, más sencillamente, de una materia a decidir en todo caso por las autoridades públicas y no por los particulares. De ahí que la STC 58/1982 afirme la constitucionalidad de la posibilidad de que los bienes vacantes puedan ser atribuidos a Entes distintos de la Administración General del Estado y que la STC 204/2004 confirme que

no existe ninguna objeción desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares, pues «tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses».

Así, en coherencia con las SSTC 58/1982 y 150/1998, y de conformidad con lo previsto en la disposición final segunda, apartado 2, de la LPAP, el artículo 17.1 LPAP realmente vendría a establecer, en la práctica, la siguiente regulación de los inmuebles vacantes:

> «1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño, *sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.*»

De esta forma, las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, como es el caso de Aragón, podrán decidir si desplazan a estos efectos al Estado en su respectivo territorio o, por el contrario, optan por no modificar o no regular esta materia, en cuyo caso se aplicaría la normativa estatal al ser de aplicación general.

Algo muy similar viene a ocurrir, por ejemplo, en materia de sucesión intestada. La legislación del Estado, en concreto el artículo 956 del Código Civil, es categórica al afirmar que *«[a] falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (…)»*, sin contener ni una sola mención a la posibilidad de que también hereden abintestato las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Sin embargo, en la práctica, la norma que realmente se aplica es esta otra:

> «Artículo 956.
>
> A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (…), *sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.*»

Y así, en virtud de la competencia en materia de legislación civil amparada por el artículo 149.1.8ª CE, todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, excepto Islas Baleares, han regulado la sucesión intestada en favor de la respectiva Administración de la Comunidad Autónoma, siendo desplazada de esta manera la Administración General del Estado en dichos territorios[27].

---

[27] J. R. Rodríguez Carbajo se muestra muy crítico con la realidad del Estado autonómico español cuando afirma que «(…) a consecuencia de la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía (…), hay en este momento –por desgracia para el ordenamiento jurídico español– múltiples sectores sobre los que la Administración del Estado no tiene competencia alguna (…)»; en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (dir. De Fuentes Bardají, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 318-319.

2. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas

La representación estatal considera que concurre en este proceso ante el Tribunal Constitucional un segundo título competencial: la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, prevista en el artículo 149.1.18ª CE. La invocación en el presente litigio de la citada competencia la fundamenta la representación estatal en la STC 204/2004, de 18 de noviembre. Concretamente, en la afirmación del Tribunal Constitucional de que en la estructura del artículo 29.2 LGP cabe discernir *«dos proposiciones jurídicas reveladoras de su verdadero alcance y significado. La primera es la relativa a la extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono. (…) La segunda, que secuencialmente sigue a la anterior, es la relativa a la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados»* (FJ 7).

De ahí deduce el Abogado del Estado lo que califica como la «doble naturaleza» del régimen de los tradicionales mostrencos, de la que en su opinión participa en la actualidad la previsión contenida en el vigente artículo 18 LPAP, y, asimismo, el artículo 17 LPAP. Doble naturaleza del régimen de estos bienes en cuya virtud, en opinión del representante estatal, el establecimiento de la causa de extinción del derecho de propiedad por abandono constituye una típica norma de derecho civil; mientras que en la decisión normativa de atribuir la propiedad de tales bienes a una u otra entidad pública tiene una indudable relevancia el título relativo a la regulación del propio patrimonio de esa Administración. Así, a juicio del representante estatal, mediante la integración de los inmuebles vacantes en el patrimonio del Estado no se está sino regulando dicho patrimonio y, en concreto, los bienes que lo integran. Por tanto, concluye la representación estatal, parece clara la relevancia del título competencial del artículo 149.1.18ª CE, ejercitado por el Estado para definir su propio patrimonio.

No puede compartirse, en absoluto, esta argumentación que la representación estatal pretende deducir de la STC 204/2004.

Como ya se ha constatado anteriormente, en la Sentencia 204/2004 el Tribunal Constitucional no resuelve un conflicto surgido entre el Estado y una Comunidad Autónoma, en que deba dirimirse a qué concreta Administración territorial corresponde el dominio de unos saldos o depósitos abandonados, o la propiedad de unos bienes inmuebles vacantes. Por el contrario, en la citada Sentencia el Alto Tribunal se pronuncia sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad en las que se discute la adecuación a la Constitución del artículo 29.2 LGP por una supuesta vulneración del derecho de propiedad (art. 33.1 CE). Como sabemos, las citadas cuestiones de inconstitucionalidad dimanan de sendos procesos judiciales en los que fueron parte, por un lado, la Administración General del Estado en ambos litigios y, por otro, para cada uno de los procesos, una diferente Caja de Ahorros. Por lo tanto, la propiedad de unos saldos y depósitos abandonados la disputan el Estado y unas entidades financieras y, por ello mismo, se trata de unos procesos judiciales iniciados en Juzgados de Primera Instancia.

Así, debe insistirse una vez más, el análisis de la atribución al Estado de los citados saldos y depósitos abandonados, en lugar de a las entidades financieras

depositarias de los mismos, lo realiza el Tribunal Constitucional «desde la óptica del derecho a la propiedad privada», añadiendo que *«tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa»*, condición ésta que también ostentan las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas y los inmuebles vacantes son por completo ajenos a la controversia sobre la que se pronuncia la STC 204/2004, por lo que aquéllas no son objeto de mención alguna en esta Sentencia y sólo hay una referencia al artículo 17 LPAP cuando el Tribunal Constitucional, al exponer la evolución normativa desde la Novísima Recopilación que conduce hasta el artículo 29.2 LGP, señala que *«[l]a atribución al Estado como bienes patrimoniales de los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido (…) aparece actualmente recogida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas (art. 17)»* (FJ 6). Se trata, por tanto, de una mera alusión totalmente secundaria, en absoluto principal para la resolución del proceso.

Por otro lado, tanto el derogado artículo 29.2 LGP como el vigente artículo 18 LPAP, no se refieren a la adquisición, con carácter general, de los bienes muebles vacantes, sino que se limitan a regular un supuesto muy concreto que además viene a suponer una excepción al régimen general: la declaración de la pérdida o extinción del derecho de propiedad de saldos y depósitos en entidades financieras, al considerarse abandonados por el transcurso del plazo de veinte años, y la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados. No parece correcto deducir de un supuesto tan concreto una regla general, aplicable además a bienes de distinta naturaleza jurídica. En cualquier caso, debe recordarse que el artículo 18 LPAP se dicta también al amparo del artículo 149.1.8ª CE, y no forma parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Además, de acuerdo con un importante sector doctrinal, el contenido del artículo 18 LPAP es materia financiera y no patrimonial, debiendo haber sido regulada por el Derecho Financiero y no el Derecho Civil. Por ello, se considera que no debería haber sido trasvasado de la antigua LGP de 1988 a la vigente LPAP, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 de esta última Ley *«[n]o se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda (…)»*[28].

Asimismo, afirma en el escrito de recurso el representante del Estado que en la decisión normativa de atribuir la propiedad de los tradicionales mostrencos a una u otra entidad pública tiene una indudable relevancia el título relativo a la regulación del propio patrimonio de esa Administración. Sin embargo, este argumento ciertamente nada resuelve en el presente litigio: lo que se discute es

---

[28] Ignacio AMATRIAIN CÍA se hace eco de la denuncia formulada por parte de la doctrina sobre la que se considera inadecuada ubicación legislativa del contenido del artículo 18 LPAP, en *Derecho de los bienes públicos I: el patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra* (dir. ALENZA GARCÍA, J. F.), Gobierno de Navarra, 2008, pp. 439-441.

precisamente en qué patrimonio se integran las llamadas fincas de reemplazo, si en el patrimonio de la Administración General del Estado (artículo 17 LPAP) o en el de la Comunidad Autónoma de Aragón (disposición adicional sexta de la LPA). Por tanto, la consideración de las fincas de reemplazo como «propio patrimonio» por una u otra entidad pública será una consecuencia, pero nunca la causa, de la normativa reguladora del destino y atribución de los inmuebles vacantes aplicable a este caso. Y esta normativa, como expresamente proclama la disposición final segunda, apartado 2, de la LPAP, y confirman el Tribunal Constitucional (STC 150/1998) y el Consejo de Estado (Dictamen núm. 1828-2011), tiene el carácter de legislación civil. Por consiguiente, no concurre en este supuesto la competencia exclusiva del Estado en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En todo caso, desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha circunscrito la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, prevista en el artículo 149.1.18ª CE, a aspectos organizativos y de funcionamiento de éstas, mediante «la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5), añadiendo al respecto que *«[c]iertamente no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto. Las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico (…)»*. Pues bien, las Cortes Generales han establecido que el artículo 17 LPAP se dicta al amparo del artículo 149.1.8ª CE, dada la naturaleza civil de su contenido, y no en aplicación del artículo 149.1.18ª CE, al no considerar que se trate de una materia relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

V. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL

1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil

Concurren en el presente recurso de inconstitucionalidad las respectivas competencias exclusivas en materia de legislación civil, tanto del Estado (artículo 148.1.8ª CE) como de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 71.2ª EEA), como consecuencia, en palabras de la STC 150/1998, de «la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes»; o también, como afirma el Consejo de Estado, dado que «es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil» (Dictamen núm. 1828/2011).

Así, el citado precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», reservándose «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado la fijación de las reglas relativas a unas determinadas materias, especificadas en el propio artículo 149.1.8ª CE, materias entre las cuales no se encuentra la que ha motivado la presente controversia elevada al Tribunal Constitucional: «aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, objeto de impugnación por el Estado, en el ejercicio de la competencia exclusiva que el artículo 71.2ª EEA le atribuye en materia de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes».

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, en diversos procesos, sobre la conciliación de ambas declaraciones de exclusividad competencial en materia de legislación civil, pudiendo destacarse dos Sentencias, de entre las emitidas al respecto por el Alto Tribunal: la STC 88/1983, de 12 de marzo, en la que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos; y la más reciente STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Recordemos que en esta última Sentencia, número 31/2010, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del artículo 129 EAC, relativo a la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de Derecho civil, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico núm. 76 de la referida Sentencia. El artículo 129 EAC establece lo siguiente:

> «Artículo 129. *Derecho civil.*
>
> Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.»

De acuerdo con la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en esta Sentencia 31/2010 (FJ 76), y a los efectos del estudio del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la LPA, cabe destacar los siguientes criterios para realizar una delimitación de las respectivas competencias exclusivas, estatal y autonómica, en materia de legislación civil:

Primero. La Constitución atribuye al Estado la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonó-

mico del Derecho civil especial o foral. La reserva al Estado «por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones 'en todo caso' sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)».

Segundo. El artículo 149.1.8ª CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, también introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo. Conceptos éstos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables.

Tercero. 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 ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil, especial o foral, 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.ª CE (STC 88/1993, FJ 1).

Cuarto. En cuanto al concepto constitucional de desarrollo del propio derecho civil, especial o foral, «debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil» establecida por el art. 149.1.8 CE, de manera que «[l]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de 'conservación' y 'modificación', sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1993, FJ 3).

Quinto. 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.» (STC 88/1993, FJ 3).

Sexto. Ahora bien, «[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», pues ello «no significa, claro está, … 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 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (STC 88/1993, FJ 3).

Por consiguiente, a la vista de la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la Sentencia 31/2010, parece evidente que no pueden compartirse, por no ajustarse a dicha doctrina, las afirmaciones de la representación estatal contenidas en el escrito del recurso de inconstitucionalidad, cuando sostiene que «la unidad básica del Derecho civil español es precisamente la finalidad de la CE, al atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil. Esa unidad y esa competencia sólo deben excepcionarse para la conservación, la modificación y el desarrollo de los Derechos civiles forales, pero sin que ello pueda suponer la creación de un sistema jurídico autónomo».

En definitiva, esta visión limitativa o restrictiva de las competencias de determinadas Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, expuesta por el Abogado del Estado, no se corresponde con la interpretación que de forma reiterada ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional. La Constitución de 1978 no tiene como finalidad la unidad básica del Derecho civil, sino que, por el contrario, al amparar la competencia también exclusiva de algunas Comunidades Autónomas en esta materia, permite así que los Derechos civiles, especiales o forales, preexistentes al texto constitucional puedan ser objeto de «una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1983, de 12 de marzo, FJ 3). Por tanto, no es posible fundamentar en la CE un retorno a los viejos intentos unificadores del Derecho civil[29].

Además, como consecuencia precisamente del reconocimiento por la CE a algunas Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva en materia de legislación civil, nuestra Norma Fundamental favorece la creación de diversos sistemas jurídicos autónomos, pues no otra es la consecuencia de la configuración de España como Estado de las Autonomías, como Estado complejo, estruc-

[29] Frente a esta visión restrictiva se alza S. MUÑOZ MACHADO cuando afirma que el sentido del artículo 149.1.8ª CE «es meridianamente claro: ni los regímenes forales son transitorios ni extinguibles en tiempo inmediato, sino una realidad que aún se permite impulsar y revitalizar a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas. La unificación del Derecho Civil no responde ya a ninguna directiva constitucional»; en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, 2007, p. 861.

turado en un conjunto de Comunidades Autónomas dotadas cada una de ellas de capacidad legislativa propia, y en el que coexisten, por ello, una pluralidad de sistemas jurídicos autónomos.

Afirmaciones de la representación estatal también desmentidas por la realidad jurídica existente en nuestro país, cuando en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio comienzan a publicarse Códigos con vocación de mucha mayor generalidad, amplitud y extensión de contenidos que las ya antiguas Compilaciones, como así ha hecho muy recientemente la Comunidad Autónoma de Aragón con la entrada en vigor, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo[30]. Y es también el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma catalana, que ha aprobado el «Código Civil de Cataluña», en cuyo artículo 111-4 del Libro Primero se establece que «Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes»[31].

En definitiva, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, los Derechos civiles, forales o especiales, existentes en algunas Comunidades Autónomas son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivos ámbitos territoriales de aplicación, desplazando así a la legislación civil del Estado, que únicamente podría aplicarse como legislación supletoria.

---

[30] El nuevo «Código de Derecho Foral de Aragón» (publicado en el Boletín Oficial de Aragón núm. 63, de 29 de marzo), consta de cuatro Libros, con el siguiente contenido:

Libro Primero, dedicado al derecho de la persona;

Libro Segundo, referido al derecho de la familia;

Libro Tercero, que regula el derecho de sucesiones por causa de muerte; y

Libro Cuarto, en el que se contiene el derecho patrimonial.

[31] La Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña, establece que su estructura consta de los seis libros siguientes:

Libro Primero, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad, contenidas en la propia Ley 29/2002;

Libro Segundo, relativo a la persona y la familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, que incluye la regulación de la persona física, las materias hasta entonces comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito;

Libro Tercero, relativo a las personas jurídicas, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones;

Libro Cuarto, relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones por causa de muerte y en las demás leyes especiales de este ámbito;

Libro Quinto, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlamento de Cataluña; y

Libro Sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluirá la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores; pendiente aún de aprobación.

2. Aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional al recurso de inconstitucionalidad interpuesto

Una vez expuesta la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, procede referirse a la aplicación de dicha doctrina al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la LPA, aplicación que, a nuestro juicio, debe basarse en las premisas que se exponen seguidamente.

En primer lugar, debe insistirse en que nos encontramos ante un conflicto suscitado respecto de una materia encuadrada en el ámbito del Derecho civil, siendo oportuno recordar una vez más el criterio expuesto por la STC 150/1998 acerca de *«la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes»*, así como la afirmación del Consejo de Estado, contenida en su Dictamen núm. 1828/2011, de que *«es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil»*.

En segundo lugar, esta concreta materia del destino y atribución de los bienes vacantes no es una de las materias reservadas «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE. En efecto, no cabe encuadrar el régimen jurídico del destino y atribución de los bienes vacantes en ninguna de las materias reseñadas con ese alcance en nuestra Constitución: aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Por consiguiente, en tercer lugar, se trata de una competencia concurrente y, por ello mismo, de una materia abierta, en principio, a que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan ejercer respecto de ella sus respectivas competencias legislativas exclusivas. De esta manera, como ocurre con tantas otras materias de Derecho civil, el Estado puede legislar en virtud de su competencia exclusiva, conformando el Derecho civil común, el cual es de aplicación general, sin perjuicio de que determinadas Comunidades Autónomas también podrían aprobar sus propias normas sobre idéntica materia, integrándolas en su Derecho foral o especial, y desplazando así en sus respectivos territorios al Derecho civil común. Ejemplos de ello, sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse los ámbitos relativos a las relaciones paterno-filiales, el régimen económico del matrimonio, o el derecho de sucesiones por causa de muerte. Y también, por mencionar una Ley aragonesa reciente, la Ley de las Cortes de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (más conocida como Ley de custodia compartida), derogada en la actualidad al haber sido incluido su contenido en el «Código del Derecho Foral de Aragón», de 2011.

En cuarto lugar, el artículo 149.1.8ª CE introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que se manifiesta en la previsión de que los respectivos Estatutos de Autonomía puedan atribuir a determinadas Comunidades Autónomas la competencia exclusiva para el desarrollo de su Derecho civil propio. De esta forma, a través del concepto de autonomía política de las Comunidades Autónomas, queda vinculada la competencia para el desarrollo del Derecho civil con la capacidad de las Comunidades Autónomas para elaborar sus propias políticas públicas en materias de su competencia. Por ejemplo, en materia de protección de la infancia y la adolescencia, mediante la regulación de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los casos de ruptura de la convivencia matrimonial; o, en lo que atañe al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en materia de concentración parcelaria, mediante la atribución por ministerio de la ley a la Comunidad Autónoma de la titularidad de las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.

Por otra parte, esta idea de la vinculación entre la atribución de la titularidad de un bien y la Administración pública competente en una materia determinada es un criterio recogido expresamente en la propia LPAP, en el artículo 20, apartados 2 y 3, rubricado «[n]ormas especiales para las adquisiciones hereditarias»[32].

Finalmente, como quinta premisa, el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales no está vinculado rígidamente al contenido de las antiguas Compilaciones o de otras normas del respectivo ordenamiento autonómico, pudiendo las Comunidades Autónomas con competencia en materia de legislación civil llevar a cabo una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, regular *«instituciones conexas»* con las ya previstas y legislar sobre materias que guarden una relación de *«conexión suficiente»* con institutos jurídicos ya disciplinados en el respectivo ordenamiento civil propio.

Un ejemplo de apreciación por el Tribunal Constitucional de la existencia de esta necesaria relación de *«conexión suficiente»* viene recogido en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, ya citada, en la que el Alto Tribunal desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. Recordemos que el Estado impugnó la Ley aragonesa por considerar que la Comunidad Autónoma de Aragón se había extralimitado en el ejercicio de sus

---

[32] El artículo 20, apartados 2 y 3, de la LPAP, establece lo siguiente:

«2. Cuando una disposición gratuita se hubiese efectuado a favor de una Administración pública para el cumplimiento de fines o la realización de actividades que sean de la competencia exclusiva de otra, se notificará la existencia de tal disposición a la Administración competente a fin de que sea aceptada, en su caso, por ésta.

3. Si la disposición se hubiese efectuado para la realización de fines de competencia de las Administraciones públicas sin designación precisa del beneficiario, se entenderá efectuada a favor de la Administración competente y, de haber varias con competencias concurrentes, a favor de la de ámbito territorial superior de entre aquellas a que pudiera corresponder por razón del domicilio del causante.»

competencias en materia de Derecho civil, invadiendo las del Estado. Así, la representación estatal afirmaba lo siguiente:

> «La Ley impugnada, sobre filiación adoptiva, no reconoce en la institución regulada una institución propia. (…) Lo que importa subrayar es la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés. (…) desde la perspectiva del Derecho foral aragonés, nos hallamos en presencia de una institución nueva e inédita, y que se ha producido, por consiguiente, un desbordamiento de los límites competenciales previstos en el art. 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón. (…) No se trata de que la Ley autonómica haya limitado su regulación a los aspectos sucesorios de la adopción, adaptándolos a las particularidades forales de su propia legislación, sino que lo que se aborda, con carácter general, es la regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos, invadiendo de esta forma una institución propia del Derecho civil común».

A los efectos del recurso ahora promovido por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la LPA, resulta muy ilustrativa la argumentación seguida por el Alto Tribunal en la Sentencia 88/1993 (FJ 3):

> «Esta Ley –hemos de reiterar– no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (Título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente.»

De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que *«el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del status de los hijos adoptivos»*, por lo que aprecia que la Ley aragonesa 3/1988 sí guarda la suficiente conexión con el ordenamiento civil de Aragón, y concluye desestimando el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la misma.

En el presente recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional, el representante del Estado considera que este requisito de la *«conexión suficiente»* debe entenderse como la exigencia de una conexión directa e inmediata con alguna especialidad foral prevista en el Derecho civil foral vigente al tiempo de aprobar-

se la Constitución. Sin embargo, con semejante concepción tan rígida, restrictiva y limitativa, la representación estatal parece confundir «desarrollo» con «modificación», y produce el efecto, buscado o no, de anclar el Derecho foral a su pasado, con la historicidad, frente a la doctrina del Tribunal Constitucional en cuya virtud la CE defiende, ampara y protege «la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales», de forma que la competencia autonómica de desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, «no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento» (SSTC 88/1993, FJ 3, y 31/2010, FJ 76).

En todo caso, son varias las materias o instituciones conexas con la atribución de la titularidad de los inmuebles vacantes, ya reguladas dentro del Derecho civil aragonés: por ejemplo, todas las relativas a la propiedad, la posesión o la reivindicación. Pero, sin lugar a dudas, la institución que guarda una conexión directa, inmediata y suficiente con la citada materia, como se exige en el escrito de la representación estatal, es la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón en defecto de parientes y del cónyuge del causante, regulada en la actualidad en los artículos 535 y 536 del «Código del Derecho Foral de Aragón».

La sucesión intestada es una institución análoga, sin duda, a la de los bienes vacantes o mostrencos. Se trata, en todos estos supuestos, de la existencia de unos bienes carentes de dueño, o vacantes, por diversas causas: son *res nullius*, han sido abandonados por sus titulares, se desconocen sus actuales propietarios, o bien el último dueño ha fallecido sin dejar testamento o pacto sucesorio y carece de parientes y cónyuge legalmente llamados a sucederle. Como se recoge en la STC 58/1982 (FJ 3), ya comentada, a todos estos bienes se refería el Decreto de Carlos III, de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10, 22,6), que los mencionaba como un conjunto uniforme: *«los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona (…)»*. Parten todos ellos de una situación de origen muy similar: su abandono, la carencia de dueño o el desconocimiento de éste; y tienen todos ellos el mismo destino: pasar a pertenecer al poder público, sea la Corona, el Estado o, en su caso, una Comunidad Autónoma. En definitiva, los bienes abintestatos son también bienes vacantes, carentes de dueño.

La existencia de una conexión directa, inmediata y suficiente entre la atribución de la titularidad de los inmuebles vacantes y la sucesión abintestato, se ha podido constatar igualmente con motivo de la tramitación del entonces «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», objeto del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado número 805/2003, de 3 de abril. En el citado anteproyecto de Ley se incluía una disposición final primera en cuya virtud se modificaban los artículos 956 y 957 del Código Civil, introduciendo importantes modificaciones en el régimen vigente de la sucesión abintestato del Estado. A estos efectos, el Consejo de Estado viene a confirmar la conexión entre sucesión abintestato y bienes vacantes, al señalar lo siguiente:

> «La configuración que el Código Civil da a la sucesión abintestato del Estado, como conjunción de un privilegio –el de la adquisición de la propiedad de ciertos bienes de quien fallece intestado y sin otros herederos– y de una obligación –la de

distribuir una parte de lo heredado (hasta la reforma de 1928 fue todo) entre una serie de instituciones que podríamos calificar «de interés social»– puede fundamentarse en la suma de la tradicional institución de la apropiación de bienes vacantes *iure imperii* y la consagración constitucional de la función social de la propiedad (artículo 33.2 de la Constitución)»[33].

Cabe señalar que, inicialmente, el Estado se opuso a la sucesión intestada de las Comunidades Autónomas, llegando a interponer un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada, en los que se regulaba la sucesión por la Generalitat de Cataluña, a falta de parientes llamados por la Ley, en lugar de por la Administración General del Estado; si bien, finalmente, el Gobierno de la Nación decidió desistir del citado recurso. En la actualidad se trata de una cuestión pacífica, de forma que el propio Consejo de Estado, en el citado Dictamen 805/2003, afirma:

«(…) no puede dejar de señalarse que todas las Comunidades Autónomas con Derecho foral o especial, salvo Baleares e incluida Valencia, han sustituido al Estado en la sucesión legal en su respectivo territorio, incorporando en la mayor parte de los casos el criterio distributivo de la herencia del Código Civil, con la peculiaridad de que prevén la distribución de todo el caudal hereditario, y no únicamente de dos tercios (…).»

Respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, y siguiendo en esta cuestión a diversos autores especialistas en la materia[34], en el caso del antiguo Reino de Aragón, y sin perjuicio de posibles antecedentes recogidos en el Vidal Mayor y en la Compilación de Huesca, el derecho del Rey a recibir los bienes del finado sin parientes fue reconocido en la Curia del Justicia de Aragón el 7 de mayo de 1584, datándose asimismo en el siglo XVIII el derecho a la sucesión del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza. Posteriormente, con la Ley de Mostrencos de 1835, en ausencia de parientes del causante y no siendo procedente el llamamiento al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, había de llamarse en último lugar al Estado, aplicándose años más tarde las normas contenidas en el Código Civil (1889). La Compilación de 1967 dispuso que el último llamado sería el Estado, siempre que no tuviese lugar la sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza y, ya aprobada la Constitución de 1978, en el año 1995, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 4/1995, de 10 de abril, de modificación de la Compilación de 1967, con la introducción por vez primera del llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón, en lugar del Estado, en último lugar a la sucesión intestada.

---

[33] Apartado VIII.O) del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 805/2003, relativo al «Anteproyecto de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas». También se incluye en dichos apartado y letra el siguiente párrafo del Dictamen que se transcribe.

[34] Cabe destacar, en este sentido, los trabajos de Mª del Carmen Bayod López: «La sucesión intestada en Aragón», en *Tratado de derecho de sucesiones; Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (dir. Gete-Alonso y Calera, Mª C.), Vol. 2, 2011, pp. 1597-1660; y de Mª Martínez Martínez: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

Así viene establecido en la actualidad, en el artículo 535.1 del «Código del Derecho Foral de Aragón», rubricado «Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma», en virtud del cual *«[e]n defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma»*.

Una última reflexión para finalizar este trabajo. En la disposición adicional primera del «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», de 2003, se daba una nueva redacción a los artículos 956 y 957 del Código Civil, relativos a la sucesión abintestato del Estado. En concreto, el artículo 956 CC quedaba redactado como sigue:

> «A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará la Administración General del Estado.»

Con dicha redacción, la Ley estatal continuaba reconociendo como único sucesor abintestato a la Administración General del Estado, ignorando al respecto los derechos sucesorios en sus respectivos territorios de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. ¿Podría defenderse entonces, con esta nueva norma, que sólo cabe atribuir la propiedad de los bienes abintestato a la Administración del Estado, excluyéndose a las Comunidades Autónomas? Evidentemente, no. A pesar de la inexistencia de una Ley estatal de cobertura, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han podido regular la sucesión abintestato, sustituyendo a la Administración General del Estado en la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.8ª CE.

En definitiva, y a modo de conclusión final del presente trabajo, el litigio suscitado entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón con motivo del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta de la Ley aragonesa 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, en el que se discute a cuál de las dos Administraciones territoriales corresponde la propiedad de las llamadas fincas de reemplazo de dueño desconocido procedentes de procesos de concentración parcelaria, plantea un conflicto con relación a la prevalencia de las respectivas competencias exclusivas que ambas ostentan en materia de legislación civil (art. 149.1.8ª CE), dada la inequívoca naturaleza civil de la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes. La norma aragonesa ahora impugnada se dicta en el ejercicio por la Comunidad Autónoma de su competencia exclusiva para el *«desarrollo»* del Derecho foral aragonés (art. 71.2ª EAA), regulando así una *«institución conexa»*, como es la del destino de unos concretos bienes inmuebles vacantes –las fincas de reemplazo–, con una institución jurídica ya incorporada al ordenamiento civil aragonés como es la sucesión intestada (de bienes vacantes) por la Comunidad Autónoma de Aragón, con la que guarda una relación de *«conexión suficiente»*, directa e inmediata. Por consiguiente, el legislador aragonés no se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias en materia de legislación civil, de forma que la disposición adicional sexta de la LPA es constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional decidirá.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AMATRIAIN CÍA, Ignacio, «Adquisición», en *Derecho de los bienes públicos I: el patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra* (dir. ALENZA GARCÍA, J. F.), Gobierno de Navarra, 2008, pp. 433-451.

BAYOD LÓPEZ, Mª del Carmen, «La sucesión intestada en Aragón», en *Tratado de derecho de sucesiones; Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (dir. GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C.), vol. 2, 2011, pp. 1597-1660.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)», Marcial Pons, 2001, pp. 175-208.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés A.: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», en *Propiedad y Derecho Civil* (coord. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), 2006, pp. 179-229.

GALLEGO CABALLERO, Fabiola: «Artículo 49», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 539-547.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 1965, pp. 9-78.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (dir.): *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pp. 119-130.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo), en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, Zaragoza, pp. 11-47.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El patrimonio de la Comunidad Autónoma», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (dir. BERMEJO VERA, J., y LÓPEZ RAMÓN, F.). Civitas/Thomson Reuters, 2010, pp. 1075-1096.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «*La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

MIGUÉLEZ FERNÁNDEZ, Mª Belén: «Artículo 17», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 270-285.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, 2007, pp. 859-871.

NAVAS NAVARRO, Susana: «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 965-1114.

RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «Artículo 20», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 308-332.

SANZ GANDASEGUI, Francisco de Asís: «Disposición final segunda», en *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 1672-1678.

NOTAS
Y
CUESTIONES PRÁCTICAS*

* 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.

NOTA PRÁCTICA SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN CASO DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES*

José Antonio Serrano García
Profesor Titular de Derecho civil
Acreditado como Catedrático
Universidad de Zaragoza

Esta es una nota práctica pensada fundamentalmente para que los alumnos de Derecho de la Facultad de Zaragoza dispongan de algún material que de forma didáctica les acerque a los efectos que la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo produce sobre su guarda y custodia cuando es aplicable la nueva regulación aragonesa. Está construida bajo la forma de preguntas y respuestas, para así acuciar más la curiosidad del estudiante, y su contenido está sacado de mi investigación sobre «la custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia» que se publica en las Actas del Foro de Derecho Aragonés *del año 2012 (XXII Encuentros).*

I. Pilar y Manolo, padres de tres hijos menores de edad, han roto su relación de pareja y han dejado de vivir juntos

1. *¿Cómo se determina la Ley aplicable a las nuevas relaciones entre padres e hijos? ¿Y a las relaciones entre los miembros de la pareja rota?*

Para responder al interrogante hemos de saber en primer lugar qué Derecho es el aplicable a las relaciones entre estos ascendientes y descendientes. Si todos los miembros de la familia son españoles es evidente que el Derecho aplicable es el español. Pero en España no hay un solo Derecho civil sino que coexisten en plano de igualdad distintas legislaciones civiles, una de las cuales es la aragonesa.

* Texto preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 denominado *Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés* (IDDA) (Número 76517, Código 26471), cuyo investigador principal es el Prof. Delgado Echeverría.

Supongamos también que padres e hijos tienen la vecindad civil aragonesa, en tal caso la ley personal de cada uno de ellos es la aragonesa y dicha ley rige su capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte (art. 9.1 Cc, por remisión del art. 16.1 Cc); en particular, según dice el art. 9.4 Cc., las relaciones paterno filiales se rigen *por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.* En consecuencia, no hay duda de que la ley aplicable a nuestro caso es la aragonesa. Como dice la STSJA 13 de julio de 2011, *la norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición.*

Si Pilar y Manolo fueran una pareja casada sin hijos a cargo, al ser los dos de vecindad civil aragonesa en el momento de la celebración, la ley que regiría los efectos de su matrimonio (personales y patrimoniales, durante la convivencia o tras su ruptura) sería también la aragonesa (art. 9.2 Cc), con el consiguiente desplazamiento de lo dicho al respecto en el Código civil.

Así que cuando el matrimonio tiene hijos a cargo, la ley aplicable a los efectos de la ruptura de la convivencia relacionados con la relación paterno-filial depende de la vecindad civil de los hijos y cuando no hay hijos a cargo o, aun habiéndolos, en los efectos no relacionados con la relación paterno-filial, de la ley aplicable para determinar los efectos del matrimonio (o, en su caso, pareja de hecho) o de su ruptura.

Parece defendible que, no habiendo hijos a cargo pero siendo aplicable a los efectos de la ruptura del matrimonio la ley aragonesa, lo dicho en ésta sobre la asignación compensatoria (art. 83 CDFA) desplaza a lo dicho en el art. 97 Cc. sobre la pensión compensatoria, lo mismo que la regulación aragonesa de la disolución, liquidación y división del consorcio conyugal, aplicable también a los casos de nulidad, separación y divorcio, desplaza a lo dicho en el Código civil sobre estos extremos para la sociedad de gananciales, tanto si hay hijos como si no.

No cabe descartar casos en los que, por ser los hijos de vecindad civil aragonesa, haya que aplicar a la guarda y custodia, así como a las cuestiones conexas (atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, gastos de asistencia a los hijos), la ley aragonesa, mientras que a las relaciones entre los miembros de la pareja rota puede ser aplicable una ley distinta: la que resulte de los criterios del Derecho interregional privado para determinar la ley que rige los efectos del matrimonio (arts. 16.3, 9.2 Cc). Los efectos de la ruptura del matrimonio están regulados por el Código civil pero también por algunas leyes autonómicas como la aragonesa, y hay que concretar cómo se determina la ley aplicable a esos efectos. Entiendo que tanto los efectos personales y patrimoniales entre cónyuges como los que tengan lugar entre cónyuges separados o divorciados han de regirse por la ley aplicable al matrimonio (9.2), mientras que las medidas relacionadas con los hijos se rigen por lo dicho en el 9.4 Cc. En España el régimen de la nulidad, separación y divorcio es de competencia exclusiva del Estado, por lo que no tiene sentido una norma como la del art. 107 Cc aplicada al Derecho interregional privado.

2. *¿La legislación aragonesa regula las relaciones entre ascendientes y descendientes?*

Sí, estas relaciones son una parte sustancial del Derecho civil aragonés, tanto en el Derecho histórico como en el vigente. En la actualidad se hallan reguladas en el Título II del Libro Primero del *Código del Derecho Foral de Aragón* (CDFA), arts. 56 a 138. Las relaciones entre ascendientes y descendientes tienen como presupuesto la determinación de la filiación entre padres e hijos, y de la filiación derivan los apellidos (art. 57), los deberes de padres e hijos de respetarse, ayudarse y asistirse mutuamente durante toda su vida (art. 58), así como los más específicos derechos y obligaciones de los padres con hijos menores de velar por ellos, visitarlos y relacionarse con ellos e informarse recíprocamente acerca de su situación personal (art. 59), o el derecho del hijo menor a relacionarse con ambos padres, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados (art. 60), todo ello aunque los padres no ostenten la autoridad familiar o no convivan con el hijo.

Además de estos efectos de la filiación, la regla general es que el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres (art. 63.1), y a ambos padres corresponde igualmente el ejercicio de la autoridad familiar, con libertad para pactar en documento público sobre su respectiva actuación. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares (art. 71.1). En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin (art. 74.1).

El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente (art. 72).

Sin suspensión de la de los padres, la autoridad familiar puede corresponder también al padrastro o la madrastra, a los abuelos o a los hermanos mayores en los casos legalmente previstos (arts. 85-94). Si viven los padres o alguno de ellos, la guarda y custodia pueden compartirla con las otras personas titulares de la autoridad familiar o tener atribuido judicialmente un régimen de visitas a su favor.

El CDFA regula con detalle los caracteres de la autoridad familiar, su contenido, es decir los deberes y derechos de los titulares de su ejercicio, la contribución personal y económica del hijo menor, los gastos de los hijos mayores o emancipados, la convivencia con hijos mayores de edad, las divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, etc.

3. *¿Y los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo también los regula el Derecho civil aragonés?*

Sí, también, desde la *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, que entró en vigor el 8 de septiembre de 2010, Ley que en 2011 ha sido refundida en los arts. 75 a 84 del CDFA que constituyen la Sección 3ª, titulada *efectos de la ruptura de la convivencia de los*

padres con hijos a cargo, del capítulo II regulador del *deber de crianza y autoridad familiar*. Con esta Ley el legislador aragonés ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, el del Código civil (art. 92: preferencia del régimen de guarda y custodia individual, normalmente a favor de la madre, y excepcionalidad de la custodia compartida a falta de acuerdo entre los padres), para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida (STSJA de 13 de julio de 2011).

Esta Sección del CDFA tiene por objeto regular lo que es específico de las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos (art. 75.1); en definitiva, es una regulación aplicable a todo supuesto de falta de convivencia de los padres que tienen hijos a cargo, que busca promover unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas (art. 75.2).

Si bien en esta Sección se regula igualmente la cuestión de *la asignación compensatoria*, que es algo específico de la relación entre los miembros de la pareja rota, con independencia de si se hallan casados o no, y que no depende de la existencia de hijos a cargo. La regulación aragonesa desplaza para los casos de nulidad, separación y divorcio la aplicación de las correspondientes normas del Código civil (S. TSJA 14/2012, de 11 de abril). Nótese, sin embargo, que para las parejas estables no casadas sin hijos a cargo regidas por el Derecho civil aragonés de conformidad con las reglas del Derecho interregional privado, los efectos patrimoniales de la extinción en vida los regula el art. 310, mientras que cuando la pareja tiene hijos a cargo la regulación de la asignación compensatoria es la prevista en el art. 83 para la ruptura de la convivencia de padres, casados o no, con hijos a cargo. Aunque se den los supuestos de hecho de ambas normas, no parece que la compensación económica del art. 310 y la asignación compensatoria del art. 83 puedan ser acumulables: si se da la del art. 83 por haber hijos a cargo y concurrir sus presupuestos, ya no puede darse la del 310 en ningún caso; ésta parece subsidiaria de la otra.

4. *¿Cuáles son los principios y el contenido de la nueva regulación aragonesa?*

Pese a la ruptura de la convivencia de los padres, los principios y la naturaleza de la relación paterno filial permanecen inmutables, la titularidad y el ejercicio dual de la autoridad familiar, así como los derechos y obligaciones entre padres e hijos, se mantienen también, si bien la falta de convivencia entre los padres hace ahora más necesario resaltar, por una parte, que los hijos menores mantienen el derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, y, por otra, que ambos padres siguen siendo iguales en la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar sobre sus hijos (art. 76).

Pero la falta de convivencia de los padres cambia notablemente algunos extremos de la vida diaria de la familia, cambios que requieren soluciones adaptadas a las

nuevas relaciones familiares con los hijos. En particular hay que decidir el régimen de convivencia de los padres con sus hijos (guarda y custodia individual o compartida), las relaciones de los hijos menores con sus hermanos mayores, abuelos, otros parientes y personas allegadas, el uso de la vivienda y del ajuar familiar, la contribución a los gastos de asistencia de los hijos, ordinarios y extraordinarios, y, en su caso y en un plano que ya no tiene que ver con la relación paterno-filial, hay que decidir también sobre el derecho de un padre a percibir del otro una asignación compensatoria del desequilibrio económico producido por la ruptura de la convivencia.

5. *¿Qué vías existen para encontrar las soluciones más adecuadas?*

Las decisiones adoptadas pueden ser fruto de un pacto de relaciones familiares o de lo acordado por el juez en defecto o falta de aprobación de dicho pacto (arts. 77 y 79 a 83).

En la búsqueda de las soluciones más adecuadas sigue primando el principio de libertad de pacto entre los padres, que pueden alcanzar, por sí solos o a través de la mediación familiar, un pacto regulador de las nuevas relaciones familiares consecuencia de la ruptura de su convivencia (arts. 75.3, 77 y 78). Así lo dicen, entre otras, las Ss. TSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre. El pacto tiene un contenido mínimo y necesita aprobación judicial.

En defecto de estas soluciones de consenso, corresponde al Juez determinar las medidas que deberán regir las relaciones familiares (art. 79), con posibilidad, a petición de parte, de acordar medidas que rijan ya provisionalmente durante la pendencia del procedimiento judicial conducente a su aprobación definitiva (art. 84). El Juez deberá tener en cuenta los criterios que se establecen en los artículos 80, sobre guarda y custodia de los hijos, 81, sobre atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, 82, sobre gastos de asistencia a los hijos, y 83, sobre la asignación compensatoria. En particular, el Juez no puede desconocer que el legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de guarda y custodia compartida (art. 80.2).

En resumen, Pilar y Manolo pueden en todo momento otorgar un pacto de relaciones familiares o, si no logran ponerse de acuerdo o no resultara aprobado, será el Juez quien determinará las medidas a aplicar para regir las nuevas relaciones familiares derivadas de la ruptura de su convivencia.

II. ¿Qué pueden acordar Pilar y Manolo sobre sus relaciones familiares? ¿Con qué requisitos?

1. *¿Pueden los padres pactar sobre el ejercicio de la autoridad familiar y las relaciones familiares durante la convivencia o en previsión de una futura ruptura?*

El principio *standum est chartae,* principio tradicional y sistemático del Derecho civil aragonés, tiene también aplicación en el ámbito de las relaciones entre ascendientes y descendientes, en concreto el art. 71.1 dice que *los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en*

documento público. El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a ambos padres, así lo exige el principio de igualdad, pero los padres son libres y pueden pactar en documento público cuándo van a actuar conjuntamente y en qué casos puede actuar cada uno de ellos por separado. Añade el precepto que *En defecto de previsión legal* (en algunas ocasiones la ley exige actuación conjunta de los padres) *o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares.*

El precepto está pensado para unas relaciones paterno-filiales en las que los padres conviven con los hijos en un mismo domicilio. En esa situación de convivencia de todo el grupo familiar, lo que es propio del pacto entre los padres es la concreción de los casos de actuación conjunta permitiendo la actuación separada en todos los demás. Son pactos que requieren forma (ser otorgados en documento público, normalmente escritura notarial) y para ser lícitos han de respetar los límites del *standum est chartae:* no resultar de imposible cumplimiento o ser contrarios a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 3 CDFA). En particular los pactos habrán de respetar el principio de igualdad entre padres, el de no discriminación por razón de sexo y el de interés superior del menor. Estos pactos no necesitan la homologación judicial para surtir efecto. Nada impide, por otra parte, que tales pactos puedan contener algunas previsiones para el caso de ruptura de la convivencia.

Para las parejas casadas o que van a casarse el principio de libertad para regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer matrimonio, lo contiene el art. 185.1 y lo reitera el art. 195.1 al decir que los capítulos matrimoniales podrán contener *cualesquiera* estipulaciones relativas al régimen familiar, lo que permite afirmar que también pueden contener previsiones para el caso de una ruptura matrimonial (*cfr.* art. 231-20 Cc. Cataluña).

También la convivencia de la pareja estable no casada y los derechos y obligaciones correspondientes pueden regularse en los aspectos tanto personales como patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o la dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón, según dice el artículo 307.1 CDFA. Cabe añadir igualmente que estos pactos pueden incluir previsiones para el caso de ruptura de la pareja estable no casada.

Los pactos en previsión de una ruptura de la convivencia de los padres o de la pareja, casada o no, vinculan a los otorgantes si respetan los límites del *standum est chartae* y deberán ser tenidos en cuenta tras la ruptura de la convivencia al diseñar el estatuto legal de las nuevas relaciones familiares, salvo que se haya producido un cambio relevante de las circunstancias, no previsto ni previsible de forma razonable en el momento del otorgamiento, que haga que su cumplimiento en este momento resulte gravemente perjudicial para un miembro de la pareja (art. 231-20 Cc. Cataluña).

2. *¿El pacto regulador de las relaciones familiares posteriores a la ruptura de la convivencia de los padres tiene un contenido mínimo y necesita aprobación judicial?*

Producida la ruptura de la convivencia de los padres, la libertad de pacto se mantiene pero ahora enfocada preferentemente a fijar los términos de las nue-

vas relaciones familiares con los hijos (art. 77.1). No obstante, tanto si hay hijos como si no, el pacto o convenio puede abordar, en su caso, las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja.

El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.

f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma (art. 77.2).

Este es el contenido mínimo exigido por la Ley, junto a él el pacto de relaciones familiares puede extenderse a otros extremos como la determinación de los casos en que se requiere la intervención conjunta de los padres. Extremo que también podría pactarse en documento público.

El pacto de relaciones familiares posterior a la ruptura de la convivencia no exige documento público pero para producir efectos frente a terceros o ejecutivos precisa ser aprobado por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones entre padres e hijos (art. 77.4). De manera que el Juez viene obligado a aprobar el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.5).

El cauce para conseguir la aprobación judicial del pacto de relaciones familiares serán los procedimiento de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores.

III. Si Pilar y Manolo no logran alcanzar un pacto de relaciones familiares y en procedimiento contencioso le plantean al Juez sus diversas pretensiones, ¿qué puede hacer el Juez?

1. *¿Qué tipos de guarda y custodia son posibles?*

La guarda y custodia puede ser compartida por ambos progenitores o individual de uno de ellos. El artículo 80.1 CDFA indica que *cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.*

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. *¿Considera el Legislador aragonés que es preferible la custodia compartida?*

Sí, pues, aunque no haya acuerdo entre los padres al respecto, dice el artículo 80.2 que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea 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:*

a) La edad de los hijos.
b) El arraigo social y familiar de los hijos.
c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

La preferencia legal por la custodia compartida resulta también de lo dicho en los artículos 80.5 y 79.5. De ella se da cuenta en el Preámbulo y ya ha sido destacada en varias ocasiones por el TSJA. Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en cualquier establecimiento o revisión [DT 6ª CDFA] de medidas de guarda y custodia de menores en que sea aplicable el Derecho aragonés se estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida (STSJA de 9 de abril de 2012).

3. *¿Hacen lo mismo otros Legisladores españoles?*

Sólo la regulación aragonesa y la reciente Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana, han establecido la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que la custodia compartida es la forma más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, a diferencia de la legislación estatal (art. 92.8 Cc), que considera preferente la custodia individual, y la de alguna de las Comunidades Autónomas (Ley Foral de Navarra 3/2011, de 17 de marzo, o Código Civil de Cataluña), que se han situado en una posición neutral.

4. *¿Cómo ha interpretado la jurisprudencia la preferencia legal por la custodia compartida?*

Muchas sentencias del TSJA indican que *La preferencia legal por la custodia compartida es expresión de que éste es el sistema que mejor recoge el interés de los menores. En*

esto consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la excepción que sólo puede asignarse si se demuestra que en el caso concreto es más conveniente para el menor. Estamos ante la concreción legal del principio de interés superior del menor en materia de guarda y custodia, pero esta concreción no deja de ser una presunción *iuris tantum* que, por tanto, admite prueba en contrario.

La preferencia legal tiene consecuencias en cuanto a la prueba: *El régimen legal preferente es la custodia compartida y por ello no necesita ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma* (STSJA 17/2012, de 18 de abril). No puede exigirse a quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida que pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor.

La custodia compartida se aplicará *siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran elementos que hagan más conveniente la custodia individual, y que por tanto la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que esta última resulta más conveniente.*

Si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última (STSJA 13/2012, de 9 de abril, citada por la 17/2012, de 18 de abril).

La doctrina jurisprudencial sobre la exégesis del art. 80.2 (STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que las posteriores reproduce o citan) es la siguiente:

En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas:

a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011);

b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011);

c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011);

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.

Según el núm. 1 de la DT 6ª del CDFA *las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010.* Por tanto, las revisiones realizadas tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 tienen que atenerse a la nueva regulación y, en particular, respetar la preferencia legal por el régimen de custodia compartida, de modo que para establecer o mantener el régimen de custodia individual hay que razonarlo a partir de la práctica y valoración de prueba efectuada conforme a los factores establecidos en la nueva Ley.

Añade el apartado 2 de la DT 6ª del CDFA que *la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde el 8 de septiembre de 2010.* Dentro de ese año, el cambio del criterio legal ha permitido al Juez acordar la custodia compartida sin necesidad de una previa consideración sobre la alteración de las circunstancia, y siempre que no haya resultado acreditado que en el caso concreto la custodia individual era lo mejor para el menor.

5. *¿Son muchas las sentencias que establecen la custodia compartida?*

De los 17 recursos sobre guarda y custodia resueltos por el TSJA en estos dos primeros años de vigencia de la nueva regulación, 9 han terminado con custodia compartida.

TOTAL SS TSJA:	**17**
SS que confirman la custodia individual:	7
SS que confirman la custodia compartida:	2
SS que confirman la custodia mixta:	1
SS que revocan la custodia individual:	6
SS que revocan la custodia compartida:	1

En las Audiencias Provinciales aragonesas, de 142 sentencias de apelación consultadas, en 47 se acuerda la guarda y custodia compartida (un 33,1 %).

SS de las Audiencias que aplican la nueva regulación:	**142**
Establecen la custodia individual o repartida:	**95** (66,9 %)
Establecen la custodia compartida o mixta:	**47** (33,1 %)

SS de las Audiencias que aplican la nueva regulación:	**142**
Confirman la custodia individual del Juzgado:	84
Revocan la custodia compartida del Juzgado:	9
Modifican la custodia individual del Juzgado:	2 (84+9+2= 95)
Confirman la custodia compartida o mixta del Juzgado:	39
Revocan la custodia individual del Juzgado:	8 (39+8= 47)

En las sentencias de primera instancia, el número de custodias compartidas se ha elevado en estos dos años al 21 %, siendo que con anterioridad a la nueva Ley el porcentaje no llegaba al 10 %. En los procedimientos con acuerdo de las partes, el porcentaje sube hasta el 25 %.

IV. Acordada por los padres o establecida por el Juez la custodia compartida, ¿qué modalidades concretas de ejercicio de dicha custodia se ofrecen a Pilar y Manolo?

Deberá primar en todo momento el acuerdo de los progenitores en la distribución y alternancia de los períodos de convivencia de los hijos con cada uno de ellos, así como en la concreción del régimen de visitas con el padre no custodio (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

De estas 52 sentencias de custodia compartida (o mixta) de apelación y casación habidas en estos dos años, resultan 9 modalidades distintas de ejercicio de la custodia compartida, que clasificadas según la duración del periodo de alternancia, de más breve a más largo, son las siguientes:

- Con reparto, igualitario o no, de los días de la semana: 9 casos (17,3 %).
- Por semanas alternas: 10 casos (uno de custodia mixta) (19,2 %).
- Por periodos de dos semanas o quincenas alternas: 4 casos (7,7 %).
- Por meses alternos: 5 casos (9,6 %).
- Por bimestres alternos: 2 casos (3,8 %).
- Por bimestres y trimestres alternos: 7 casos (13,5 %).
- Por trimestres alternos: 2 casos (3,8 %).
- Por semestres: 7 casos (13,5 %).
- Por años o cursos escolares alternos: 6 casos (11,5 %).

Si atendemos a la frecuencia de uso, el orden, de mayor a menor, es el siguiente:

Casos de custodia compartida TSJA y AAPP:	**52**
Por semanas alternas:	10 (19,2 %)
Por días de la semana:	9 (17,3 %)
Por bimestres y trimestres alternos:	7 (13,5 %)
Por semestres alternos:	7 (13,5 %)
Por años o cursos escolares alternos:	6 (11,5 %)
Por meses alternos:	5 (9,6 %)
Por periodos de dos semanas o quincenas:	4 (7,7 %)
Por bimestres alternos:	2 (3,8 %)
Por trimestres alternos:	2 (3,8 %)

V. ¿En qué casos y con qué justificación puede el Juez establecer un sistema de custodia individual?

Como la Ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual.

Pues bien, los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general que da preferencia a la custodia compartida, han de considerar acreditado que la individual es más conveniente para el menor y motivar suficientemente su decisión atendiendo adecuadamente a la ponderación de los factores del art. 80.2 (Ss. TSJA 4 y 5/2012, de 1 y 8 de febrero, 24/2012, de 5 de julio).

1. *Requiere practicar las pruebas necesarias para conocer qué es lo más beneficioso para el menor*

El principio dispositivo que rige nuestro proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general (art. 751 LEC), y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales *sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y por el Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC)* (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

Los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias [las del art. 80.2], *debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda* (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

2. *Valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas*

Con la finalidad de facilitar la apreciación y prueba de la concurrencia de los factores del artículo 80.2 CDFA, *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* (art. 80.3 CDFA). Los informes periciales de los técnicos, que suelen tener una importancia decisiva en muchos casos para la decisión del sistema de guarda y custodia a adoptar han de ser valorados por el Juzgador, al igual que las demás pruebas (en particular la exploración de los menores con suficiente juicio), conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse del criterio de los peritos cuando ello esté justificado y se razone adecuadamente.

En la valoración de la prueba practicada se ha de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

La valoración de la prueba practicada en las instancias no puede ser revisada en casación (el que lo intenta incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión»), salvo si la misma resulta manifiestamente irracional, ilógica o arbitraria (art. 469.1.4º Lec.) (Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, 34/2012, de 19 de octubre, y 35/2012, de 26 de octubre).

3. *Motivar suficientemente la decisión adoptada atendiendo a la ponderación de los factores del artículo 80.2 CDFA*

La ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de los factores del art. 80.2 a la hora de decidir el tipo de custodia, indeterminación que concede al Juez amplios poderes de decisión y dota al sistema de flexibilidad.

Los factores del artículo 80.2 *han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores. Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes* que, motivada suficientemente, no vulnera el derecho a la igualdad de los progenitores (STSJA 27/2012, de 24 de julio).

Por otra parte, *cuando se trata de relaciones paterno-filiales el Juez nunca puede incurrir en incongruencia «ultra petita» ni «extra petita», pues, siendo el proceso matrimonial un instrumento al servicio del Derecho de familia, en el que se dan elementos de «ius cogens» derivados de su especial naturaleza, los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado.* En este sentido puede verse el FJ 4 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

4. *Factores del art. 80.2*

A) *La edad de los hijos.* «La edad más temprana» o «la corta edad» de los hijos es un factor relevante y favorable a la custodia individual, normalmente de la madre. Esa temprana o corta edad parece identificarse con la primera infancia, y puede considerarse que termina ordinariamente al cumplir los tres años de edad. Pero, *la circunstancia de la corta edad del menor* [cuenta en este momento tres años de edad] *no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren* (Ss. TSJA 29/2012, de 25 de septiembre, y 30/2012, de 28 de septiembre)

Además, según el artículo 79.5, el establecimiento de la custodia individual en atención a *la corta edad del hijo*, excepciona la preferencia legal por la custodia compartida sólo de forma transitoria: mientras la corta edad siga siendo un factor relevante para mantener la custodia individual. Algunas sentencias señalan *plazo* o dicen cuándo podrá realizarse la *revisión* a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. Alguna sentencia indica directamente que la custodia compartida empezará cuando el hijo cumpla determinada edad (*custodia mixta*).

B) *El arraigo social y familiar de los hijos.* El *arraigo social del hijo en una determinada localidad* es un *factor relevante* favorable a la custodia individual del padre que vive en ella *cuando el otro reside o se traslada a localidad distinta, en ocasiones muy alejada.*

El mayor arraigo familiar de los hijos con la madre y su familia es frecuente en muchos casos, madres e hijos suelen estar más unidos sentimentalmente. Así resulta de los informes y de la opinión de los hijos, pero *por sí sólo no es un factor determinante* de la custodia individual a favor de la madre.

C) *La opinión de los hijos. No se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído* siempre que tenga suficiente juicio (8, 9 o 10 años) y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6, al que se remite el 76.4 CDFA*), sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años* (80.2.c), para, en unión de los restantes factores del artículo 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él.

La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado [art. 80.2]. *No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación que, conforme al art. 5 CDFA, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión* (Ss. TSJA 27/2012, de 24 de julio, y 34/2012, de 19 de octubre).

La opinión del menor puede conocerse a través *del informe psicológico o social* y/o por medio de la *exploración judicial*. La exploración del menor puede tener lugar *a instancia de parte o de oficio* y practicarse *en primera o segunda instancia, o en ambas*. Pero la opinión del menor tanto puede ser favorable a la custodia compartida como a la individual de la madre o del padre, o no tener un criterio fijo. Siendo dos o más los hijos, su opinión puede no ser unánime.

D) *La aptitud y voluntad de los progenitores.* Aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, emocional, físico, educativo, etc., en la valoración de la prueba hay que partir de la inicial aptitud de ambos padres para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de sus hijos*, por lo que habrá de probarse en los autos su falta de aptitud, idoneidad o voluntad para su ejercicio* (Ss. TSJA 10/2011, de 30 de septiembre, 13/2011, de 15 de diciembre, y 17/2012, de 18 de abril).

No bastan, a tal fin, las apreciaciones personales del Juez ni las estimaciones de futuro sobre la falta de disponibilidad de tiempo de uno de los padres, no cabe presumir su incapacidad para el futuro.

Tampoco impide fijar la custodia compartida el hecho de que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción que el padre al cuidado de los hijos. En efecto, como dice la STSJA 22/2012, de 6 de junio, *la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante matrimonio, no debe ser trasladada acríticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención al menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no conste antecedente de desatención o descuido.*

Tampoco es concluyente la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas (STSJA 30/2012, de 28 de septiembre).

Para apreciar la ineptitud del padre es razón suficiente, según dice la STSJA 10/2011, el hecho de que el padre permanezca sin trabajar y adopte una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención del hijo.

Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, si no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia por la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, procede establecer el régimen de custodia compartida.

Pero la mayor actitud de la madre para resolver problemas es un factor que, en unión de otros, coadyuva a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor favorables a la custodia individual de la madre (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

E) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.* La custodia compartida exige que ambos padres tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades. Además, el apoyo de la familia externa puede facilitar en muchos casos la adecuada conciliación.

La imposibilidad de conciliar vida familiar y laboral hace que la *custodia individual a favor del otro* progenitor resulte más conveniente para el interés del hijo menor.

Las dificultades de conciliación, *en unión de otros factores del artículo 80.2*, debidamente probados, también pueden hacer más conveniente la *custodia individual* del otro.

Pero *no bastan los juicios de probabilidad o las estimaciones de futuro* sobre la disponibilidad de tiempo*, en función de la pasada dedicación laboral del padre*, sin una valoración de prueba que así lo acredite (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

F) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.* Apartado residual. En las sentencias consultadas aparecen dos circunstancias de especial relevancia:

a) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre.* En localidades distintas y alejadas: inviabilidad de la custodia compartida.
b) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana.*

Pero, de acuerdo con el art. 80.5, la falta de entendimiento entre los progenitores no puede constituir un factor decisivo en cuanto al establecimiento del régimen o sistema de guarda y custodia del hijo menor (STSJA 6/2012, de 9 de febrero). Las dificultades derivadas de la conflictividad existente entre los padres es un inconveniente también para la custodia individual y el régimen de visitas. El enfrentamiento entre los padres *no es un argumento que permita por sí solo rechazar la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales* (STSJA 32/2012, de 28 de septiembre).

Lo mismo cabe decir sobre la mala relación entre los padres.

La distinta manera de enfrentarse a la vida cotidiana no debe suponer ningún inconveniente para la custodia compartida, porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra si no acarrea perjuicio alguno para los menores (SAPH 55/2012, de 16 de marzo).

5. *No separar a los hermanos* (80.4)

El principio general de no separar a los hermanos (menores de edad o también mayores, de doble vínculo o de vínculo sencillo) debe cumplirse, pero admite excepciones justificadas por las circunstancias: la notable diferencia de edad entre ellos, el hecho de que uno sea ya mayor de edad, la opinión de los mayores de 14 años. En dos ocasiones se acuerda la custodia repartida de los hijos menores comunes (hermanos de doble vínculo). Hay otros casos de separación de hermanos menores y mayores o de separación de hermanos de vínculo sencillo.

6. *En particular, los supuestos del art. 80.6 CDFA de exclusión legal de uno de los padres de la guarda y custodia por violencia doméstica o de género*

Se ha interpretado el art. 80.6 en el sentido de que los procesos penales en él citados se refieren exclusivamente a los tipos de delito, no incluyendo, por tanto, a los tipos penales por falta (APZ 242/2011, de 3 de mayo).

El impedimento legal previsto en el artículo 80.6 no concurre si hay sentencia firme absolutoria previa al procedimiento sobre guarda y custodia.

No basta estar incurso en un proceso penal por delito de los citados en el artículo 80.6, además es preciso resolución judicial motivada que aprecie indicios de criminalidad: su falta o el auto de sobreseimiento impiden apreciar la causa de exclusión de la guarda del artículo 80.6.

En 4 ocasiones se ha hecho uso del artículo 80.6 y se ha concedido la custodia individual al otro progenitor (la madre en 3 casos, el padre en 1).

VI. ¿Cuántas sentencias deciden que lo más conveniente es la custodia individual?

Dice el artículo 80.5 CDFA que *la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor*, pero esa objeción de uno de los progenitores unida al resultado de la valoración de la prueba practicada en las instancias llevan a los tribunales a decidir con bastante frecuencia que lo más conveniente para el menor en el caso de autos es la custodia individual.

Ya hemos visto antes que de los 17 recursos sobre guarda y custodia resueltos por el TSJA en estos dos primeros años de vigencia de la nueva regulación, 8 han terminado con custodia individual. En las Audiencias Provinciales aragonesas, de 142 sentencias de apelación consultadas, en 95 se acuerda la guarda y custodia individual (un 66,9 %). En las sentencias de primera instancia, el número de custodias individuales se ha reducido en estos dos años al 79 %, siendo que con anterioridad a la nueva Ley el porcentaje no bajaba del 90 %. En los procedimientos con acuerdo de las partes, el porcentaje baja hasta el 75 %.

VI. ¿Cómo pueden los padres modificar el pacto de relaciones familiares o las medidas judiciales adoptadas en su defecto?

1. *¿Qué requisitos requiere la modificación o extinción del pacto de relaciones familiares?*

Aprobado por el Juez el pacto de relaciones familiares, su modificación va a requerir nueva aprobación judicial (art. 77.4) y que se dé alguno de los supuestos de modificación o extinción contemplados en el artículo 77.3:

a) Por mutuo acuerdo de los padres.

b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.

c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.

f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

El pacto se extinguirá sin necesidad de aprobación judicial cuando deje de tener objeto por existir un único padre o por no haber ya hijos a cargo ni asignación compensatoria que pagar. En caso de privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar del padre custodio, la guarda y custodia corresponde automáticamente en exclusiva al otro.

Así que si Pilar y Manolo han pactado con aprobación judicial un régimen de guarda y custodia individual a favor de la madre con visitas para el padre, el cambio a un régimen de guarda y custodia compartida exige, además de la aprobación judicial, que haya acuerdo de los padres o, en su defecto, que haya causa para la revisión y, dada la preferencia legal por el sistema de custodia compartida, que no se acredite por el otro progenitor que la custodia individual sigue siendo preferible para el superior interés del menor. No obstante, desde el 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, hasta el 8 de septiembre de 2011, la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores ha sido causa bastante para la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior (DT 6ª.2 CDFA).

Pasado este año, la revisión judicial de los convenios reguladores o pactos de relaciones familiares y de las medidas judiciales adoptadas antes o después del 8 de septiembre de 2010, requiere causa de revisión, siendo de aplicación a tal efecto las normas de la nueva regulación (DT 6ª.1 CDFA). Así que, a falta de acuerdo entre los padres, el solicitante de la modificación de lo previamente pactado ha de acreditar que el cambio que pide es exigible ahora en virtud de lo pactado en el propio pacto de relaciones familiares o que las circunstancias han cambiado de forma relevante o que hay un incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto. El Ministerio Fiscal podría pedir la modificación si acredita que la protección de los derechos de los menores e incapacitados así lo exige.

2. *¿Qué causas permiten pedir la modificación de las medidas judiciales?*

Pasado el plazo de un año previsto en la DT 6ª.2, *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* (art. 79.5).

Si el cambio no afecta al régimen de custodia mismo, las modificaciones en la duración de los periodos de convivencia alternos pueden ser establecidas por acuerdo de las partes, sin necesidad de aprobación judicial. La concreta modalidad de ejercicio adoptada en la sentencia es *a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres*, e indica que *cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común* (STSJA 17/2012, de 18 de abril).

ACERCA DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE ABOLORIO DE UN INMUEBLE POR SU INGRESO EN EL PATRIMONIO CONSORCIAL DE UN CÓNYUGE PARIENTE Y UN CÓNYUGE NO PARIENTE, Y OTRAS CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE ABOLORIO

Aurora López Azcona
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil.
Acreditada como Titular de Universidad.
Universidad de Zaragoza

EL CASO PRÁCTICO

En 1966 Juan adquirió por herencia 1/6 de una finca de su abolorio, mientras que los 5/6 restantes fueron comprados para el consorcio conyugal que integraba con su cónyuge Pilar, ajena a la familia de procedencia de los bienes.

Fallecido Juan en 1992 y disuelto el consorcio conyugal, en la subsiguiente liquidación se adjudicó a su viuda la mitad indivisa de las 5/6 partes consorciales y a los cuatro hijos del matrimonio (Luisa, Carlos, Juan y Antonio) la otra mitad de las 5/6 partes consorciales más la 1/6 parte titularidad exclusiva de su padre. De este modo, 5/12 se atribuyeron en propiedad exclusiva a Pilar y 7/12 en copropiedad a Luisa, Carlos, Juan y Antonio.

Fallecida Pilar en 2003, sus cuatro hijos heredaron los 5/12 de su propiedad. De este modo, la finca pasó a pertenecerles íntegramente en régimen de pro indiviso.

En 2004, Luisa, Carlos, Juan y Antonio venden la finca en su totalidad a tres personas ajenas a la familia. Frente a dicha venta, Miguel, primo hermano de los vendedores, ejercita el derecho de abolorio.

COMENTARIO DEL CASO

El caso narrado (me he limitado a cambiar los nombres de las partes intervinientes) trae causa de la SJPI núm. dos de Teruel de 19 de julio de 2011, contra la que se interpuso sendos recursos de apelación y casación que dieron lugar a las SAP de Teruel de 6 de marzo de 2011 y a la STSJ de Aragón de 5 de febrero de 2012. En todas las instancias fue denegado el derecho de abolorio, por entender que el bien que constituía su objeto había perdido su condición de abolorio por su ingreso en el patrimonio consorcial titularidad de un matrimonio integrado por cónyuge pariente y cónyuge no pariente. Al hilo de su lectura son varias las cuestiones que se me plantean.

1. ¿Pierde un bien su condición de abolorio cuando ingresa en el patrimonio consorcial, titularidad de un cónyuge pariente y de un cónyuge no pariente?

La primera cuestión a resolver es la relativa a la pérdida (o no) de la condición familiar de un bien cuando ingresa en el patrimonio consorcial cuya titularidad corresponde a un cónyuge miembro de la familia de donde proviene aquél y a un cónyuge ajeno a la misma. La cuestión se plantea en el presente caso desde el momento en que el padre de los vendedores y miembro de la familia de procedencia de la finca heredó 1/6 de la misma, mientras los 5/6 restantes fueron comprados para el consorcio conyugal que integraba con su esposa, extraña a la familia.

A este respecto resulta obvio que, tanto bajo el régimen del Apéndice foral de 1925 –texto vigente cuando se verificó la venta al consorcio conyugal– como en la actualidad, la 1/6 parte del inmueble mantuvo su condición de abolorio, en cuanto privativa del cónyuge pariente por la línea de procedencia del bien [vid. art. 48.1 Apéndice *a sensu contrario*, art. 38.1 Comp., art. 29.c) Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, y art. 211.c)CDFA].

Mayores dudas se suscitan, sin embargo, respecto de los 5/6 del inmueble comprados para el consorcio conyugal, ya que el Apéndice, así como la legislación posterior les atribuyen la condición de comunes [vid. art. 48.1 Apéndice, art. 37.1 Comp., art. 28.2.c) Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, y art. 210.2.c) CDFA].

De este modo, y como ya afirmé en su momento (*El derecho de abolorio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 544-545), la cuestión se planteaba en los siguientes términos: ¿ha de considerarse extraña a la familia de donde procede el inmueble el consorcio conyugal constituido por un pariente y un extraño? Si la respuesta era afirmativa, el bien sería susceptible de derecho de abolorio en esa venta a la comunidad conyugal; si bien, una vez integrado en la misma, perdería la condición de abolorio, dejando de estar sujeto al derecho de abolorio en una futura venta o dación en pago. Si, por el contrario, se interpretaba que no había habido transmisión a un extraño, habría que declarar la improcedencia

del derecho de abolorio en esa venta al consorcio conyugal, pero lógicamente el bien vendido mantendría su condición familiar y, por ende, estaría sujeto al derecho de abolorio en una futura transmisión.

Carente este concreto problema de solución normativa hasta la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003, los órganos judiciales, en las dos únicas ocasiones que abordaron directamente esta cuestión (SAT de Zaragoza de 20 de mayo de 1954 y SJPI núm. uno de Calatayud de 14 de noviembre de 1994), defendieron la permanencia de los bienes en su familia de origen aun siendo vendidos a un matrimonio integrado por pariente y extraño para su comunidad conyugal, con la consiguiente denegación del derecho de abolorio.

En concreto, para la SAT de Zaragoza de 20 de mayo de 1954 el derecho no podía prosperar, porque los elementos patrimoniales objeto del derecho, bienes comunes, pertenecían en su mitad indivisa al cónyuge pariente y, en el supuesto de disolución de la comunidad conyugal, serán adjudicados a éste o a sus herederos, conservando, en consecuencia, la condición de bienes de abolorio; afirmación esta a todas luces inexacta. La Audiencia hizo, asimismo, una serie de reflexiones acerca del parentesco –que pareció interpretar en sentido amplio comprensivo del parentesco por afinidad– y de la finalidad familiar del derecho.

Con menor desarrollo argumentativo, la SJPI núm. uno de Calatayud de 14 noviembre 1994 desestimó la pretensión de abolorio, entendiendo que la finca retraída no se integró en un patrimonio extraño, ya que uno de los miembros del consorcio conyugal pertenecía a la línea familiar de donde proviene aquélla.

Con todo, la línea jurisprudencial precitada no fue unánime, toda vez que la SAP de Huesca de 12 de noviembre de 1994 no pareció compartir el criterio favorable a la conservación de la condición familiar de los bienes en un supuesto similar, al afirmar que la finca recobrada por carta de gracia por el padre del vendedor «no pasó a formar parte del patrimonio conyugal, siguió perteneciendo privativamente al marido al que pertenecía por herencia de sus padres y por ello no perdió su condición de finca de abolorio». De la declaración de este Tribunal no es difícil colegir *a sensu contrario* que el inmueble adquirido a título de venta o dación en pago para el consorcio conyugal sale de su familia de origen, siendo admisible, por consiguiente, el ejercicio del derecho de abolorio en dicha transmisión.

Este planteamiento jurisprudencial minoritario fue compartido por la doctrina, toda vez que los autores que tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, tanto bajo la vigencia del Apéndice como de la Compilación sostuvieron unánimemente la pérdida de la condición familiar de los bienes, con diferente aparato argumentativo.

Así, J. M. Belled Heredia («La sucesión intestada en el Derecho aragonés», *RCDI*, núm. 465, 1968, p. 493) pone el ejemplo de un padre que vende una finca a un hijo que está soltero y otra finca a otro hijo que está casado. Si posteriormente el hijo soltero vende esa finca, sus parientes pueden ejercitar el derecho de abolorio, no así si la vende el casado «porque la finca se ha destroncalizado, no la ha adquirido él, la ha adquirido la sociedad conyugal, ha perdido ya el carácter troncal».

Para L. Bermúdez Acero («Retracto de abolorio en Aragón», *ADA*, t. X, 1959-1960, p. 250) el derecho de abolorio debe prosperar en la venta de bienes de abolorio efectuada por un suegro a favor de su yerno constante el matrimonio con la hija de aquél, «porque tienen la condición de *comunes* y el marido puede disponer libremente de ellos y sacarlos de la familia al amparo de lo dispuesto en el art. 49 de dicho Apéndice. Mas aunque así fuese, al disolverse la sociedad conyugal, por lo menos en su mitad, pertenecerían al marido, a sus herederos, si es que no había descendientes y entrarían por el cauce de una rama distinta de la troncal, burlando así las acciones de retracto, que pudieran corresponder a los consanguíneos legítimos de aquella de donde procedían».

En términos similares a los de Bermúdez Acero se expresa J. L. Merino Hernández (*El derecho de abolorio*, Institución «Fernando El Católico», Zaragoza, 1980, p. 56), al afirmar que el consorcio conyugal «se trata más bien de una especie de comunidad en mano común (germánica) de la que surge al exterior un titular único –el marido– con una especie de expectativa en favor del otro partícipe –la mujer–».

En fechas más recientes, J. A. Serrano García (*Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa,* Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, pp. 85 y 102) afirma tajantemente que los bienes salen de la familia de origen cuando adquieren la condición de consorciales, dejando de ser bienes de abolorio.

Por mi parte, y como afirmé en su momento (*El derecho de abolorio*, cit., p. 545), independientemente de que la gestión del consorcio conyugal corresponda a uno o ambos cónyuges (argumento éste en el que inciden tanto Bermúdez como Merino y que emplea, asimismo, la STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2012 en relación con el caso aquí planteado), conviene no olvidar que dicha comunidad constituye una masa patrimonial con entidad propia independiente de los patrimonios privativos de cada cónyuge y, por consiguiente, ajena a la familia de uno y otro cónyuge (argumento que, por cierto, reproduce fielmente la sentencia dictada en apelación en el caso que aquí se comenta: SAP de Teruel de 6 de marzo de 2012). Por ello, a mi juicio, parecía más acertado defender la salida de los bienes de la familia en este supuesto.

En cualquier caso, este supuesto ha encontrado solución hace unos años en la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad en el sentido propugnado por la doctrina, así como por la última de las sentencias reseñadas (SAP de Huesca de 12 de noviembre de 1994), a cuyo criterio, como he indicado, me adhiero plenamente. En efecto, en el art. 34 de la precitada norma (actual art. 216 CDFA) podía leerse que, cuando un bien procedente de la familia de uno de los cónyuges ingrese en el patrimonio común en virtud de cualquier título, habrá de entenderse que tal bien ha salido de la familia de origen. Por consiguiente, aun cuando, una vez disuelto el consorcio conyugal, dicho bien le sea adjudicado al cónyuge pariente en virtud del derecho de atribución preferente del art. 85.2.a) [actual 267.2.a) CDFA] y éste lo enajene a un extraño, en esta enajenación resultará inviable el derecho de abolorio, toda vez que, aunque dicho bien ha vuelto a entrar en su familia de origen, no cumplirá el requisito de permanencia en la misma durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

Dicho lo anterior, considero que en el caso aquí planteado, pese a no resultar aplicable la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad, puede defenderse la salida de la familia y la consiguiente pérdida de la condición de abolorio de los 5/6 de la finca comprados para el consorcio conyugal integrado por un cónyuge pariente de la línea de procedencia y un cónyuge no pariente. Y ello, desde el mismo instante en que se efectuó la compraventa a favor del consorcio (12 de diciembre de 1966), toda vez que en ese momento se integró una masa patrimonial independiente de los patrimonios privativos de cada cónyuge y, por consiguiente, ajena a la familia del cónyuge pariente. Me permito discrepar así de la argumentación empleada por la STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2012, que pospone la pérdida de la condición familiar a la reforma de la Compilación operada en virtud de la Ley 3/1985 a fin de adecuarla a la CE de 1978, y en particular, de sus arts. 48 a 51 relativos a la gestión del consorcio conyugal, momento «en que las facultades de administración y disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien» para atribuirse a ambos cónyuges.

Obviamente, una vez acaecido el fallecimiento del cónyuge pariente en 1992 y disuelto el consorcio conyugal, la adjudicación en propiedad exclusiva a la cónyuge no pariente de la mitad de esos 5/6 consorciales (esto es, 5/12) en fase de liquidación de la comunidad consorcial no hizo sino confirmar su salida de la familia de procedencia, como así se pone de relieve en la STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2012.

Por tanto, y en definitiva, la finca vendida sólo mantiene su condición de abolorio en 1/6 parte, sin que resulte viable el derecho de abolorio sobre la totalidad de la misma. Así lo entiende, igualmente, la STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2012 que, frente a la pretensión del retrayente de que se declare el mantenimiento de la condición troncal del bien cuando una cuota indivisa sea familiar, argumenta lo que sigue: «…no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga sobre todo el bien la expectativa del posible derecho de abolorio».

2. ¿Es viable el ejercicio del derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio?

Habiendo perdido en su práctica totalidad la condición de abolorio la finca objeto de litigio, queda por pronunciarse acerca de la prosperabilidad del derecho de abolorio respecto de la única cuota indivisa (1/6) que mantuvo, no obstante, el carácter familiar.

La cuestión se revela compleja, habida cuenta que en el momento en que tuvo lugar la enajenación originadora del derecho de abolorio (a principios de 2010) todavía no había sido aprobada la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial, que en su art. 56 sí admitió esta posibilidad en los términos que se verán más adelante.

Con todo, el problema dista de ser novedoso, puesto que ya se había planteado en varias ocasiones en la práctica, tanto bajo la vigencia del Apéndice foral de 1925 como de la Compilación de 1967, habiendo dado lugar a una consolidada jurisprudencia al respecto. En concreto, los órganos judiciales (STS de 17 de febrero de 1954 y SSAT de Zaragoza de 9 de julio de 1880 y de 1 de diciembre de 1947) habían coincidido en declarar la imposibilidad de extender el derecho de abolorio a toda una finca parcialmente de abolorio, como es el caso que aquí se examina. Respecto de la facultad de ejercitar el derecho de abolorio sobre las cuotas familiares, los órganos judiciales (STS de 17 de febrero de 1954, SSAT de Zaragoza de 7 de diciembre de 1955 y de 11 de mayo de 1959 y SJPI núm. uno de Calatayud de 14 de noviembre de 1994) atendían mayoritariamente a dos criterios decisorios, estrechamente vinculados entre sí: la naturaleza divisible (o no) del inmueble, y la dificultad de imponer un régimen de comunidad contra la voluntad de los afectados. De este modo, si el inmueble objeto del derecho de abolorio era divisible no se derivaría forzosamente una situación de comunidad de bienes y, por ello, sería admisible el ejercicio del mismo.

Por mi parte, ya en los trabajos preparatorios de la Ley de Derecho civil patrimonial (*Memoria del texto articulado del proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de derecho de abolorio y contratos de ganadería*, 2007, inédita, pp. 65-66) mantuve que, en principio, no había inconveniente alguno en admitir el ejercicio del derecho de abolorio sobre cuotas indivisas –lógicamente familiares–. Ahora bien, coincidí con la jurisprudencia en la imposibilidad de imponer un régimen de comunidad contra la voluntad de los sujetos afectados. Y es que, a mi juicio, la viabilidad del derecho de abolorio sobre cuotas familiares, de ser admitida, había de restringirse al supuesto de que se enajenase no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas, ya que en este caso su inadmisibilidad no evitaría el nacimiento de una comunidad de bienes entre el transmitente y el adquirente; y ello prescindiendo del carácter divisible o indivisible del inmueble, discrepando así parcialmente del criterio mayoritario de los órganos judiciales aragoneses.

Esta propuesta que me permití hacer *de lege ferenda*, es la que finalmente ha prosperado en el plano normativo, toda vez que la Ley de Derecho civil patrimonial dispuso en su art. 56 (actual art. 592 CDFA) lo que sigue:

> «1. El derecho de abolorio es susceptible de ejercicio en la enajenación de cuota indivisa de bienes de abolorio.
>
> 2. Si se enajena un inmueble en su totalidad, no cabe ejercitar el derecho de abolorio sobre una cuota indivisa del mismo.»

Esto es, el legislador aragonés ha resuelto la cuestión planteada en sentido favorable al derecho de abolorio, siempre que se enajene, no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas –lógicamente familiares–. Por el contrario, en caso de enajenarse la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho sobre todo él.

Por todo lo cual, entiendo que en el caso planteado difícilmente puede defenderse la viabilidad del derecho de abolorio sobre la única cuota indivisa que

mantiene la condición de abolorio. Y es que de sostener lo contrario, hubiese resultado una comunidad de bienes entre el retrayente y los compradores, difícilmente sostenible. Comparto así el criterio de la STSJ de Aragón de 5 de febrero de 2012 que llegó a idéntica solución denegatoria, por «ser inconveniente al criterio general del Ordenamiento jurídico establecer la comunidad ordinaria que resultaría caso de estimarse tal petición». Discrepo, no obstante, del otro argumento que esgrime la referida sentencia para llegar a dicho fallo desestimatorio, a saber: que el ejercicio sobre una cuota es contrario a la finalidad del derecho, por considerarlo demasiado restrictivo y ajeno a los designios del legislador, que, como sabemos, ha suprimido la facultad moderadora que el antiguo artículo 149.2 Comp. atribuía a los órganos judiciales.

3. ¿Puede el retrayente consignar el precio mediante aval bancario?

La respuesta es afirmativa, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil patrimonial, donde se ha admitido expresamente esta posibilidad en el artículo 59.1, precepto que se corresponde con el actual artículo 595.1 CDFA.

Efectivamente, cuando en 2004 tiene lugar la enajenación que origina el derecho de abolorio que aquí se comenta, ya existía una consolidada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, favorable a admitir la validez de la consignación requerida por la legislación procesal civil en materia de retractos legales (antiguo art. 1618.2º LEC de 1881 y actual art. 266.3º LEC de 2000) cuando se efectuase mediante aval bancario. La primera sentencia que se pronunció en este sentido fue la STS de 15 de abril de 1998, a la que siguió dos meses después la STC 145/1998, de 30 de junio. Con posterioridad, esta línea jurisprudencial se ha visto confirmada por varias sentencias del Tribunal Supremo (de 3 de abril de 2001, de 17 de mayo de 2002 y de 14 de mayo de 2004); e, igualmente, por una nueva sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 189/2000, de 10 de julio. En la base del razonamiento empleado por ambos Tribunales subyace la consideración de la consignación del precio como un requisito de orden procesal con una función meramente garantista del futuro reembolso en caso de prosperar la demanda de retracto, lo que justifica una interpretación no excesivamente formalista de la normativa aplicable en aras de la tutela judicial efectiva.

Pueden reproducirse en este sentido las siguientes afirmaciones vertidas por la STC 145/1989, de 30 de junio, en sus FJ 4º y 6º, respectivamente:

> «… la finalidad perseguida con el requisito que se establece en el art. 1.618.2º LEC estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado de las cantidades que señala el art. 1.518 del Código Civil. Finalidad que justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial efectiva.
>
> El medio sustitutivo, de otro lado, en que consiste el aval bancario ofrecido por el demandante, como instrumento de garantía de usual aceptación en el tráfico

> jurídico por sus características de solvencia, hace que la finalidad garantizadora que inspira el precepto en que se funda la exigencia legal (art. 1.618.2º LEC), se cumpla del mismo o semejante modo con la prestación del aval bancario.»

Junto a la argumentación referida, la STS de 15 de abril de 1998 invoca en pro de la admisión del aval bancario como medio consignatorio en los procesos de retracto el criterio interpretativo de la realidad social del artículo 3.1 Cc:

> «…no cabe ignorar que hoy el aval bancario constituye un instrumento ordinario de garantía de pago de la cantidad asegurada en los espacios económicos y se utiliza, y es admitido, para el cumplimiento de cualesquiera clase de obligaciones, incluso para las de naturaleza personal, como la *atañente* a evitar la prisión provisional en los procesos penales, debido a que, si tiene lugar el hecho generador del pago, el Banco avalista protege la realidad de la prestación, lo que supone el cumplimiento del objetivo de garantía en términos equivalentes al dinero o al talón conformado.
>
> Por demás, ocurre que la entrega de papel moneda en la negociación dineraria moderna, y, por tanto, en la realidad social, ha devenido en ejercicio obsoleto por su infrecuencia, al menos si las operaciones son de cierta transcendencia, y se sustituye por modernos métodos de pago o de intercambio de valores; igualmente, a veces sucede que muchas personas con patrimonio suficiente para hacer frente a depósitos o consignaciones requeridos por ley carecen momentáneamente de dinero efectivo y precisan de algún tiempo para lograr numerario a esos fines, con la dificultad de su pronta obtención cuando la prestación deba verificarse en plazo determinado, y una de las respuestas para la solución del problema, acaso la más operativa, viene dada por el aval bancario....
>
> La argumentación aquí facilitada se define por la sustitución de la posición hasta ahora mantenida en la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia, por otra permisiva de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario, de conformidad, aparte de lo explicado en los razonamientos precedentes, con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.»

En lo que aquí interesa, esta jurisprudencia ha sido acogida por los órganos judiciales aragoneses respecto del derecho de abolorio, pudiendo citarse a título de ejemplo la SJPI núm. dos de Zaragoza de 31 de enero de 2007 (reseñada en la *RDCA*, XV, 2009, p. 717, núm. 53).

Es más, esta doctrina ha tenido reflejo normativo en la Ley de Derecho civil patrimonial, toda vez que durante su tramitación parlamentaria se incorporó a su artículo 59.1 la previsión (fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista aprobada en fase de Ponencia) referente a que la consignación del precio podrá realizarse no sólo en metálico, sino también mediante un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado. Este precepto actualmente se corresponde con el artículo 595.1 CDFA.

Por tanto, si nos atenemos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de retractos legales que, por añadidura, siguen los órganos judiciales aragoneses en materia de derecho de abolorio, así como a la propia opción del legislador aragonés al dotar de un nuevo régimen jurídico

a esta institución, cabe afirmar que en el caso comentado la consignación fue válidamente efectuada por el retrayente.

4. ¿Cuál es la suerte de la hipoteca constituida por los compradores?

La última cuestión planteada tiene que ver con las condiciones en que adquiere el retrayente la propiedad del bien, en caso de prosperar el derecho de abolorio.

Esta cuestión se encuentra resuelta expresamente en el art. 1521 Cc –aplicable supletoriamente en Aragón hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil patrimonial– y ahora en el artículo 595 CDFA, de acuerdo con los cuales el ejercicio del derecho de abolorio conlleva la adquisición del inmueble en las mismas condiciones en que se encontraba en el momento de la enajenación. De ello resulta, como afirmé en su momento (*El derecho de abolorio,* cit., pp. 819-820) que el ejercitante sólo estará obligado a soportar las cargas o gravámenes constituidos sobre el bien antes de consumarse el contrato transmisivo que genera la preferencia adquisitiva, pero no los que imponga posteriormente el adquirente. En efecto, el retrayente quedará afectado por los derechos reales limitados y, en general, los gravámenes que se hayan constituido sobre la cosa con anterioridad al momento señalado, de tal manera que sus titulares tendrán frente a él todas las acciones derivadas de los mismos. Por el contrario, y como consecuencia lógica de la eficacia del derecho de abolorio frente a terceros, aun cuando hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos *ex* art. 37.3º LH, aquellos gravámenes que haya constituido el adquirente tras la enajenación quedarán extinguidos como consecuencia del ejercicio del derecho de abolorio.

Por consiguiente, entiendo que en el presente caso puede defenderse la extinción de la hipoteca que han constituido los compradores, como consecuencia del ejercicio del derecho de abolorio, siempre que el retrayente lo haya solicitado judicialmente en virtud del principio dispositivo que rige los procesos civiles, y demande a sus respectivos titulares (de acuerdo con la jurisprudencia: entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1999, de 27 de julio de 2006, de 9 de septiembre de 2008 y 26 de septiembre de 2011). Adicionalmente, será cancelada su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, con base en la importante Resolución de la DGRN de 8 de mayo de 1959.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

* 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.

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)

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. LOS HECHOS. § 1. ¿De que va el caso? § 2. El iter de los acontecimientos: construcción en fundo ajeno con dinero consorcial. § 3. Fundamentos y fallos de los diversos procesos. 1. *Sentencia de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca.* 2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de mayo de 2010.* 3. *El Fallo de la S. TSJA de 3 de diciembre de 2010.* II. ACCESIÓN, SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. § 4. Accesión y propiedad: Construcción por un tercero en solar ajeno con materiales propios. 1. *El punto de partida del Código civil: Un único dueño del conjunto.* 2. *El artículo 361 Cc. Teorías y problemas.* A. *La adquisición diferida de la propiedad de la obra.* B. *La accesión: un modo de adquirir inmediatamente la propiedad.* C. *Otro problema: ¿es relevante la mala fe del dueño del suelo en el 361 Cc.?* § 5. Lo que dice el TSJA y lo que a mí me parece mejor. Luces y sombras. 1. *Aciertos y desaciertos: algunas cuestiones de régimen económico matrimonial y accesión.* A. *Justicia rogada y casación.* B. *Estamos ante un problema de accesión: esta es la clave y la solución depende del presupuesto teórico del que se parta.* 3. *Accesión, sucesión y normas de régimen económico matrimonial. Mi visión de los acontecimientos.* A. *El origen del problema.* B. *¿Se aplica a este caso el art. 361 Cc. o, como dice la Sala, «existe una relación jurídica entre las partes que hace inaplicable las reglas sobre la accesión»?* C. *La accesión a favor del* dominus soli*: el ejercicio de la opción.* D. *La propiedad de la obra por derecho de accesión.* E. *Sucesión: la propiedad de la vivienda corresponde al cónyuge heredero.* F. *El régimen económico matrimonial: la indemnización tiene natu-*

raleza consorcial y en la liquidación forma parte del activo consorcial: artículo 262 en relación con el artículo 210 CDFA. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS HECHOS

§ 1. ¿De qué va el caso?

La sentencia de 3 de diciembre de 2010 del TSJA[1] resuelve un asunto en el que se entremezclan normas de Derecho civil patrimonial, contenidas en el Código civil español (no hay normativa aragonesa propia) con normas de régimen económico matrimonial legal aragonés, que permitirán determinar la calificación jurídica que deba tener la construcción de una vivienda realizada con dinero consorcial en fundo ajeno, heredado, con posterioridad, por uno de los cónyuges.

Las aristas que surgen de esta controversia no son pocas, tanto desde el punto de vista de las reglas de la accesión: ¿es automática o diferida?; como, y sobre todo, desde el punto de vista de la calificación jurídica que deba tener la construcción hecha con dinero consorcial: ¿Se puede calificar de consorcial una vivienda construida en fundo ajeno?, ¿es posible inscribir dicha construcción como de «plena propiedad del consorcio conyugal» siendo el solar propiedad de un tercero?

Me parece éste un caso de especial interés ya que en él la posición teórica que se adopte tanto desde el punto de vista de la accesión, como desde el punto de vista del régimen económico matrimonial (a quién y cuándo se aplica) pueden, tal vez, llevarnos a soluciones distintas.

La solución de la STSJA es correcta desde el punto de vista teórico del que creo que parte y posiblemente la más adecuada también desde el punto de vista de lo justo, pero me gustaría hacer algunas reflexiones ya que si tomamos un enfoque teórico distinto, la solución, desde luego, es otra.

Como se verá, no es este un caso de Derecho civil foral aragonés, solo en parte resulta aplicable alguna norma del régimen económico matrimonial, sino que es, sobre todo, un caso de accesión y de cómo entender su naturaleza que, adelanto ya, no comparto con la teorización y premisas de la Sala, sin perjuicio, insisto, de la corrección del fallo al partir de una premisa admitida por la doctrina mayoritaria; mi opinión es la minoritaria.

---

[1] RDCA, XVII, 2011, marginal 10. Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Con todo, la solución que a mí me parece mejor es más acorde con las pretensiones del demandante, que es la parte que pierde el pleito; pero decir esto para mí es mucho más sencillo, ya que no estoy sujeta al rigor del artículo 218 LEC, que es en el fondo también una de las claves del problema: el juez debe absolver o condenar en función de lo que se le pide, sin alterar la causa de pedir; ¿podría el Juez en este caso haber hecho otra cosa?

§ 2. El iter de los acontecimientos: construcción en fundo ajeno con dinero consorcial

El fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 3 de diciembre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón relata con extrema precisión los hechos que dan lugar a esta controversia, que se manifiesta fundamentalmente tras el proceso de separación de los cónyuges y la liquidación del régimen económico matrimonial: ¿Qué naturaleza tiene la vivienda construida con dinero consorcial en terreno ajeno?

Veamos los hechos (invento el nombre de los protagonistas y, en parte, el lugar).

Juan y Juana, de vecindad civil aragonesa, contraen matrimonio el 29 de agosto de 1982, sin haber otorgado capítulos matrimoniales.

Entre 1982 y 1983, ya casados y con dinero común, construyen sobre un solar de un tío del marido (Lorenzo), y con su conocimiento, una vivienda en la que se establece el domicilio familiar.

Entre 1987-1988 se sigue procedimiento de separación entre los esposos, obteniéndose sentencia de separación en 1990, pero dejando para ejecución de la misma la fijación de las medidas.

En 1991, Lorenzo, el tío del marido y propietario del solar sobre el que se ha construido la vivienda, otorga ante notario escritura de declaración de obra nueva procediendo a inscribir a su nombre la edificación construida por sus sobrinos, dando lugar a la inscripción 5ª de la finca.

En 1992, en ejecución de la sentencia resultante del referido procedimiento de separación entre los cónyuges se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija del matrimonio.

Ese mismo año, Lorenzo ejercita acción de desahucio contra Juana: en primara instancia se estima la demanda, pero es revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca.

En 2004, fallece Lorenzo, en estado de soltero y sin haber otorgado testamento, sus hermanos resultan ser sus herederos, entre los que está el padre de Juan, quién había otorgado testamento a favor de su hijo. Tras la muerte de Lorenzo fallece el padre de Juan sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermano; en ejercicio del *iure trasmisiones* Juan acepta la herencia de su padre y la delación a la herencia de su tío Lorenzo, adquiriendo por este título el solar

sobre el que se construyó con dinero consorcial la vivienda familiar objeto de controversia, lo que da lugar a la inscripción 6ª en el Registro de la Propiedad.

En 2006 se sigue procedimiento de divorcio entre Juan y Juana; en apelación se suprimen las medidas relativas a la pensión de la hija del matrimonio y al uso de la vivienda.

Juan interpone demanda contra su esposa y el consocio conyugal afirmando que, por derecho de accesión, le corresponde el pleno dominio de la vivienda, previa indemnización a la esposa del dinero invertido por ella tras la separación de los cónyuges así como el abono al consorcio conyugal la suma total invertida en la construcción de la vivienda.

Ésta es la pretensión objeto de controversia: Juan es propietario de la vivienda por derecho de accesión y debe al consorcio el dinero invertido en su construcción. El fundamento legal se halla, según la parte actora, en el artículo 38.7º Compilación del Derecho civil de Aragón, actual artículo 211.h) CDFA.

Este argumento es la clave de todo lo demás: se fundamenta un caso de accesión del artículo 361 Cc en normas de régimen económico matrimonial.

§ 3. Fundamentos y fallos de los diversos procesos

1. *Sentencia de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca*

Juan, como hemos dicho, solicita del Juzgado que «se declare su derecho a: A) hacer suya en pleno dominio la casa construida en Ansó núm. *y*, previa indemnización a la demandada (Juana) de *x* euros actualizados a la fecha del efectivo, B) Subsidiariamente, y para el caso de que lo anterior no prospere, se declare el derecho de Juan a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, previa indemnización a la sociedad consorcial formada por el demandante y la demanda Juana de x euros, actualizados a la fecha de efectivo pago, C) la obligación de desalojar la demandada la vivienda sita en Ansó y d) se condene a la demanda al pago de las costas.

Juana contesta la demanda solicitando la desestimación de la misma y la expresa condena en costas; formula, a su vez, reconvención interesando que «se dicte una sentencia por la que se declare que la casa sita en Ansó núm. *y* es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana, se condene a Juan a estar y pasar por ello, e igualmente se acuerde que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 6ª del Registro de la Propiedad».

La sentencia declara lo siguiente:

Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Juan *contra* Juana, *debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos. Que estimando la reconvención formulada por la representación procesal de Juana, debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en Ansó* núm. y*, es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por* Juan y Juana *y, consecuentemente, se condene* a Juan *a estar y pasar por la anterior declaración, acordándose que procede la*

rectificación registral de las inscripciones 5ª y 6ª. Las costas procesales de la demanda y la reconvención se imponen a la parte demandante.

De este fallo me parece objeto de reflexión la siguiente afirmación: *debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en Ansó núm.* y, *es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana*, ¿es esto posible? ¿Cómo un edificio puede ser propiedad de un tercero que no es dueño del solar, sin que haya un mecanismo legal por el que se pueda atribuir una propiedad separada como así lo permite en nuestro ordenamiento el derecho de superficie o la propiedad horizontal, además de los derechos de vuelo y subsuelo?, ¿cómo se inscribe esta propiedad consorcial en terreno ajeno en el Registro de la Propiedad?

2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de mayo de 2010*

Juan interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia; la AP estima su recurso y revoca la sentencia de Primera Instancia, desestima la reconvención interpuesta por Juana, y estimando parcialmente la demanda, se declara que Juan: *tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, núm.* y, *previa indemnización a la demandada de la cantidad de x euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago más* x *euros de abril de 1996 actualizados a la fecha de su efectivo pago, declaramos también la obligación de la demandada de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas.*

El fundamento jurídico del que parte la AP para estimar el recurso de apelación es el siguiente: *Al heredar el actor a su tío «Lorenzo» se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno a otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo propiedad del actor, pero sí se puede afirmar que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, por más que al tiempo de la edificación el terreno no fuera del actor sino de su tío, al que ha heredado, produciéndose la confusión de patrimonios (…).*

Considera, la Audiencia que por terminar siendo privativo del marido el solar sobre el que se ha construido la vivienda, es de aplicación el artículo 29.h) de la Lrem [hoy 211.h) CDFA] y añade: *Otra cosa es que la deuda del actor, como dueño del terreno, tiene con su sociedad consorcial, por la construcción del edificio sobre dicho terreno, e incluso con la demandada por las obras que la misma ha hecho con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal.*

Como fácilmente se observa la AP trata un problema de accesión como un caso de régimen económico matrimonial: la casa es privativa del marido porque termina siéndolo el solar, y por ello resulta de aplicación el artículo 29.h) Lrem: ¿de verdad es esta la norma aplicable? Y algo más: ¿hay confusión de patrimonios en la sucesión aragonesa?

Estos fundamentos que llevan a la AP de Huesca a atribuir la propiedad de la vivienda a Juan son debatidos y rechazados por el TSJA, en la sentencia que comento.

La solución que propone la AP me parece correcta: la casa construida sobre el solar de Lorenzo debe ser propiedad de Juan, porque ya lo era de su tío a quien él hereda, pero no, como luego explicaré, porque haya confusión de patrimonios o se aplique el artículo 29.h) de la Lrem [hoy 211.h) del CDFA]; simplemente porque su tío ya era el propietario de la vivienda, aun cuando no hubiera liquidado el estado posesorio que impone el artículo 361 Cc.

3. *El Fallo de la Sentencia del TSJA de 3 de diciembre de 2010*

Contra el fallo de apelación, Juana recurre en casación con base en la infracción de los siguientes preceptos:

1. Infracción de los preceptos de la Lrem y de la Compilación del Derecho civil de Aragón, todos ellos relativos al régimen económico matrimonial, por estimar que la edificación era un bien común del matrimonio y que disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no se proceda a su división, son incrementos del bien común tanto las obras efectuadas por uno de los cónyuges como la adquisición del suelo sobre el que se asienta la edificación, a expensas de la liquidación y división del patrimonio consorcial y sin perjuicio de los reintegros que procedan.
2. El motivo segundo se fundamenta en infracción de los artículos 358, 361, 362, 453 y 1.359 Cc.
3. El tercer motivo alega infracción de los artículos 453 y 454 en relación con el artículo 361Cc sobre la accesión que la sentencia recurrida declara a favor del actor.
4. Por último, se alega infracción de los artículos 40 y 34 LH, en relación con las rectificaciones registrales solicitadas por la recurrente en su demanda de reconvención.

El Tribunal Superior declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por Juana, y, en consecuencia, casa y anula la sentencia de la AP de Huesca de 11 de mayo de 2010, confirmando la sentencia del Juzgado, desestimando, por ello, la demanda interpuesta por Juan y estimando la reconvención en los términos que resultan de la sentencia de instancia.

Por lo tanto mantiene el TSJA la afirmación de que la vivienda construida en terreno ajeno es un bien consorcial, o como dice la sentencia de 1ª Instancia: la *edificación (casa-vivienda) sita en Ansó núm.* y, *es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana.*

Las razones que para ello aduce el TSJA son las siguientes:

1ª Infracción del artículo 37.h) Comp., norma aplicable al caso, ya que la vivienda se construye en 1982-1983, así lo establece la DT 2ª de la Lrem., (hoy la novena del CDFA), puesto que en ese momento el solar no era propiedad del marido, a pesar de haberlo heredado con posterioridad.

2ª Infracción de los artículos 361 y concordantes, puesto que los mismos son inaplicables al caso, ya que al haber mediado consentimiento del tío no son aplicables dichas normas de accesión. Lo que «*lleva a una situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación pero sí de obtener la debida compensación por el terreno*. En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a los que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posterioridad a la edificación, (…) que se deben someter, en su caso, a la liquidación y división del patrimonio consorcial».

3º Por último, declara el tribunal que las inscripciones 5ª y 6ª sólo deben referirse al terreno y no a la construcción.

Cada una de las instancias ha llevado un camino diverso en su resolución pero todas ellas han hilvanado el fallo en torno a la aplicación de normas de régimen económico matrimonial, pero no se puede perder de vista que las normas de régimen económico sólo son aplicables entre cónyuges, y no respecto de terceros.

A mi juicio la pregunta es: ¿Qué derechos tienen «Juan y Juana» como edificantes de buena fe en suelo ajeno? Esos derechos son los que deberán ser calificados en el proceso bien como consorciales bien como privativos, pero nunca frente a terceros: al *dominus soli* no le afecta esa calificación; él deberá indemnizar o vender el suelo a Juan y a Juana, y sólo entre ellos la indemnización o la adquisición del suelo y el vuelo será común o privativa.

Obviar esta premisa ha provocado, según creo, un alejamiento de la solución que a mí me hubiera parecido mejor.

El punto de partida debe ser la accesión y su régimen jurídico.

II. ACCESIÓN, SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL[2]

§ 4. Accesión y propiedad: Construcción por un tercero en solar ajeno con materiales propios

1. *El punto de partida del Código civil: Un único dueño del conjunto*

El CDFA no regula la accesión por lo que resulta aplicable supletoriamente el Código civil (art. 1.2 CDFA en relación con el artículo 149.1.8ª y 3 CE).

---

[2] En la redacción de este apartado en particular he tenido en cuenta la doctrina más relevante en la materia, que aparece al final del trabajo. Sólo citaré expresamente en la redacción de estas notas alguna opinión que me parezca fundamental para el discurso que desarrollo.

La accesión regulada en el Código civil (arts. 358 y ss.) es desde hace más de una centuria una materia sobre la que la doctrina no se pone de acuerdo ni en lo que atañe a su naturaleza: es o no un medio de adquirir el dominio; ni siquiera, y tratándose de accesión inmobiliaria, en su forma de actuar: es o no automática la adquisición de la obra por el dueño del suelo y, en su caso, cuándo y cómo prescriben las acciones para adquirir la obra o enajenar el suelo.

Ciertamente, y por lo que respecta a su naturaleza, la accesión no aparece en la nómina del artículo 609 Cc como uno de los medios de adquirir el dominio, de ahí que para algunos autores estemos ante una modificación del objeto de los derechos reales[3] y no ante un modo de adquirir la propiedad[4].

Sea como fuere, las normas sobre accesión sí atribuyen la propiedad a un sujeto: al dueño de la cosa principal, entendida ésta como la más valiosa y tratándose de accesión inmobiliaria al dueño del suelo. Como recuerda ALONSO PÉREZ, trayendo a colación diversas resoluciones de la DGRN, el artículo 358 Cc está ordenado para procurar una más clara atribución de las titularidades, en el sentido de que su efecto consiste en que sobre cada solar recaiga solamente una exclusiva propiedad[5].

En efecto, la regla *superficies solo cedit* procedente del Derecho romano e incorporada al Código civil español a través del *Code* y de los estudios de Pothier[6], trae a nuestro ordenamiento una máxima que impide, salvo en aquellos supuestos previstos en la ley, la disociación de la propiedad inmobiliaria: el dueño del suelo, titular del *ius aedificandi*, lo es también de lo construido, sembrado o plantado, tanto por él como por terceros, salvo que éstos sean titulares de un derecho de superficie, de aprovechamiento separado o de propiedad horizontal; la construcción, si no está en alguno de estos casos no abre folio registral ni es inscribible, sólo lo es la finca.

En razón de lo anterior, los arts. 360 a 365 disciplinan las reglas de la accesión inmobiliaria cuando un tercero, con materiales propios o ajenos siembra, planta o construye en terreno ajeno, o incluso cuando es el dueño quien desarrolla dicha actividad empleando materiales de un tercero.

En todos los casos, el criterio es atribuir la propiedad del conjunto a un solo sujeto, en principio al propietario del suelo.

La razón no es otra que su titularidad sobre el *ius aedificandi*, que ha sido utilizado por un tercero, de buena o de mala fe, pero sin que exista un convenio que le otorgará tal facultad, lo que conlleva una inmisión ilegal en la propiedad

---

[3] Por todos, DÍEZ PICAZO, José Luis: *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Tecnos, 1978, p. 194 y ss.

[4] Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, José: Derecho civil español común y foral, T. II, 1984, p. 318.

[5] ALONSO PÉREZ, María Teresa: *La construcción en finca ajena, Estudio sobre el derroco de superficie y de los derecho de sobre y subedificación*, Madrid, 2000, pp. 40 y ss.

[6] POTHIER: «Traité du droit de domaine de propriéte», *Oeuvres completes* vol. 9, París 1861, pp. 156 y ss.

ajena, de ahí que el dueño del suelo tenga derecho a la propiedad de la obra, indemnizando o no al constructor en función de su buena o mala fe e incluso pueda obligarle a adquirir el terreno trasmitiéndole, en consecuencia, la propiedad del suelo y de la obra.

Ahora bien, en la sentencia que comentamos el Tribunal Superior en su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que *la única opción que tiene el dueño del suelo es la de enajenárselo al consorcio conyugal:* ¿con razón?

2. *El artículo 361 Cc. Teorías y problemas*

La regulación de la accesión y, en particular, el supuesto que nos ocupa: construcción en solar ajeno con materiales propios y sin oposición del dueño del suelo, es uno de los casos más controvertidos y en el que no existe unanimidad doctrinal a la hora de determinar si es o no automática la adquisición de lo construido por el dueño del suelo.

El artículo 361 del Cc dispone:

> *El dueño del terreno en el que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno y al que sembró, la renta correspondiente.*

La discordia y la falta de unidad en la interpretación proviene de la redacción del artículo 361 Cc. en la expresión «hacer suya la obra», lo que ha llevado a la doctrina a mantener dos posiciones enfrentadas, a saber: una, mayoritaria, seguida también por la jurisprudencia del TS desde la sentencia de 2 de enero de 1928, partidaria de la adquisición diferida de la obra por parte del *dominus soli*; y otra, minoritaria, a la que me sumo y que va ganando adeptos, que defiende, ya desde los años 40 del siglo pasado, la adquisición automática de la obra por parte del dueño del suelo a medida que se van incorporando los materiales a él.

A. *La adquisición diferida de la propiedad de la obra*

La mayoría de la doctrina civil[7], y la jurisprudencia desde los años veinte, sostienen que la accesión contemplada en artículo 361 Cc está doblemente condicionada: primero a la opción que en dicha norma se atribuye al *dominus soli*, y 2º al pago de lo finalmente accedido, bien al pago de la obra, bien a cobrar el precio del terreno, si acaso se elige esta opción.

Los problemas que plantea esta teoría entre tanto se ejercita o no alguna de las facultades a que da derecho el precepto son muchas y complejas: ¿se puede embargar la construcción por deudas del dueño del suelo?, ¿y por deudas del

---

[7] Cabe citar como autores más destacados a LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, CARRASCO PERERA, GARRIDO DE PALMA, y muchos más, a excepción de los que luego diré.

constructor?; ¿tiene plazo y cuál, en su caso, el ejercicio de la opción del dueño del suelo?; ¿es posible y por qué causas, perder el derecho de opción?, ¿se puede usucapir la obra o el suelo?; ¿cabe la acción reivindicatoria por las partes en discordia?

Todo un dilema que no encuentra fácil solución.

Para la jurisprudencia del TS y buena parte de la doctrina científica hasta tanto el *dominus soli* no ejercite la opción, calificada ésta como un derecho potestativo o de configuración jurídica a favor del dueño del suelo, la construcción carece de dueño y, desde luego, no puede ser inscrita, como obra nueva, en el registro de la propiedad, salvo por el dueño de la finca. El plazo del ejercicio de este derecho sería de 30 años.

Para otros, entre los que se encuentran DÍEZ-PICAZO y GARRIDO DE PARMA, existe una propiedad separada del suelo y del edificio en espera del ejercicio de la opción por parte del *dominus soli*.

Como ha señalado CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA[8] en un excelente trabajo, esta especificación de la tesis mayoritaria que defiende la existencia de dos propiedades separadas aún presenta mayores problemas de encaje en nuestro Derecho, ya que no es posible el dominio separado sobre edificios si no está amparado por un derecho de superficie, de aprovechamiento o de propiedad horizontal, de ahí que no tenga la construcción separada acceso al registro, y de nada valgan pretendidas anotaciones registrales sobre un derecho que no se sabe si llegará a ser (arts. 29, 98 y 305 LH) y, por ello, que no pueda tener efectos frente a terceros.

Pero no olvidemos que es esta la tesis mayoritaria.

B. *La accesión: un modo de adquirir inmediatamente la propiedad*

Un sector minoritario de la doctrina[9], al que me sumo, considera que la accesión regulada en los artículos 358 y ss. Cc es un modo de adquirir el dominio (así lo participaba GARCÍA GOYENA, al comentar la accesión).

---

[8] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 43 a 109. En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, María Teresa, en un excelente trabajo del año 2000, *La Construcción en suelo ajeno. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

[9] GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El Derecho real de superficie» en *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. II, 1948; pás. 258 y ss.; ROCA SASTRE, R. M., «Ensayo sobre el Derecho real de superficie» en *RCDI*, 1961, pp. 25 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemas» en Curso de conferencia organizado por el Ilustre Colegio de Notarios de Valencia, 1947, pp. 139 y ss; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario a los arts. 361 a 365 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1º, Madrid, 1990, pp. 366 a 401; NÚÑEZ BOLUDA, Mª D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994; ALONSO PÉREZ, Mª T.: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 43 a 109.

Además, y por coherencia con el sistema de la accesión (art. 358 Cc), la adquisición de la construcción hecha por un tercero de buena fe en terreno ajeno es automática, así como lo es, y nadie lo duda, en el resto de los preceptos: arts. 360 y 362 a 365 Cc; por ello no tiene sentido que aquí, en el artículo 361 Cc, no lo sea.

La opción de «hacer suya la obra» que se concede al dueño del suelo, no opera sobre la propiedad, que ya tiene el *dominus soli* desde que se unen los materiales al suelo de forma inseparable; sino sobre la posesión de la obra que está en manos de un tercero, de ahí que la indemnización al constructor se calcule sobre la base de los arts. 453 y 454 Cc, llamados a liquidar el estado posesorio y se le conceda un derecho de retención sobre la obra, ya que es de propiedad ajena: no tendría sentido ese derecho de retención a favor del constructor si de verdad la obra fuera de su propiedad.

También puede el dueño del suelo enajenar, si le conviene más, el terreno al constructor, imponiéndole esta opción, ya que éste, aun de buena fe, ha realizado un acto ilegal: inmisión en terreno ajeno sin un título que le dé derecho a ello.

«Hacer suya la obra» o «enajenar el terreno» son facultades del *dominus soli* en cuanto propietario de la finca y titular del *ius aedificandi*; de manera que éstas no prescriben ni caducan y son transmisibles con la enajenación o sucesión en la propiedad de la finca[10].

Esta tesis es para mí la correcta y la que tendré en cuenta para dar mi particular solución a este asunto.

C. *Otro problema: ¿es relevante la mala fe del dueño del suelo en el 361 Cc?*

El artículo 361 Cc regula el supuesto de construcción de buena fe por parte de un tercero en solar ajeno, y nada dice acerca de la buena o mala fe del dueño del suelo; buena o mala fe del *dominus soli* a la que sí hacen referencia los arts. 360 Cc (si el dueño del suelo es de mala fe no sólo ha de abonar el material ajeno empleado en la construcción de la obra, sino que, además, deberá resarcir los daños y perjuicios al dueño de los materiales), y en el artículo 364 Cc, se regula una suerte de compensación de culpas, ya que si el dueño del suelo y el constructor son de mala fe, ambos serán tratados como de buena fe, esto es aplicarán las reglas del artículo 361 Cc.

De ahí que algún sector minoritario de la doctrina que participa de la tesis de la adquisición diferida de la propiedad considere, además, que en la regulación de la accesión inmobiliaria del artículo 361 Cc hay una laguna legal: no se resuelve el supuesto de construcción por un tercero de buena fe sobre solar ajeno,

---

[10] Todas estas afirmaciones que hago en el texto están justificadas sobradamente en la obra ya mencionada de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, y a ellas me remito; si bien, considero que no es este el lugar para transcribir o incluso traer a colación argumentos propios en defensa de esta tesis, ya que no es esta la materia objeto del comentario, sin perjuicio de que se haga necesaria una breve exposición para llevar a cabo el comentario que pretendo.

teniendo mala fe el *dominus soli*: «habrá mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse» (art. 364.2 Cc).

En este caso, además, «inventan» una solución al problema: Consideran que siendo de mala fe el dueño del suelo, no puede dársele las opciones que establece el artículo 361 Cc; éstas deberán corresponder al constructor, y la solución al problema, será conseguir que el suelo ceda al vuelo. Dicha hipótesis sí está contemplada en el artículo 379 Cc, cuya aplicación analógica invocan algunos de estos autores[11].

A mi juicio, y como también han señalado otros autores, tanto seguidores de la accesión diferida como de la automática[12], no hay aquí ninguna laguna legal, el legislador sí tiene en cuenta la mala fe del *dominus soli*, pero ésta sólo es relevante para compensar la mala fe del edificante; si el edificante es de buena fe y el dueño del suelo de mala, no por ello deja de aplicarse el artículo 361 Cc. Como dice Luna Serrano[13] siguiendo a Serrano Alonso es aquélla una solución en exceso severa con el dueño del suelo, al que se le obliga a enajenar su propiedad.

A mi juicio, además, no cuenta dicha tesis con ningún apoyo legal y contradice los principios del sistema de accesión: artículos 358 y 359 Cc: *superficies solo cedit* y presunción de propiedad para el dueño del suelo de todo lo sembrado, plantado o construido sobre él.

Curiosamente, esta tesis parece ser la que ha seguido la Sala para atribuir al «consorcio conyugal» la propiedad de la construcción y el derecho a hacer suyo el suelo, al afirmar que el *dominus soli* ha perdido su derecho de opción a «hacer suya la obra», al conocer y consentir la edificación sobre su fundo.

§ 5. Lo que dice el TSJA y lo que a mí me parece mejor. Luces y sombras

1. *Aciertos y desaciertos: algunas cuestiones de régimen económico matrimonial y accesión*

A. *Justicia rogada y casación*

El fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia que comentamos se desarrolla a lo largo de cinco páginas en las que, debido al principio de justicia rogada y a la propia dinámica del recurso de casación, se entremezclan diversas

---

[11] Por todos: Garrido Palma, V. M., «*¿Superifices solo cedit?* El principio de accesión y el principio de superficie» en *RDN*, 1969, pp. 132 y ss.; Llavero, M., «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe del propietario y buena fe del edificante» en *La Ley*, 1994-1, pp. 964 a 972.

[12] Díez Picazo, J. L.: *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Tecnos, 1978, p. 201; Núñez Boluda, Mª D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994, p. 134.

[13] Luna Serrano, A., en *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, Dikynson, Madrid, 2008, p. 141; Serrano Alonso, E., (1981), «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del art. 361 del Código civil» en *RDP*, pp. 680.

cuestiones a las que el Tribunal debe responder (justicia rogada) pero, cuyo origen, está, a mi juicio, en una errónea formulación del proceso por las partes en conflicto, al tratar un caso exclusivamente de accesión como si fuera de régimen económico matrimonial; sólo de forma colateral en este caso se han de tener en cuenta las normas del régimen económico.

En efecto, el primer motivo del recurso de casación que interpone la recurrente, demandada y reconviniente en la instancia, contra el fallo de la AP es la infracción de los arts. 68.c) de la Lrem. (incrementos y accesiones comunes), 37.1º bienes comunes y 40 (presunción de comunidad) de la Compilación aragonesa en relación con los artículos 35 (presunción de comunidad) y 28.2.c) (bienes comunes de la Lrem), así como con el artículo 29.h) de la misma en relación con el art. 38.7 (accesiones e incrementos de bienes propios).

La razón de ello no es otra que el punto de partida del demandante: la vivienda construida es privativa porque privativo ha resultado ser el solar sobre el que la misma se ha construido; el fundamento está, según el actor, en el artículo 38.7 Comp. o bien el 29.h) de la Lrem, vigente al tiempo de interponerse la demanda.

La demandada, Juana, reconviene sobre esa base, y reclama la consorcialidad de la vivienda por haber sido hecha con dinero común y, además, la accesión del suelo al consorcio («accesión invertida») como un incremento más de los bienes comunes: la vivienda.

Ambas partes yerran en su formulación: las normas de régimen económico matrimonial sólo atañen a los esposos y no a los terceros: decir que la casa o el solar son comunes o privativos cuando lo construido se ha hecho sobre terreno ajeno (el solar del «tío Lorenzo») es improcedente; es imposible aplicar normas que atribuyen titularidades a los esposos cuando los bienes son ajenos, y ajeno era el solar al tiempo de construirse la vivienda.

A lo único que tienen derecho estos cónyuges (los dos y no el uno sin el otro) es a utilizar frente al dueño del suelo, el tío Lorenzo y luego el propio Juan, las acciones derivadas del artículo 361 Cc; acciones que, en su resultado sí podemos calificar de consorciales, pues en la liquidación el ejercicio de la opción que lleve a cabo el *dominus soli* irá o no al activo del consorcio conyugal según la calificación que le corresponda en base a las normas de régimen económico matrimonial.

Ahora bien, formulada la pretensión los Tribunales civiles no pueden escapar a ella, deben obligatoriamente absolver o condenar en función de lo pedido (arts. 216 y 218.1 LEC).

En efecto, así planteado el pleito, al Juez de Primera Instancia le convence mucho más la reconvención: la vivienda es consorcial y el terreno una accesión de dicho bien, aun cuando no llega a imponer la accesión invertida solicitada por la reconviniente.

A mi juicio, la solución es errónea, al igual que la pretensión, como ya he dicho las normas de régimen económico matrimonial no son aplicables a bienes de terceros y el solar sobre el que se construyó la casa lo era.

La Audiencia Provincial debe también resolver en función de lo pedido: *la construcción hecha sobre el solar es privativa por aplicación de los artículos 38.7) Comp. o 29.h) Lrem, ya que el solar es privativo;* por ello la propiedad debe pertenecer a Juan, pero ¿cómo conseguirlo?

Afirmando la Audiencia que *al heredar el actor a su tío se ha producido una suerte de confusión de patrimonios de uno y otro de modo que ya no puede decirse que la sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor, pero sí se puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo*, de manera, termina diciendo la Audiencia, que el actor deberá abonar al consorcio conyugal la edificación.

Por último, el diseño de la casación civil impide reformular el caso. En razón de ello, la Sala de casación debe pronunciarse acerca de si ha habido o no infracción de las normas civiles aragonesas que nomina el recurrente.

Lo primero que hace la Sala, y acertadamente, es determinar temporalmente el Derecho aplicable: la Compilación o la Lrem. Por aplicación de la DT 2ª de la Lrem. resulta aplicable la Compilación, pues era el Derecho vigente al tiempo de efectuarse la construcción sobre solar ajeno con dinero consorcial.

En razón de la formulación del recurso en este punto, el ponente afirma: que «En consecuencia, debe ser estimado el primer motivo del recurso, por infracción del artículo 37.1º de la Compilación aragonesa, confirmando la declaración del Juzgado de Primera Instancia de que la edificación era una bien consorcial construida sobre terreno ajeno».

Posiblemente, no cupiera hacer otra cosa: esto es lo que le han pedido, pero no es este, a mi juicio, el problema.

B. *Estamos ante un problema de accesión: esta es la clave y la solución depende del presupuesto teórico del que partamos*

En los motivos tercero y segundo del recurso se formula aplicación indebida de los artículos 361, 362, 453 y 454 Cc, motivo que también es estimado por la Sala.

En efecto, la petición que Juana formula en su reconvención es la ganancialidad de la vivienda y el derecho de accesión del suelo al vuelo pagando el precio.

Sobre esto se debe pronunciar la Sala y sin perder de vista la calificación que las partes han otorgado a los hechos: una cuestión de régimen económico matrimonial.

En efecto, de forma tangencial la Sala de casación entra a valorar la accesión, pero no lo hace de forma pura sino a través del resorte de las normas de régimen económico.

Tomando como punto de partida la sentencia recurrida, en la que se afirma que «el actor antes de ser reconvenido, ya había efectuado expresamente la opción del artículo 361 del Código civil y ofrecido la indemnización, reconociendo un derecho de retención a la demandada hasta su pago», pero todo

ello, señala la Sala es erróneo, ya que la Audiencia reconoce este derecho al actor, a Juan, porque ha considerado aplicable el artículo 38.7 de la Comp. o 29.h) de Lrem, afirmando que la construcción es una accesión de un bien propio. Normas, dice la Sala, y con razón, que no son aplicables porque cuando se construyó la vivienda, años 1982-1983, el solar pertenecía al tío del marido.

Ahora bien, para acoger el segundo y tercer motivo de casación formulados por la recurrente y concluir infracción por aplicación de los arts. 361 y concordantes del Código civil, la Sala lleva a cabo un razonamiento que no comparto.

Señala la Sala que el artículo 361 Cc es inaplicable al caso, ya que al consentir el tío del marido la construcción emplazada sobre su solar es de mala fe, y ello le impide ejercitar la opción de «hacer suya la obra pagando el precio» quedando solo a su favor la opción de enajenar el suelo, ya que de lo contrario, al haber permitido la construcción, sería actuar contra sus propios actos, y por todo ello no son aplicables las normas sobre accesión a este caso.

Así lo argumenta el ponente:

> «En el presente supuesto no es sólo que el constructor hubiera obrado con buena fe (ignorancia, como tercero respecto a la propiedad, de hacerlo sobre suelo ajeno) sino que contaba con el consentimiento expreso del dueño, lo que hubiera impedido a éste intentar el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 361 para hacerse con la propiedad de lo edificado, mediante su indemnización, pues el consentimiento otorgado no podía permitirle después ejercitar tal opción. Ello no quiere decir que por tal consentimiento perdiera la propiedad del terreno, pero sí el derecho a obtener la edificación mediante el ejercicio de la opción por lo que, en definitiva, había convertido la opción en una sola posibilidad, la de obtener el precio del terreno. En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación. (…)
>
> *En estos casos señala la doctrina que cuando el tercero opera sobre el terreno en virtud de una relación jurídica con su dueño (en este caso autorización expresa del tío) que le faculta para ello, que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria* (sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979) [la cursiva es mía]. *La situación debe regirse por las reglas de aquella relación y en este supuesto ya hemos reflejado el consentimiento dado por el dueño del suelo que, en aplicación del principio de buena fe y del respeto a los propios actos, le impedía ejercitar la opción del artículo 361 Cc* (la cursiva es mía) y, por ello, también a su heredero que, además, era el edificante con plena conciencia de hacerlo sobre suelo ajeno y con consentimiento del dueño. En consecuencia procede también estimar los motivos segundo y tercero del recurso.
>
> Ello lleva a la situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación *pero sí de obtener la debida*

> *compensación por el terreno* (la cursiva es mía). En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posteridad en la edificación, tanto por las de consolidación del tejado como las de adaptación a vivienda de turismo rural, o cualesquiera otras obras o gastos, pues habrán de ser, en su caso, objeto de la correspondiente liquidación y división del patrimonio consorcial.» (FD 4º).

Todo ello, lleva a la Sala a acoger todos los motivos del recurso de casación formulados por Juana y ha declarar que la casa es propiedad del consorcio conyugal y que el suelo debe ser también consorcial, puesto que, según interpreta el ponente, el consentimiento de Lorenzo a la edificación conlleva la pérdida del derecho de opción contemplado en el artículo 361 Cc.

Ciertamente, como ya he advertido, no comparto la solución del caso, pero en el fondo, y como decía al principio, todo depende de la naturaleza de la accesión. También es posible que esta solución sea más justa, posiblemente nada de esto hubiera pasado de no haberse separado los cónyuges, pero no por ello el problema dejaría de ser el mismo: ¿a quién corresponde la propiedad del conjunto y por qué causa?

La Sala, aun cuando falla que no se aplican las reglas sobre la accesión, parece seguir esa posición doctrinal minoritaria, dentro de la tesis de la accesión diferida, que afirma la posibilidad de un dominio separado del suelo y del vuelo, hasta tanto se ejercita la opción, pero si *el dominus soli* es de mala fe (a su ciencia y paciencia permite la construcción), siendo de buena fe el constructor, conlleva la pérdida de la opción operando una suerte de accesión invertida.

Ahora bien, esta propiedad sobre la casa, ¿cómo se inscribe?

Tal vez porque desde la argumentación que lleva a cabo la Sala no se pueda responder eficazmente a la anterior cuestión, el fallo en lo que atañe al Registro de la Propiedad tan solo pueda decir que:

> «En cuanto al motivo cuarto del recurso, para acomodar el Registro a la realidad, dada la estimación de los motivos anteriores, procede igualmente su estimación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, respecto a aquellas inscripciones que resulten contrarias a lo que resulta de este recurso, confirmando lo resuelto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en particular las inscripciones 5ª, relativa a la declaración de obra nueva a nombre de don M. P. A., y 6ª (no la 7ª, según se ha aclarado), relativa a la aceptación de la herencia de la edificación a favor de don F. P. M., *que deben referirse únicamente al terreno* (la cursiva es mía).» (FD 5º).

Formulada la infracción de los artículos 361 y ss. del Código civil, ¿acaso no hubiera podido la Sala reformular el caso, y resolver el problema de la accesión?, ¿cuál hubiera sido la solución de haber dicho que eran aplicables al caso?

3. *Accesión, sucesión y normas de régimen económico matrimonial. Mi visión de los acontecimientos*

A. *El origen del problema*

La calificación que deba tener la vivienda construida sobre terreno de un tercero debería haber sido el meollo de esta cuestión. El problema radica en que no se soluciona este problema y se aborda, a mi juicio, de forma incorrecta, en un proceso sobre liquidación de régimen económico matrimonial y tratando la construcción con dinero común sobre solar ajeno desde el prisma de las normas del consorcio y no desde la normativa de la accesión, que a mi juicio hubiera sido lo pertinente.

B. *¿Se aplica a este caso el art. 361 Cc o como dice la Sala, «existe una relación jurídica entre las partes que hace inaplicable las reglas sobre la accesión»?*

A mi juicio, estamos ante un caso de accesión en el que resulta aplicable el artículo 361 Cc[14].

Según los hechos que se relatan como probados, Juan y Juana construyeron sobre un solar que sabían ajeno: pertenecía a Lorenzo, tío de Juan, quien les dejó construir.

Estos son los hechos a calificar, y ninguno más.

No hay aquí ningún convenio y no podemos presumir que Lorenzo al dejar construir a unos sobrinos sobre un solar de su propiedad una vivienda pretendiera perder la propiedad del suelo; o tal vez sí; pero no hay ningún dato que nos lleve a esta última conclusión, que es a la que llega la Sala a través de la doctrina de los actos propios.

Sí hay, por el contrario, muchos datos que, a mi juicio, avalan la solución contraria: Lorenzo nunca quiso perder su propiedad o, al menos, nunca quiso

---

[14] Como ha señalado la doctrina, pero también la jurisprudencia, la mayoría de los supuestos sobre accesión del art. 361 Cc no se dan en estado puro: *dominus soli* que desconoce la obra y tercero que construye con el convencimiento de que ostenta el *ius aedificandi* sobre el solar, bien porque éste es suyo o bien porque tiene un título que lo autoriza a ello. Lo habitual es que estas prácticas se lleven a cabo entre parientes, amigos o vecinos que por mera tolerancia dejan llevar a cabo una obra en terreno propio pero sin convenir los derechos de uno y otros (o sin poderlo demostrar por falta de convenio). Son estos los casos en los que procede aplicar el Derecho, en concreto las previsiones del art. 361 Cc, cuyo objeto es resolver el conflicto existente entra las partes de una forma, casi, salomónica. Ejemplos de estos casos los hay variados, cito algunos en los que se ven estas relaciones de tolerancia, a veces incluso con actuación de mala fe por parte del propietario, sin que por ello se excluya la aplicación de las normas de accesión, ni se prive al *dominus* de ninguna de las opciones previstas en el art. 361 Cc.: STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898); STS 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715); STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056); STS de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3191); STS de 15 de diciembre de 2006 (2006/8227); S.AP de Murcia (secc. 4ª) de 14 de abril de 2011 (JUR 2011/185538), que contempla un caso muy similar al presente, y que resuelve, en el sentido que aquí pongo.

que su propiedad fuera para alguien que no fuera su sobrino carnal: todo se desencadena tras un proceso de separación entre los esposos, es entonces cuando él declara la obra nueva y la inscribe a su favor.

Ahora bien, ni siquiera estos datos son relevantes, lo verdaderamente decisivo, a mi juicio, es la falta de convenio (o prueba de él) entre las partes que hace aplicable, en todo caso, el régimen jurídico del artículo 361 Cc para resolver esta falta de previsión: Lorenzo les deja construir pero, ¿a quién pertenece lo construido: a él, a los esposos, sólo al marido, aun cuando habite en la casa la mujer pero, entonces, sólo mientras haya matrimonio? Son opciones que podrían haberse especificado, pero que desconocemos; por ello debe aplicarse el 361 Cc.

Como hace años explicaba el profesor LACRUZ, y se sigue reflejando en su obra de «Elementos», estamos ante un género de accesión que se produce con frecuencia en el ámbito familiar: hijo que construye sobre un terreno de sus padres o sobreeleva un piso, etc.; en estas relaciones familiares existe mera tolerancia pero entre el dueño del suelo y el edificante no existe un convenio para solucionar los problemas que se presentan sobre las obras hechas por un tercero en solar ajeno; por ello no se excluye la aplicación de las normas de la accesión[15], que sólo dejarán de aplicarse cuando exista una relación jurídica convencional que las desplace: un contrato, señalando los derechos de las partes, o bien la construcción se haya llevado a cabo mediando un situación jurídica previa: posesión, usufructo, arrendamiento, que relegan a una aplicación supletoria a las reglas sobre accesión[16]; que ni siquiera entonces son excluidas.

A mi juicio, hay abundantes datos que demuestran una voluntad contraria por parte del *dominus soli* a perder su solar e incluso, a mi juicio, hay datos bastantes que demuestran que adquirió (o manifestó su voluntad para adquirir) la propiedad de la construcción aun antes de fallecer; si bien, como ya he dicho, todo ello surge a raíz de la separación de los cónyuges; y este es un dato decisivo.

C. *La accesión a favor del* dominus soli*: el ejercicio de la opción*

La Sala, de la actitud tolerante del dueño de suelo, concluye que ha perdido la opción de adquirir la construcción porque «En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el

---

[15] STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2216).

[16] LACURZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil III*, vol. Primero, revisada y puesta la día por Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 136 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*. Colex, Madrid, 2004, p. 69 y ss; entre otros, ya que en esta cuestión no hay divergencias doctrinales ni jurisprudenciales, con excepción, tal vez, de la controvertida sentencia del TS de 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139), y quizás esta que comento ahora.

cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación» (FD 4º STSJA de 3 de diciembre de 2010).

No creo que sea esta la única calificación que en sede de accesión merezca la actitud tolerante del *dominus soli*, ni es desde luego la prevista en el artículo 361 Cc, que no atiende a la buena o mala fe del dueño del suelo, porque le es indiferente, y mucho menos la de los arts. 360 o artículo 364 Cc, que expresamente la tienen en cuenta, sin privarle de ninguna de sus facultades de opción.

Pero todavía en este caso, y de los hechos fijados como probados, tal vez la conclusión fuera otra.

Lorenzo no quiso perder en ningún momento la propiedad del suelo y tampoco del vuelo, puesto que ejercitó de forma expresa y a través de actos concluyentes, como recoge la jurisprudencia del TS, su voluntad de ejercitar la opción indemnizatoria frente al constructor.

En efecto, señala la doctrina que el propietario puede ejercitar la opción prevista en el artículo 361 Cc expresa o tácitamente. La opción expresa está implícita en el intento de desalojo del incorporante, lo que implica «que esa pretensión, que constituye la raíz misma de la contienda movida entre las partes, conlleva al ejercicio de la opción justamente en el sentido de hacer el dueño del terreno suyo propio lo edificado por el demandado en la finca» [FD 5ª de la STS de 25 de noviembre de 1985, (RJ 1985/5898)].

En el caso que comentamos, Lorenzo no sólo interpone acción de desahucio contra Juana, poseedora entonces de la vivienda al haber mediado separación entre los cónyuges, sino que incluso declara la obra nueva a su nombre en el Registro de la propiedad. Hechos todos ellos que evidencian su clara voluntad de «hacer suya la obra»[17].

D. *La propiedad de la obra por derecho de accesión*

Enlazando con el punto anterior creo que podemos afirmar que desde 1990, fecha en la que Lorenzo declara e inscribe como propia la obra nueva, hay una clara voluntad de querer hacer suya la obra, lo que se evidencia expresamente, según la jurisprudencia, en 1992 cuando, adjudicado el uso de la casa a la esposa interpone contra la misma juicio de desahucio.

Por mi parte, como partícipe de la teoría de la accesión automática, desde 1983 Lorenzo sería el dueño de la obra y únicamente estaría sujeto él o su here-

---

[17] Ciertamente estas actividades las lleva a cabo Lorenzo cuando su sobrino se separa de su esposa, quizás por ello, la Sala vea en esta actuación mala fe por parte del dueño y una actuación en contra de sus propios actos que deben privarlo de la opción a «hacer suya la obra»; pero tal vez no sea así, y Lorenzo no actuara de mala fe ni en contra de sus propios actos y, siendo un hombre del Pirineo, su voluntad fuera que la construcción y el suelo solo fueran para su sobrino carnal y la separación matrimonial es la que le lleva a actuar para mantener sus bienes en tronco familiar. Desde luego no lo sabemos, y quizás las cosas en realidad sean como las aprecia el TSJ de Aragón, pero precisamente por ello, porque no sabemos, a mi juicio, debe aplicarse el artículo 361 Cc.

dero a indemnizar a los edificantes: Juan y Juana. Si, por el contrario, seguimos la teoría de la accesión diferida, es evidente que Lorenzo ha optado por indemnizar a los edificantes adquiriendo la propiedad de la obra y trasmitiendo a su heredero la obligación de indemnizar al constructor.

E. *Sucesión: la propiedad de la vivienda corresponde al cónyuge heredero*

Tras la muerte de Lorenzo, resulta ser su heredero Juan, éste al aceptar la herencia de su tío adquiere entre otros bienes la casa vivienda de Ansó núm. *y*, y también la deuda que la misma conlleva: la indemnización prevista en los arts. 453 y 454 Cc a Juan y a Juana con derecho de retención de éstos (o del que la esté poseyendo) sobre la vivienda hasta que se satisfaga la indemnización.

Eso es lo que impone el fenómeno sucesorio tal y como se contempla en el CDFA donde no hay confusión de patrimonios entre el causante y el heredero: arts. 322, 355, 356 y 357 CDFA. Juan no puede ejercitar otra opción: en vida ya lo hizo su *tradens* a través de hechos concluyentes.

F. *El régimen económico matrimonial: la indemnización tiene naturaleza consorcial y en la liquidación forma parte del activo consorcial: artículo 262 en relación con el artículo 210 CDFA*

A mi juicio, en la liquidación del régimen económico matrimonial, Juan únicamente tenía que haber llevado al activo el crédito que el consorcio tiene frente al propietario del solar sobre el que se practicó una construcción con dinero consorcial: al ser consorcial el dinero invertido en la construcción de la casa, la indemnización que de forma conjunta el propietario del suelo debe a Juan y a Juana merece, en virtud del régimen económico matrimonial entre ellos vigente al tiempo de llevar a cabo la obra, la naturaleza de consorcial y así debe ser liquidado.

A lo que creo, es incorrecta la calificación de la construcción llevada a cabo por los cónyuges a través de las normas del consorcio, porque ellos no son los destinatarios de las facultades previstas en el artículo 361 Cc, éstas sólo le corresponden al propietario. Efectuada la opción, el resultado de la misma será el que deba ser calificado por las normas del régimen económico matrimonial.

Así se hizo, en un caso similar a este, por la AP de Murcia en Sentencia de 14 de abril de 2011: «La sociedad de gananciales sólo es titular de los créditos que tal construcción pueda generar (…). Se han de incluir en la liquidación los derechos que genera la construcción de la vivienda sobre terreno ajeno, que luego ha resultado ser del marido, y no la vivienda en sí, pues es al dueño al que le corresponde ejercitar la opción prevista en artículo 361 Cc (…) Si el ahora apelante opta porque se le pague el valor del suelo, deberá incluirse en el activo la citada finca registral, tanto el suelo como lo construido, pero en el pasivo deberá incluirse la deuda que tendría la sociedad por el valor del suelo» (FD 3ª JUR 2011/185538).

A mi juicio esta es la solución que debería haberse derivado de este supuesto: el crédito frente al *dominus soli* es consorcial y por ello va al activo en la liquidación, pero de los avatares del proceso y de la formulación de las pretensiones por las partes se ha llegado a un resultado muy distinto del que, en mi opinión, he señalado. No obstante, la Sala ha aplicado una solución teórica distinta y correcta para la mayor parte de la doctrina.

III. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, Mª Teresa (2000), *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 385 p.

ALONSO PÉREZ, Mariano (1990), «Comentario al artículo 358 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1º. Artículos 333 a 391 del Código Civil, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, ed. Edersa, Madrid, pp. 322 a 355.

ALONSO PÉREZ, Mariano (1990), «Comentario a los arts. 361 a 365 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1º. Artículos 333 a 391 del Código Civil, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, ed. Edersa, Madrid, pp. 366 a 401.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2012), «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, pp. 43 a 109.

DE LOS MOZOS, José Luis (1984), «Comentario al artículo 1.359 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XVII, vol. 2º, artículos 1.344 a 1.410 del Código civil, dirigidos por Manuel Albaladejo García, ed. Ederesa, Madrid, pp. 205 a 217.

GARCÍA DE MARINA, Manuel (1995), *El Derecho de accesión*, ed. Cedesc, editorial S.L., Barcelona, 293 p.

LLAVERO, Marta (1994), «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe del propietario y buena fe del edificante» en *La Ley*, 1994-1, ed. La Ley, Madrid, pp. 964 a 972.

PABLO CONTRERAS, Pedro de (2004), «El derecho de superficie. Los derechos de sobreedificación y subedificación» en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*, edita Colex, Madrid, pp. 501 a 512.

PABLO CONTRERAS, Pedro de (2004), «La accesión en bienes inmuebles» en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*, edita Colex, Madrid, pp. 66 a 77.

NUÑEZ BOLUDA, Mª de los Desamparados (1994), *La accesión en las edificaciones*, ed. José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 194 p.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal (2004), *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, edt. Grupo Difusión, Barcelona, 315 p.

RAMS ALBESA, Joaquín (1985), «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *Anuario de Derecho civil* (*ADC)*, ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, pp. 401 a 413.

SERRANO ALONSO, Eduardo (1981), «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código civil» en *Revista de Derecho Privado* (*RDP*), pp. 669 a 688.

LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA Y LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (STSJA DE 30 DE DICIEMBRE DE 2011, 11 DE ENERO DE 2012, 11 DE ABRIL DE 2012 Y 13 DE JULIO DE 2012)

Carlos Lalana del Castillo
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. CUESTIONES GENERALES. II. CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA. III DIFERENCIAS ENTRE LA ASIGNACIÓN ARAGONESA Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA: 1. Convivientes frente a cónyuges. 2. Existencia de hijos. 3 Criterios 4. Supuestos de sustitución de la asignación. Su modificación. 5. Extinción de la asignación por muerte del obligado al pago.

I. CUESTIONES GENERALES

La reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando se refiere a la asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del Código de Derecho Foral aragonés (art. 9 de la ley aragonesa 2/2010), lo primero que indica es que no tiene en lo substancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada para la pensión compensatoria por el artículo 97 del Código civil, salvo que la pensión compensatoria viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación arago-

nesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres[1].

Es notorio que las instituciones de la asignación compensatoria aragonesa y la pensión compensatoria del Código civil son muy similares. Tal y como indica la STSJA de 13 de julio de 2012 «la asignación compensatoria no tiene en lo substancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria», pero ambas tienen algunas diferencias relevantes que conviene analizar en base a lo dispuesto por ambas normativas y por su aplicación práctica por los jueces.

No podemos dejar de reseñar que el Código de Derecho foral de Aragón da la posibilidad de que la asignación compensatoria sea fijada por los convivientes en el pacto de relaciones familiares, según el artículo 77 del Código de Derecho foral aragonés. El Código civil en el artículo 97 permite hoy expresamente que la pensión compensatoria sea fijada en convenio regulador o por sentencia por los cónyuges. Es verdad que anteriormente a la redacción del 2005 se daba esta posibilidad en el artículo 90 apartado e) del Cc (hoy es en el artículo 90 apartado f).

Por eso es posible entender que la asignación compensatoria es una prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al conviviente que con posterioridad al cese de la convivencia se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro conviviente y con la disfrutada durante la convivencia[2]».

La naturaleza de la asignación al igual que la de la pensión es compuesta con elementos asistenciales, compensatorios e indemnizatorios. Respecto al fundamento de la asignación y de la pensión compensatoria hay que entender que es objetivo al no ser la conducta de los cónyuges un elemento valorativo para deci-

---

[1] Ver sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (en adelante STSJA) de 30 de diciembre de 2011 y 13 de julio de 2012. De igual manera de STSJA de 11 de enero de 2012 indica que la ponderación los criterios del artículo 83 no añade un modo de aplicar la norma distinto al que debe seguirse para el artículo 97 del Cc.

[2] Si nos fijamos en la pensión compensatoria del Código civil podemos definirla de forma paralela con CAMPUZANO como: «Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial– en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal». CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de Separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 28. Faltaría además añadir tras renta periódica, «de forma temporal o indefinida», para tener en cuenta una característica que hoy resulta importante dada la evolución jurisprudencial durante los últimos 20 años en este aspecto.

dir sobre su otorgamiento[3]. Algunos autores hablan del enriquecimiento injusto como fundamento. Es verdad que al pasar de unos tiempos en que la mujer quedaba en una situación de desamparo, lo que dotaba a la pensión de un carácter asistencial o lo convertía en un derecho a mantener indefinidamente el nivel de vida que había venido disfrutando durante la convivencia conyugal, a otros en que la mujer desempeña un puesto de trabajo, el sentido de la figura se ha transformado. En suma es el propio desequilibrio económico consecuencia de la separación, divorcio[4], o cese de la convivencia si se trata de una pareja de hecho. El propio artículo 83 del Código de Derecho foral de Aragón indica que «el progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria[5].

La doctrina pone de manifiesto aspectos diferentes que integran este desequilibrio como por ejemplo un principio de solidaridad postconyugal (en el caso de divorcio, en el caso de separación sería solidaridad conyugal de carácter asistencial), o de una motivación reparadora[6] o indemnizadora del daño que haya podido causar a los cónyuges la ruptura de su convivencia[7].

De cualquier forma para valorar el desequilibrio económico hay que realizar una doble comparación. Hay que comparar la situación entre los convivientes y a su vez comparar el nivel de vida que disfrutaban durante la convivencia con el

---

[3] En esta dirección García Cantero cuando habla de la pensión compensatoria, lo que le es aplicable a la asignación compensatoria aragonesa, considera que el fundamento de la pensión es objetivo. García Cantero, G., «Comentario a los artículos 97 a 101 del Cc» en *Comentarios al Cc y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, Edersa, Madrid, 1982, p. 437.

[4] Lalana del Castillo, Carlos: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, José Mª Boch editor, Barcelona, 1993.

[5] En la misma línea el propio artículo 97 del Cc alude a un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, provocada por la separación o el divorcio y que implique un empeoramiento en su situación respecto a la que tenía en el matrimonio.

[6] A la naturaleza reparadora de la pensión compensatoria se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.a) de 1 de octubre de 1998: «La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión, de la situación instaurada en el matrimonio».

[7] A este carácter mixto se refiere la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1.a), en su resolución de 10 de abril de 1987, al considerar que: «... la pensión no tiene una naturaleza ni alimentaria ni indemnizatoria, aunque se valoren circunstancias que tengan este carácter (entre otras, sentencias de esta misma Sala de 6 de mayo de 1985, 19 de junio de 1986, 9 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1987), sino un carácter mixto o híbrido asistencial, resarcitorio y compensatorio, primando una u otra faceta en atención a las peculiares circunstancias concurrentes en cada caso concreto, según han venido sosteniendo numerosos autores en nuestro ordenamiento, mereciendo especial mención en el Derecho comparado, que se ha venido a mantener tal naturaleza mixta respecto del *assegno per divorzio* en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de julio de 1975».

nivel de vida tras la ruptura de la misma. Por tanto es evidente que la asignación compensatoria no puede exceder del nivel de vida que gozaba el conviviente acreedor durante la convivencia ni del que pueda mantener el conviviente obligado al pago.

En la STSJA de 13 de julio de 2012 se comenta la pretensión del marido de dejar sin efecto la pensión en base a entender que no se da una situación del otro cónyuge que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia. El Tribunal considera con acierto que la comparación debe hacerse respecto a la situación durante la convivencia y no de acuerdo a la situación anterior.

Desde luego la finalidad de la asignación compensatoria o de la pensión del Cc. no es mantener el mismo nivel de vida que se disfrutó durante la vida en común, ni tampoco que tras el cese de la convivencia exista una igualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges. El propio término «compensatoria» nos indica que no se trata de igualar la situación de los cónyuges frente al término indemnizar que aunque con el mismo origen semántico tiene un matiz más igualatorio. A ese carácter mixto del desequilibrio hace referencia al referirse a la pensión compensatoria la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005[8].

La sentencia de TS de 23 de enero de 2012[9] constituye un ejemplo de que la pensión, lo que puede aplicarse a la asignación aragonesa, no tiene como función igualar la situación de los cónyuges. En este caso la esposa, a pesar de tener la cualificación profesional de enfermera y encontrarse en excedencia, venía percibiendo pensión compensatoria desde hacía bastantes años dándose la circunstancia de que llevaba más de diecisiete años sin ejercer su profesión. El juzgado de Primera Instancia mantuvo la pensión, pero la Audiencia Provincial de Madrid acordó su extinción, decisión que confirmó el Tribunal Supremo con el argumento de que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, puede también después apreciarse que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades, no apreciándose ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de aquella para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía, tan siquiera, del éxito en la búsqueda de empleo. La sentencia concluyó

---

[8] Según indica el TS: «La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias –«sui generis»–. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia –que atiende al concepto de necesidad–, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la «perpetuatio» de un «modus vivendi», o a un derecho de nivelación de patrimonios». Aranzadi RJ 2005\4209.

[9] Aranzadi RJ 2012\1900.

indicando que no puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución).

Ciertamente hay que distinguir la asignación compensatoria a que hace alusión el Código de Derecho foral de Aragón o el Código civil con el derecho de compensación que introdujo la Ley 8/1993 de Cataluña de 30 de septiembre al introducir en el artículo 23 de la Compilación de Cataluña (posteriormente su contenido aparece en el artículo 41 del Código de Familia y ahora lo es del 232.5 del Código Civil de Cataluña, integrado en el Capítulo 2º donde se regula el régimen de separación de bienes) por el que el cónyuge sujeto al régimen de separación de bienes que sin retribución o con una retribución insuficiente se hubiera dedicado a la casa o hubiera trabajado para el otro cónyuge tenía derecho a recibir de éste, cuando se extinguiera el régimen de separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica si por razón de dicho defecto retributivo se hubiese generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge. El Código de Derecho civil catalán añadió además que la situación de desigualdad entre los patrimonios de los cónyuges ha de implicar un incremento patrimonial[10].

---

[10] Actualmente es clara la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la indemnización compensatoria en Cataluña pero con anterioridad al Código de familia los criterios judiciales de las distintas Audiencias provinciales catalanas eran contradictorios. Las Audiencias Provinciales de Girona (SAP 3 de marzo de 1997), Lleida (SAP de 25 de abril de 1996) y Tarragona (SAP de 20 de marzo de 1996) habían mantenido la compatibilidad de ambos derechos, frente a la Audiencia Provincial de Barcelona que los consideraba incompatibles (SAP de 3 de diciembre de 1997) hasta que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró su compatibilidad en sentencia de 5 de octubre de 1998. Es verdad que a veces los Tribunales han optado por entender comprendida la compensación en la pensión (SAP de Barcelona de 5 de octubre de 1998) o en otras ocasiones conceden la compensación y deniegan la pensión (SAP de Barcelona de 5 de octubre de 1998). En cualquier caso hay que reseñar que no procede la compensación si los cónyuges están casados en un régimen de comunidad, tampoco en los casos de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges. Únicamente procede en los casos de matrimonio bajo el régimen de separación de bienes que haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente. El problema es que el trabajo para la casa o para el otro cónyuge también es una forma de contribuir a las cargas del matrimonio. Parece por tanto que para que pueda pedirse la compensación ha debido servir además para la creación o aumento del patrimonio del otro cónyuge. De cualquier forma la compensación no deberá convertir un régimen de separación de bienes en un régimen de participación pues entonces se desvirtuaría la esencia de la separación de bienes. Por esta razón el artículo 232-5.4 del Código civil de Cataluña limita la compensación a la cuarta parte de la diferencia de los incrementos patrimoniales entre los cónyuges, calculada conforme a las reglas del artículo siguiente, aunque añade que si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía. Además en los procesos de nulidad, separación y divorcio debe reclamarse la compensación en el proceso que causa la extinción del régimen, según el artículo 232-11 del Código civil de Cataluña, es decir en el primer proceso. No cabe

En este aspecto no deja de ser curioso que en Aragón los cónyuges no tienen derecho a una compensación análoga a la establecida por el Código civil catalán en el artículo 232.5, lo que puede explicarse porque nuestro régimen legal, el consorcio aragonés es de comunidad y el de Cataluña es de separación. Sin embargo en caso de ruptura de una pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, aquel a quien la convivencia hubiera supuesto una situación de desigualdad patrimonial respecto a otro conviviente que implique enriquecimiento injusto sí puede exigir una compensación económica si el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada, o cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar o a los hijos del otro conviviente o ha trabajado para éste, tal y como indica el artículo 310.1.a) y b) del Código foral de Aragón, con lo que su situación en este punto concreto es mejor que la de quien se ha casado y peor que la establecida en el Código civil, ya que en la regulación del Cc aquel de los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, que haya hecho una aportación personal con su trabajo a la casa puede reclamar una compensación que el juez señalará en el momento de la extinción del régimen, según el artículo 1438 del Cc, compensación distinta a la pensión del artículo 97 Cc.

II. CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

Aparece en la reciente jurisprudencia del TSJA la cuestión acerca del carácter temporal o indefinido de la asignación compensatoria o pensión. Tanto en la regulación aragonesa como en el Código civil la asignación o pensión compensatoria puede ser temporal, indefinida o de pago único[11]. Y es que son las partes las que acuerdan la asignación en el pacto de relaciones familiares o la pensión en el convenio regulador o las que la piden al Juez en la forma que estimen conveniente, teniendo en cuenta las circunstancias de las partes.

---

por tanto pedirla en caso de divorcio si hay un proceso de separación previa y no se ha pedido. Debe pagarse en dinero salvo que las partes acuerden otra cosa, o salvo que el juez a petición de las partes o de los herederos del cónyuge deudor ordene su pago total o parcial con bienes de acuerdo al artículo 232-8 del Código de Derecho civil de Cataluña.

[11] Relata Forcada Miranda como en la redacción que tenía el artículo 97 del Cc en su reforma de 2005 en el primer anteproyecto que luego se modificó, manteniéndose la modificación en la segunda redacción gubernamental, se usaban inicialmente los calificativos de vitalicia, temporal o a un tanto alzado, expresiones que luego se sustituyeron en un segundo anteproyecto por las de temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Forcada Miranda, Francisco Javier: *El nuevo matrimonio civil en Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo general del poder judicial, p. 108.

En ninguna de las sentencias examinadas aparece una prestación única como permite el artículo 83.3 del Código de derecho foral aragonés o el artículo 97 del Cc[12]. Esa prestación única puede consistir en la entrega de una cantidad de dinero (así será en la mayoría de los casos) o en la entrega de bienes, ya que la redacción del artículo 83 del Código de Derecho civil de Aragón habla de que «la asignación compensatoria podrá tener cualquier contenido patrimonial» Tampoco lo restringe a una forma determinada el artículo 97 del Cc, aunque la mayoría de la doctrina piense en el caso del Cc que debe tratarse de una cantidad de dinero[13].

La STSJA de 11 de enero de 2012 concede una asignación compensatoria de carácter temporal de 350 euros durante un plazo máximo de 13 años a pesar de contar la esposa con una edad de casi 50 años, de un matrimonio de 26 años de duración y de no tener trabajo la beneficiaria, lo que no parece idóneo dadas las circunstancias del caso. No podemos olvidar que para que la asignación temporal sea adecuada debe ser reequilibradora[14].

---

[12] Anteriormente a la redacción del 2005 el artículo 99 del Cc permitía, como lo hace hoy, en cualquier momento «convenir la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en dinero».

[13] Hay que señalar que en el Cc en el caso de la pensión compensatoria que consista en una prestación única cabe preguntarse si es posible aplicar los artículos 100 y 101 relativos a la modificación y extinción. La mayoría de la doctrina opina que estos artículos sólo pueden aplicarse en caso de pensión temporal o indefinida, pero no en el caso de pensión bajo la modalidad de prestación única. Estoy de acuerdo con este parecer con una matización y es que si las partes han pactado el pago aplazado de la prestación compensatoria única y en el pacto se contemplase que a los pagos pendientes le son aplicables los artículos relativos a la modificación y extinción de la pensión, no veo motivo alguno para negar a los pagos aplazados que todavía no se hayan producido la aplicación de los artículos 100 y 101. Evidentemente los pagos aplazados que hayan sido satisfechos cuando todavía no se hayan producido las circunstancias legales previstas para la modificación y extinción de la pensión no podrán ser impugnados.

Lo mismo puede predicarse para la asignación compensatoria aragonesa.

[14] Tal y como indica el magistrado Antonio Pérez Martín en la web elderecho.com cuando habla del enfoque actual de la pensión compensatoria «no cabe duda que la pensión compensatoria diseñada por el legislador de 1981 obedecía a un patrón perfectamente definido: mujer de mediana edad, dedicada toda su vida a la atención al esposo y a los hijos y que, de la noche a la mañana veía como, después de bastantes años de matrimonio, se decreta la separación o el divorcio y no tenía ninguna perspectiva de trabajo por su edad y su falta de cualificación, a lo que se añadía el obstáculo de tener que seguir atendiendo a los hijos hasta que se produjera su emancipación económica».

Las relaciones de pareja han tenido en nuestro país, al igual que en la mayoría de países de nuestro entorno una revolución espectacular. De los matrimonios para toda la vida hemos pasado a que, como reconocen las estadísticas del CGPJ, cada cuatro minutos se produce en España una ruptura de pareja. Según el INE en la actualidad la duración media de un matrimonio cuando los cónyuges se enfrentan al divorcio no llega a los quince años y es una tendencia que va a la baja. La edad media de la mujer que se divorcia es de 41 años y de 44 la de los hombres. Por otro lado hay que tener en cuenta el imparable descenso de la natalidad en los matrimonios, lo que provoca divorcios sin hijos o con uno solo hijo. También confluye en el panorama actual el aumento de las familias reconstruidas.

Por otra parte cada vez se accede más tarde al matrimonio. Sea por motivos económicos o porque los jóvenes se lo piensan más, la realidad es que queda muy lejana aquella época, en la que con

Y es que en la STSJA de 11 de enero de 2012 se tiene en cuenta la edad, casi 50 años de la esposa, la dedicación a la familia, la duración del matrimonio y su capacidad de trabajar en el futuro (está la esposa en paro). A pesar de ello se le concede una pensión de carácter temporal. Parece que tiene razón la esposa cuando argumentaba que el desequilibrio no se compensaba con una asignación temporal de 13 años cuando no se podía asegurar que la esposa pudiera acceder al mercado laboral de forma mínimamente estable. Quizás al menos debería de haberse extendido la pensión hasta la edad de jubilación, pues si la esposa tiene 529 días cotizados hasta el momento y los completa posteriormente con los necesarios para acreditar un total de 20 años cotizados tendría derecho a la prestación por jubilación. Además hay que tener en cuenta que la vivienda familiar estaba sujeta a un préstamo hipotecario cuya cuota mensual asciende a 503 euros y que debe ser pagado por los dos esposos a partes iguales, con lo cual si no encuentra trabajo rápidamente, descontados 250 euros de hipoteca le quedarán a la esposa para subsistir 250 euros, debiéndose hacerse cargo además del 50% de IBI, seguro de la casa y derramas extraordinarias. Y es que aunque es verdad que la asignación en su fijación temporal o indefinida es valorada por los Tribunales de instancia, teniendo en cuenta los datos concretos del caso el Tribunal hubiera podido modificar lo establecido por el Tribunal de instancia si lo consideraba ilógico o irracional.

En apoyo de esta postura podemos citar en el extremo opuesto la STS de 10 de enero de 2012[15], que fijó para la esposa en el divorcio una pensión compensatoria de 120 euros a pesar de la breve duración del matrimonio (4 años) condicionándola hasta que la esposa encontrase un nuevo trabajo, pues aunque ella trabajó durante el matrimonio, no lo hacía en el momento de la ruptura. El esposo entendía que debería haberse fijado un límite temporal no siendo correcto hacer depender su mantenimiento de una circunstancia –que obtenga trabajo– exclusivamente dependiente de la voluntad de la perceptora. Interpreta la Sentencia de casación que si la Audiencia Provincial no fijó un determinado número de años para la vigencia de la pensión compensatoria sería porque a priori ello era imposible en atención a las circunstancia, concluyendo que la pensión compensatoria no es un instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como la pérdida de empleo, ni la futura

---

veinticuatro años ya estaba uno casado y esperando un hijo. Ello tiene la consecuencia de que cuando se contrae el matrimonio los cónyuges ya han sentado las bases para su futuro laboral. Por otro lado hay otra predisposición en la mujer muy distinta a la dedicación exclusiva a la casa e hijos, al igual que el hombre se incorpora decididamente a las tareas domésticas y educacionales de los hijos.

Junto a ello hay que tener presente la nueva regulación de la separación y divorcio instaurada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Hoy día basta la voluntad de uno sólo de los cónyuges para que, después de tres meses de haberse celebrado el matrimonio, quede disuelto. No existe en el derecho de obligaciones ningún contrato en el que se permita, sin más requisito que la sola voluntad de una de las partes, poner fin a la relación obligacional, y además, sin que ello tenga ningún tipo de perjuicio económico para el contratante disidente.

Con este panorama es lógico que la pensión compensatoria se adapte a los nuevos tiempos.

[15] Aranzadi RJ 2012\3643.

obtención del mismo puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria que acceda al mercado laboral. De acontecer esta circunstancia, ha de valorarse como un cambio de las circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento. Teniendo la Audiencia Provincial dos alternativas posibles, si no resolvió restringir temporalmente la percepción, solo cabe entender que acordó su reconocimiento con carácter vitalicio, de forma que la hipotética obtención de empleo por la perceptora habría de valorarse en el momento de que se produzca, al objeto de que el recurrente pueda solicitar la extinción del derecho por cambio de circunstancias, en particular, por la desaparición del desequilibrio que lo motivó. Bien es verdad que conceder una pensión con carácter indefinido con una duración del matrimonio tan corta es excepcional.

La STS de 28 de abril de 2005[16] considera la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal[17], por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 Cc adecuada a la realidad

---

[16] Aranzadi RJ 2005\4209.

[17] Son muchas las sentencias que señalan que no puede concederse una pensión vitalicia con carácter indiscriminado. A título de ejemplo podemos citar la AP de Zaragoza de 5 de octubre de 1998 (Pte.: NAVARRO PEÑA, *La Ley*, 1998, 10528): «Existe una consolidada línea jurisprudencial menor que analiza e interpreta el alcance y contenido del derecho a la pensión compensatoria regulado en el artículo 97 Cc, que señala que dicha pensión se configura como un derecho relativo, condicional y, sobre todo, limitado en el tiempo. Relativo y circunstancial por cuanto que depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o reconocimiento puede determinar su modificación o supresión –arts. 100 y 101 Cc–, y, además, limitado en cuanto al tiempo de duración, por cuanto que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio, separación o divorcio, colocándole en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendía un derecho de tal naturaleza frente al otro» (se citan también las sentencias de la AP Bilbao de 2 de noviembre de 1989 y 4 de diciembre de 1991, AP Almería de 9 de noviembre de 1994, AP Cádiz de 10 de enero de 1995, AP Palencia de 9 de diciembre de 1997 y AP Zaragoza de 27 de julio de 1998). En el mismo sentido la sentencia de la AP, de Las Palmas de 9 de diciembre de 1998 (Pte.: BOSCH BENÍTEZ, *La Ley*, 1999, 2871).

Es más muchas sentencias consideran que el derecho de pensión está limitado en el tiempo como las de AP de Zaragoza 5 de octubre de 1998 (Pte.: NAVARRO PEÑA, *AC* núm. 24/16 al 31 de diciembre de 1998, p. 2126) y de 27 de julio del mismo año, citada en la primera. AP Bilbao 2 de noviembre de 1989 y 4 de diciembre de 1991 (*RGD* 1994, p. 6330); AP Almería 9 de noviembre de 1994 (AC 1995, núm. 1); AP Cádiz 30 de enero de 1995, *AC*, abril 1995) y AP Palencia 9 de diciembre de 1997 (*AC* marzo de 1998, ref. 2565). Igualmente la sentencia de la AP León 21 de septiembre de 1998 (Pte.: PEÑÍN DEL PALACIO, Aranzadi Civil 1832); AP, 18.a), Barcelona 14 de octubre de 1998 (Pte.: NOBLEJAS NEGRILLO, *RJC*, I 99, p. 262); y AP, 2.a), Girona 29 de enero de 1998 (Pte.: REY HUIDOBRO, *AC*, núm. 10/16 al 31 de mayo de 1998, p. 679).

En realidad creo que dependerá de las circunstancias de cada caso en función de su finalidad reequilibradora conceder una pensión temporal o indefinida, aunque es verdad que la mayoría de las pensiones actuales se suelen conceder con carácter temporal.

social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 Cc, con arreglo al que «se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas... Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad –"ratio"– de la norma», y lo expuesto por el TS puede aplicarse a la asignación compensatoria. En la misma dirección el TS reconoce en dicha sentencia que «en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia[18]».

---

[18] Es particularmente esclarecedora respecto a la temporalidad de la pensión la postura del TS en sentencia de 10 de febrero de 2005, que aun siendo anterior a la reforma de la ley 15/2005 de 8 de julio a la que debemos la redacción actual del artículo 97 del Cc que recoge expresamente la posibilidad de concesión de una pensión con carácter temporal o indefinido, constituye una exposición clara de las posturas imperantes y de la función de la temporalidad como estímulo para obtener el reequilibrio, por lo que transcribo el fundamento 2º de la misma: «Segundo. La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales -y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización -unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El artículo 97 Cc dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...». Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura.

No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio –que constituyó la «condicio iuris» determinante del nacimiento del derecho a la pensión–. A favor y en contra, especialmente en cuanto a la primera perspectiva, se han multiplicado los argumentos de los respectivos partidarios de las posturas, muchos de ellos generados o asumidos por las resoluciones de las Audiencias Provinciales, que han llevado a cabo un enco-

También la STSJA de 13 de julio de 2012 concede una asignación compensatoria de ámbito temporal de 1.000 euros al mes durante un plazo de 3 años. Precisamente los criterios que aparecen como esenciales para que el juzgador calibre el desequilibrio y el montante de la asignación en esta sentencia son la situación laboral de los cónyuges o convivientes, la edad, la dedicación de la esposa a la familia y particularmente y la duración del matrimonio.

La STSJA de 30 de diciembre de 2011 conceden una asignación con carácter indefinido de 300 euros y se tiene en cuenta, lo que resulta positivamente destacable, una previsión que sin duda puede evitar futuras discrepancias judiciales, un posible desempleo futuro de la esposa, caso que si se produce hará que se pague un suplemento adicional de 200 euros más. Hay que señalar que se trataba de una convivencia de 30 años, con una beneficiaria de 54 años. La STSJA de 11 de abril de 2012 establece una pensión de carácter indefinido de 624,45 euros (736,61 euros de cuantía actualizada). En este caso la convivencia había durado más de 20 años y la hija minusválida ha quedado a cargo de su madre.

Tiene interés el razonamiento de la STSJA de 30 de diciembre de 2011 cuando comenta que aunque el Tribunal de Audiencia conceda una pensión de carácter vitalicio, con lo que identifica los términos indefinido y vitalicio, no son términos iguales. Cuando la ley habla del carácter indefinido de la pensión se refiere a que no tiene un término temporal concreto y por eso la ley aragonesa permite la revisión de la asignación compensatoria en los casos de variación substancial del perceptor o del pagador, y su extinción entre otros motivos, por la alteración substancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, lo que se compaginaría mal con el carácter vitalicio.

---

miable esfuerzo discursivo y entre la multiplicidad de argumentos cabe indicar: En contra de la temporalización se ha dicho que: el precepto del artículo 97 no la establece en su redacción inicial; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido; es contraria a la «ratio» del precepto; contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 Cc; quedarían sin contenido los artículos 100 y 101; supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta; y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estática mente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo».

También debe destacarse el criterio favorable a la temporalización en opinión del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980).

III. DIFERENCIAS ENTRE LA ASIGNACIÓN ARAGONESA Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. Convivientes frente a cónyuges

La primera diferencia destacable entre ambas instituciones se refiere a las condiciones personales para ser acreedor de una asignación o de una pensión compensatoria. La regulación aragonesa sobre asignación compensatoria se aplica no sólo en los casos de ruptura familiar matrimonial, sino también en las situaciones de ruptura de la convivencia con hijos a cargo de parejas de hecho, estén sujetas o no a la regulación del Título VI, del libro II sobre parejas estables no casadas del Código de Derecho Foral de Aragón, ya que no todas las parejas de hecho son parejas estables no casadas para la ley aragonesa. Para que una pareja de hecho sea considerada pareja estable no casada deberá estar compuesta por personas mayores de edad con una relación de afectividad análoga a la conyugal, según el artículo 303 del Código del Derecho Foral de Aragón y tener o un periodo de convivencia marital de al menos 2 años ininterrumpidos, o haber manifestado en escritura pública la voluntad de constituirla, tal y como indica el artículo 305 del Código de Derecho Foral de Aragón.

2. Existencia de hijos

La segunda diferencia entre ambas instituciones radica en que puede asignarse pensión compensatoria a un cónyuge que no tenga hijos según el artículo 97 del Cc, mientras que el legislador aragonés contempla la existencia de hijos como requisito para poder percibir una asignación compensatoria al indicar en el artículo 83 del Código de Derecho Foral de Aragón que el «progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia tendrá derecho a percibir del otro un asignación compensatoria». Por supuesto también es progenitor quien ha tenido hijos, aunque estos hayan fallecido. No obstante, propongo una interpretación correctora del sentido literal de la norma para que los convivientes, tengan o no hijos, puedan pedir pensión compensatoria.

3. Criterios

La tercera diferencia entre asignación y pensión compensatoria se refiere a los criterios o circunstancias a tener en cuenta para su concesión. El criterio del artículo 83.2.a) del Código de Derecho foral de Aragón «los recursos económicos de los padres» es similar a la circunstancia 8ª del artículo 97 del Cc «el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge». También podemos considerar incluida en este criterio la circunstancia 5ª del artículo 97 del Cc «la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles industriales y profesionales del otro cónyuge.» En este punto es interesante que la STSJA de

11 de enero de 2012 en que dada la dificultad de establecer los ingresos del marido al ser taxista se le calculan sensatamente por los ingresos realizados en sus cuentas (él alegaba unos ingresos de 1.500 euros mensuales y se le calcula una cantidad cercana a los 4.000 euros mensuales).

El criterio del artículo 83.2.b) «la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo» equivale a las circunstancias 2ª y 3ª del artículo 97 del Cc «la edad y el estado de salud y la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo». Implícitamente comprendería la circunstancia 7ª del artículo 97 Cc «la pérdida eventual de un derecho de pensión».

El criterio del artículo 83.2.e) de la norma aragonesa «las funciones familiares desempeñadas por los padres» tiene su homólogo en la circunstancia 4ª del artículo 97 Cc «la dedicación pasada y futura a la familia».

Y el criterio del artículo 83.2.f) «la duración de la convivencia» es similar al de la circunstancia 6ª del artículo 97 del Cc, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. La STSJA de 30 de diciembre de 2011 considera desafortunada la redacción del artículo 83 del Código de Derecho Foral aragonés (art. 9 de la ley aragonesa 2/2010) al sustituir la frase «situación anterior en el matrimonio del artículo 97 del Cc por «situación anterior a la convivencia» pero si la norma aragonesa habla de convivencia y no de matrimonio en realidad se parte de una posición diferente a la hora de poder solicitar una asignación compensatoria y un pensión compensatoria.

Es evidente que uno de los criterios a tener en cuenta para determinar la pensión en el artículo 97 del Cc es la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, circunstancia semejante a la duración de la convivencia de la ley aragonesa. Para el Cc es necesaria la existencia de matrimonio para poder pedir pensión compensatoria, aun cuando se tenga en cuenta todo el periodo de convivencia de la pareja, mientras que en la ley aragonesa no es necesaria la existencia de matrimonio para poder pedir asignación compensatoria, basta con que exista convivencia marital. De cualquier forma en el Cc se tiene en cuenta todo el periodo de convivencia, pues es posible que una pareja haya convivido sin casarse durante muchos años y sin embargo su unión matrimonial haya sido corta.

En la ley aragonesa aparece enumerado en el artículo 83.2.d) como criterio «las atribuciones de uso de la vivienda familiar», que no tiene equivalente expreso en el Cc, pero no podemos olvidar que un parámetro de tanta importancia económica como este se aprecia en la normativa del Código a través de la circunstancia 9ª del artículo 97 «cualquier otra circunstancia relevante». Tampoco aparece expresamente el criterio del art 83.2.c) «la edad de los hijos» entre las circunstancias expresamente recogidas por el Código civil, pero además de que en realidad tiene una relación muy estrecha con la circunstancia 4ª del artículo 97 del Cc «la dedicación pasada y futura a la familia» también podemos reconducirlo a la circunstancia 9ª del artículo 97, anteriormente comentada.

En resumen, respecto a los criterios de ponderación para atribuir la asignación compensatoria la principal novedad de la norma aragonesa respecto a la

pensión compensatoria del Cc es la referencia expresa que hace a la edad de los hijos y a la atribución de uso de la vivienda familiar. Pero estos criterios también tienen cabida y de hecho se tienen en cuenta por los Tribunales cuando aplican el artículo 97 del Código civil sobre pensión compensatoria, pues no olvidemos que cuando se enumeran las circunstancias para evaluar su importe se dice: «9ª Cualquier otra circunstancia relevante.» Hay que destacar que es habitual adjudicar un uso de la vivienda de forma temporal, lo que no es sino un signo claro de la evolución de la jurisprudencia paralelo al de la adjudicación de asignaciones temporales frente a las indefinidas.

Pero mientras que con la redacción del Código civil [arts. 90.c) y 97] es posible adjudicar el uso de la vivienda de forma indefinida, la norma aragonesa aunque no diga nada expresamente sobre si este uso puede ser temporal o indefinido en el artículo 83 del Código de Derecho civil foral de Aragón, sí indica taxativamente que sólo es posible un uso temporal el artículo 81.3, lo que tiene reflejo en la jurisprudencia[19]. En este sentido en la STSJA de 11 de enero de 2012 el uso de la vivienda se le asigna sólo a la beneficiaria hasta que se liquide el consorcio y en todo caso por un plazo máximo de 2 años. También la STSJA de 13 de julio de 2012 concede el uso de la vivienda familiar a la esposa por un plazo máximo de 2 años, tras los cuales se procederá a su venta si no se han liquidado los bienes consorciales. La STSJA de 30 de diciembre de 2011 respeta la adjudicación de la vivienda a la esposa por la Audiencia provincial hasta que se produzca el proceso de liquidación de la sociedad temporal. En este punto he de señalar que me parece muy positivo establecer una cautela adicional de plazo máximo de uso de la vivienda, como hacen las STSJA de 11 de enero de 2012 y de 13 de julio de 2012 pues a veces se prolonga la liquidación del consorcio demasiado tiempo por falta de acuerdo de las partes.

Otra diferencia entre los criterios utilizados por el Código civil y la norma aragonesa radica en que en el Código civil se enumera en el artículo 97 como criterio los acuerdos de los cónyuges y la norma aragonesa no los recoge en el artículo 83.2 del Código de derecho foral, aunque ya hemos comentado que es evidente que si se produce un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de la convivencia serán los convivientes quienes pacten la pensión, aunque necesite de la aprobación judicial para su validez. Es verdad que en la normativa del Cc a diferencia de la aragonesa también tienen cabida otros acuerdos que no hayan culminado, pero que expresen la voluntad de las partes o bien puede tratarse de acuerdos plasmados en Convenio regulador que no haya sido aprobado por el juez por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges en cuestiones que no afecten a la pensión compensatoria.

---

[19] Según el artículo 81.3 del Código de Derecho foral de Aragón «la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia» Destaca este aspecto PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, pp. 800-801.

Es cierto que existen otras variables que aunque no aparezcan como criterios expresos a tener en cuenta por el Tribunal influyen en la cuantía de la asignación y pensión compensatorias como la obligación de alimentos a los hijos que aunque no tenga relación directa con la asignación o pensión compensatoria, sí tiene incidencia el montante que se concede como alimentos para los hijos, en cuanto detrae un dinero que puede afectar a la cuantía de la asignación compensatoria como sucede en la STSJA de 30 de diciembre de 2011. Y no olvidemos que los derechos de los hijos en este punto son preferentes a los de los cónyuges.

4. SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN. SU MODIFICACIÓN

No establece la norma aragonesa supuestos de sustitución de la asignación como sí hace el Cc en el artículo 99[20] con la pensión, lo que constituye la cuarta diferencia regulatoria respecto al Código civil. Sí indica en el artículo 83.4 del Código de Derecho foral de Aragón supuestos de revisión. A tenor del mismo la asignación compensatoria se revisará en los casos de variación substancial de la situación económica del perceptor o del pagador, artículo que tiene su equivalente en el artículo 100 del Código civil[21]. Pero a veces aunque haya variación de

---

[20] El artículo 99 del Cc menciona tres posibilidades de sustitución: constitución de una renta vitalicia, usufructo de determinados bienes y la entrega de un capital en bienes o en dinero. Esta sustitución siempre se hará por acuerdo de las partes, entre las que pueden estar los herederos del deudor de la pensión, cuando éste ha muerto.

La renta vitalicia es, de acuerdo con el artículo 1802 Cc el contrato aleatorio por el que se obliga «al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión». El artículo 1803 Cc señala que «puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas» y que «también puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas. Aunque la regulación general de la renta vitalicia permite condicionar su percepción a la vida del deudor, del acreedor o de otro u otros, parece que su constitución ha de hacerse sobre la vida del beneficiario.

Si se ha optado por la sustitución por un usufructo, este puede ser vitalicio o sujeto a plazo y con o sin obligación de fianza o inventario, por parte del usufructuario, según lo que hayan acordado las partes.

La entrega de un capital en bienes o dinero en realidad constituye una segunda oportunidad en la normativa del Código civil de establecer un pago único de la pensión. Puede consistir en cualquier tipo de cesión de bienes o derechos o por la asunción de deudas del beneficiario por parte del cónyuge deudor de la pensión. Pero si acordada la entrega de una cantidad de dinero el cónyuge deudor fallece los herederos deberán asumir la obligación de pago de su causante con la limitación de respeto a las legítimas y de la suficiencia del caudal hereditario, mientras que si quien fallece es el acreedor, sus herederos no pueden reclamar el pago acordado tal y como indica Roca Trías. Roca Trías, Encarna, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo II, artículos 42 a 107, dirigidos por Manuel Albaladejo, Ed. Revista de Derecho Privado/Edersa, 2ª ed., Madrid 1982, p. 637.

[21] Según el artículo 100 del Código civil: «Fijada la pensión y sus bases de actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones substanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.

la situación económica no procede la modificación, como sucede en la STSJA de 11 de abril de 2012 porque aunque hayan disminuido los ingresos del pagador, también ha empeorado la situación económica de la perceptora y de la hija minusválida de ambos.

Un aspecto que se debe reseñar es la influencia de la liquidación del consorcio, lo mismo cabe decir de la sociedad de gananciales, en la modificación de la asignación compensatoria. El propio TS en sentencia de 24 de noviembre de 2011[22] se plantea si la atribución de bienes concretos en la liquidación de la sociedad de gananciales constituye un supuesto de alteración sustancial de la fortuna de uno de los cónyuges. Para contestar la Sala cita su Sentencia 864/2010, de 19 enero, que recoge la doctrina jurisprudencial según la cual para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios (énfasis añadido) y su situación anterior al matrimonio, y finaliza declarando que la posterior adjudicación a la esposa de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los cuatro millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente, y por ello entiende que es procedente la limitación temporal de la pensión. Podemos por tanto deducir que sí es relevante la liquidación del consorcio o de la sociedad de gananciales a la hora de establecer la asignación o pensión compensatorias.

Precisamente en la STSJA de 30 de diciembre de 2011 se tiene en cuenta para no acceder a las peticiones de modificación de la pensión no sólo la situación laboral de los ex cónyuges sino también los bienes que puedan obtener con la liquidación del consorcio.

También la STSJA de 11 de enero de 2012 tiene en cuenta la liquidación del consorcio como medio para equilibrar las posiciones de las partes. Además dicha liquidación suele afectar a la vivienda común, con lo que el cónyuge al que no se le asigna su uso debe alquilar otra, con la subsiguiente merma de recursos. Y ciertamente la liquidación del consorcio o de cualquier tipo de régimen económico lo que conlleva es la asignación a cada cónyuge de lo que le corresponde según el régimen por el que haya optado.

De igual forma en la STSJA de 30 de diciembre de 2011 el marido pide la extinción de la asignación compensatoria basándose en la liquidación del consorcio compuesto por la vivienda familiar, el apartamento de la playa y el vehículo. El tribunal tiene en cuenta que el marido tiene estabilidad laboral en el trabajo y ella no, por lo que no se concede la extinción.

---

[22] Aranzadi RJ 2012\573.

5. EXTINCIÓN DE LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA POR MUERTE DEL OBLIGADO AL PAGO

Y precisamente en lo referente a la extinción de la asignación compensatoria el artículo 83.5 del Código de Derecho Foral de Aragón recoge los supuestos de convivencia marital con el perceptor, alteración substancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, cumplimiento del plazo de duración, así como el incumplimiento de su finalidad, supuestos que tienen su contrapartida en las causas indicadas por el artículo 101.1 del Cc: cese de la causa que lo motivó, contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona. Y en este punto se produce la quinta diferencia entre la asignación compensatoria y la pensión compensatoria del Código civil o la establecida por el Código civil de Cataluña en su artículo 233-19.2[23]. Y es que en la regulación del Código civil o en la de Cataluña la muerte del obligado al pago de la pensión no extingue necesariamente la misma, que deberá ser satisfecha por sus herederos siempre que lo permita el caudal hereditario y no afecte a las legítimas, mientras que en Derecho aragonés la muerte del obligado al pago es verdad que no aparece contemplada entre los medios de extinción de la asignación, pero no existe norma expresa que nos indique que en tal situación los herederos deban hacerse cargo de su abono, por lo que si consideramos que la asignación compensatoria es una obligación personal, se extinguiría por la muerte del obligado al no haber establecido la ley expresamente su transmisibilidad. Sí se extingue la asignación por muerte del perceptor, pero eso lógicamente también ocurre en el Código civil o en Cataluña.

No está claro qué debe entenderse por convivencia marital o conyugal del perceptor de la pensión. En la STSJA de 11 de abril de 2012 el marido pide la extinción de la asignación compensatoria por alteración sustancial de las circunstancias económicas ya que ha pasado a la situación de reserva legal en su trabajo con lo que sus ingresos líquidos mensuales se han visto notablemente mermados, pero en base a su situación patrimonial de tener en propiedad una vivienda en Jaca y de haber adquirido a título hereditario un patrimonio inmobiliario de 95.076,78 euros se mantiene la pensión. Se alega también convivencia marital pero no se prueba. Y no hay que olvidar que para extinguir el derecho a

---

[23] Según el artículo 101 del Cc: «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el sólo hecho de la muerte del deudor. No obstante los herederos de éste podrán solicitar al Juez la reducción o supresión de aquella si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.»

Y a tenor del artículo 233-19.2 del Código civil de Cataluña «El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor.»

pensión por convivencia matrimonial los tribunales exigen estabilidad y permanencia en la relación[24].

A este respecto en la sentencia del TS de 12 de febrero de 2012[25] se trata la extinción de la pensión compensatoria en base a la convivencia marital de la esposa con un tercero. La Sentencia del Juzgado acordó la extinción de la pensión, mientras que la Audiencia Provincial de Valladolid mantuvo su vigencia, casándose esta decisión por el Tribunal Supremo que confirmó la decisión del Juzgado de extinguir la pensión. El debate se centró en el significado de la expresión «vida marital» que se contiene en el artículo 101.1 del Código civil. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Para darle sentido a dicha regla, señala la sentencia del Tribunal Supremo, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el primero el de la finalidad de la norma y el segundo el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada.

De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. La Sentencia concluyó declarando que la convivencia de la ex esposa con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de «vida marital» a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 del Cc. Y ello por las siguientes razones:

a) La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales;

---

[24] SSAP de Barcelona de 17 de mayo de 1993y 26 de julio de 1993.

[25] En http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia.

b) Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del Sr. Victorio en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores;

c) Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida;

d) Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» en el artículo 101 del Cc.

Vemos por tanto que se acogió la postura más amplia que entiende que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión.

MATERIALES*

* 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) LA TRIBUTACIÓN DE LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA

(STS, Sala de lo Contencioso, 591/2012, de 30 de enero; recurso de casación 6318/08)

Sentencia

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil doce.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación 6318/08, interpuesto por doña Florencia, representada por la procuradora doña Carmen Palomares Quesada, contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso 4/07, sobre liquidación provisional del impuesto sobre sucesiones y donaciones, en cuantía de 537.814,69 euros. Ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado.

[…]

FALLAMOS

Acogemos el recurso de casación 6318/08, interpuesto por doña Florencia contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso 4/07, que revocamos y anulamos.

En su lugar:

1º) Declaramos la nulidad del apartado 8 del artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones , aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), por infringir el principio de jerarquía normativa.

2º) Estimamos el recurso contencioso-administrativo promovido por la Sra. Florencia frente a la resolución dictada el 25 de octubre de 2006 por el Tribunal Económico Administrativo Central, que ratificó la liquidación provisional que, por el impuesto sobre sucesiones e importe de 537.814,69 euros, le había girado el 14 de enero de 2006 la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón, actos administrativos que anulamos por ampararse en una disposición reglamentaria nula de pleno derecho.

3º) No hacemos expresa condena sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

4º) Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

B) DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LEGISLACIÓN PROCESAL

(STC Pleno 21/2012, de 16 de febrero. BOE núm. 61, de 12 marzo 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 5394-2006)

Pleno. Sentencia 21/2012, de 16 de febrero de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 5394-2006. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Arenys de Mar, respecto del art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Distribución de competencias sobre legislación procesal: nulidad del precepto legal autonómico que permite la acumulación de la acción de división de cosa común en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio para los matrimonios en régimen de separación de bienes. Voto particular.

[...]

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

HA DECIDIDO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia.

C) DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LEGISLACIÓN CIVIL

(STC 28/2012, de 1 de marzo de 2012. BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001)

Pleno. Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana, en relación con el apartado 4 de la disposición transitoria

única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias. Distribución de competencias sobre legislación civil: nulidad del precepto legal autonómico que constituye un derecho de retracto en favor de particulares.

[...]

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

HA DECIDIDO

Declarar que el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, es inconstitucional y, por tanto, nulo.

NOTICIAS*

* 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

1. Informe anual del año 2011

Durante el año de 2011, esta Institución ha tramitado un total de 2.142 quejas, un 2,5% más que el pasado año, en el que se instruyeron 2.090.

El número de quejas presentadas por ciudadanos de Aragón ascendió a 1.964, (el pasado año fueron 1.834), de las que 1.545 se asocian a Zaragoza y provincia, (en 2010 fueron 1.460), 244, a Huesca y provincia (235 el pasado año) y 175, a Teruel y provincia (el anterior año fueron 139). Procedentes de ciudadanos de otras Comunidades Autónomas, se recibieron 68 quejas (el año pasado fueron 70) y dos, provenientes de ciudadanos residentes en otros países.

Resulta especialmente destacable la especial incidencia de la crisis económica en el contenido de las quejas: En materia de Vivienda, la mayor parte de ellas ha versado sobre los desahucios por falta de pago de renta, la dificultad de acceder a viviendas de alquiler a precios asequibles, los retrasos en el pago de la renta básica de emancipación y otras relacionadas con la falta de recursos económicos, tanto de los ciudadanos como de la Administración. El número de quejas en materia de Economía y Hacienda ha aumentado notablemente, siendo unos de sus motivos principales la valoración de los inmuebles en sede impositiva. Las reclamaciones a los ciudadanos por parte del INSS y del Servicio Público de Empleo Estatal de las prestaciones indebidamente abonadas en su día es el preferente objeto de queja en materia de Seguridad Social y Trabajo. En materia de Contratación Pública, han sido varios los ciudadanos que han denunciado el incumplimiento del pago de las facturas emitidas por las prestaciones y servicios llevados a cabo, en especial, por parte de las administraciones municipales. Respecto a la Sanidad y la Educación, debe subrayarse la reclamación de mayores dotaciones en infraestructuras así como la denuncia de la falta de medios económicos de las Administraciones competentes. Las quejas sobre los mecanismos de acceso al empleo público, la pérdida de puestos de trabajo y la escasa oferta de empleo han sido las prioridades de las pretensiones ciudadanas en materia de Función Pública; y respecto a la Asistencia y Bienestar Social, la suspensión de la tramitación de los programas individuales de atención de personas reconocidas como dependientes y el importante volumen de solicitudes de prestaciones presentadas ante los diferentes Centros de Servicios Sociales existentes en nuestra Comunidad Autónoma descritos en las quejas recibidas reflejan la difícil situa-

ción económica que estamos viviendo. Así mismo, algunas organizaciones no gubernamentales y asociaciones sin ánimo de lucro dedicadas a colectivos desfavorecidos han expuesto a esta Institución la reducción de las ayudas públicas que venían percibiendo. En una u otra medida, el sentir ciudadano plasmado en estas quejas se orienta a solicitar de la Institución el respaldo para fortalecer los mecanismos de control de la gestión del gasto público.

Como ya hiciera el año 2010, a lo largo de todo el año 2011 el titular de la Institución se ha desplazado a las sedes de las distintas Comarcas para recibir a todas aquellas personas que quieren contactar con la Institución, siendo el objetivo recorrer todo el territorio de la Comunidad Autónoma para acercar la Institución a todos los aragoneses, con independencia de su lugar de residencia; así, se han visitado las Comarcas del Bajo Aragón, Barbastro, Calatayud, Ribagorza, el Maestrazgo, Ribera Baja del Ebro, Sobrarbe, Tarazona y Valdejalón. Con ocasión de estas visitas, el titular de la Institución ha recibido personalmente a 230 personas y a 28 asociaciones.

Por la misma razón, es decir, promover el acercamiento de la Institución a aquellas personas que pudieren tener algún tipo de impedimento para su desplazamiento a la sede de la misma, bien por su lugar de residencia, o por sus dificultades de movilidad, o por su especial vulnerabilidad, durante el año 2011 la Institución ha girado 25 visitas a Centros de personas mayores, menores y discapacitados para conocer sus pretensiones, problemas e inquietudes, dando traslado de las mismas a la administración competente.

Otra de las circunstancias que debe resaltarse es la recepción de quejas firmadas por un número importante de ciudadanos.

En el total de expedientes tramitados, esta Institución se ha dirigido en 713 ocasiones a la Administración Autonómica (en 761 el pasado año), al referirse el contenido de dichas quejas a actuaciones que se correspondían a su ámbito competencial; 112 fueron los expedientes incoados en los que la Administración competente y aludida era la del Estado (el año pasado fueron 65). En 635 supuestos las quejas versaban sobre actuaciones cuya competencia correspondía a distintos Ayuntamientos de Aragón (el pasado año fueron 537). En 27 casos (los mismos que durante 2010), las actuaciones en las que se centraba el motivo de las quejas habían sido llevadas a cabo por las tres Diputaciones Provinciales y en 33 ocasiones nos hemos dirigido a las Comarcas. Reseñar que 70 han sido las veces en las que el objeto de la queja aludía a actuaciones de empresas que gestionan servicios públicos y en 22, a actuaciones llevadas a cabo por distintos Colegios Profesionales.

Con relación a la forma de presentación de las quejas, de nuevo durante este año se ha observado un repunte de la utilización de Internet para acceder a esta Institución; por medio de esta vía de comunicación se han recibido 743 quejas (el año de 2010 fueron 634). También ha ascendido el número de comparecencias personales de los ciudadanos, (1.053 frente a las 1.027 del año pasado), bien en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel, bien aprovechando las visitas que el titular de la Institución ha girado a las distintas Comarcas. Vuelve así a constatar-

se, como ya se hiciera en años anteriores, que es éste el medio mayoritariamente elegido por los ciudadanos para ponerse en contacto con la Institución, probablemente no sólo por ser el más directo, sino también, en algunos casos, porque tras exponer la causa de sus pretensiones, suelen obtener una información o respuesta inmediata, cuando se les puede ofrecer.

Los expedientes que la Institución ha incoado de oficio impulsando su propia actividad han ascendido a 108.

Analizando las materias que han sido objeto de estudio a lo largo de 2011, debemos subrayar que el mayor número de expedientes incoados se corresponde al área de Educación, con 171, seguida del Área de Interior, con 162, de Función Pública, con 159 y de Asistencia Social, con 158.

En cuanto al número de resoluciones dictadas, este año se han emitido un total de 383, incrementándose en un 27,6% las 300 dictadas el año anterior, de las cuales, 364 han sido Sugerencias y Recomendaciones y 19, Recordatorios de Deberes Legales.

Entrando en el capítulo de la respuesta de las Administraciones a las Resoluciones a ellas dirigidas, debemos puntualizar que, dado que la Institución fue convocada para exponer el Informe Anual correspondiente al año 2010 en fecha de 7 de septiembre de 2011 y para su anterior entrega, el 14 de abril del mismo año, el número de Resoluciones que habían obtenido ya respuesta para esas fechas resulta muy superior a aquel que a continuación se va a exponer, ya que el presente Informe Anual se entregó el día 16 de enero de 2012 y fue expuesto ante las Cortes de Aragón en el mes de febrero de 2012. Así, las Sugerencias y Recomendaciones que han sido aceptadas ascienden a 174, lo que supone el 48% del total; se han rechazado 45, esto es, el 12% del total y no han recibido respuesta alguna de la Administración a la que iban dirigidas 46, es decir, el 13% del total. 99 Sugerencias se encuentran pendientes de respuesta a la fecha de cierre de este Informe, es decir, el 27%.

Analizando por materias este capítulo, el mayor número de Sugerencias dictadas ha correspondido al Área de Urbanismo, con un total de 81, de las cuales, fueron aceptadas el 47% y rechazadas, el 14%, aunque no recibió respuesta alguna el 15% de las mismas; en las Áreas de Educación, Medio Ambiente y Función Pública se dictó el mismo número de Sugerencias, 32, habiéndose aceptado el 47% en Función Pública, el 38% en Medio Ambiente y el 34% en Educación. Rechazadas fueron el 25% en Función Pública y el 6% en las otras dos materias.

A lo largo de 2011 se han solucionado 735 casos con el mero ofrecimiento por parte de la Institución de la información que solicitaban las personas interesadas, así como con la facilitación a las mismas de la información requerida a las Administraciones aludidas; en 229 ocasiones se ha solucionado el problema objeto de la queja tras la intervención o mediación del Justicia, y en 36 supuestos se ha tenido conocimiento por el propio ciudadano de que el problema se había resuelto. Si a estas cifras se le suman las 364 Sugerencias dictadas y los 71 casos en los que se ha conferido el oportuno traslado del problema a la Administra-

ción responsable, acercando la pretensión ciudadana al órgano competente para resolverla, debemos concluir que durante el año de 2011 se ha contribuido a resolver los problemas de las personas que han acudido a esta Institución en 1.435 expedientes.

De conformidad con el mandato establecido en el estatuto de Autonomía de Aragón y en la Ley Reguladora del Justicia de Aragón, esta Institución ha proseguido con su labor de defensa del Estatuto y de la tutela, aplicación y difusión del Ordenamiento Jurídico Aragonés y de la propia Institución. Para la promoción de este fin, el titular de la Institución ha pronunciado 17 conferencias, ha recibido la visita en la sede de 45 grupos de personas distintos, sumando el total de personas visitantes a 1.381, quienes recibieron la oportuna información y atención.

Además, la labor editorial ha continuado desarrollándose durante este año de 2011 con la publicación y presentación de 6 libros, entre ellos, *«La Casación foral aragonesa»*, dirigido por D. Ángel Bonet Navarro.

Como muestra no exhaustiva de la dedicación de la Institución a la tarea de difusión, tutela, y defensa del ordenamiento jurídico aragonés y del Estatuto de Autonomía, así como de información acerca de la finalidad y competencias de la propia Institución, deben mencionarse determinados actos especialmente significativos: así, durante el año de 2011, el Justicia de Aragón ha comparecido en varias ocasiones ante las Cortes de Aragón; el día 15 de febrero de 2011 lo hizo ante la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos de las Cortes de Aragón para presentar el Informe Especial sobre *«Las necesidades asistenciales de la población con alto riesgo de delincuencia en Aragón»*; en fecha 7 de septiembre de 2011, ante el Pleno de las Cortes, presentó el Informe Anual correspondiente al año de 2010 elaborado por la Institución. Y el día 27 del mismo mes y año volvió a comparecer ante la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos de las Cortes de Aragón para presentar el Informe Especial sobre *«Rendimiento Educativo en Aragón»*. En fecha 26 de julio de 2011 presenta en la sede de la Institución el Informe Especial sobre *«Los depósitos municipales de detenidos de la Comunidad Autónoma de Aragón»*. El día 27 de mayo de 2011, el Justicia de Aragón participa en el Seminario sobre Derecho Civil Patrimonial Aragonés en la Institución «Fernando el Católico»; y, como todos los años, debe mencionarse la celebración de los Vigesimoprimeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que se desarrollaron durante las tardes de todos los martes de noviembre, convocándose la última de ellas en Teruel. El 16 de noviembre de 2011, el Justicia de Aragón inauguró en la sede las Jornadas promovidas por la Institución sobre *«El uso de las sujeciones en Centros sociosanitarios y domicilios»* y los días 15 y 16 de diciembre de 2010, el titular de la Institución inauguró e intervino en las Novenas Jornadas Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y del Justicia de Aragón, bajo el título *«Derecho de información, libertad de prensa y Constitución»*. El día 28 de diciembre de 2011, el titular de la Institución asistió a la reunión de la Comisión Aragonesa para la conmemoración de centenario de la muerte de Joaquín Costa en el Edificio Pignatelli, concluyendo así los múltiples actos en los que ha participado con ocasión de esta efeméride.

Respecto a las relaciones de la Institución con el resto de las Defensorías de España y de Europa, cabe destacar que el 14 de abril de 2011, recibió en la sede de la Institución a D. José Luis Soberanes, ex Defensor del Pueblo de Méjico, el 10 de mayo asiste al Seminario de trabajo contra la trata de personas organizada por la Defensora del Pueblo de España, participando del 5 al 8 de junio en las XXVI Jornadas de Coordinación de los Defensores del Pueblo organizadas por el Defensor del Pueblo de Murcia. El 19 de septiembre asistió a las Jornadas sobre *«La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas»* organizadas por el Síndic de Greuges de Cataluña en el Parlamento catalán. El 24 de noviembre de 2011, el Justicia pronunció en Skopje (Macedonia), una conferencia sobre violencia de género, promovida por la Unión Europea y el Defensor del Pueblo.

El número de consultas y visitas recibidas a lo largo de 2011 en la página web de la Institución ascendió a 406.132. El país de procedencia de la mayor parte de las visitas y de las consultas sigue siendo España, con un 48,6 % del total de ellas, seguido de Estados Unidos, con un 28,05% y de los países de la Unión Europea, con un 19,29%.

2. Vigesimoprimeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés

El 7 de octubre de 2011 se firmó por la Institución de 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 Aragón, el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón) y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigesimoprimeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», con el siguiente programa de ponencias:

— Día 8 de noviembre de 2011 en Zaragoza: *La Mediación Familiar en Aragón,* por D.ª Mª Rosa Gutiérrez Sanz, D.ª Begoña Castilla Cartiel y D.ª Carmen Lahoz Pomar.

— Día 15 de noviembre de 2011 en Zaragoza: *El Código del Derecho Foral de Aragón y sus Disposiciones Transitorias,* por D. Adolfo Calatayud Sierra y D. José Antonio Serrano García.

— Día 22 de noviembre de 2011 en Zaragoza: *Régimen de Luces y Vistas en Aragón,* por D. Juan Ignacio Medrano Sánchez, D. David Arbués Aísa y D. José Luis Argudo Périz.

— Día 29 de noviembre de 2011 en Teruel: *Régimen Jurídico de las Sociedades Públicas Autonómicas,* por D.ª Reyes Palá Laguna, D.ª Elena Marcén Maza y D. Alfonso Peña Ochoa.

Las Actas con el contenido de dichas Ponencias se encuentran ya editadas.

3. Becas para el Estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés

En 2011, 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 D. Adrián Langa Muela, que ha elaborado el estudio *«Custodia compartida en Aragón»*.

4. Publicaciones sobre Derecho Aragonés en el año 2011

- Actas de los Vigésimos 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 2010, sobre los temas siguientes: «*Enajenación de bienes de entidades locales», «El Derecho de Abolorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial», «La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar»,* y *«Cooperativas de viviendas»*.
- *«La casación foral aragonesa»,* cuyo director es Ángel Bonet Navarro.
- *«Guía para la eliminación de sujeciones físicas y químicas en centros de atención sociosanitaria y domicilios»,* basada en la Norma Libera-Ger de la Fundación Cuidados Dignos.
- Nº 15 de Informes y Estudios, *«Informe sobre las necesidades asistenciales de población con alto riesgo de delincuencia en Aragón. Problemas y alternativas en el cumplimiento penitenciario»*.
- Nº 47 de la colección del Justicia, *«El estatuto Jurídico de los aragoneses en el extranjero»,* cuyo autor es José Manuel Paz Agüeras.
- Nº 48 de la colección del Justicia, *«Estatuto Jurídico de las lenguas propias de Aragón. La Ley 10/2009, de 22 de diciembre»***,** cuyos autores son José Ignacio López Susín y José Luis Soro Domingo.

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. Cursos en la Universidad de la Experiencia

Desde el curso 2001-2002, en el 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 undécimo 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; si bien en este curso la crisis económica se ha dejado notar y tan sólo se ha podido impartir un curso de los tres que hemos venido impartiendo a lo largo de más de un decenio.

En este curso 2012-2013 se ha mantenido el curso denominado *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, en la Sesión de clausura, el Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente, Justicia de Aragón, institución que, además, colabora en la financiación del mismo. El curso ha tenido matriculados a 150 alumnos.

2. XXIII edición del curso de Derecho aragonés de la *«Cátedra Lacruz Berdejo»*

El curso de Derecho aragonés, que se organiza e imparte por la Escuela de Práctica Jurídica, nació en virtud del Convenio firmado por aquélla con la Diputación General de Aragón en 27 de junio de 1990.

Mediante dicho Convenio se dio cumplimiento al Decreto 65/1990, de 8 de mayo, que 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.

Desde 1990, han tenido lugar sucesivas ediciones del Curso de Derecho Aragonés, surgido de manera que en este curso 2012-2013 llegaremos a su XXIII edición.

En su desarrollo, además del Director (Antonio Embid Irujo) y los Responsables de las Áreas (Jesús Delgado Echeverría, Manuel Contreras Casado e Ismael Jímenez Compairez) correspondientes, han intervenido profesores de reconocida competencia de la Universidad de Zaragoza y de otras Universidades.

Cada año, el curso cuenta con una treintena de alumnos, sin que, a pesar de las sucesivas ediciones haya bajado el número de alumnos.

3. IV Curso de Derecho aragonés en línea para jueces y magistrados

A iniciativa del Consejo General del Poder Judicial se desarrollará este año, desde el 18 de febrero al 21 de julio de 2013, sin interrupción, el *IV Curso en línea para Jueces y Magistrados*. Se han matriculado treinta jueces y magistrados, número máximo de alumnos que admite el sistema. Colaboran en su financiación la Universidad de Zaragoza, la DGA y el Justicia de Aragón.

El curso dirigido por el maestro Delgado y coordinado por el profesor Sánchez-Rubio cuenta entre su profesorado con Magistrados (Excmo. Sr. Don Fernando Zubiriri Salinas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y

el Ilmo Sr. D. Mauricio Murillo García-Atance, Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza) y profesores de la Universidad de Zaragoza, Dres. D. Jesús Delgado Echeverría y Dª María Angeles Parra Lucán, catedráticos de Derecho civil, Dres. D. José Antonio Serrano García y Dª Carmen Bayod López, acreditados como catedráticos de Universidad, Dres. D. Alfredo Sánchez-Rubio García, Dª Elena Bellod Fernández de Palencia, Dª María Martínez Martínez, D. José Luis Argudo Périz, Profesores Titulares de Derecho civil y Dra. Dª Aurora López Azcona, Profesora Colaboradora de Derecho civil, acreditada como PTU.

4. Otros Cursos y actividades sobre Derecho civil aragonés y Derechos civiles territoriales españoles

A) Undécima Jornada sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco: «Veinte Años de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco»

El 28 de noviembre de 2012 tuvo lugar la XI Jornada Práctica sobre Derecho Civil Foral del País Vasco que organizan conjuntamente la Academia Vasca del Derecho y el Grupo de estudios de Derecho Civil Foral del Colegio de Abogados de Bizkaia en la sede de dicho colegio en Bilbao.

En ella intervino el profesor Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, que abordó el tema «La situación actual de los Derechos civiles forales y especiales en España: líneas generales».

Intervinieron también Don Juan José Alvarez Rubio, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad del País Vasco («Conflictos de leyes en el Derecho civil vasco y su nueva regulacion»); Doña Tatiana González San Sebastián, letrada y miembro del Grupo de Estudios de Derecho Civil Foral Vasco y de la Academia Vasca del Derecho («La testamentifaccion en la propuesta de Ley civil vasca»); Don Andrés Urrutia Badiola, notario, vicepresidente de la Academia Vasca del Derecho, profesor de Derecho de la Universidad de Deusto («Sucesión y legítima en la Ley civil vasca»).

En las Jornadas se contó también con una *laudatio* a los integrantes de la Comisión redactora de la ley 3/92, que estuvo a cargo de Don Santiago Larrazábal, profesor de la Universidad de Deusto y miembro de la Academia Vasca del Derecho.

Intervinieron también como comunicantes, Doña Miren Larrabeiti, licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto y oficial de notaría que habló de «Pactos sucesorios»; Don José Miguel Gorostiza, letrado en ejercicio, y miembro del Grupo de Derecho Civil Foral del País Vasco del Colegio de Abogados y de la Academia Vasca del Derecho intervino sobre la figura de la «Troncalidad en la propuesta de la Ley civil vasca» y, por último, Don Jesús Fernández Bilbao, letrado en ejercicio y miembro del Grupo de Estudios de Derecho civil Foral del País Vasco del Colegio de Abogados y de la Academia Vasca del Derecho se refirió al «Régimen económico matrimonial en la propuesta de Ley Civil Vasca».

B) Jornada de Conflicto *Legum*. Derecho de Sucesiones en Europa. Libertad de Disposición, Pactos Sucesorios y Unificación Conflictual

En la Universidad de Santiago de Compostela, el pasado 9 de noviembre de 2012, tuvo lugar una Jornada sobre «Conflicto Legum. Derecho de sucesiones en Europa. Libertad de disposición, pactos sucesorios y unificación conflictual» que estuvo dirigida por Mari Paz García Rubio, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

En ella intervino el maestro Delgado con la ponencia «Pactos sucesorios: ¿para (hacer) qué?

La Jornada contó también con las intervenciones de diversos profesores y profesionales, a saber: Antoni Vaquer Aloy, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida, («Nuevas orientaciones del Derecho de sucesiones); Eva Lein. Herbert Smith Freehills Señor Research Felow, BIICL. («El nuevo reglamento sobre sucesiones. Visión general y problemas seleccionados»); Inmaculada Espiñeira Soto, Notario de Santiago de Compostela («Práctica Notarial: Reglamento Europeo de Sucesiones»); Isabel Rodríguel Uría-Suarez, Contratada de Investigación en la USC («Sucesiones internacionales, pactos sucesorios y elección de la ley aplicable»); Santiago Álvarez González, catedrático de Derecho Internacional Privado de la USC («El alcance de la libertad de disposición en Reglamento sobre sucesiones y testamentos»); Albert Font Segura, profesor Titular de la Universidad Pompeu i Fabra («El sistema a prueba: la sucesión hereditaria de un ciudadano británico en España»).

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

IV. OBRAS GENERALES, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

3. Manuales y obras generales de Derecho aragonés

Delgado Echeverría, Jesús (Director; M. A. Parra, Coordinadora): *Manual de Derecho Civil Aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª edición, El Justicia de Aragón, con la colaboración de Ibercaja, Zaragoza, 2012, 735 pp.

La cuarta edición del *Manual de Derecho civil aragonés* es una puesta al día de las ediciones anteriores (la primera es de 2006) que viene a adaptarlo a la nueva numeración de los artículos en el Código del Derecho Foral de Aragón, refleja también sus aclaraciones, e incorpora y estudia las reformas de 2010 en materia de efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, con repercusiones también en las parejas estables no casadas, y en materia de Derecho patrimonial. Los autores son los mismos de ediciones anteriores.

Parra Lucán, Mª Ángeles: «La familia en el Derecho civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de la Familia* (dirs. Mariano Izquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas), vol. VII: *La familia en los distintos Derechos forales*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, pp. 759-989.

Exposición de conjunto, a lo largo de 230 pp., de todo el Derecho de familia aragonés vigente en la actualidad. La estructura de la exposición sigue el siguiente orden: I. El Derecho de familia aragonés; II. Autoridad familiar; III. Instituciones tutelares; IV. Junta de Parientes; V. El matrimonio; VI. Parejas estables no casadas.

Serrano García, José Antonio y Bayod López, María del Carmen: *Guiones para el estudio del Derecho de Familia y Sucesiones en Aragón*. Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, 284 pp.

Obra pensada como material didáctico para facilitar la enseñanza y el aprendizaje de la asignatura de «Derecho de Familia y Sucesiones» en Aragón, es decir, en la Facultad de Derecho de Zaragoza, de la que sus autores son profesores, y su coordinación con la asignatura de «Derecho civil aragonés». Las cuestiones más específicas del Derecho civil aragonés (Junta de parientes, economía del matrimonio, viudedad, pactos sucesorios, testamento mancomunado, fiducia

sucesoria, legítima y sucesión troncal) se reservan para esta otra asignatura, pero el resto del Derecho de familia y sucesiones aplicable en Aragón se expone en estos Guiones dando preferencia a las normas aragonesas sobre las del Derecho supletorio y completando el sistema con el Derecho estatal.

5. Panorámicas

Derecho civil foral aragonés. Guía didáctica. Edita el Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia. Coordinación: Dirección General de Desarrollo Estatutario. Concepto y textos: Faetón, servicios educativos. Rubén Gonzalo, Luis Rodríguez. Texto revisado: Mª del Carmen Bayod López. Diseño gráfico e ilustraciones: Rut Fau. Imprime: ARPIrelieve, S.A. D.L.: Z-4272/2011, 60 pp.

Guía didáctica para escolares, con ilustraciones gráficas y ejemplos, dedicada a exponer de manera sencilla las principales figuras del Derecho civil aragonés.

6. Revistas

Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, 319 pp.

Las ponencias de estos XXI Encuentros, que ahora publican las Actas, son las siguientes: I. *La mediación familiar en Aragón*: Rosa Gutiérrez Sanz (ponente), Begoña Castilla Cartiel y Carmen Lahoz Pomar (coponentes); II. *El Código del Derecho Foral de Aragón y sus disposiciones transitorias*: José Antonio Serrano García y Adolfo Calatayud Sierra (ponentes); III. *Régimen de luces y vistas en Aragón*: Juan Ignacio Medrano Sánchez (ponente), David Arbués Aísa y José Luis Argudo Périz (coponentes); IV. *Régimen jurídico de las sociedades públicas autonómicas*: Reyes Palá Laguna (ponente), Elena Marcén Maza y Alfonso Peña Ochoa (coponentes).

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*

Ballester i Muñoz, Santiago: «La Comisión de Codificación de Catalunya, una referencia autonómica y europea en materia de Derecho Privado», en *La Notaría*, núm. 3, 2011, pp. 6-7.

Domínguez Calatayud, Vicente: «La competencia legislativa civil de la Generalitat», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 87, núm. 727, 2011, pp. 2505-2537.

Defensa de la competencia de la Generalidad Valenciana para legislar en materia de Derecho civil valenciano. Análisis de las distintas posturas y posicio-

nes doctrinales. También se analiza el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de régimen económico matrimonial valenciana de 2007.

1.6. *Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil*

Álvarez González, Santiago: «El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», en *Diario La Ley*, núm. 7891, 2012.

El presente trabajo analiza las líneas más sobresalientes del reciente Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, constituyendo, desde el punto de vista de su contenido, uno de los instrumentos más ambiciosos elaborados por la Comunidad Europea en materia de cooperación civil transfronteriza.

Font i Segura, Albert (ed.): *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*. Ed. Atelier, Barcelona, 2011, 160 pp.

Los retos que tiene planteados en la actualidad cualquiera de los Derechos civiles españoles –especialmente los Derechos civiles autonómicos, pero no sólo éstos– en el marco plurilegislativo español y europeo, constituyen el objeto de este trabajo. Si es cierto que el análisis se centra en la aplicación del Derecho civil catalán en este contexto, no lo es menos que las consideraciones y conclusiones vertidas en este estudio pueden proyectarse sobre cualquier otro Derecho civil español. En efecto, la competencia del legislador de la UE para abordar la cooperación judicial en materia civil con el fin de preservar un espacio de libertad, seguridad y justicia, está desplazando la competencia estatal en este ámbito, de forma que la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio viene establecido no tanto por normas estatales como por Reglamentos europeos. Este desplazamiento competencial provoca una dualidad de sistemas, el sistema interregional, por una parte, y el internacional, por otra, que altera el equilibrio sobre el cual se constituía la regulación estatal. Así, el Derecho civil catalán ve mediatizada su aplicación a supuestos heterogéneos por parte de un legislador distinto -el español y el europeo- en función del marco en que se produzca el conflicto de leyes. Los autores que han colaborado en la obra presentan distintas reflexiones y perspectivas para extraer las oportunas consecuencias del cambio al que estamos asistiendo.

Heredia Cervantes, Iván: «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7933, 2012.

El presente Reglamento tiene como objetivo el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. Se considera que en el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión, por lo que es preciso garantizar de manera eficaz los dere-

chos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia. Con tal finalidad reúne las disposiciones sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales, así como sobre la creación de un certificado sucesorio europeo.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Ley aplicable a la sucesión «mortis causa» en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo», en *Diario La Ley*, núm. 7929, 2012.

En este artículo se analiza el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La importancia de esta nueva regulación resulta de un hecho que las Instituciones de la Unión tienen por probado: la libre circulación de personas en la UE resulta entorpecida como consecuencia de los obstáculos que sufren cuando desean ordenar su sucesión «mortis causa» y también como efecto de los problemas que previsiblemente padecerán sus herederos cuando en la sucesión haya personas llamadas a la herencia de diferente nacionalidad, y/o bienes que se encuentren en diversos Estados miembros.

ZABALO ESCUDERO, María Elena: «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos», en *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.

La Ponencia tiene como objetivo valorar el impacto de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones entre particulares, localizadas en el escenario interno del Ordenamiento español, configurado, en el ámbito del Derecho privado, por una pluralidad de legislaciones en materia civil. Como consecuencia de tal pluralismo, se genera una particular tipología de conflictos de leyes, los conflictos de leyes internos, derivados de la existencia de relaciones jurídico-privadas heterogéneas internas. Se destacan las insuficiencias y carencias del vigente sistema de solución, y se analiza la función que desempeña la autonomía de la voluntad, primero, manifestada a través de los cambios de vecindad civil, con su consiguiente incidencia en el derecho aplicable, y segundo, como expresión de autonomía conflictual, posibilitando la elección de ley en la ordenación familiar y sucesoria. Resumen de la Ponencia presentada en la Sexta Sesión del 11º Congreso Notarial Español (Bilbao 11-13 de marzo de 2012).

4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas

4.2. *Textos legales*

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Código del Derecho Foral de Aragón*. Editan: Gobierno de Aragón, El Justicia de Aragón y el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, Zaragoza, 2011, 516 pp. ISBN: 978-84-8380-274-8.

En esta edición se publica, en primer lugar, el Decreto Legislativo que aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y, a continuación, el *Código del Derecho Foral de Aragón*, que es el nombre o título dado a dicho Texto Refundido por la disposición final primera de la Ley 8/2010 que autorizó la refundición.

Este número de la colección de Textos Legales se completa con un anexo que incluye la Ley de casación foral, la Ley de Mediación Familiar de Aragón, el texto derogado de la Compilación y una relación de las normas que han introducido modificaciones en el Derecho Civil de Aragón desde 1978. En nota a pie de página se facilita la redacción original, y las sucesivas en su caso, de aquellos artículos de la Compilación y de las Leyes refundidas que habían sido objeto de alguna modificación antes de su derogación.

La edición se cierra con un completo índice analítico del Código del Derecho Foral de Aragón.

4.3. *Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil*

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón de 2011», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 175-227.

Interesante trabajo sobre la reciente evolución del Derecho civil aragonés desde la Compilación de 1967 al Código de 2011. Sobre el Código, se analizan su estructura y algunos aspectos formales y se señalan algunos rasgos del Derecho aragonés vigente. La aprobación del Código del Derecho Foral de Aragón se pone en relación con la evolución del Derecho civil en España, tanto en las Comunidades con Derecho civil propio como, con mucha menor intensidad, por el Estado.

MOREU BALLONGA, José Luis: «La expansiva reforma legal (1999-2011) del Derecho civil aragonés y la reforma estatutaria aragonesa de 2007», en *Ius Fugit*, 16, 2009-2010, pp. 119-143.

En el primero de los puntos tratados, el autor recuerda su valoración crítica de la expansiva reforma legislativa del Derecho civil aragonés iniciada en 1996, así como su visión del problema de las fuentes del Derecho civil aragonés. El breve apartado 2 lo dedica al marco constitucional, los llamados «Derechos históricos» y la «tercera reforma» de los Estatutos de Autonomía. En el punto tercero y último expone las invocaciones históricas y las «nuevas» reglas de la «nacionalidad histórica» de la reforma estatutaria aragonesa realizada por la Ley 5/2007, para seguidamente hacer unas reflexiones sobre su valor.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», en VV.AA.: *¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Coordinadora: Laura Gázquez Serrano. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2011, pp. 27 a 90.

Estudio ya publicado antes y reseñado en otro número de la Revista.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, pp. 1497-1549.

Los Libros III, *Derecho de bienes*, y IV, *Derecho de obligaciones*, de la *Compilación del Derecho civil de Aragón* han sido derogados y sustituidos por el articulado de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de *Derecho civil patrimonial* que, a su vez, ha sido refundido en el Libro IV del *Código del Derecho Foral de Aragón*, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Esta ha sido la cuarta y última reforma del Derecho compilado, con ella termina el proceso de reformulación legislativa iniciado en 1999, y de ella proviene la autorización que ha permitido refundir en un Código todas las Leyes civiles aragonesas, incluido el Título preliminar de la Compilación, única parte de ella que seguía en vigor. La trascendencia de la reforma se comprende mejor con unos apuntes sobre la evolución histórica de los Derechos de bienes y de obligaciones en Aragón. Además el trabajo da cuenta pormenorizada de la preparación, en fase técnica, por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, de la tramitación parlamentaria y del contenido y sistemática de la nueva regulación, para terminar resaltando en los apartados finales las principales novedades introducidas en cada uno de sus cuatro Títulos: relaciones de vecindad, servidumbres, derecho de abolorio o de la saca y contratos sobre ganadería.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «El Código del Derecho Foral de Aragón», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 69-117.

En 2011 hemos pasado de una compilación a un código, la denominación del nuevo cuerpo legal no es la cuestión más importante, lo importante es que es fruto del ejercicio de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil. Es un Código del Derecho civil de Aragón, que las Cortes han preferido llamar Código del Derecho Foral de Aragón, pero no es un código civil completo y exhaustivo. El Código es fruto, en gran medida, de la política legislativa y de los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, pero refunde también, junto al Título Preliminar de la Compilación y las cuatro leyes preparadas por dicha Comisión, dos leyes fruto de proposiciones de ley. La estructura y contenido del Código se aprecia en su índice sistemático, así como en su completo preámbulo.

En la segunda parte del estudio se da cuenta de cómo se ha hecho la regularización y armonización de los textos legales refundidos, así como de las aclaraciones que se ha considerado oportuno introducir en algunos preceptos al hacer la refundición.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Elaboración y significado del Código del Derecho Foral de Aragón», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, S.L., Madrid, 2012, pp. 277-300 (de las pruebas).

El texto de esta colaboración coincide con la primera parte del estudio sobre «El Código del Derecho Foral de Aragón», publicado en las *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, recién reseñado.

6. Persona y familia

6.1. *En general*

Arnau Raventós, Lídia: «Sentencia TS de 21 de septiembre de 2011. Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 2012, pp. 413-436.

Cámara Lapuente, Sergio: «*Trust* y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación», en *Diario La Ley* núm. 7675, de 18 de julio de 2011, pp. 3-5.

Explorar las posibilidades de los *trusts* más allá de la empresa familiar y de las fiducias sucesorias, y como alternativa a mecanismos al uso, tales como las liberalidades directas, la constitución de personas jurídicas o el empleo de fórmulas societarias como instrumentos de transmisión de bienes, es el objeto de este trabajo que constituyó la ponencia de su autor en el 11º Congreso Notarial.

Capilla Roncero, Francisco: «Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado», en *Diario La Ley* núm. 7675, de 18 de julio de 2011, pp. 5-7.

Autonomía privada y ámbito personal se traducen en «autonomía personal», que ha asumido una enorme y cada vez mayor importancia también en el seno de las relaciones privadas. La reconstrucción del sistema jurídico, fragmentario y disperso, así como la necesidad de modificar sustancialmente el régimen existente, son objetivos que precisan de detenida elaboración, como se indica en este trabajo que constituyó la ponencia de su autor en el 11º Congreso Notarial.

Castilla Cartiel, Begoña: «La mediación familiar en Aragón», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 45-52.

La autora de estas breves líneas es abogada-mediadora y nos da su visión del profesional que se dedica a la mediación. El éxito de la mediación depende del mediador y su habilidad para generar la confianza y seguridad sufiente que permita llegar al acuerdo. Además del conocimiento de las técnicas rutinarias, el mediador debe acompañarlas de una actitud abierta y empática, con capacidad para responder a situaciones imprevistas y atender de la mejor manera posible las necesidades de las personas en cada momento, sobre todo, en momentos de tensión.

Gutiérrez Sanz, Rosa: «La Ley de mediación familiar aragonesa», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 7-44.

La mediación familiar se ha convertido en las últimas décadas en la apuesta del legislador para resolver situaciones conflictivas tan complejas como habitua-

les. Mejor que fórmula de resolución de conflictos se trata de un método de gestión positiva del conflicto familiar. Estamos ante una ley que nace con la vocación de ser un instrumento para rebajar la intensidad de los conflictos familiares. En la exposición la autora perfila el concepto y el objeto de la mediación familiar en la nueva Ley, el estatuto del mediador familiar y el procedimiento de desarrollo de la mediación familiar.

LAHOZ POMAR, Carmen: «La mediación familiar en Aragón: competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en la materia», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 53-66.

La Ley de mediación familiar en Aragón se ampara en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de acción social dirigida a la protección de la familia, así como de la competencia exclusiva en la gestión de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de la labor jurisdiccional, pero sin afectar a la regulación sustancial de materias propias del Derecho civil de familia. La Ley tiene un ámbito de aplicación territorial y no personal. El capítulo IV está dedicado a las compentencias y organización administrativa y configura la mediación familiar como un servicio social público dependiente de la Administración de la Comunidad Autónoma, a la que le otorga una responsabilidad principal en la materia, y permite distinguir entre la mediación extrajudicial y la mediación intrajudicial. La materia de la mediación familiar está adscrita a dos Departamentos distintos: Sanidad, Bienestar Social y Familia o Presidencia y Justicia. En el primero de los Departamentos existe el Servicio de Mediación Familiar del que nos aporta datos estadísticos evolutivos.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Los derechos de las personas en el nuevo Registro Civil», en *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 261-310.

MAGRO SERVER, Vicente: «La extinción de la pensión compensatoria por la razón de "vivir maritalmente con otra persona", la receptora de la misma», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2012.

Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2012 que viene a fijar el marco interpretativo acerca de lo que debe entenderse por la causa de la extinción de la pensión compensatoria del art. 101 Cc en torno al hecho o circunstancia de «vivir maritalmente» con otra persona quien está recibiendo la misma. Consideraciones acerca de cuándo se entiende desaparecido el concepto de necesidad y el desequilibrio económico determinante del establecimiento de la pensión.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *Diario La Ley* núm. 7675, de 18 de julio de 2011, pp. 11-12.

El Derecho de familia es un ámbito en el que las cosas están cambiando muy rápidamente. La autora de este trabajo, que constituyó su ponencia en el 11º Congreso Notarial, nos habla de la «privatización del Derecho de familia», de los

cambios y transformaciones producidos en él, pero también de los límites a la autonomía de la voluntad, para terminar preguntándose por la autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª Eugenia: *Las obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*. Ed. Tecnos, Madrid, 2012, 90 pp.

Esta obra ofrece una valoración conjunta de las consecuencias económicas de la separación o el divorcio. Cómo pueden combinarse las medidas judiciales o convencionales que han de aplicarse a la crisis matrimonial es tema de interés, tanto en el ámbito teórico como en el de la práctica de los profesionales que han de decidirlas. Una adecuada distinción entre las esferas externa e interna de las relaciones conyugales, junto con ciertos postulados básicos del Derecho de obligaciones y determinadas pautas sobre la sociedad de gananciales, permite una consideración global de la atribución del uso de la vivienda familiar, el pago del préstamo hipotecario y el pago de las pensiones, alimenticia y compensatoria.

TENA PIAZUELO, Isaac: «Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba», *Diario La Ley*, núm. 7626, Sección Doctrina, 10 Mayo, 2011.

En tanto el legislador nacional trataba de cumplir el propósito de elaborar una ley de mediación, contenido en una de las Disposiciones finales de la Ley 15/2005, las Comunidades Autónomas seguían aprobando las propias. A finales de marzo lo hizo la aragonesa, con cuya Ley de Mediación Familiar ya son doce las elaboradas en los derechos territoriales. A la Ley aragonesa se dedica este breve estudio.

6.2. *Edad*

SANTOS MORÓN, María José: «Menores y derechos de la personalidad: La autonomía del menor», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 63-93.

En los últimos años ha suscitado un especial interés en la doctrina la cuestión del ejercicio por parte del menor de sus derechos de la personalidad, interés que se ha visto incrementado por la publicación de la Ley 41/2002 que consagra la posibilidad de los menores de prestar el consentimiento al tratamiento médico. Este trabajo pretende exponer de manera sucinta las tendencias doctrinales y jurisprudenciales actualmente existentes en este ámbito, revisando algunas opiniones contradictorias y poniendo de manifiesto ciertas situaciones escasamente coherentes.

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

BELTRÁ CABELLO, Carlos: «Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio», en *Diario La Ley*, núm. 7962, 2012.

Múltiples son las ocasiones en las que las crisis matrimoniales generan consecuencias para terceros ajenos al vínculo directo del matrimonio, es decir, que afectan a personas diferentes de los hijos o de los propios cónyuges, en este trabajo concretamente se analiza algunos de los referidos al uso de la vivienda.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados: a propósito del artículo 93.2 del Código Civil», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 88, núm. 731, 2012, pp. 1568-1612.

Análisis del régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad en el Código civil, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales.

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles: «Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón», *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, pp. 19 a 33.

La configuración en el Código del Derecho Foral de Aragón del régimen de guarda y custodia compartida de los hijos/as comunes menores de edad frente al régimen de guarda y custodia exclusiva o monoparental como regla general, como régimen legal preferente, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, no implica que su adopción por el órgano judicial se realice de manera automática como solución válida para todos los casos, si uno de los progenitores se opone peticionando la custodia individual para sí, sino que se impone una adecuada ponderación y justificación por el órgano judicial de las circunstancias concurrentes, en particular, de los factores consignados expresamente en el texto legal, atendiendo siempre al beneficio e interés de los hijos e hijas comunes menores de edad, principio inspirador de la normativa, atribuyéndole en dicha actividad valorativa una amplia facultad discrecional y atendiendo, de modo primordial, al plan de relaciones familiares que cada uno de los progenitores ha de presentar.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Abuelos, parientes y allegados», en *Actualidad Civil*, núm. 19-20, 2012.

Desde hace tiempo se está hablando sobre la conveniencia o no de que se regule a nivel nacional la figura de la custodia compartida, como medida preferente frente a la custodia exclusiva o monoparental que se viene otorgando en los juzgados. Es más, el Sr. Gallardón, actual Ministro de Justicia, se ha comprometido a realizar una ley de ámbito nacional al respecto, al igual que se ha hecho con mayor o menor acierto en las comunidades autónomas de Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra.

DUPLÁ MARÍN, Teresa: «Hacia un nuevo modelo de filiación, de hecho, en las familias reconstituidas o ensambladas», en *Civitas et Iustitia. Facoltà di Diritto Civile*. Atti del XIII Colloquio Giuridico Internazionale *La filiazione nella cultura giuridica europea* (Roma, 23-24 Aprile 2008), 08/VI/2, Alternan University Press, pp. 219-236.

El trabajo consta de dos apartados: 1. Las familias reconstituidas o ensambladas: estructura interna y relaciones entre sus miembros; 2. Breve apunte sobre la experiencia jurídica española. Hay abundantes referencias al Derecho civil aragonés: Apéndice, Compilación y Ley de Derecho de la persona.

DUPLÁ MARÍN, María Teresa: «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2º del Código Civil de Cataluña», en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 111, núm. 3, 2012, pp. 601-619.

FERNÁNDEZ HORTAL, Alicia: «¿Pueden los tests determinar la idoneidad de los progenitores en el tema de la guarda y custodia de los hijos?», en *Diario La Ley*, núm. 7947, 2012.

Se analiza hasta qué punto los tests psicológicos pueden determinar la idoneidad de los progenitores en cuanto a la guarda y custodia de sus hijos.

LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «El derecho de uso "ex" artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 88, núm. 729, 2012, pp. 111-136.

Estudio de una profesora de Derecho civil referido al Cc pero que puede ser de utilidad también para el Derecho civil aragonés.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Sentencia TS de 14 de junio de 2011. Alimentos para hijos menores. Devengo de la prestación cuando se reclaman en proceso judicial por ruptura de relaciones entre progenitores. Aplicación del artículo 148.1 del Código Civil», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 2012, pp. 153-172.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 27-42.

MATEO Y VILLA, Íñigo: «Estatuto del cónyuge del progenitor. Legislación europea», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 52, 2011, pp. 81-94.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Sentencia TS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 2012, pp. 463-476.

MORENO VELASCO, Víctor: «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012.

El presente artículo analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores, poniendo de manifiesto la posibilidad de realizar una interpretación del art. 96 del Código Civil, adecuado y coherente con la actual realidad social. De esta forma se exponen las contradicciones en las que, a juicio del autor, incurre la Sala 1.ª del Tribunal Supremo al impedir la limitación temporal del uso de la vivienda, en estos casos.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 54, 2012, pp. 23-56.

PINTÓ ANDRADE, Cristóbal: «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad. Actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», en *Actualidad Civil*, núm. 21-22, 2012.

Uno de los problemas a resolver en los casos de crisis matrimonial es el de determinar cuál de los progenitores ha de continuar en el uso de la misma cuando, existiendo hijos menores de edad en el matrimonio, los progenitores no han llegado a un acuerdo al respecto o éste no ha sido aprobado por el Juez. En tales casos, es la autoridad judicial la que ha de decidir sobre esta cuestión conforme a los criterios que le brinda el Art. 96.1 CC. Sin embargo, resultan de gran transcendencia los problemas que plantea en relación al posible carácter automático o no de la atribución de manera temporal.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», en *Actualidad civil*, núm. 15, 2011.

Nuestra Constitución proclama la igualdad de los hijos con independencia de su filiación –arts. 14 y 39.2 de la CE–, al mismo tiempo que establece el deber de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda» –art. 39.3 de la CE–. Por otro lado, siguiendo el art. 154 del Cc, los padres deben prestar alimentos a los hijos que se encuentran bajo su patria potestad. Estos alimentos no son distintos de los contemplados en el art. 142 del Cc, pues la obligación de los padres de alimentar a los hijos no deriva de la patria potestad, sino de la relación paterno-filial.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7956, 2012.

La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en el marco del proceso matrimonial de crisis de sus progenitores es, sin duda, uno de los temas que plantea y generan muchos conflictos en el seno del Derecho de Familia, ya que hay que compatibilizar la necesidad de la práctica de esta prueba con los derechos fundamentales de los menores, derechos que ostentan aunque aún no

gocen de la mayoría de edad, y cuyo respeto ha de ser garantizado en orden a la protección y salvaguarda de su interés.

SANTOS MARTÍNEZ, Albert M.: «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, 2012.

El presente artículo tiene como objeto estudiar los efectos que la crisis matrimonial provoca en la vivienda familiar arrendada. En concreto se examina la situación en la que queda el arrendamiento cuando, como consecuencia de la atribución judicial, el usuario de la vivienda es el cónyuge que no es titular del contrato. El análisis también se realiza desde la perspectiva procesal a fin de determinar la afectación de los procesos arrendaticios frente al usuario de la vivienda. Por último, se sugieren pautas que permitan la intervención del usuario en el proceso arrendaticio para defender su derecho y la aplicación de estos efectos a los supuestos de crisis de parejas de hecho.

SANZ ACOSTA, Luis: «División material y adjudicación de la vivienda familiar en proceso matrimonial, al amparo del art. 96 del Código Civil. Análisis de la STS de 30 de abril de 2012», en *Actualidad civil*, núm. 15-16, 2012.

STS de 30 de abril de 2012 (Pte. Sra. Roca Trías), SAP Málaga, Sección 6.ª, de 28 de septiembre de 2010 (Pte. Sra. Jurado Rodríguez).

TENA PIAZUELO, Isaac: «Crisis de pareja, mediación familiar y reconciliación. Reseña de una oportunidad perdida», en *Actualidad civil*, núm. 13-14, 2012.

Las crisis de pareja no resultan un fenómeno nuevo, pero sí caracterizan especialmente las relaciones familiares en la actualidad, amenazando su permanencia. De tal modo que el Derecho no ha sido indiferente al extraordinario incremento que han experimentado. Entre otros medios de tratamiento, además de los judiciales, se ha utilizado históricamente el recurso a la reconciliación conyugal y, más recientemente, la gestión por la mediación familiar. Con frecuencia se considera que pueden combinarse pero, ¿realmente cabe utilizar una para conseguir la otra? Mediación y reconciliación todavía no acaban de avenirse en la práctica.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «SENTENCIA TS de 15 de octubre de 2010: Custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Falta de valoración de los dictámenes periciales. Interés superior del menor que aconseja la continuación de la medida de guarda y custodia compartida», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011, pp. 1207-1224.

6.5. *Relaciones tutelares y parentales. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores*

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 15-62.

En el presente trabajo se reflexiona sobre la indeterminación del concepto de desamparo, y su confusión con las situaciones de riesgo, las consecuencias de la atribución de la competencia a la Administración para su declaración y la relevancia que en ello adquiere la excesiva duración de los procesos, dada la naturaleza especial que los mismos tienen, todo ello pese a los intentos correctores de las diferentes reformas operadas en la materia. Partiendo de que en todo el proceso ha de prevalecer el interés superior del menor, se analizan los cauces a través de los que se articula la protección de los padres o tutores así como la posición de los denominados "padres de acogida", tratando de poner de manifiesto las posibles incongruencias del sistema en el juego de los intereses contrapuestos existentes.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Tutela automática de los menores e incapaces desamparados por entidad pública y doctrina jurisprudencial», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 87, núm. 727, 2011, pp. 2773-2790.

Comentario jurisprudencial sobre el art. 239 del Código civil.

6.6. *Régimen económico conyugal*

6.6.2. Régimen matrimonial paccionado

ANDERSON, Miriam: «SENTENCIA TS de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 88, 2012, pp. 379-406.

GINÉS CASTELLET, Nuria: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos prerruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 87, núm. 727, 2011, pp. 2577-2620.

Completa exposición y comentario de la legislación catalana sobre pactos en previsión de ruptura matrimonial: ámbito subjetivo, límites temporales, la forma del pacto, ámbito objetivo, y eficacia e ineficacia de los pactos.

6.6.3. Consorcio conyugal

CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Crisis del modelo de sociedad de gananciales: amenaza o afirmación de la igualdad de la mujer», en *Actualidad civil*, núm. 13, 2011.

En el presente trabajo se parte del reconocimiento de una situación de crisis de la sociedad de gananciales, tanto desde un punto de vista sociológico como jurídico, si bien, el régimen legal por excelencia se resiste a desaparecer. Urge, a juicio de la autora, una revisión de su configuración legal actual; sus fundamentos iniciales ya no se corresponden con una realidad sociológica muy distinta que avanza a marchas forzadas hacia nuevas formas regulatorias de las relaciones económicas de los cónyuges.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «SENTENCIA TS de 23 de septiembre de 2010: Anulabilidad de los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el marido, que era tutor de su esposa incapacitada, sin contar con la autorización judicial. Caducidad de la acción por transcurso de más de cuatro años desde que se disolvió la sociedad de gananciales por muerte del marido», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011, pp. 1139-1158.

REYES GALLUR, Juan José: «Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012, pp. 43-62.

RUBIO GIMENO, Gemma: SENTENCIA TS de 28 de marzo de 2011. Efectos del divorcio. Cargas familiares. Pago del préstamo garantizado con hipoteca. Deuda de la sociedad de gananciales», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 88, 2012, pp. 363-378.

6.8. *Viudedad*

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7840, 2012.

El usufructo universal viudal es una institución cuya utilización es muy frecuente en nuestro país, siendo empleada en gran número de testamentos, especialmente por testadores que desean que su cónyuge supérstite disfrute de la misma posición económica que, antes de morir el testador, tenía, manteniendo, de este modo, la armonía en el marco familiar.

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. *De las sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias*

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», en *Diario La Ley* núm. 7675, de 18 de julio de 2011, pp. 7-10.

La idea central de este trabajo, que constituyó la ponencia de su autor en el 11º Congreso Notarial, es que el sentido principal y más fuerte de la garantía constitucional de la herencia es la de ser una garantía de la propiedad privada prolongada en el tiempo más allá de la muerte del propietario. Se analiza también la supuesta vinculación de la propiedad a la familia.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: «Objeto y alcance de la sustitución ejemplar en el Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2012.

Tradicionalmente, el Derecho Romano y nuestro Derecho Histórico, han considerado que la sustitución ejemplar consiste en una figura por la que se autoriza al ascendiente de una persona incapacitada a designar un heredero

para éste, y evitar así la apertura de la sucesión intestada. Tras la promulgación del Código Civil, que recoge esta figura en el art. 776, de forma breve y, hasta cierto punto equívoca, un sector doctrinal ha mantenido, basándose en los antecedentes históricos, que la misma constituye una excepción al carácter personalísimo del testamento.

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «Sentencia TS de 19 de julio de 2011. Legado de parte alícuota con asignación de bien inmueble», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 2012, pp. 333-350.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «Revisión crítica y propuesta "lege ferenda" del concepto de legado de parte alícuota: cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 88, núm. 731, 2012, pp. 1660-1686.

Análisis crítico de jurisprudencia referido al Código civil pero con alusiones a los Derechos forales y en particular al aragonés.

7.2. *Sucesión testamentaria*

7.2.1. Disposiciones generales

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la STC 9/2010, de 27 de abril», en *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260.

La Sentencia comentada considera que la interpretación literal de la expresión «hijos legítimos», contenida en una cláusula testamentaria otorgada en 1927, es discriminatoria, por violación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de nacimiento en cuanto que excluye a los adoptados.

7.2.2. Testamento mancomunado

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «Consideraciones sobre el testamento mancomunado en el derecho alemán y su reflejo en los derechos civiles autonómicos: a propósito de la STS de 8 de octubre de 2010», en *Revista de derecho privado*, Año nº 95, Mes 5-6, 2011, pp. 41-62.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «SENTENCIA TS de 8 de octubre de 2010: Testamento mancomunado. Orden público», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 86, 2011, pp. 1225-1236.

7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Inci-

dencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad», en *Revista de derecho privado*, Año nº 96, Mes 4, 2012, pp. 47-79.

7.3. *Sucesión paccionada*

Álvarez González, Santiago y Rodríguez-Uría Suárez, Isabel: «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7726, 2011.

La Propuesta de Reglamento de sucesiones y testamentos contiene en su articulado una atención particular a la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios, figura cuya heterogeneidad plantea interesantes problemas de Derecho internacional privado. En el presente trabajo se analizan las soluciones proyectadas por la Propuesta europea en torno a los pactos sucesorios, con especial atención a las cuestiones que se dejan abiertas y concluyendo con una valoración general de la regulación sobre estas figuras.

7.4. *Fiducia sucesoria*

Susín Jiménez, Ignacio: «El tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa, a propósito de la Sentencia de 30 de enero de 2012 del Tribunal Supremo», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 14, abril 2012, p. 11.

Con esta Sentencia el TS rectifica y se alinea con la tesis sostenida por el TSJA en la Sentencia de 21 de abril de 2003, que anuló una liquidación practicada al amparo del art. 54.8 RISD.

8. Derecho de bienes

8.1. *Derecho de bienes en general*

Lacruz Mantecón, Miguel: *Los bienes mostrencos en Aragón (Estudio histórico y actual)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, 319 pp.

El presente libro, de magnífica factura, parte de un estudio acerca de la posibilidad o no de una competencia autonómica en materia de inmuebles mostrencos, al objeto de argumentar positivamente la asunción de la misma en las recientes leyes de patrimonio de las Comunidades autónomas y en particular de la Comunidad de Aragón. Pero el libro inicialmente pensado ha pasado a ser un estudio sobre los bienes mostrencos en Aragón porque la argumentación competencial en relación a los bienes sin dueño conocido, mostrencos o vacantes, pasa en el diseño del reconocimiento constitucional de las competencias de determinadas comunidades autónomas, las forales, por el estudio de su legislación histórica.

Así que, junto a la regulación actual de mostrencos y el asunto de la competencia para su adquisición, el autor estudia las reglas históricas atributivas de los

mostrencos, encontrando la justificación común en las regalías; en el Derecho aragonés sobre bienes vacantes, estudia, por un lado, la regulación histórica y actual sobre abintestatos, y, por otro, la legislación histórica aragonesa sobre inmuebles mostrencos.

8.2. *Relaciones de vecindad*

PARRÓN CAMBERO, María Jesús: «Relaciones de vecindad: inmisiones acústicas por el sonido de un piano: comentarios a la STS de 5 de marzo de 2012», en *Revista del poder judicial*, núm. 93, 2012, pp. 68 y ss.

8.3. *Luces y vistas*

ARBUÉS AÍSA, David: «Luces y vistas en Aragón: Relaciones de vecindad», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 191-218.

La regulación de las relaciones de vecindad, y en particular lo referente al régimen normal de luces y vistas, ha sido objeto de actualización, definiendo conceptos, aclarando supuestos que daban lugar a frecuentes pleitos y desarrollando el régimen normal de luces y vistas en el contexto de la regulación de las relaciones de vecindad. El CDFA dedica los arts. 545 a 550 a la regulación de luces y vistas como ejercicio normal de relaciones de vecindad, el régimen normal de luces y vistas supone un modo de ser la propiedad de los vecinos en Aragón. Se exponen los antecedentes históricos y se comentan las novedades introducidas en cada uno de los artículos citados.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Servidumbres de luces y vistas», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 219-244.

Completo comentario a los arts. 574 a 576 del CDFA sobre servidumbres de luces y vistas. Se exponen con detalle el significado de los voladizos sobre finca ajena como únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas en Aragón, la imposibilidad de usucapión de las servidumbres no aparentes de luces y vistas, al no ser susceptibles de posesión y ser servidumbres negativas, los efectos de la constitución de las servidumbres de vistas o su contenido, pero también su constitución «por cualquier título», en particular por usucapión, para terminar con una referencia al supuesto de la casa privada de luces.

MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «Panorama general y principios de la institución de luces y vistas en Aragón», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 143-190.

En resumen, nos dice el autor de esta magnífica ponencia, que la actual regulación mantiene los criterios de permisividad en la apertura de huecos y luces,

sin otra limitación que la exigencia de protecciones para los no distanciados y prohibición de voladizos; aclara los intereses en juego en la institución; resalta la importancia y el juego que va a desempeñar en la relación la tolerancia, principio institucional que presidirá el régimen de luces y vistas; reconoce el valor absoluto que tiene la protección de la intimidad del que soporta las luces y vistas; regula con notable brillantez las servidumbres de luces y vistas, superando las polémicas doctrinales sobre su naturaleza, para ya en fin dar una eficacia retroactiva absoluta al nuevo régimen jurídico.

0. Derecho transitorio

Calatayud Sierra, Adolfo: «Disposiciones transitorias del Código del Derecho Foral de Aragón», en *Actas de los XXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2011), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 119-140.

El Decreto Legislativo 1/2011, como tal, no tiene ninguna norma de Derecho transitorio, dado que como el texto refundido no tiene ninguna capacidad innovadora, no necesita un régimen de Derecho transitorio respecto de la sustitución que lleva a cabo de las leyes que se refunden. Sí que contiene disposiciones transitorias el Código del Derecho Foral de Aragón, son 23, ordenadas por referencia a los diversos Libros del Código. Estas disposiciones son la suma, ordenada, y tal cual, de las que tenían las leyes que se refunden, sin más variaciones que las propias de la función misma de refundir, que supone regularizar, aclarar y armonizar los textos que son objeto de refundición. Por esta razón, estas disposiciones transitorias no toman como referencia la fecha de entrada en vigor del CDFA, sino las diversas fechas de entrada en vigor de cada una de las leyes refundidas. El autor examina cada una de estas Disposiciones transitorias y profundiza sobre determinadas cuestiones que considera de interés práctico.

VI. OBRAS AUXILIARES

1. Metodología docente e investigadora

Serrano García, José Antonio y Bayod López, María del Carmen: *Cuadernillo de prácticas de Derecho de Familia y Sucesiones en Aragón.* Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, 46 pp.

Material docente para las clases prácticas de la asignatura de «Derecho de familia y sucesiones» que tiene en cuenta la incidencia del Derecho civil aragonés en las materias propias de dicha asignatura.

José Antonio Serrano García

JURISPRUDENCIA*

* 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 (2010, 2011 Y 2012)

1

NÚM. 1

S. TSJA 1/2010, de 4 de enero

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA: Desamparo: ***En la situación de desamparo derivada del «imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes» (104 LDp.) se pueden evaluar previsibles situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento del niño. La declaración del desamparo lleva de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuencias de tutela administrativa y acogimiento preadoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a separación del niño del medio familiar.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 104 LDp., 59 Ley 12/2001, 28 Decreto 198/2008.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 11/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de junio de 2009, recaída en el rollo de apelación número 800/2008 dimanante de autos de oposición a resolución administrativa numero 310/08, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña Felisa C. D., representada por el Procurador de los Tribunales don Pablo Luis Marín Nebra y dirigida por la Letrada doña Carmen Biel Ibáñez, ambos del turno de oficio, y teniendo reconocido la recurrente el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y como parte recurrida, el Ministerio Fiscal y el I.A.S.S. representado por la Letrada de la Diputación General de Aragón doña Carmen Lahoz Pomar.

[…]

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 11/2009, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Luis Marín Nebra, en nombre y representación de doña Felisa C. D., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección Segunda, de fecha de 23 de junio de 2009, sin imposición de costas.

2

NÚM. 2

S. TSJA 1/2011, de 26 de enero

51: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: Interpretación del principio*: El principio «standum est chartae» tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.*

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: DISPOSICIONES GENERALES: Interpretación de testamento*: Los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y estas. Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático. La interpretación realizada por la Audiencia está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que no puede ser revisada en casación.*

73: SUCESIÓN PACCIONADA: FIDUCIA SUCESORIA: Adquisición de los bienes objeto de fiducia por usucapión*: Nombramiento de heredero por la fiduciaria en los bienes propios del comitente. Nombramiento de heredero también en los bienes propios de la fiduciaria (bienes consorciales): nombramiento sujeto al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, si bien el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y en todo caso se ha producido la adquisición por usucapión. En cuanto a los bienes que constituían la casa o patrimonio familiar atribuido en 1909 a la primera esposa del padre del nombrado heredero, la segunda esposa de su padre no estaba facultada para nombrarle heredero también de ellos, pero como la Audiencia aprecia la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de 30 años, los adquirió por usucapión extraordinaria. Sin que el usufructo que mantuvo la segunda esposa hasta su muerte en 1985 sea obstáculo para esta usucapión. Debe estarse a los hechos que se consideraron probados en la sentencia impugnada.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 432, 1960.1ª Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.*

Capitulaciones matrimoniales de 1909 con institución de heredera universal a favor de la hija que se casa, con reserva del señorío mayor y del derecho de conceder al forastero derecho a casamiento en casa. Los contrayentes establecen la fiducia sucesoria a favor del sobreviviente de ellos y, en caso de no uso, a favor de un pariente de cada uno. La designada heredera fallece en 1918, dejando tres hijos de su matrimonio.

En 1919 el viudo se casa con la hermana de su primera mujer, otorgándose nuevas capitulaciones con intervención de los señores mayores, que conceden al bínubo el casamiento en casa y recuerdan que la casa es para los hijos del primer matrimonio según lo ordenado en 1909; los contrayentes en cuanto a sus bienes propios se conceden fiducia sucesoria. Del segundo matrimonio nacen dos hijos. En 1957 muere el bínubo y desde entonces el hijo mayor del primer matrimonio se queda en casa y trabaja el patrimonio familiar.

En 1969 la segunda esposa otorga escritura en la que instituye heredero universal de los bienes de su esposo, y de la primera esposa de éste, al hijo común de éstos que se ha quedado en casa; entre los bienes que se incluyen en la institución de herederos están las 5 fincas compradas durante el segundo matrimonio. La instituyente se reserva el usufructo de los bienes de la herencia y el instituido heredero ha de pagar a cada uno de sus cuatro hermanos las cantidades que

se fijan en pago de sus legítimas paterna y materna. La instituyente fallece en 1985 y el instituido en 2004.

En 2008 los hijos del instituido heredero interponen demanda en solicitud de sentencia que declare que ellos, en cuanto herederos de su padre, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, así como de los bienes de la que fue segunda esposa del padre de su padre. La sentencia del Juzgado desestima la demanda, mientras que la Audiencia la estima íntegramente. El TSJA desestima el recurso de casación.

En Zaragoza a veintiséis de enero de dos mil once.

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 núm. 16/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 6 de julio de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 341/2009, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 347/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huesca, en el que son partes, como recurrentes doña R L G y don F L G representados por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Borobia Lorente y dirigidos por el Letrado don Jorge Loste Herce, así como doña A y doña M L G, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Mayor Tejero y dirigidas por la Letrada doña Mª Nieves Mañas Susín, y como recurridos doña Mª F, doña F y don J F L F, representados por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigidos por el Letrado don Lorenzo Torrente Ríos.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Alvarez.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Manuel Bonilla Sauras, actuando en nombre y representación de doña F, don J F y doña Mª F L F, presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare que los actores, «en cuanto herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados H L E y F G A, así como de los bienes de F G A, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a los demandados, quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca dictó sentencia en fecha de 15 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y por ello desestimo en su integridad la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Bonilla Sauras, ostentando la representación procesal de doña F, don J F y doña Mª F L F frente a doña R, doña A y doña M L G y don F L G, por lo cual debo realizar los siguientes pronunciamientos: Primero: Declaro que no ha lugar a declarar a don A L G (y por sustitución de éste, sus tres hijos F, F y J F L F) heredero universal de los bienes de los finados don H L E, doña F G A y doña F G A. Segundo: No se realiza imposición de costas, cada parte soportará las devengadas a su instancia y las comunes por mitad».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a las partes contrarias, quienes se opusieron al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha de 6 de julio de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Estimamos el recurso de apelación formulado por los demandantes, F L F, M F L F y J F L F, contra la sentencia referida, que revocamos. En su lugar, estimamos la demanda y declaramos que los actores, en cuanto herederos de A L G, son propietarios de to-

dos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, H L E y F G A, así como de los bienes de F G A. Condenamos a los demandados, A L G, M L G, R L G y F L G, a estar y pasar por dicha declaración. Imponemos a los demandados las costas de primera instancia y no hacemos especial pronunciamiento sobre las de esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Sra. María Pilar Gracia Gracia, actuando en nombre y representación de doña R L G y don M F L G, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: Primero**:** Infracción del principio «standum est chartae». Segundo: Infracción de los artículos 48, 55, 53 y 54 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1.925, sobre la sociedad conyugal. Tercero: Infracción de los artículos 23, 25 y 34 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre el régimen económico matrimonial paccionado. Cuarto: Infracción del artículo 89 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre los modos de delación hereditaria. Quinto: Infracción de los artículos 1940, 1941, 1942, 1943, 1944 y 1959 del Código Civil, sobre la prescripción adquisitiva.

La mentada Procuradora, doña M P G G, interpuso asimismo recurso de casación en nombre y representación de doña A y doña M L G, que basó en los siguientes motivos: Primero**:** Infracción del principio «standum est chartae». Segundo: Infracción de los artículos 48, 55, 53 y 54 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1.925, sobre la sociedad conyugal. Tercero: Infracción de los artículos 23, 25 y 34 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre el régimen económico matrimonial paccionado. Cuarto: Infracción del artículo 89 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, sobre los modos de delación hereditaria. Quinto: Infracción de los artículos 1940, 1941, 1942, 1943, 1944 y 1959 del Código Civil, sobre la prescripción adquisitiva.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 8 de noviembre de 2010 auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2011.

Fundamentos de derecho

Primero: Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— Mediante escritura pública de fecha 15 de octubre de 1909, autorizada por el Notario de Huesca don Félix Marquínez bajo el núm. 423 de su protocolo, se otorgaron capitulaciones para el matrimonio concertado entre don H L E y doña F G A. Entre sus pactos, son de destacar los siguientes:

«Segundo: El contrayente don H L E llevará al matrimonio proyectado su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará dos mil pesetas en metálico que, en pago de sus legítimas paterna y materna, le asignan o señalan sus padres, don R L A y doña A E E, en unión de su hermano, el heredero de la casa, don L L E, junto con su esposa (…)».

Tercero: Del mismo modo y a igual objeto, la contrayente doña F G A llevará al matrimonio proyectado con don H L E también su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará todos los bienes muebles e inmuebles, acciones, pensiones, créditos y derechos que queden como de su pertenencia a la muerte de sus señores padres, don M G B y doña R A S, los cuales, de un modo irrevocable pero para después de la muerte de ambos, y con

las reservas, limitaciones y obligaciones que en adelante se harán constar, instituyen y nombran por universal heredera a su referida hija doña F G A. Los bienes inmuebles que constituyen o forman las herencias de los instituyentes son las fincas urbana y rústicas que a continuación se describen (sigue una relación de 21 fincas).

El nombramiento de heredero que precede, como ya se ha expresado (sigue diciendo la escritura en su pacto tercero), se hará de un modo irrevocable, pero para después de la muerte de ambos [instituyentes], reservándose entre tanto para los dos y por muerte de uno para el sobreviviente, en todos los bienes de ambas herencias y de un modo más especial en los inmuebles descritos, el señorío mayor, administración y usufructo.

Quinto: Por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión y sin testar o de algún modo de disponer, el sobreviviente queda desde ahora facultado para hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para nombrar heredero a quien considere más apto e idóneo o útil y conveniente, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca en unión, caso de discordia, del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas.

Séptimo: Don M G B y doña R A S, por muerte de su hija la heredera F G A, se reservan el derecho y facultad ambos juntos, y por muerte de uno el sobreviviente, de conceder o no casamiento al contrayente H L E en la casa y sobre los bienes de la repetida contrayente F, pero ésta no podrá hacerlo mientras vivan sus padres caso de fallecer y disponer de sus bienes, pero sí en el de haber muerto ya sus referidos padres».

— Doña F G A falleció intestada en Tabernas de Isuela el día 9 de noviembre de 1918, en estado de casada con don H L E, dejando de su matrimonio tres hijos menores, A, M y R L G, que en aquel momento contaban con 9, 7 y 4 años de edad, respectivamente.

— Viudo don H, se concertaron segundas nupcias con doña F G A, hermana de su premuerta esposa, otorgándose el 14 de octubre de 1919 nuevas capitulaciones matrimoniales ante el mismo notario de Huesca por los contrayentes, don H L E y doña F G A, y los padres de ésta, don M G B y doña R A S. De sus pactos aquí interesan los siguientes:

«Tercero: Que los comparecientes don M G B y doña R A S, haciendo uso de la facultad y derecho que al nombrar heredera a su difunta hija F se reservaron en el pacto séptimo copiado en la anterior cláusula, conceden al contrayente H L E casamiento en la casa y sobre los bienes de su primera mujer, la repetida F G A, y le autorizan para que contraiga nuevo matrimonio con su otra hija hermana de aquella, la compareciente F G A, en cuya virtud se entenderá prorrogado a favor del mismo el usufructo, caso de enviudar nuevamente, sobre todos los bienes que comprendía aquel nombramiento de heredero, y entre los que se encuentran las fincas urbanas y rústicas sitas en Tabernas y su término que a continuación se describen (sigue la misma relación de las 21 fincas reseñadas en la escritura de 1909).

Cuarto: Con arreglo a la anterior cláusula, el contrayente don H L E, cuando se extinga el usufructo que en los bienes descritos se reservaron los instituyentes y padres de su repetida esposa, don M G B y doña R A S, lo aportará al nuevo matrimonio proyectado con la compareciente F G A, aportando además como bienes propios las mismas dos mil pesetas que ya aportó entonces al primero, según consta de la repetida capitulación matrimonial.

Sexto: Como quiera que, con arreglo a lo pactado en la capitulación citada [la del año 1909] para el primer matrimonio del contrayente H L E con la finada F G A, los

hijos de estos llamados A, M y R L G son herederos de su difunta madre y, por consiguiente, dueños de la mera propiedad de los descritos, a elección del sobreviviente y en defecto de este de un pariente el más cercano de cada parte residente en la provincia de Huesca y caso de discordia del señor Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas; los contrayentes en cuanto a sus bienes propios podrán hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos y en cuanto a los del contrayente incluyendo los que ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobrevivan, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para que puedan nombrar heredero al que consideren más apto e idóneo, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca, en unión del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas todos juntos o en su mayor número.

Séptimo: (...)

Los derechos y obligaciones de los contrayentes H L E y F G A en la casa de la difunta F G A y los derechos y obligaciones también de los padres de dicha finada, don M G B y doña R A S, así como los de los hijos de la repetida finada llamados A, M y R L G se regirán y regularán en lo que al casamiento concedido al contrayente H L E se refiere por lo consignado en esta escritura y en todo lo demás a lo expresado en la capitulación para el matrimonio de aquella finada con el contrayente H L E, cual consta en la escritura al principio citado otorgada que fue por mi testimonio el quince de octubre de mil novecientos nueve, haciendo constar los repetidos don M G B y doña R A S su voluntad y deseo que si los repetidos tres nietos fallecen antes de llegar a la mayor edad o tomar estado sea heredera de todos los bienes de sus respectivas herencias y especialmente de las fincas descritas que entonces existan en primera lugar la contrayente F G A y por muerte de esta los hijos que le sobrevivan».

— De este segundo matrimonio nacieron dos hijas, llamadas M y A L G.

— Don H L E falleció, sin haber otorgado testamento, el 25 de enero de 1957. Previamente habían fallecido sus suegros, don M G B y doña R A S.

— El hijo mayor del primer matrimonio, don A L G, fue el que quedó en la casa y trabajó las tierras que constituían el patrimonio familiar.

— Doña F G A, en estado de viuda, otorgó en fecha 4 de junio de 1969 escritura pública de nombramiento de heredero autorizada por el Notario de Huesca don Francisco del Hoyo Villameriel bajo el núm. 528 de su protocolo. En ella doña F, como instituyente, y don A L G (el primero de los hijos de don H y doña F) como instituido heredero, expusieron el contenido del pacto sexto de las capitulaciones matrimoniales de 14 de octubre de 1919, y haciendo uso de la facultad allí concedida, doña F dispuso lo siguiente:

«… instituye heredero universal de los bienes de su esposo don H L E, y de la primera esposa de éste, doña F G A, al hijo común de éstos A L G, si bien con las reservas y obligaciones que luego se dirán».

«Los bienes que comprende esta institución hereditaria, consisten más especialmente en las siguientes fincas:» … (sigue una relación de 26 inmuebles. De ellos 21 pertenecían a la causante doña F G A, por herencia de sus padres, y las otras 5 fueron compradas durante el matrimonio entre don H L E y doña F G A –su segunda esposa–).

Las «reservas y condiciones de la institución» son dos: –«La instituyente, doña F G A, se reserva el usufructo de todos los bienes que comprende esta herencia». (…). –«Será obligación del instituido heredero, la de entregar en pago de sus legítimas paterna y materna a sus nombrados hermanos [la instituyente manifiesta previamente los cinco hijos habidos en los dos enlaces con-

yugales], a saber: A M [hijo del primer matrimonio], 5.000 pesetas, a R [hija también del primer matrimonio] 5.000 pesetas, a M [hija del segundo matrimonio], 30.000 pesetas, y a A [hija del también del segundo matrimonio], 25.000 pesetas».

— Doña F G A falleció el 10 de febrero de 1985, y don A L G, el 1 de abril de 2004.

— En fecha de 2 de septiembre de 2008 don J F, doña F y doña M F L F (hijos de don A L G) interpusieron demanda de juicio ordinario frente a doña R L G (hermana de doble vínculo del padre de los actores), don F L G (uno de los hijos de don M L G –fallecido en 2005–, hermano de doble vínculo de don A L G), doña A L G y doña M L G (hermanas de vínculo sencillo del padre de los actores), en la que pedían se dictase en su día sentencia por la que se declare que ellos, «en cuando herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados H L E y F G A, así como de los bienes de F G A, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales».

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca, y tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó en fecha 15 de septiembre de 2009 sentencia desestimatoria en la que se dispone «que no ha lugar a declarar a don A L G (y por sustitución de éste, a sus tres hijos F, F y J F L F) heredero universal de los bienes de los finados don H L E, doña F G A y doña F G A», debiendo cada parte soportar las costas devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

— Interpuesto recurso de apelación por los actores, los codemandados se opusieron al mismo, dictándose el 6 de julio de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que, estimando íntegramente la demanda, se declara «que los actores, en cuanto herederos de A L G, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, H L G y F G A, así como de los bienes de F G A», condenando «a los demandados, A L G, M L G, R L G y F L G a estar y pasar por dicha declaración», con imposición a éstos de las costas de la primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las de la alzada.

— Contra dicha resolución se formuló recurso de casación por doña A y doña M L G, y también por doña R L G y don F L G (unos y otros bajo su respectiva representación y dirección letrada), quienes pidieron se case la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca y se confirme la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta Ciudad.

Segundo: Según el suplico de la demanda, lo que pretenden los actores es que se declare que, en cuanto herederos de don A L G (su padre), son propietarios de los bienes que previamente pertenecieron a don H L E (su abuelo), a doña F G A (su abuela y primera esposa de don H) y a doña F G A (segunda esposa de don H y hermana de su primera mujer).

Con relación a la herencia de don H, nadie discute que doña F G A, de acuerdo con el pacto fiduciario recogido en la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 14 de octubre de 1919, estaba facultada como fiduciaria para nombrarle heredero, por lo que la escritura pública de designación de heredero otorgada el 4 de julio de 1969, ante el Notario de Huesca don Francisco del Hoyo Villameriel, es válida y eficaz respecto de los bienes de don H, tal como señala acertadamente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca.

Se aduce que no cabe la adjudicación directa a don A L G de las cinco fincas adquiridas para el consorcio conyugal de don H L E y doña F G L. A este respecto, la Audiencia Provincial de Huesca entiende acertadamente (de esta cuestión se tratará a continuación) que don A L G también fue nombrado heredero de doña F G L en la mentada escritura de 4 de julio de 1969, por lo que devino propietario único de di-

chos inmuebles, sin perjuicio del usufructo que se había reservado doña F, y si no fuese así, la consecuencia no sería la nulidad de su nombramiento como heredero de don H, sino la existencia de una situación de indivisión con doña F respecto de los bienes adquiridos por ambos cónyuges durante el matrimonio (en vez de ser titular exclusivo de las mentadas fincas), pues para nombrar heredero de bienes que forman parte del consorcio no se requiere la previa liquidación del patrimonio conyugal, operación que puede hacerse posteriormente, en cuyo momento se determinarán los bienes concretos que se adjudiquen en la división al cesar la comunidad. En consecuencia, se desestima el motivo segundo de los articulados por los recurrentes.

Tercero: En cuanto a los bienes que fueron propiedad de doña F, la sentencia objeto de recurso señala que doña F no estaba facultada para nombrarle heredero, pero entiende que don A L G y sus herederos los adquirieron a través del instituto de la usucapión extraordinaria.

La Audiencia Provincial de Huesca, tras una valoración global y conjunta de la prueba practicada, documental, testifical e interrogatorio de las partes, llegó a las siguientes apreciaciones que constan literalmente en la sentencia dictada:

— «…, el padre de los demandantes, A L G, poseyó en concepto de dueño todas las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar prevenientes de F, H y F, como resulta de los documentos unidos a los autos… y de las declaraciones emitidas en el juicio que constan en la grabación videográfica».

— «… A L G poseyó todos los bienes de la casa en concepto de dueño, no solo de un modo exclusivo, sino además excluyente o de forma única, a partir de la escritura de institución de heredero de 1969. En realidad, con esta escritura se creó la apariencia de que había cesado la pendencia de la fiducia, de manera que, desde ese momento, A comenzó a poseer en concepto de dueño…».

— «… ninguno de los interesados reclamó nada a A, al que todos en el pueblo le consideraban el heredero de la casa y el dueño del patrimonio familiar, lo que es extensible a los llamados a la herencia».

— «La primera oposición formal a la situación posesoria en concepto de dueño desde julio de 1969 se produce por los ahora cuatro demandados … casi treinta y ocho años después, en febrero de 2007, …».

— «… dos de los tres hijos [de] don M L G, su heredero, M L G, y M C L G, manifestaron, en el acto de conciliación celebrado el 26 de mayo de 2008, que nada han reclamado respecto a las herencias de H, F y F y que no piensan reclamar nada».

— «… que F ostentara el usufructo viudal sobre todas las fincas…no supone obstáculo jurídico para computar el plazo de la usucapión desde 1969 a 1985 (año en que fallece F) a favor de A, puesto que ningún inconveniente hay para usucapir la nuda propiedad y que luego el pleno dominio quede consolidado con la extinción del usufructo, en este caso, por muerte de Francisca, al menos teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos».

Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002,

13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2009, entre otras muchas).

Sentado lo anterior, es obvio que aquí debe estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria en que se basa la sentencia recurrida.

En consecuencia, como la Audiencia Provincial de Huesca aprecia la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de treinta años y los recurrentes, en puridad, pretenden se realice una nueva valoración probatoria, lo que está vedado en casación, ya que no es una tercera instancia, se llega a la conclusión de que los demandantes son dueños de las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar perteneciente a doña F, dado que su padre, don A, las adquirió por usucapión extraordinaria.

Se aduce que don A L G no empezó a poseer en concepto de dueño hasta el fallecimiento de doña F L G, quien mantuvo el usufructo hasta su muerte en 1985, mas tal postura no puede acogerse, pues «la posesión de los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona» (art. 432 del Código Civil).

Por lo tanto, cuando existe un usufructo no es el usufructuario, sino el propietario (llamado así y no nudo propietario en las normas del Código Civil sobre el usufructo –por ejemplo artículos 489, 490 y 491–), quien sigue poseyendo la cosa como titular del dominio, ya que la posesión del usufructuario, a los hipotéticos efectos de una adquisición por usucapión, lo sería del propio derecho real de usufructo, destinado por ende a extinguirse con la muerte del usufructuario y a reunirse con la propiedad en una misma persona.

Doña Francisca poseía como usufructuaria, como tenedora de la cosa en virtud de un derecho de disfrute, lo que implica reconocer que el dominio pertenecía a otra persona: el propietario (llamado nudo propietario por estar desprovisto del disfrute de la cosa), que era quien poseía la cosa mediatamente a título de dueño, y tras la escritura de institución de heredero de 1969, otorgada por doña F a favor de don A, aquélla poseía el patrimonio familiar reconociendo que la propiedad pertenecía al padre de los aquí actores, que era quien poseía como titular del dominio.

Se alega, asimismo, que la posesión de don A L finalizaría en 1995, cuando marchó a vivir a Huesca, pero el hecho de que en dicho año se trasladase a Huesca con su hija en nada afectó al señorío de hecho que la posesión supone, pues continuó teniéndolo, si bien, dada su edad, pasó a trabajar las tierras su hijo, el codemandante don J F L F, que en vida de su padre las cultivaba por encargo suyo (servidor de la posesión), y a la muerte de don A continuaron poseyendo los bienes que constituían el patrimonio familiar sus hijos, quienes, si lo precisasen –no es este el caso– podían «completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante» (art. 1960, regla 1ª, del Código Civil), debiendo señalarse,, que en la demanda se alude expresamente a esa continuidad posesoria de los hijos: «han sido mis principales y su padre don A L G quienes han poseído los bienes…», si bien los actores consideran (y los han probado) que su padre consumó la usucapión.

De lo antedicho se desprende la procedencia de desestimar también los otros cuatro motivos articulados por la representación de doña R L G y don F L G.

Cuarto: Respecto de los bienes de doña F G A, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca señala en su fundamento jurídico quinto lo siguiente:

«La escritura de nombramiento de heredero de 1969 no se refiere expresamente a los bienes de la propia F, sino solo a los de H y a los de F. Sin embargo, entendemos que la voluntad real de la fiduciaria era la de extender el nombramiento de heredero a sus propios bienes, puesto que regula la legítima de sus dos hijas y no solo la correspondiente a los hijos propios de su esposo, y, además, entre las fincas relacionadas en la escritura de 1969 se incluyen no solo las prevenientes de F, sino también otras cinco adquiridas a título oneroso constante el segundo matrimonio del que hablamos».

Ciertamente, en la escritura pública de fecha 4 de julio de 1969 no se hizo designación formal expresa de don A L G como heredero de doña F, pero dicha omisión no impide el que se pueda apreciar que la voluntad de la instituyente era nombrarle heredero tanto de su esposo y de su premuerta hermana, como de ella misma, si realmente esa fue su intención.

Sabido es que los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 1 de febrero de 1988, 18 de julio de 1998, 9 de octubre de 2003, 18 de julio de 2005, etc.).

Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático.

En el caso que nos ocupa la Audiencia Provincial de Huesca ha buscado la voluntad real de doña F G A, y como entre los bienes comprendidos en la institución hereditaria había cinco fincas que eran del consorcio conyugal de don H y doña F, las cuales fueron en su totalidad objeto de transmisión hereditaria, reservándose doña F el usufructo, y por otro lado se impuso a don A L G (precisamente porque era el heredero) la obligación de entregar a las hijas de doña F, es decir a doña M y doña A, la cantidad de 30.000 y 25.000 pesetas, respectivamente, en pago de sus legítimas paterna y materna, llega a la convicción, en uso de los elementos interpretativo lógico y sistemático, de que la escritura de nombramiento de heredero de 4 de julio de 1969 también se extendía a los bienes propios de la instituyente.

La mentada interpretación de la voluntad de doña F está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que ha de mantenerse. A este respecto, debe recordarse que según doctrina reiterada del Tribunal Supremo la «cognitio» en relación con la interpretación contractual o testamentaria no supone una revisión total de la labor hermenéutica realizada sino que se limita a controlar si la misma es ilógica, arbitraria o irrazonable, algo que en absoluto acontece en el caso que nos ocupa, sin que quepa entrar a discutir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal examen supondría exceder de la función encomendada a un recurso extraordinario e injerirse en la función soberana del Juzgado y la Audiencia, convirtiendo a la casación en una tercera instancia (véanse las sentencias de 30 de enero de 1997, 16 de julio de 2002, 21 de enero, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero, 20 de mayo, 25 de octubre y 12 de noviembre de 2004, 24 de enero y 5 de junio de 2006, 21 y 27 de septiembre de 2007, 12 de mayo de 2008, entre otras muchas).

Se alega que el pacto sexto de la escritura de capitulaciones matrimoniales no facultaba a doña F para disponer de sus bienes en favor de uno de los hijos del primer matrimonio de don H. Pues bien, aquí no nos hallamos ante un uso de las facultades propias del fiduciario, pues doña F está disponiendo en vida de sus

bienes propios, por lo que la designación de heredero que efectúa a favor de don A L G no es anulable, y si bien estaba sujeta al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, resulta que el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y en todo caso se ha producido la adquisición de los bienes de doña F por usucapión.

En consecuencia, también son de desestimar los otros cuatro motivos formulados por la representación de doña A y doña M L G. Por último, dada la referencia que ambos recurrentes hacen al principio «standum est chartae», debe señalarse que dicho principio tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.

Quinto: Como se desestiman los recursos interpuestos, no procede entrar a examinar la cuestión que suscitan los actores-recurridos, quienes sostienen que concurren los requisitos de la usucapión ordinaria. En todo caso, debe aclararse, a la vista de lo que se alega, que cabe recurrir en casación frente a una sentencia favorable, a condición de que los motivos que se articulen operen en el caso de que, por estimar el recurso de la parte contraria, se asuman por esta Sala funciones de Tribunal de instancia y de que dicho recurso se formule oportunamente.

Sexto: Las costas del presente recurso serán abonadas por las partes recurrentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 16/2010, interpuesto por la Procuradora doña Mª Pilar Gracia Gracia, en nombre y representación de doña R L G y don M F L G, así como de doña A y doña M L G, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 6 de julio de 2010, con imposición de las costas del mismo a las partes recurrentes.

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.

NÚM. 3 3

A. TSJA de 31 de enero de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Interés del menor: ***Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Los motivos del recurso de casación incurren en petición de principio, lo que no es aceptable en rigurosa técnica casacional. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, debiendo ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, y desde el punto de vista de acceso a la casación, «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 determine en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (STS 614/2009, de 28 de septiembre).***

Disposiciones citadas: ***Arts. 217, 469, 473.2-2º Lec.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

4

NÚM. 4

S. TSJA 2/2011, de 29 de marzo

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO: ***Se recuerda la doctrina del levantamiento del velo elaborada por el Tribunal Supremo. La aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un levantamiento del velo que quien lo insta haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificiosamente se haya usado (abusado de) una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento fraudatorio o con un fin fraudulento. La prueba practicada no es arbitraria o ilógica y el fraude no ha quedado demostrado por lo que se deniega el levantamiento del velo. El motivo de infracción procesal no prospera y, en consecuencia, los motivos de casación se desestiman.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña 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 18/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 9 de marzo de 2009, recaída en el rollo de apelación número 83/2009, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 272/2008, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, doña P C T y C S A, representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Gallego Coiduras y dirigidos por el Letrado don Luis Muñiz García, y como parte recurrida R S L representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco y dirigida por el Letrado don Julio Beltrán Fernández.

[…]

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 18 de 2010 interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Gallego Coiduras en nombre y representación de doña P C y C S A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 9 de marzo de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

5

NÚM. 5

A. TSJA de 26 de abril de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***Inadmisión del recurso porque el artículo 75 de la Ley de Montes de Aragón, conforme al cual las servidumbres en montes de titularidad privada se regirán por la legislación foral, ha sido traído a colación de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral con menos de cinco años de vigencia, pues ninguna referencia consta en el pleito sobre los montes de titularidad privada ni puede invocarse el artículo 148 Comp. pues la servidumbre no ha nacido por ninguna clase de prescripción adquisitiva, como la reglada por dicho precepto, sino que nació por pacto entre los propietarios de los predios dominante y sirviente.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 75 de la Ley de Montes de Aragón y 148 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

6

NÚM. 6

A. TSJA de 28 de junio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS

MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***La competencia para el conocimiento del recurso por el TSJA le viene atribuida por haber sido fundado en infracción de norma de Derecho civil aragonés. Pero incurre en causa de inadmisibilidad por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna. Y sucede que, en el presente caso, lo que se pretende es la modificación de los hechos probados.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

7

NÚM. 7

A. TSJA de 12 de julio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL. Inadmisión: ***La razón exclusiva de este motivo de recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los artículos 469 y 477 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

8

NÚM. 8

A. TSJA de 20 de julio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***Falta de legitimación para recurrir: la ahora recurrente, al no sostener su recurso de apelación, se conformó con los pronunciamientos de la SJPI, que fue íntegramente confirmada (no siendo aplicable, por tanto, el artículo 448.1 Lec.), por lo que carece de legitimación para recurrir en casación (art. 483.2.1º Lec.).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

9

NÚM. 9

A. TSJA de 10 de octubre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***La competencia corresponde al TSJA por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés, pero los motivos incurren en causa de inadmisión del artículo 483.2.2º Lec. en relación con los artículos 481.1 y 477.1, es decir, por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, pero no permite revisar la prueba practicada para tratar de alcanzar conclusiones distintas.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

10

NÚM. 10

A. TSJA de 8 de noviembre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***La razón exclusiva del motivo del recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede***

del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado, y cuyo fundamento sólo puede ser la infracción de normas sustantivas (art. 477.1 Lec.). El medio de impugnación de las cuestiones de carácter procesal es el recurso de infracción procesal (arts. 469 y 477 Lec.). De modo que siendo la valoración de los medios probatorios de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo del recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional. La posible oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial no constituye motivo de casación, sino sólo un presupuesto para poder considerar recurrible la sentencia impugnada por razón de interés casacional.

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

11

NÚM. 11

S. TSJA 11/2011, de 30 de noviembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Excepcionalidad de la previsión legal: ***El Derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, y el artículo 69 prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurran las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla. La excepcionalidad de la previsión se evidencia porque requiere que se den las circunstancias en ella previstas y que no se superen sus límites, además se extingue a los 26 años. En la necesidad de formación que permite mantener la pensión a los hijos mayores de edad no se incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de especialización remunerada.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 69 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a treinta de noviembre dos mil once.

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 20/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 19 de abril de 2011, recaída en el rollo de apelación número 103/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas Definitivas número 324/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Ejea de los Caballeros, siendo parte, como recurrente, don R L M, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina y dirigido por el Letrado don José Antonio Leciñena Martínez, y como parte recurrida doña I M P T, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Carmen Galán Carrillo y dirigida por la Letrada doña Amaya Betore Murillo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 28 de abril del 2010 el Procurador Sr. Bericat Nogué, en representación de don R L M, presentó ante el Juzgado decano de los de Ejea de los Caballeros demanda de Modificación de Medidas Definitivas frente a doña I M P T y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «A: Que se suprima la pensión por alimentos a pagar por mi mandante para sus hijas. B: Subsidiariamente, se fije un límite temporal para la finalización de la obligación de mi mandante de satisfacer las pensiones por alimentos para sus hijas que no deberá ser superior a nueve meses contados desde la fecha de interposición de la

presente demanda. C: Se impongan las costas a la demanda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó oponiéndose a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros dictó sentencia en fecha 11 de octubre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta el 28 de abril de 2010 por el Procurador José Ignacio Bericat Nogue, en nombre y representación de R L M, contra M P T y, en consecuencia, se modifican las medidas acordadas en el divorcio de los litigantes, en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 1 de julio de 2008, en el sentido de establecer un límite temporal de un año a la pensión alimenticia a favor de la hija N L P, de forma que la última mensualidad a abonar será la de octubre de 2011, manteniéndose inalteradas el resto de las medidas».

Tercero: La representación procesal de la parte demandante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 19 de abril de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don R L M, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros el 11 de octubre de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a dicho recurrente de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña F B B, actuando en nombre y representación de don R L M presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero: Infracción del artículo 66 de la Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona en relación con los artículos 142 y 152 CC. Segundo:Respecto a las costas procesales, estamos ante una cuestión sobre la que no existe doctrina jurisprudencial consolidada y se concluye la existencia de interés casacional en la forma prevista por el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 477 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 en fecha 15 de julio del presente año auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2011.

Fundamentos de derecho

Primero: Según resulta de los hechos considerados probados en la sentencia recurrida y, por su referencia, de los incluidos como tales en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, los antecedentes de interés a valorar en la presente se remontan a la sentencia de separación del matrimonio formado por los ahora litigantes don R L M y doña I Mª P T, dictada el día 9 de septiembre de 1997 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, que acordaba, en lo que ahora interesa, el pago por parte del Sr. L de la cantidad de 80.000 pts. como contribución a las cargas del matrimonio.

Posteriormente, el día 9 de enero de 2008, se dictó sentencia por el mismo Juzgado de Primera Instancia en la que se señaló la pensión alimenticia de 240€ mensuales a favor de cada una de las hijas del matrimonio disuelto (doña N y doña C L P), obligación que cesaría transcurridos seis meses desde la finalización de los estudios universitarios de una u otra de las hijas.

En resolución del recurso interpuesto contra la anterior resolución, la sentencia dictada el día 1 de julio de 2008 por la Audiencia Provincial de Zaragoza acordó que la pensión alimenticia no tendría la limitación temporal fijada por el Juzgado.

El día 28 de abril de 2010 se presentó por el Sr. L solicitud de la modificación de las medidas establecidas en la última sentencia citada, de uno de julio de 2008, por entender el demandante que concurría una alteración de las circunstancias fácticas valoradas cuando se estableció la pensión, de modo que procedía su supresión o bien, subsidiariamente, la fijación de un límite temporal en su pago.

Segundo: La sentencia que resolvió la anterior petición de modificación de medidas, dictada el día 11 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros recogió como fundamentos principales, sintéticamente expuestos, que, respecto de la hija doña Nuria, que cumplía los 26 años de edad en diciembre de 2010, y que estaba realizando el Máster necesario para ser profesora, había que atender a asegurar el adecuado aprovechamiento de sus estudios, por lo que mantenía la pensión establecida, pero con el límite del mes de octubre de 2011. Y respecto de doña Carmen, consideró que había acabado la carrera universitaria y que estaba preparando el examen (FIR) para obtener una plaza de farmacia, por lo que era razonable que los progenitores costearan la oposición, de modo que mantuvo lo acordado en la sentencia de divorcio, esto es, la exclusión de limitación temporal del pago de la pensión.

Apelada la anterior resolución, la sentencia que ahora es objeto del recurso de casación, dictada el día 19 de abril de 2011 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, consideró como fundamento principal a valorar que ambas hijas carecían de independencia económica en la época actual, y que habían mostrado un magnífico aprovechamiento académico, por lo que entendió contrario a la previsión normativa suprimir el deber del padre de contribuir a la satisfacción de los gastos de formación de las hijas, poniendo así en peligro la correcta culminación de su preparación académica. En consecuencia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado el día 11 de octubre de 2010.

Contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone ahora el presente recurso de casación por interés casacional, por motivo de considerar el recurrente que la referida sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la previsión normativa contenida en el artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, ya que entiende el recurrente que, en contra de lo razonado y resuelto por la resolución recurrida, su obligación de costear los gastos de crianza y educación de sus dos hijas cesó por cuanto ambas han terminado su formación. Y que, además, respecto de doña Nuria, terminó su obligación por contar la hija con 26 años de edad cuando se presentó la demanda. Y en cuanto a doña Carmen, de 24 años de edad, se añade que, caso de mantenerse la pensión, debe ser reducida por haber conseguido una beca por importe de 5.298 euros y debe fijarse un plazo límite de mantenimiento de la pensión. En consecuencia, se interesa la extinción de la obligación de prestar alimentos respecto de doña Nuria y doña Carmen, y subsidiariamente se mantenga la obligación sólo respecto de doña Carmen hasta junio de 2011.

Tercero: Como ya se indicó en sentencia dictada por esta Sala el día 2 de septiembre de 2009, aun cuando el Derecho Aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, en sede del deber general de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos. Y, al respecto, el artículo 66 de la citada Ley de Aragón 13/2006, de aplicación al presente caso, prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya

alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurran las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla.

En concreto, literalmente, el mencionado artículo 66 establece:

«Gastos de los hijos mayores o emancipados. 1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

Como indica el Preámbulo de la propia Ley 13/2006, este artículo 66, al regular el deber de los padres de sufragar los gastos de los hijos propios de su enseñanza y educación, «aclara que se mantiene cuando alcanza el hijo la mayoría de edad, aunque valorado de distinto modo que en situación de minoría de edad y con término de extinción, salvo que judicial o convencionalmente se hubiera establecido otra cosa, al cumplir el hijo los veintiséis años, más allá del cual subsistirá, naturalmente, el derecho de alimentos en caso de necesidad (art. 66)». Aclaración, en expresión del Preámbulo, que evidencia la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66, y que luego, ya en el texto de tal precepto, se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. Y, aun concurriendo tales circunstancias, existe todavía una doble limitación: que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación, y que, temporalmente, sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación.

Por último, el artículo 66, en su párrafo segundo, establece todavía una nueva restricción a la posibilidad de continuar la prestación de alimentos una vez alcanzada la mayoría de edad, como lo es fijar la extinción a la edad de 26 años, salvo que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta.

Regulación que, como ya se consideró en sentencia de esta Sala de fecha 12 de mayo de 2010, al tratar sobre aplicación del repetido artículo 66, conduce a la conclusión del carácter excepcional de las previsiones en él contenidas, porque la regla general en Aragón, conforme a lo previsto en sede de emancipación y mayoría de edad, no es otra que la de considerar que «el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley. Mayoría de edad que conlleva, en los términos que emplea la misma Ley al tratar de la emancipación en el artículo 30 que, a partir de los 18 años, la persona rige su persona y bienes, aunque existan casos especiales en que se excepciona a tal norma general». Y entre tales casos especiales se encuentra el recogido en el artículo 66, porque, como en la misma sentencia se concluyó: «El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma, cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres solo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y solo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. Además de que, salvo acuerdo expreso u orden judicial, en ningún caso se extenderá más allá de los 26 años, sin perjuicio del derecho a reclamar alimentos».

Cuarto: En aplicación del precepto y doctrina indicada al caso concreto ahora estudiado, procede el estudio de la primera cuestión esencial planteada en este recurso: si no se respeta tal normativa cuan-

do se ordena por la sentencia recurrida el mantenimiento de la pensión a favor de ambas hijas, a pesar de haber terminado su formación universitaria. Al respecto, la sentencia recurrida, después de considerar que «(…) nada más puede exigirse (a ambas) en orden a su formación ni a su incorporación a la vida profesional, acorde con su preparación (...)», razona en el sentido de que «(…) Resultaría contrario a la norma, artículo 66 de la Ley del Derecho de la Persona, suprimir el deber del padre de contribuir a la satisfacción de los gastos de formación de sus hijas. (…)».

Sin embargo de tal mención en la sentencia sobre que las hijas continúan su formación, lo cierto es que los antecedentes de que parte la propia sentencia recurrida evidencian una situación que no tiene encuadre en la necesidad de formación que, según el artículo 66 de la Ley 13/2006, permitirá mantener el sostenimiento de la pensión. Tanto una como otra de las hermanas han terminado, con buen resultado académico, las licenciaturas universitarias que cada una estudió, además de otros cursos de formación añadida a la universitaria, bien de idiomas, bien de complemento de la carrera terminada. De hecho, doña Nuria pretende su integración en el mercado laboral por la vía de superación de oposiciones de Enseñanza Secundaria, y doña Carmen, a su vez, ha optado por comenzar a trabajar mediante la preparación de especialización relacionada con la carrera ya superada.

De manera que la formación académica, y la complementaria que decidieron conseguir, ha quedado terminada en el caso de ambas hermanas. Ciertamente, una y otra continúan sus estudios, pero ya no en el ámbito de la previsión del repetido artículo 66.1 de la Ley 13/2009, de su formación profesional, sino en el propio de la búsqueda de puesto de trabajo en el mercado laboral. Entender, como hace la sentencia recurrida, que la preparación de oposiciones o de obtención de especialización remunerada debe comprenderse dentro de la formación profesional de la persona supone una extensiva interpretación de la previsión normativa, y la consecuencia, contraria a la doctrina expuesta en el anterior Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia, de mantener la pensión de alimentos, no ya hasta que tengan una correcta y terminada formación, sino hasta que puedan encontrar el trabajo por el que el alimentista haya optado, si esta opción requiere nuevos estudios.

En consecuencia, es contrario a la previsión normativa el pronunciamiento recurrido de mantener la pensión respecto de las dos hijas, por lo que procede casar la sentencia recurrida y en lugar de lo acordado en la sentencia recurrida, procede denegar el mantenimiento de la pensión a favor de doña Nuria y doña Carmen. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad expresamente recogida en el repetido artículo 66 de que cada una de las descendientes reclame alimentos por título y vías distintas de la que ahora se trata.

Quinto: El resto de cuestiones que fundamentan el recurso de casación, esto es, si procedía mantener la asignación a favor de doña Nuria, aun a pesar de haber cumplido 26 años; si debían tenerse en cuenta en la fijación de la señalada a doña Carmen las becas de que había sido beneficiaria; o si el límite debía fijarse en una u otra fecha, fueron argumentadas subsidiariamente, para el caso de entenderse que procedía el mantenimiento de la pensión que ha sido rechazado. Por ello, y dado que se ha estimado el recurso en su pretensión principal de declarar no haber lugar a mantener la asignación, no procede entrar en su estudio y valoración.

Sexto: Por presentar la cuestión planteada cuestiones jurídicas que planteaban razonables dudas de aplicación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en las dos instancias ni en este recurso de casación, conforme autoriza el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos legalmente citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ramón L M contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 19 de abril de 2011 que casamos, dejándola sin efecto.

2: En su lugar acordamos que queda extinguida la pensión de alimentos que venía obligado a abonar el recurrente a sus hijas doña Nuria y doña Carmen L P.

3: Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

4: No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

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.

12

NÚM. 12

S. TSJA 12/2011, de 14 de diciembre

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN: Inexistencia: ***Para entender infringido el artículo 147 Comp. sería preciso que se hubiesen tenido por probados los hechos base para su aplicación, lo que no ha sucedido, y en casación ha de estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada. Negada la existencia de servidumbre, considerarla a continuación extinguida por no uso es innecesario y viene a entrañar una cierta incoherencia, porque la declaración de la extinción de una servidumbre (por no uso o por otra causa) presupone que se parte de su previa existencia.***

Servidumbre forzosa de paso: ***Necesidad: La aplicación del artículo 564 Cc. (de contenido semejante al del 577.1 CDFA) debe ser estricta, no son atendibles, a los fines de constituir servidumbre forzosa, razones de comodidad. La acción ha de fundarse siempre en la necesidad de establecimiento de la servidumbre como único medio de obtener la salida o comunicación, ha de ser una necesidad real y no ficticia o artificiosa, que no responda al capricho o simple conveniencia. Excede del concepto de necesidad propio de una servidumbre legal pretender construir una cochera donde nunca la ha habido.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 147 Comp., 564 Cc., 577 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 14/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 22 de marzo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 64/2011, dimanante de autos de juicio ordinario número 339/2009, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), en el que son partes, como recurrentes doña F y doña A A M, don P G A, doña N D L y don J M P A, representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez y dirigidos por el Letrado don Juan Pablo Ortiz de Zarate y como recurridos don J, don Q y doña R G M, representados por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas Gerner y dirigidos por el Letrado don David Arbués Aísa.

[…]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña F y doña A A M, don P G A, doña N D L y don J M P A, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda

de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 22 de marzo de 2011 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

13

NÚM. 13

S. TSJA 13/2011, de 15 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: El legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida (art. 80.2 CDFA), al presumir que es el más conveniente para el menor, por lo que debe aplicarse 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. La adopción de la custodia individual, como excepción a la regla, exige una atenta valoración de la prueba que la acredite como el régimen más conveniente para el menor. Las razones de esta preferencia las explica el Preámbulo de la Ley 2/2010. La preferencia resulta también de los artículos 79.5 y 80.5 CDFA. La prueba de la falta de aptitud, capacidad y disposición de un progenitor (su capacidad se presume), será la que podrá determinar la custodia individual del oro, sin que quepa presumir la incapacidad de un padre para el futuro por su pasada dedicación a la familia o al trabajo.* **Carga de la prueba:** *El principio dispositivo propio del proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia e intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 Lec.), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal (art 752.1 Lec.). Así que no se aplican rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), y en la valoración de la misma hay que partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia compartida de sus hijos.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 76.2, 79.5, 80 CDFA, 749, 751, 752.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

Se estima el motivo que denuncia infracción del artículo 80.2 CDFA sobre la adopción del régimen de custodia compartida como criterio preferente. La Sala dicta sentencia en cuanto al fondo y acuerda para el hijo menor el régimen de custodia compartida por semestres, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres. En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores, en su defecto se fija el régimen de visitas del progenitor no custodio y la distribución de las vacaciones escolares. Se atribuye el uso del domicilio familiar a la madre hasta el 2020 como máximo. No se fija pensión de alimentos para el hijo dado que cada progenitor atenderá a los gastos ordinarios durante el periodo que le corresponda. Los gastos extraordinarios se pagarán por mitad.

14

NÚM. 14

A. TSJA de 15 de diciembre de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Invocación artificiosa del ***standum: En el escrito de interposición del recurso de casación se denuncia infracción del artículo 3 Comp., por lo que la competencia para conocer del mismo corresponde al TSJA (478.1.2º Lec.). El principio standum est chartae tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Pero en el***

caso presente no se ha planteado la prevalencia de norma no imperativa sobre lo convenido en la carta. Se aprecia, por eso, que la invocación del referido principio se lleva a cabo de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral. En consecuencia, se declara la inadmisión del recurso (art. 483.2.2ª en relación con el artículo 477.1 Lec.).

Disposiciones citadas: *Arts. 3 Comp., 478, 483, 484 Lec.*

Ponente: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

15

NÚM. 15

S. TSJA 15/2011, de 30 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Límites legales*: La Sala recuerda el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación (Ss. 8/2009 de 2/9, 12/5/2010 y 11/2011, de 30/11). El límite legal de dicha obligación se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica y, en todo caso, con un límite final en los 26 años de edad. La realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aún iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no entraña la obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, sino que dicha obligación se da dentro de los límites legales del artículo 69 CDFA.*

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: La asignación compensatoria: Naturaleza*: La asignación compensatoria prevista en el artículo 83 CDFA no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación compensatoria aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. La norma aragonesa no es diferente de la del artículo 97 Cc. pues trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. No es correcto interpretar que exige un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia.* **Carácter temporal o indefinido:** *El artículo 83.2 CDFA contrapone la naturaleza temporal de la asignación a la indefinida (en el art. 97 Cc. la compensación puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única), pero indefinido no es igual a vitalicio. El carácter indefinido es el que establece la ley para las pensiones o asignaciones que no tienen un límite temporal concreto, pero que puede serles fijado en un momento determinado, puesto que cabe la revisión o extinción por la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, lo cual se compagina mal con el carácter vitalicio, que admitiría con más dificultad la revisión o extinción.*

Disposiciones citadas: *Art. 69 y 83 CDFA, 97 Cc.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 19/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 12 de abril de 2011, recaída en el rollo de apelación número 125/2011, dimanante de autos de divorcio número 1047/2010, seguidos ante el

Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Antonio Manogue Alfranca, representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por la Letrada doña Rafaela Poyato Gómez, y como parte recurrida, doña María Josefa Saiz Gracia, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val y dirigida por el Letrado don Eduardo Corujo Quintero.

[…]

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gutiérrez Andreu, actuando en nombre y representación de don Antonio M. A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 12 de abril de 2011, que casamos en parte en el sentido de mantener la pensión para la hija Patricia en la suma de 340 euros mensuales hasta la finalización de los estudios de formación profesional de Educación Infantil, con el límite máximo de los veintiséis años de edad.

16

NÚM. 16

A. TSJA de 30 de diciembre de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Períodos de custodia compartida*: Auto aclaratorio de la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre. La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida (Preámbulo VII, Ley 2/2010). Además, lo que debe observarse primordialmente en el reparto de los períodos es el interés del menor y no el de los padres, a lo que no obsta que en alguno de los períodos se tenga la custodia de los hijos algún día más o menos. Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos (que son de cinco meses más uno de vacaciones) o períodos de dos meses, u otros que ayuden a conjugar el interés del hijo y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés del hijo común.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

17

NÚM. 17

S. TSJA 1/2012, de 11 de enero

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: La asignación compensatoria: Carácter temporal o indefinida: *Recuerda la Sala que la asignación compensatoria no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. a la pensión compensatoria (STSJA 15/2011, de 30 de diciembre). Para señalarla con carácter temporal o indefinido el artículo 83 CDFA provee al juez de unos criterios similares a los indicados en el Cc., y la invitación a la «ponderación equitativa» de los mismos no añade un modo de aplicar la norma distinto del que debe seguirse para el artículo 97 Cc. En la jurisprudencia del TS se afirma que para el señalamiento del plazo de la pensión compensatoria, que estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, «habrá de actuarse con prudencia y ponderación – como en realidad en todas las operaciones a realizar», lo que es equivalente a la ponderación equitativa de la norma aragonesa. Es perfectamente asumible la doctrina del TS.* **Ponderación equitativa de los criterios del artículo 83.2:** *La fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal, así como su cuantía, depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que no puede ser revisada en esta vía casacional salvo cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequili-*

brio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Disposiciones citadas: ***Arts. 83 CDFA y 97 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 22/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 21 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 180/2011, dimanante de autos de Divorcio contencioso 1147/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente doña M B B, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val y dirigida por el Letrado don Eduardo Corujo Quintero, y como parte recurrida don M R N, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Mª Sanz Foix y dirigido por la Letrada doña Sagrario Valero Bielsa y el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación núm. 22/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Sonia García de Val, en nombre y representación de doña M B B, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio de 2011, sin imposición de costas.

18

NÚM. 18

S. TSJA 2/2012, de 11 de enero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcionalidad: ***La proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del padre que ha visto alteradas sustancialmente sus circunstancias económicas (art. 775 Lec.); sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos no desaparece por la peor fortuna del progenitor.*** **Gastos extraordinarios no necesarios:** ***Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de la matrícula de la hija en la Universidad Privada «Antonio Nebrija» de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Lidera», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, porque ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, no puede ser de cargo del padre recurrente por aplicación del artículo 82.4 CDFA.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 82 CDFA y 775 Lec.***

Ponente: ***Excmo. Dr. don 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 23/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 24 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 543/2010, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1/2010, seguidos ante el Juzgado de Instrucción núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Julián C. F., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Pilar Serrano Méndez y dirigido por el Letrado don Luis Mª López Mompeán, y como parte recurrida doña Mª Pilar A. P., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Nieves Omella Gil y dirigida por la letrada doña Rosa Mª Fernández Hierro, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

FALLAMOS

Primero: Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de don Julián C. F. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 543/2010, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos parcialmente la demanda deducida por la representación del recurrente y confirmamos el fallo recaído en primera instancia.

19

NÚM. 19

S. TSJA 4/2012, de 1 de febrero

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: Doctrina legal sobre el artículo 80.2 CDFA: a) La custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés... 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; b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor; c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 CDFA; 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. Para adoptar la decisión será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales obrantes en autos, y la opinión de los menores, cuando tengan suficiente juicio. La decisión de acordar la custodia individual debe razonarse suficientemente.* Valoración de la prueba practicada: *La Sala aprecia que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. La valoración de los distintos medios de prueba solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4º Lec., cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (STS 744/2011, de 10 de octubre, y las en ella citadas).*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 80 CDFA.*

PONENTE: *Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.*

En Zaragoza, a uno de febrero de dos mil doce.

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 24/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 14 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 157/2011, dimanante de autos de Divorcio número 878/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, don I B A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª José Ferrando Hernández y dirigido por el Letrado don Jesús Manuel Bueno Bellido y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y doña S E P M, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Menor Pastor y dirigida por la Letrada doña Silvia Benedicto Aranda.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 28 de julio del 2010 la Procuradora Sra. Menor Pastor, en representación de doña Sara Esther Peiró Morata, presentó ante el Juzgado decano

de los de Zaragoza demanda de divorcio frente a don I B A y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «se declare haber lugar al divorcio determinándose: 1: Que la guarda y custodia de las dos hijas menores sea atribuida a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2: Que el régimen de visitas con el padre sea de fines de semana alternos desde el viernes a las 20 hs. hasta el domingo a las 20 hs. y dos tardes entre semana, los martes y jueves. Durante el período de vacaciones quedará interrumpido el régimen de visitas y custodia y se establecerá para las vacaciones de Navidad dos períodos; desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre corresponderá a la madre y desde el 30 de diciembre hasta el inicio de la actividad escolar al padre, en los años pares, estableciéndose los períodos inversos en los años impares. Durante la Semana Santa se dividirá el período en dos, correspondiendo el primero a la madre en los años pares y al padre en los impares. Durante las vacaciones de verano los progenitores disfrutarán de quince días consecutivos en el mes de julio y quince en agosto por acuerdo de los padres y en su defecto se establece que en los años pares las primeras quincenas corresponderán a la madre y en los años impares al padre. 3: Como pensión de alimentos a favor de cada una de las menores deberá fijarse la cantidad de 750€ mensuales por cada una de ellas, que el Sr. Barbero deberá satisfacer a la Sra. Peiró. 4: Se atribuirá a las hijas menores el uso y disfrute del domicilio familiar. 5: Ambos cónyuges deberán abonar el 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. 6: Que el esposo satisfaga el 50% de los gastos extraordinarios de sus hijas. 7: Que se decrete la disolución de la sociedad de gananciales…».

Segundo: Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada, quien la contestó en forma oponiéndose a la misma y solicitando la práctica de prueba anticipada, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 27 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por S E P M contra I B A y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1: Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgados a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2: La guarda y custodia de las hijas menores de edad, entendida como atribución de la compañía de las hijas menores, se otorga de forma compartida a S E P M y a I B A, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores, el artículo 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de las hijas menores, para las decisiones de adoctrinamiento de los hijos menores en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio de los hijos menores y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia

que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquél, no lo rechaza. En caso de discrepancia será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes de las hijas menores y como receptor de toda la información educativa y de otro tipo de las hijas menores, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo menor y de su patrimonio, que solo él conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que ésta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijas menores. Entendida la guarda y custodia de las hijas menores de edad, como atribución de la compañía de las hijas menores, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijos menores, durante los períodos de visitas. 3: Siendo compartida la custodia se fija un sistema de alternancia de convivencia de ambas hijas con cada progenitor de tal forma que lo sea por años alternos. Así las hijas quedarán en la compañía de la madre desde el 1 de febrero de 2011 al 1 de febrero de 2012 en que pasarán a estar en la compañía del padre otro año completo y luego ya de forma alterna por años sucesivamente. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que las hijas menores puedan estar en compañía del progenitor con el que no convivan en el año en que estén con el otro, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, a las 21 horas del domingo y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20,30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano. Las vacaciones escolares de verano por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, y el segundo período del 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos períodos, es primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, y el segundo período de 31 diciembre por la

mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, 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. Fuera de los casos ya fijados de Semana Santa y Fiestas del Pilar, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de opción, deberá mediar comunicación fehaciente del mismo a la otra parte con al menos quince días de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida de las hijas menores se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Así, tras cada período de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del comienzo del último período de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutará del primer fin de semana tras las vacaciones. Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a sus hijos durante la totalidad de dicho «puente». Durante los cumpleaños de las hijas, el progenitor que no las tenga en su compañía tal día podrá pasar con ellas dos horas que a falta de acuerdo lo serán de 17 a 19 horas. 4: Respecto al domicilio familiar sito en calle… junto con el ajuar doméstico y anexos que le corresponda se acuerda que sean las hijas las que residan en el mismo de forma permanente y sean los progenitores los que se alternen en su uso por años alternos que han de coincidir con los períodos en que se les concede a cada uno el derecho a permanecer conviviendo con las hijas de forma continuada en cada caso, pudiendo cada parte retirar en su momento las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo caso de no haberlo efectuado ya. Los gastos de la propiedad, caso de derramas extraordinarias, vigilancia, seguro de la casa, hipoteca, IBI y similares, los abonarán las partes al 50% y los de consumos ordinarios, asistenta y comunidad ordinaria serán a cargo del progenitor que cada año ocupe la vivienda con las hijas. 5: Los gastos extraordinarios necesarios de las hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. 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 la realización del gasto. Por gastos extraordinarios necesarios se entienden, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de saludo o seguro médico. Los gastos extraordinarios no necesarios son, en principio aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que, hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente no incluyen los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión. 6: No se fija pensión de alimentos a cargo de ningún progenitor y ambos están obligados a abrir una cuenta conjunta donde deberán ingresar cada uno 700€ al mes por doce meses al año para cubrir los gastos educativos de las hijas menores, o suma superior a partes siempre iguales si ello fuera necesario y con la debida acreditación, y en la que domiciliarán todos los gastos de educación de las hijas. Al margen de tales gastos y de la forma de abono ya prevista de los extraordinarios, el resto de gastos de alimentación en sentido amplio de las hijas es a cargo cada año del progenitor con el que convivan».

Tercero: Interpuesto por la representación de doña S E P M, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, se tuvo por

preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha de 14 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña S E P M frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza de fecha 27 de enero de 2011, en autos de Divorcio Contencioso núm. 878/2010, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el siguiente sentido: La guarda y custodia de las menores P y S se otorga a doña S E P M. En cuanto a la autoridad familiar será compartida tal como indica la Sentencia apelada. Se fija como régimen de visitas a favor de don I A, fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, hasta la mañana del lunes a la entrada del colegio y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 21 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano. Las vacaciones escolares del verano por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, y el segundo período del 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos períodos, 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 período del 31 diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración se dividirán por mitad, caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. La entrega y recogida de las hijas menores de edad, se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a sus hijas durante la totalidad de dicho «puente». Durante los cumpleaños de las hijas, el progenitor que no las tenga en su compañía tal día podrá pasar con ellas dos horas que a falta de acuerdo lo serán de 17 a 19 horas. Se fija como pensión alimenticia la cantidad de 600€ mensuales que se ingresará en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, siendo actualizables con carácter anual con arreglo a la evolución del IPC fijado por el INE. El préstamo hipotecario y los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos progenitores. En este concepto se incluirán los gastos sanitarios no cubiertos con la educación, gastos de matrícula universitaria en su caso, actividades extraescolares, extradeportivas, idiomas o viajes relacionados. Se atribuye a la progenitora custodia el uso del domicilio familiar teniendo una duración máxima salvo acuerdo hasta 5 años desde la fecha de la sentencia de 1ª Instancia. Todo ello sin hacer imposición expresa de las costas».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Mª José Ferrando Hernández, actuando en nombre y representación de don A, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) Vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de valoración adecuada de las pruebas y falta de motivación. 2º) Vulneración del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haberse valorado adecuadamente los dictámenes periciales. 3º) Vulneración del artículo 376 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil por no interpretar correctamente los testimonios vertidos en el procedimiento, que sí se hace en la sentencia de 1ª Instancia.

En cuanto al recurso de casación lo funda la parte en el artículo 477.3 de la LEC, al tratarse del interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de 5 años en vigor, en concreto el contenido de los artículos 75 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, Código de Derecho Foral de Aragón, que contiene la regulación que antes tenía la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 13 de octubre de 2011 providencia dando traslado a las partes por diez días a fin de que formularan alegaciones sobre la posible concurrencia de una posible causa de inadmisión de los recursos interpuestos.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal: a) Porque, denunciada la falta de motivación, se discute realmente el contenido de la motivación, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba; b) Porque, respecto de la prueba pericial, la parte recurrente pretende sustituir la valoración realizada por la Audiencia Provincial por su criterio valorativo; c) Porque, respecto de los testimonios, se expresa que la Audiencia Provincial se aparta de una valoración conforme a la sana crítica, pero no se indica la razón de esa irracionalidad.

En cuanto al recurso de casación: Porque no se hace constar el precepto sustantivo infringido.

Evacuado el trámite anterior se presentaron los oportunos escritos. La representación del recurrente alegó que ambos recursos debían admitirse, el de infracción procesal por la existencia de falta de motivación de la sentencia recurrida, por la vulneración del art. 348 de la LEC en relación a la valoración de la prueba pericial y por interpretación errónea de los testimonios; y el de casación por haber sido infringido precepto contenido en el Código de Derecho Foral de Aragón y tener una antigüedad inferior a cinco años.

La representación de la parte recurrida alega conformidad con los motivos de inadmisión señalados por la Sala, interesando por ello la inadmisión de los recursos.

Por el Ministerio Fiscal, en relación con el recurso por infracción procesal se considera que carece manifiestamente de fundamento (art. 473.2.2.º LEC), porque los tres submotivos alegados no tienen razón de ser y deben inadmitirse. No hay infracción del artículo 218.2 LEC (motivación fáctica y jurídica de la sentencia a quo: SAPZ, Sección 2ª, 333/2011, 14 junio) sino todo lo contrario ya que la sentencia a quo basa su decisión de la custodia individual de la madre (rechazando la compartida) en dos parámetros primordiales del artículo 80 del CDFA: El informe psicosocial y la opinión de la menor Patricia de 10 años y en nada se aprecia que sea arbitraria o ilógica o que haya incurrido en un error que contradiga la racionalidad más elemental o que la prueba pericial se haya tergiversado de forma ostensible. Tampoco hay infracción del artículo 348 LEC, ya que la valoración de la prueba pericial (informe psicosocial) no se ha tergiversado o se ha falseado de forma arbitraria ni tampoco con relación al aportado por la representación de la madre, ya que en ambos informes se rechaza la custodia compartida aconsejando la individual de la madre. Tampoco hay infracción del artículo 376 LEC: Las valoraciones testificales son criterio soberano del tribunal de instancia, en este caso de la sentencia a quo, y el TSJAr no puede volver a valorar la prueba testifical. El recurso extraordinario de infracción procesal lo que tiene que controlar al amparo del artículo 469.1.2º es la motivación suficiente, la racionalidad, la no arbitrariedad y la sentencia razona satisfactoriamente la exploración de la menor Patricia. Con relación al recurso de Casa-

ción considera el Fiscal que se debiera admitir para entrar en el fondo del asunto al existir interés casacional (art. 477.3 LEC; y art. 3.3 Ley 4/2005, 14 de junio que no lleva 5 años en vigor) en la institución de la custodia compartida que pretende el recurrente (padre de las menores).

Sexto: Por auto de 11 de noviembre de 2011 la Sala acordó: Primero: Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y de infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de don I B A, contra la Sentencia dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de junio de 2011. Segundo: Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal. Tercero: Admitir a trámite el recurso de casación. Cuarto: Dar el traslado establecido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición al recurso de casación por escrito, en el plazo de veinte días, y para los demás efectos legalmente prevenidos.

Presentados los escritos de oposición dentro de plazo, por providencia de 14 de diciembre se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2012.

Séptimo: El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reposición contra la providencia de señalamiento argumentando que en su escrito de oposición al recurso se instaba vista del recurso de casación por «considerarla necesaria a efectos de poder enfatizar en trámite oral y con inmediación de las partes materiales la conveniencia –como regla absolutamente general y salvo motivación en contra– que los procesos contenciosos matrimoniales y de ruptura de convivencia de los progenitores, los menores que tengan suficiente juicio sean oídos y se inste el correspondiente informe psicosocial, para poder calibrar lo más adecuado al interés de los hijos comunes».

Por Diligencia de Ordenación se tuvo por interpuesto el recurso de reposición contra la providencia de 14 de diciembre y dándose el oportuno traslado a las otras partes por la Procuradora de la recurrida se presentó escrito de impugnación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, sin presentar escrito alguno la representación del recurrente.

La Sala, mediante Auto de 4 de enero de 2012, acordó desestimar el recurso interpuesto y mantener el señalamiento para la votación y fallo del recurso el día 11 de enero de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la de primera instancia, la parte demandada y apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero de ellos, fundado en la vulneración de los artículos 218.2, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue inadmitido por auto de esta Sala de 11 de noviembre de 2011, por las razones que en el mismo se exponen, y que sustancialmente sostienen que la sentencia recurrida está motivada, en cuanto a las cuestiones que han sido objeto del debate procesal, y que no existe vulneración de los preceptos invocados en segundo y tercer lugar, que ordenan la valoración de las pruebas pericial y testifical conforme a la sana crítica, de modo que dicha valoración es facultad de los tribunales de instancia, no revisable a través de los recursos extraordinarios, que no constituyen una tercera instancia.

Queda por examinar el recurso de casación, que se interpone al amparo de lo prevenido en el artículo 477.3 de la L.E.C., invocando la existencia de interés casacional, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 75 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA). En particular, respecto a la interpretación del interés de los menores y a la mayor conveniencia de la custodia compartida para éstos.

Segundo: Interpuesta la demanda de divorcio contencioso por la representación de doña S E P M contra don I B A, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, como medidas complementarias, entre otras, la guarda y custodia de las hijas de forma compartida para ambos progenitores, que compartirán la autoridad familiar, fijando un sistema de alternancia de la convivencia de las hijas con cada progenitor por años alternos, y estableciendo que sean las hijas las que residan en el domicilio familiar, situado en la localidad de…, y los progenitores los que se alternen en su uso.

La sentencia declara, como hechos relevantes para la resolución del litigio, que doña S E P M y don I B A contrajeron matrimonio canónico en Zaragoza el día 7 de septiembre de 1996, del que constan como descendientes las menores P y S, nacidas en Zaragoza el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, respectivamente, estando fijado el domicilio familiar en la C/ …

La decisión adoptada acerca de la custodia de las menores se funda en que, aunque la madre puede haber sido la figura principal respecto de las hijas y la que mayor dedicación les ha prestado, la situación cambia en un momento de ruptura, donde las hijas mantienen buenas relaciones con ambos polos parentales. En esta situación de ruptura hay que dar a ambas partes la oportunidad de establecer un contacto directo y permanente con ambas hijas y el sistema de custodia compartida parece el más adecuado. Por otra parte, considera que en este caso ambos progenitores son perfectamente capaces, tienen recursos económicos suficientes y las menores no presentan problemas añadidos, por lo que debe establecerse dicho sistema.

La sentencia de la Audiencia Provincial revoca el citado pronunciamiento y acuerda otorgar a doña S E P M, apelante en dicha instancia, la guarda y custodia de las menores, fijando un régimen de visitas a favor de don I y atribuyendo a la progenitora custodia el uso del domicilio familiar, con duración máxima –salvo acuerdo– hasta cinco años desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

En dicha sentencia la Audiencia explica las razones que conducen a la modificación de la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia. En primer lugar, que la madre representa para las menores la principal figura de su mundo afectivo, y en particular P ha desarrollado una especial vinculación afectiva con su madre. Valora el informe psicosocial obrante en autos y el pericial aportado por la parte recurrente, de los que deduce que la permanencia de las niñas con su madre y un amplio régimen de visitas con el padre es el sistema más beneficioso. Además considera la prueba practicada en segunda instancia por exploración de la menor Patricia, de 10 años de edad. De ella deduce que se trata de una niña madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, opinión que el Tribunal de segunda instancia considera como un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas.

Tercero: El sistema establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los menores en supuestos de separación de sus progenitores, es el de estimar como preferente el de guarda compartida, si bien los Tribunales podrán establecer la guarda individual, cuando sea más favorable para el interés de los menores. Conforme al artículo 80.2 CDFA, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.

En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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.

Cuarto: El Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias parámetros para valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de determinar la preferencia entre la custodia individual o la compartida, aplicando lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil: del examen del derecho comparado se desprenden criterios como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus actitudes personales; y 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 en la convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Así se expresa en sentencias de 10 y 11 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2011.

Criterios éstos que se traen a colación a efectos de conocimiento de la forma de resolver el conflicto en la comunidad jurídica, y que solo resultan aplicables en derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos.

Quinto: La aplicación de tales criterios al caso de autos, en concatenación con lo razonado en el primer fundamento de derecho, conduce a la desestimación del recurso de casación.

La Audiencia Provincial ha explicado pormenorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Resulta así que para el interés de las menores P y S, nacidas el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, resulta más conveniente la custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, lo que permitirá el mantenimiento de la referencia paterna para las niñas. Este sistema ha tenido en cuenta, además, la mayor aptitud de la madre para resolver problemas, que se describen detalladamente en el fundamento de derecho terce-

ro, y la disposición de ayudas para gestionar el cuidado de las menores. Estos datos coadyuvan a la valoración, aunque ciertamente –como pone de relieve el recurrente– la cuestión no ha de resolverse como si se tratase de un concurso, en el que el mejor calificado obtenga como premio la custodia de las hijas. Son factores a atender, comprendidos en los apartados b), d), e) y f) del artículo 80.2 del CDFA, que en este caso coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de audiencia de la menor Patricia.

En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005).

Sexto: La desestimación del motivo conlleva la del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada. Y dado que el caso de autos presenta serias dudas de derecho, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, a tenor de lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña María José Ferrando Hernández, en nombre y representación de don I B A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 14 de junio de 2011, que confirmamos, sin hacer imposición de costas del recurso.

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.

20

NÚM. 20

S. TSJA 5/2012, de 8 de febrero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Preferencia de la custodia compartida*: Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por 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. Reitera los criterios exegéticos del artículo 80.2 resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. La sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada (informes periciales) teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto y de tal valoración se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.* **Valoración de la prueba practicada:** *No cabe en el recurso de casación pretender una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos específicos y por el cauce del recurso extraordinario*

de infracción procesal, habiéndose limitado el recurrente a hacer su propia estimación, que no puede prevalecer sobre la realizada por los tribunales de instancia y de apelación.

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 27/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 28 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 254/2011, dimanante de autos de divorcio número 111/2010, seguidos ante el Juzgado de Violencia número 1-A de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Benito M. J., representado por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigido por la Letrada doña Yolanda Mompel Lasheras, y como parte recurrida, doña Esmeralda A. G., representada por el Procurador de los Tribunales don José Mª Angulo Sainz de Varanda y dirigida por el Letrado don José Ángel Urgel Escolan, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri, en nombre y representación de don Benito M. J., contra la sentencia de fecha de 28 de junio de 2011 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, sin hacer imposición de costas del recurso.

21

NÚM. 21

S. TSJA 6/2012, de 9 de febrero

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Opción legislativa distinta de la del Código civil*: No es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida [de custodia compartida] si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el artículo 80.2 CDFA se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en ausencia de pacto de relaciones familiares.* **Preferencia de la custodia compartida:** *Se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. Se reiteran los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80.2 CDFA resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. No es cierto que deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y el artículo 80.5 le da un alcance opuesto al que se pretende en el recurso.* **Valoración de la prueba practicada:** *Recabar el informe técnico del artículo 80.3 CDFA es algo facultativo para el juzgador y puede acordarse la custodia compartida aunque el informe técnico no lo aconseje. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse del criterio de los peritos justificándolo y motivándolo adecuadamente.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a nueve de febrero de dos mil doce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recur-

so de casación número 26/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 213/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 935/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrente doña M B, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Natividad Isabel Bonilla Paricio y dirigida por el Letrado don Santiago Palazón Valentín, y como parte recurrida don Juan Ignacio A G, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Manuel Andrés Alamán y dirigido por la Letrada doña Gloria Labarta Bertol y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: En fecha de 30 de septiembre del 2010 el Procurador Sr. Andrés Alamán, en representación de don Juan Ignacio A G, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas de Divorcio frente a doña Mª P M B y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte resolución por la que se modifiquen las medidas establecidas y se sustituyan por las contenidas en el siguiente pacto: 1: La autoridad familiar y la guarda y custodia sobre el menor será compartida por ambos progenitores, estableciéndose lo siguiente: El menor estará con su padre todos los miércoles desde la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el viernes por la mañana a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en la semana que no le corresponda fin de semana con el hijo, y desde el miércoles a la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el lunes a la entrada del colegio, o en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en las semanas que sí le corresponda fin de semana con el niño. El menor estará con su madre el resto de los días. Los puentes escolares no se tendrán en cuenta, los períodos vacacionales fijados por la DGA, serán repartidos en dos períodos: desde que finalizan las clases hasta el 31 de julio a las 20 horas y el segundo periodo que comprende desde el 31 de julio a las 20 horas hasta la entrada del colegio del primer día del nuevo curso escolar en el mes de septiembre. El padre estará con el hijo el primer período en los años pares y el segundo período en los impares. Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitad y corresponderá la primera mitad a la madre en los impares y al padre la segunda, procediendo en los años pares de modo inverso. Durante las vacaciones de Semana Santa corresponderá a la madre la primera mitad y al padre la segunda, siendo así cada año. Las recogidas y entregas del hijo, salvo las que se produzcan en el centro escolar, se realizarán en el domicilio en el que esté el niño en cada momento. 2: Participación en los gastos: cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios que se generen cuando el menor se encuentre con ellos. 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 él o ella, se propone que se abra una cuenta corriente a nombre de los dos progenitores y del menor en la que los primeros ingresen mensualmente la cantidad de 100€ y donde se domicilien los gastos del menor. Si hubiera un gasto puntual o el saldo resultara insuficiente, cada uno de los progenitores ingresará el 50%».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal compareciendo y contestando ambos en tiempo y forma. Por la representación de doña Mª M B se contestó oponiéndose a la demanda y presentando demanda reconvencional contra don Juan Ignacio A G en la que terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se adopten las medidas que deberán regir las relaciones familiares, de conformidad con las solicitadas por la parte. Por Auto de 11 de noviembre de 2010 se tuvo por contes-

tada la demanda y se inadmitió la reconvención. Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Andrés Alamán en nombre y representación de don Juan Ignacio A G contra doña Mª Pilar M B debo declarar haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 11 de julio de 2008 en autos 540/2008-B en lo relativo al régimen de visitas del Sr. A respecto del menor Jorge, y la contribución a los gastos extraordinarios, quedando establecidas ambas medidas de la siguiente manera: 1º: El Sr. A G tendrá en su compañía al menor Jorge fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes o jueves en caso de «puente» hasta las 20,30 horas del domingo o lunes igualmente en caso de «puente». Las semanas posteriores al fin de semana en el que Jorge no haya estado en compañía de su padre, tendrá derecho a tener al menor en su compañía los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el inicio de la jornada escolar del día siguiente, con pernocta incluida así como los jueves desde la salida del colegio hasta las 20,15 horas, mientras que la semana posterior al fin de semana que Jorge haya estado con su padre, éste tendrá derecho a tener al menor en su compañía los lunes desde la salida del colegio hasta las 20,15 h y los miércoles y jueves desde la salida del colegio hasta el inicio de la jornada escolar del día siguiente, también con pernocta incluida. En todo caso, los días siguientes a la pernocta, el padre acompañará al menor por la mañana a la entrada de su colegio o de ser demasiado pronto lo acompañará al portal de la vivienda materna para que permanezca en esta hasta la entrada en clase. En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, estas se dividirán por mitades (desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12 horas del día 31 de diciembre, y desde este hasta las 20,15 h del día anterior al de reinicio de las clases) eligiendo el padre los años impares y la madre los pares. Las vacaciones escolares de verano se dividirán igualmente en dos períodos (desde el día de finalización de las clases hasta las 12 h del día 31 de julio y desde este hasta las 20,15 del día anterior al inicio del curso escolar) si bien por la mayor flexibilidad en las condiciones laborales del Sr. A, será la madre quien elija períodos. Por la misma razón en las vacaciones de Semana Santa la madre elegirá períodos (desde la salida del colegio el último día lectivo hasta las 12 h del miércoles siguientes y desde éste hasta las 20,15 h del día anterior al de reinicio de las clases). Las elecciones deberán notificarse al menos con un mes de antelación. Las vacaciones escolares comprenderán la totalidad de los días no lectivos establecidos cada año en el calendario escolar fijado por la DGA, incluyendo, en su caso los fines de semana de inicio o finalización, que no se computarán a efectos de alternancia. 2º: El Sr. A deberá sufragar en un 50% los gastos extraordinarios del menor Sergio tales como prótesis de toda clase, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno, actividades extraescolares, colonias de verano y otros períodos vacacionales etc., debiendo ser consultado previamente a la realización de dicho gasto».

Tercero: La representación procesal de la parte demandante y de la demandada interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la citada sentencia, de los que se dio traslado a las partes contrarias, quienes presentaron escritos de oposición a los recursos presentados de contrario. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito oponiéndose a ambos recursos y solicitando la confirmación de la Sentencia.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 14 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Juan Ignacio G y desestimando el deducido por doña Mª Pilar M P, frente a la sentencia de fecha de

23 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas núm. 935/2010, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el siguiente sentido: 1) La guarda y custodia del hijo menor se otorga de forma compartida a ambos progenitores, llevándose a efecto la misma de la siguiente manera: El menor estará con su padre todos los miércoles desde la salida del colegio o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el viernes por la mañana a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en la semana que no le corresponda fin de semana con el hijo, y desde el miércoles a la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el lunes a la entrada del colegio o, en su defecto, hasta las 10 horas de la mañana en las semanas que sí le corresponda fin de semana con el niño. El menor estará con su madre todos los lunes desde la salida del colegio, o desde las 10 horas si no hubiera clase, hasta el miércoles a la entrada del colegio, o, en su defecto hasta la 10 horas de la mañana en la semana que el fin de semana anterior haya estado el menor con el padre, ampliándose desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto desde las 17,30 horas de la tarde, cuando el fin de semana le corresponda a la madre. 2) El período de vacaciones se distribuirá de la siguiente manera: un primer período que comprende los días de vacaciones del mes de junio desde que finalizan las clases escolares hasta el día 31 de julio a las 20 horas y un segundo período que comprende desde el día 31 de julio a las 20 horas hasta la entrada del colegio del primera día del nuevo curso escolar en el mes de septiembre, siendo la madre la que pueda elegir el período de vacaciones escolares siempre antes del uno de junio. Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se distribuyen tal como viene reflejado en la sentencia apelada, siendo la hora de entrega y recogida a las 20 horas. 3) Los gastos ordinarios se sufragarán por cada progenitor cuando el menor se encuentre a su cargo, los extraordinarios al 50%, a tal efecto ambos progenitores abrirán a su nombre y del menor cuenta corriente o libreta en la que ingresarán 200€ mensuales cada uno para domiciliar dichos gastos, revisándose anualmente esta cantidad, o si el saldo es insuficiente se ingresará la mitad del mismo por cada uno, se consideran gastos extraordinarios los sanitarios no cubiertos por seguro alguno, actividades extraescolares, extradeportivas, viajes o actividades de verano relacionadas con la educación e idiomas y gastos de matrícula universitaria en su caso. Se confirma la sentencia en el resto de sus pronunciamientos».

De conformidad con la solicitud de aclaración de algunos términos de la sentencia, se dictó Auto de 21 de junio de 2011 aclarando y rectificando en el sentido de que: «la elección de los períodos de vacaciones escolares, referida en el fundamento jurídico cuarto y la parte dispositiva, se entenderá antes del día uno de junio. En cuanto a lo solicitado por la parte apelada, la alusión desde las 17,30 horas de la tarde debe entenderse desde las 10 horas de la mañana. En cuanto a la realización del ingreso de 200€ mensuales, esta cantidad es la total por lo que cada progenitor deberá ingresar 100€ en dicho período».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Natividad Isabel B P, actuando en nombre y representación de doña Mª Pilar M B presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «1º: Vulneración del artículo 290 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2º: Vulneración del artículo 6.2. de la Ley 2/2010 (actual art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por providencia de fecha 10 de octubre del pasado año, oír a las partes para que pudieran alegar lo que estimaran oportuno en relación a la posible causa de inadmisibilidad: «en cuanto al primero, y a pesar de que formalmente

denuncia falta de motivación, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2º en relación con el 477.1 LEC al pretender en realidad la parte recurrente una distinta valoración de la prueba pericial practicada en autos. Y otro tanto ocurre en cuanto al segundo de los motivos, no obstante denunciarse la infracción de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 (actual art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón)».

Presentados los escritos de alegaciones, la parte recurrente se pronunció en defensa de la admisibilidad del recurso interpuesto, mientras que la representación de don Juan Ignacio A G solicitó la inadmisión del recurso y la firmeza de la sentencia dictada; por el Ministerio Fiscal se alegó que se debería admitir, entrando en el fondo del asunto, el recurso de casación por existir interés casacional del artículo 744.3.II LEC, en el ámbito de la custodia compartida-custodia individual del derecho aragonés (art. 3.3 ley 4/2005).

Por auto de once de noviembre de 2011 se acordó admitir a trámite el recurso de casación presentado en cuanto al segundo de los motivos, inadmitiéndolo en cuanto al primero y conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días, formalizaron oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 25 de enero de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Frente a la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que acordó la custodia compartida estimando en este particular el recurso de apelación interpuesto por el demandante, se interpone el presente recurso de casación basado en la alegada vulneración del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

La recurrente comienza el desarrollo del motivo aludiendo a una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza relativa a un supuesto de custodia compartida planteado con anterioridad a la vigencia de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Pero las afirmaciones que en ella se contienen en nada apoyan el recurso. Porque no es la misma la idea que inspira la regulación del Código Civil en la cuestión que nos ocupa y y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el precepto del artículo 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Y así lo recoge también en su Fundamento de Derecho segundo la sentencia objeto de recurso.

Segundo: Lo anterior no tiene un carácter absoluto sino que, como señala la recurrente, se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. La reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), a la que se remite la de 8 de febrero (recurso 27/2011) resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acer-

ca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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)».

Tercero: No puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor.

Cuarto: En el caso que nos ocupa, se ha acordado la medida atendiendo a los factores que se relacionan en el precepto examinado, razonando la sentencia así: …se trata de un menor de casi 11 años de edad, ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia el mismo.

Éste en exploración judicial manifiesta querer vivir con ambos progenitores, los padres llevan separados más de ocho años y el progenitor no custodio han compartido muchas tardes con su hijo, igualmente, ambos tienen aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad del hijo conciliando perfectamente su estancia con el menor con su trabajo…

Quinto: El informe técnico no se incluye entre los factores enumerados en el apartado segundo del artículo 80, sino que es objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlo se configura como algo facultativo para el juzgador. En consecuencia, tampoco asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: … La psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación.

No obstante, debe indicarse que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de una ruptura, mas también lo es, que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar e su caso la implantación de la custodia compartida.

En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida…

Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.

En suma, ninguna vulneración del artículo 80.2 del Código Foral es de apreciar, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Sexto: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 26 de 2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Bonilla Paricio en nombre y representación de doña María Pilar M B, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha de 14 de junio de 2011, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

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.

22

NÚM. 22

S. TSJA 7/2012, de 29 de febrero

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Consorcio conyugal: liquidación y división: ***Para la liquidación de una sociedad conyugal tácita disuelta en 1937 no es de aplicación el Apéndice sino las normas de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, especialmente los artículos 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda para la liquidación del régimen económico matrimonial (DT 1ª Lrem.).***

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: ***Innecesariedad de liquidaciones separadas: El matrimonio contraído en 1923 se disolvió por la muerte del marido en 1937, posteriormente murió la viuda. En la liquidación del consorcio conyugal se ha incluido la liquidación de la herencia de la viuda, teniendo en consideración que dos de los litigantes, como hijos únicos de ella, son sus herederos. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio. La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, de donde resulta la innecesariedad de liquidaciones separadas.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 57 Apéndice, 59 Comp., 79 y 80 Lrem., 806 a 810 Lec., 401, 404, 1061 y 1062 Cc.***

PONENTE: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza a veintinueve de febrero de dos mil doce.

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 núm. 28/2012, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 28 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación núm. 88/2011, dimanante de autos de formación y aprobación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial núm. 190/2007, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrentes, don F C P, don F C A y doña T C A, representa-

dos por la Procuradora de los Tribunales doña María Dolores Sanz Chandro y dirigidos por el Letrado don Luis Ignacio Lozano Cabañero, y como recurrido don B C P, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Celma Benages y dirigido por el letrado don José Paulino Esteban Pérez.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don B C P, presentó demanda en fecha 20 de abril de 2007 sobre liquidación de la sociedad conyugal con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado que, previos los trámites legales, se señalara día y hora para la formación de inventario de los bienes del régimen económico matrimonial de don F C G y doña F P A y dicte resolución en la que declare liquidado el régimen matrimonial.

Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes a la formación de inventario, y ante el desacuerdo entre ellas, se celebró juicio verbal el día 27 de julio de 2007 y recayó sentencia de 12 de noviembre de 2007 que, desestimando íntegramente la oposición suscitada por don F C A, doña T C A y don F C P a la relación de bienes señalados en la demanda presentada por don B C P, declaró no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobando el inventario de la Comunidad conyugal de don F C G y doña F P A, y declaró disuelto el régimen económico matrimonial.

Interpuesto recurso de apelación, fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 24 de junio de 2008, que estimó en parte el recurso, revocando la sentencia apelada y acordó la inclusión en el activo de la sociedad conyugal de las tres cuartas partes de los bienes consistentes en un solar sito en C/ San Bernardo núm. 24 de la localidad de Gea de Albarracín, un solar sito en el núm. 31 de la misma calle y un bancal en el paraje denominado «La Hoya del Moro». Dicha sentencia fue aclarada por auto de 1 de 2008 (sic), en sentido de que el inmueble a que se refiere, sito en el núm. 31 de la C/ San Bernardo de Gea de Albarracín, es una vivienda y no un solar.

Por escrito presentado el 19 de septiembre de 2008, la Procuradora doña I P F, actuando en nombre y representación de don B C P, solicitó del juzgado que una vez determinado el inventario de bienes correspondientes al consorcio conyugal procede la prosecución del expediente judicial al objeto de llevar a término la correspondiente liquidación del mismo, instando tener por efectuada propuesta de adjudicación.

Formulada oposición por la representación de don F C P y otros, existiendo desacuerdo entre las partes, se acordó la designación del Letrado Contador Partidor y perito don Jorge Miguel Ochoa de la Red quien, tras realizar el inventario y avalúo de los bienes así como la liquidación y división, estimó la siguiente adjudicación:

«Al heredero B C P, en pago de sus haberes de las herencias de sus padres don F y doña F se le adjudican los bienes señalados con los números uno y dos del inventario, los cuales designan a la finca rústica en el término municipal de …, partida de la… Polígono … parcela …, a, b, c, d, e, f, g, h, i, y Finca sita en casco de… … con referencia catastral ... Los bienes asignados a este heredero ascienden a trece mil euros y siendo su haber hereditario de treinta y cuatro mil novecientos setenta y tres euros con setenta y cinco céntimos, se produce un defecto de adjudicación de veintiún mil novecientos setenta y tres euros con setenta y cinco céntimos, cantidad que deberá ser satisfecha en dinero por los herederos que tengan exceso de adjudicación. Al heredero don F C P, en pago de los haberes que le corresponden en las sucesiones de sus padres, don F y doña F, se le adjudica la parte proporcional de la casa que se indica en el número tres del inventario y avalúo, casa sita en casco de … proindivisión con las participaciones que en el mismo inmueble se adjudican a sus sobrinos doña T y don F C A. El haber refundido de don F

asciende a la suma de treinta y cuatro mil novecientos sesenta y tres euros con setenta y cinco céntimos. Tras la valoración de la casa, se observa un exceso de adjudicación por lo que ese heredero deberá abonar a don B para compensar el exceso de adjudicación la cantidad de diecisiete mil noventa euros con sesenta y nueve céntimos. A la heredera doña T A en pago a su haber que le corresponde por la sucesión de su padre don F, se le adjudica la parte proporcional de la casa que se indica en el número tres del inventario y avalúo, Casa sita en casco de …, proindivisión con las participaciones que en el mismo inmueble se adjudican a su tío don F y a su hermano don F C A. El haber de esta heredera, dice el Contador partidor asciende a cuatro mil novecientos noventa y seis euros con veinticinco céntimos. Al existir un nuevo exceso de adjudicación en el haber, esta heredera deberá abonar la cantidad de dos mil cuatrocientos cuarenta y un euros con cincuenta y tres céntimos a don B. Y por último, al heredero don F C A en pago al haber que le corresponde en la herencia de su padre don F pro-indiviso con su tío don F y su hermana doña T Casa sita en ... El haber de este heredero, al igual que se hermana T, asciende a cuatro mil novecientos noventa y seis euros con veinticinco céntimos. Al existir un nuevo exceso de adjudicación en el haber, este heredero deberá abonar la cantidad de dos mil cuatrocientos cuarenta y un euros con cincuenta y tres céntimos a don B. Por último, el Contador Partidor determina la participación que en la casa adjudicada tienen cada uno de los tres herederos, expresando que debe tenerse en cuenta además de sus haberes hereditarios lo satisfecho por cada uno de ellos a don Bonifacio, para completar el defecto de adjudicación producido. Así, los hermanos C A representarán cada uno de ellos un 11,111115 por ciento sobre el inmueble urbano que se le adjudica, correspondiéndole a don F C P el 77,77779 por ciento del mismo».

Tras la celebración de juicio verbal, que tuvo lugar con el resultado que obra en autos, se dictó sentencia en fecha 27 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que debo aprobar y apruebo las operaciones de división de patrimonio de la sociedad conyugal formada por don F P A y don F C G realizadas por el contador partidor Sr. Ochoa de la Red».

Segundo: Interpuesto por la representación procesal de la demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte actora, quien se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Manuel Ángel Salvador Catalán en nombre y representación de don F C P, don F C A y doña T C A, contra la sentencia de veintisiete de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en autos procedimiento para la división judicial de patrimonios, seguidos con el número 454/2007, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada».

Tercero: El Procurador de los Tribunales Sr. Salvador Catalán, actuando en nombre y representación de don F C P, don F y doña T C A, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y una vez admitido formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: Primero: A): Por infracción del artículo 15 de la Ley 3/1985 de 21 de mayo sobre Compilación del doña Civil de Aragón, que modifica entre otros el artículo 59 de la Ley 15/1967 de 8 de abril. B): Por infracción del artículo 57 del Apéndice aprobado por Decreto de 7-12-1925, vigente hasta la Compilación de 1967. C): Infracción del artículo 76 de la Ley 2/2003 de 12

de febrero de Régimen económico Matrimonial y viudedad. D): Infracción de los artículos 77, 87 y 80 del mismo texto legal. E): Infracción de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento civil. F): Infracción de los artículos 401 y 404 del Código Civil sobre indivisibilidad cuando la cosa resulte inservible y 1601 y 1602 del C.C. sobre partición e igualdad en lotes. Segundo: La sentencia es recurrible en casación por cuanto se ha dictado en proceso en el que la cuantía del asunto supera los 3000€.

Cuarto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó auto en fecha de 5 de diciembre de 2011 por el que se admitía el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2012.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Hechos relevantes

De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Don F C G contrajo matrimonio con doña T J G, en fecha no determinada pero anterior al año 1923. De dicha unión nacieron dos hijos, llamados A C J y F C J.

2. Doña A C J falleció en estado de soltera y sin descendientes.

3. Doña T J G falleció, antes de 1923, sin que conste que otorgase disposición testamentaria ni que se haya obtenido declaración de herederos abintestato.

4. Don F C G contrajo segundas nupcias, el día 7 de septiembre de 1923, casando con doña F P A. De dicha unión nacieron dos hijos, llamados don F C P y don B C P.

5. Don F C G falleció el 9 de junio de 1937, durante la guerra civil española.

6. Doña F P A falleció el 31 de mayo de 1986. Por acta de notoriedad de 1 de diciembre de 2003 se declaró herederos abintestato a sus hijos don B y don F-F C P, por iguales partes entre ellos.

7. Don F C J contrajo matrimonio el 31 de enero de 1948 con doña C A M, de cuya unión nacieron dos hijos, llamados don F C A y doña T C A.

8. Don F C J falleció el 29 de enero de 2000.

9. Doña C A M falleció el 21 de mayo de 1971.

Segundo: Actos procesales relevantes.

La representación procesal de don B C P interpuso demanda en petición de división y adjudicación de la herencia de doña F P A, su madre, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Teruel, bajo el número 229/2003. En dicho proceso recayó sentencia de fecha de 2 de noviembre de 2004, desestimatoria de la pretensión ejercitada. Dicha sentencia fue confirmada por otra de la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de marzo de 2005, fundando la desestimación de la demanda y, por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia, en que ha de determinarse el haber de la fallecida doña F liquidando su sociedad conyugal, previamente a la división y adjudicación de su herencia.

Posteriormente don B C P interpuso nueva demanda en solicitud de inventario para la liquidación del régimen económico conyugal de don F C G y doña F P A, sus padres. La parte actora proponía un inventario, en el que no incluía los bienes inmuebles urbanos y rústicos sitos en …, por considerarlos privativos de doña F P A. En dichos autos recayó sentencia de primera instancia el 12 de noviembre de 2007, por la que se aprobó el inventario realizado, no incluyendo la adición de bienes solicitada por la parte demandada. Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia

Provincial de Teruel de 24 de junio de 2008 estimó parcialmente el recurso y acordó la inclusión en el activo de la sociedad conyugal de don F C y doña F P A las tres cuartas partes de los bienes consistentes en: Casa situada en …; solar situado en …; y bancal en paraje denominado …».

Finalmente, el demandante don B C P, por escrito presentado en fecha de 19 de septiembre de 2009, insta del juzgado que una vez determinado el inventario de bienes correspondientes al consorcio conyugal, procede la prosecución del expediente judicial al objeto de llevar a término la liquidación del régimen económico matrimonial de don C G y doña F P A, sus padres, frente a los demandados don F C P, don F C A y doña T C A, hermano y sobrinos de vínculo sencillo del actor. Seguidos los autos por sus trámites, y al existir desacuerdo entre las partes, se designó contador-partidor, que elaboró su cuaderno particional, estableciendo el inventario y avalúo de los bienes, procediendo a la liquidación, división y adjudicación de los mismos, con las compensaciones necesarias por defectos o excesos de adjudicación. Formulada oposición, se celebró la oportuna vista, tras lo cual recayó la sentencia de primera instancia, de fecha de 27 de julio de 2010, aprobatoria de las operaciones realizadas por el contador-partidor para la división del patrimonio. Concretamente, la sentencia desestima la oposición formulada respecto a la adjudicación de la casa sita en …, oposición que se fundaba en la indivisibilidad de dicho inmueble, y la relativa a la inclusión en el inventario de una cuarta parte de los bienes, que la parte demandada consideraba privativos de doña F P A.

Dicha resolución ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Teruel, en sentencia núm. 96, de 28 de junio de 2011, que es ahora objeto de recurso.

Tercero: Motivos del recurso**.**

El recurso de casación se interpone al amparo del artículo primero de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación aragonesa, e invoca como infringidos los siguientes preceptos: artículo 15 de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre Compilación del derecho civil de Aragón; artículo 57 del Apéndice del Código Civil correspondiente al derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925; disposición transitoria segunda de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad; artículo 77 y 80 del mismo texto legal; y artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 15 de la Ley 3/1985, dictada para adaptar la Compilación del Derecho Civil de Aragón a la Constitución de 1978, modificó entre otros el artículo 59 de la Compilación, estableciendo que Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa división, se hará separadamente liquidación de cada comunidad, incluso de la continuada, si la hubiere. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan.

El artículo 57 del Apéndice del Código Civil correspondiente al derecho foral de Aragón establecía las reglas para dividir el neto haber remanente de la «sociedad conyugal tácita», siendo este precepto el que regía al tiempo de la disolución del régimen económico conyugal del matrimonio concertado entre don F C G y doña F P A, lo que acaeció por fallecimiento del marido el día 9 de junio de 1937. No obstante, para la liquidación no es de aplicación dicho precepto. Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley aragonesa 2/2003, Aplicación inmediata: Las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vidual, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes. No existiendo excepción aplicable al caso, las normas de la Ley 2/2003, especialmente los artículos 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda y hoy incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, son las aplicables al caso, en cuanto a la realización del inventario del patri-

monio consorcial que se disuelve y a los bienes y derechos que integran el activo.

Los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se integran en el Capítulo II, Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, y establecen la forma de proceder para llevar a efecto esa liquidación, especialmente en lo relativo a la formación del inventario y ulterior liquidación.

Todos estos preceptos se refieren, sustantiva o procesalmente, a la liquidación de la comunidad consorcial y a la inclusión de bienes en su activo, y por ello serán objeto de examen conjunto. No obstante, la Sala no va a entrar en el examen de la cuestión procesal, puesto que en el motivo de recurso no se invoca vulneración de las garantías procesales, previstas en dichos preceptos.

Por otra parte, el recurso invoca la infracción de los artículos 401 y 404 del Código Civil, relativos a la indivisibilidad de los bienes comunes, en relación con los artículos 1061 y 1062 del Código Civil, sobre el modo de realizar la partición que ha de guardar la posible igualdad en los lotes y la indivisibilidad de la cosa.

Cuarto: Determinación del alcance del debate procesal. La Audiencia Provincial tiene presente la complejidad de las cuestiones debatidas en el proceso y examina las pretensiones formuladas en el mismo. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida expresa, tras valorar la situación planteada en los escritos de formalización de recurso y su impugnación, que «el tribunal no alberga duda alguna de cuál es el objeto de la impugnación, que no es otro que la desaprobación del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor con fundamento en el indivisibilidad de la vivienda de la c/ … y la inclusión en la partición de la parte correspondiente a los bienes privativos de doña F».

En los siguientes apartados, expone las razones que conducen a la desestimación de los dos motivos de impugnación, para concluir rechazando el recurso de apelación deducido contra la sentencia de primera instancia.

Quinto: Inventario de los bienes objeto de liquidación.

Se trata de la liquidación del régimen económico matrimonial correspondiente a los cónyuges don F C G y doña F P A, disuelto por fallecimiento del marido.

El inventario quedó fijado en sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 24 de junio de 2008, conforme se ha expuesto supra. Por tanto, las tres cuartas partes de los bienes consistentes en casa situada en c/ …; solar situado en …; y bancal en paraje denominado …», integran el haber de la sociedad conyugal. Este pronunciamiento produce, en esta fase del proceso, efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial.

Realmente el alcance de las operaciones realizadas por el contador-partidor para la división del patrimonio, y su aprobación judicial en este proceso, debía extenderse solamente a tales bienes. Así se desprende del contenido de los artículos 76 y siguientes de la Ley aragonesa 2/2003. Expresamente, el artículo 87 prevé la división de varias comunidades, y ordena que se lleven a cabo separadamente.

En el caso de autos el matrimonio contraído entre don F C G y doña F P A, el día 7 de septiembre de 1923, se disolvió por muerte del marido, acaecida el 9 de junio de 1937. Quedó entonces constituida la comunidad conyugal continuada conforme al artículo 53 del Apéndice foral, entonces vigente. El contador-partidor ha tenido en cuenta las circunstancias acaecidas respecto del consorcio cuya liquidación se insta, especialmente la muerte posterior de la viuda, y ha realizado la propuesta de partición y adjudicación de bienes incluyendo el total de los bienes, no sólo las tres cuartas partes. Pero lo hace teniendo en consideración que dos de los litigantes son herederos de doña F, como hijos únicos de ella. Así, establece una hijuela para don B C P, en pago de sus haberes de las herencias de

sus padres don F y doña F, y lo mismo hace para don F C P. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio.

La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, ni perjudica las pretensiones de los recurrentes.

Resulta así la innecesaridad de liquidaciones separadas en supuestos en que no existe complejidad respecto a los bienes y derechos que determinan el haber partible, ni deudas que puedan afectar a su fijación. Aunque varias sentencias del Tribunal Supremo han mantenido que la nulidad de la partición de herencia por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable –STS de 2 de noviembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 15 de junio de 2006 y 7 de noviembre de 2006–, esa doctrina no es aplicable al caso, pues aquí se incluye la partición de la herencia en la liquidación del consorcio, sin que queden afectados los derechos hereditarios. Como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial, el contador partidor ha tenido en cuenta dicha circunstancia al elaborar el cuaderno particional adjudicando esa porción de bienes privativos entre sus dos hijos declarados herederos abintestato de la misma, no teniendo sentido abocar a las partes a un nuevo procedimiento de división para llevar a efecto la adjudicación de aquellos bienes.

Por todo lo expuesto, el motivo de recurso respecto a esta cuestión ha de ser desestimado.

Sexto: Indivisibilidad de la casa

El motivo relativo a la indivisibilidad de la casa, sita en calle …, tampoco ha de gozar de favorable acogida. Esta pretensión fue desestimada en la primera instancia porque la representación en el proceso de los demandados expresó en el escrito de oposición de fecha de 7 de enero de 2008 (realmente, presentado el 7 de enero de 2009) que «… resulta que mis representados tienen mayor porcentaje total que el demandante por lo que para evitar divisiones lo procedente es que a estos se les adjudique la vivienda del número … y el solar de la calle …». Se remite la sentencia a la doctrina de los actos propios, entiende que existe una contradicción por parte de la representación de los demandados, y concluye aprobando las operaciones de división del patrimonio realizadas por el contador-partidor.

La Audiencia de Teruel confirma este pronunciamiento, entendiendo que si la parte demandada, en ese momento apelante, solicitaba explícitamente la adjudicación de la vivienda proindiviso entre los demandados, es porque consideraba aquella esencialmente divisible.

El motivo de recurso de casación se desestima. No por aplicación de la doctrina civil de los actos propios, que requiere un acto de la propia persona «cuya realización vaya encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho... y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco» –STS 529/2011, de 1 de julio–, y en este caso se trata de escrito de la representación procesal. Pero sí porque el debate en el proceso quedó configurado por las posiciones de las partes respecto de la controversia que era objeto de la litis. Como afirma la STS 691/2011, de 18 de octubre, ese criterio según el cual nadie puede ir contra sus propios actos, aplicado al proceso, constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código Civil, de tal forma que protege la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables.

En este caso, al afirmar la representación de los demandados que les fuera adjudicada la casa, juntamente con el solar, fijaron su posición, estimando que la vivienda sita en calle … era susceptible de aprovechamiento por ellos. El hecho de que su

pretensión contemplase, también, el solar sito en el número 24, no modifica el punto de partida, al que atendió el contador-partidor: la casa se consideraba por la parte como posible objeto de comunidad. Así se realizó la propuesta, aprobada judicialmente, que no vulnera los artículos 401 y 404 del Código Civil, ni los artículos 1601 y 1602 del mismo cuerpo legal.

La desestimación del motivo no obsta, en modo alguno, a la aplicación en el futuro de lo preceptuado en el artículo 400 del Código Civil, respecto a los adjudicatarios de la casa de referencia, que no están obligados a permanecer en la comunidad.

Séptimo: Costas.

La desestimación de todos los motivos conduce al rechazo del recurso de casación interpuesto, sin que proceda hacer imposición de las costas de este recurso extraordinario, dada la complejidad de las cuestiones planteadas, respecto de las que existen fundadas dudas de derecho, conforme a lo establecido en el artículo 398, en relación con el 394, 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 F C P, don F C A y doña T C A, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha de 28 de junio de 2011, que confirmamos, sin hacer imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra la presente resolución no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

23

NÚM. 23

S. TSJA 10/2012, de 21 de marzo

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Formación profesional completada: ***El hijo, cumplidos los 18 años, se incorporó al mercado laboral, dando por concluida su formación profesional, y no parece que no hubiera completado su formación profesional. Por ello no se ha producido una aplicación indebida del artículo 69 CDFA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo. Cosa distinta es que se deban alimentos legales al hijo mayor de edad. En el proceso de divorcio, según el artículo 93.2, el Juez puede fijar los alimentos que sean debidos al hijo mayor de edad. Producido el divorcio con anterioridad a la mayoría de edad del hijo, si se mantiene la convivencia con uno de los padres, la norma habilita para decidir, en la modificación de medidas de divorcio, la citada pensión alimenticia, que sólo se extinguirá en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc.*** **Alimentos legales:** ***Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda en el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los mayores de edad (art. 93.2 Cc.). Aunque en la fecha del divorcio el hijo sea todavía menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y el uso del domicilio, la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio (modificación de medidas), la citada pensión alimenticia. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc. A partir de ese momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y ss. del Cc.*** **Alimentos legales: Voto particular:** ***En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFA, las***

obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto, regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el Cc., y sólo al hijo corresponde la legitimación para la reclamación de alimentos legales, no siendo de aplicación el artículo 93.2 Cc. No existe norma de contenido semejante al artículo 69 CDFA en el Cc.

Disposiciones citadas: ***Arts. 69 CDFA, 93, 142, 152 Cc.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a veintiuno de marzo de dos mil doce.

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 32/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de julio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 99/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 581/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo parte recurrente don N S M, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Lourdes Oña Llanos y dirigido por la Letrada doña Rafaela Poyato Gómez y como parte recurrida doña S M R y don D y don R S M, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández Hernández y dirigidos por el Letrado don Javier Hernández Hernández.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: En fecha 7 de mayo del 2010 la Procuradora Sra. Oña Llanos, en representación de don N S M, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas de Divorcio frente a doña Mª S M R, don D y don R S M y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte resolución por la que se modifiquen las medidas establecidas y se dejen sin efecto las siguientes: a): Las relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, dada la edad de los mismos. b): la pensión de alimentos fijada en su día a favor de los mismos. c): el uso del domicilio familiar atribuido a la esposa e hijos, limitándolo en todo caso a la solicitud de la liquidación del régimen económico de comunidad consorcial que rigió su matrimonio. Otrosí: se solicita la práctica de prueba y la adopción de medidas provisionales».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado al cónyuge contrario y se emplazó a los demandados quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron, interesando se dictase sentencia estimándose únicamente el pedimento relativo a la guarda y custodia y régimen de visitas. Por auto de 28 de junio se desestimó la petición de modificación provisional de medidas interesadas por el demandante.

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas instada por don N S M contra doña Mª S M R. Por tanto: 1: don N seguirá obligado a satisfacer la pensión alimenticia del hijo Rubén. 1.1. No obstante, mientras el hijo continúe realizando actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario

mínimo interprofesional (o prestación por desempleo en las mismas condiciones), quedará en suspenso el pago de la pensión. 1.2. Cuando R deje de realizar una actividad remunerada o no perciba prestación por desempleo o, los ingresos sean inferiores al salario mínimo, se reactivará la obligación de pago de la pensión en la cantidad actualizada que corresponda a la fijada en su día y por la pensión completa del mes en que se produzca alguna de las situaciones mencionadas. 1.3: El hijo deberá comunicar al alimentante las circunstancias que determinen el pago o el cese en el abono de la pensión. 1.4: La pensión de R no será exigible desde la pasada mensualidad de julio. 2: don Nemesio seguirá abonando la pensión alimenticia del hijo D, en los términos acordados en su día. 3: La atribución del uso del domicilio familiar quedará sin efecto el día 1 de diciembre de 2014. En defecto de acuerdo, será puesto a la venta a partir de dicha fecha. 4. No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Tercero: La representación procesal de la parte demandada interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario e impugnación de la resolución recurrida. Por Diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2011 se tuvo por presentado el escrito de la demandada contestando a la impugnación de contrario y se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña María S M R, don D y don R S M y desestimando la impugnación de don N S M, uno y otra contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, en el único sentido de suprimir la retroacción al mes de julio de 2010 de la obligación de don N de abonar la pensión de alimentos de su hijo R, contenida en el apartado 1.4 del fallo dictado, manteniéndose dicha obligación hasta la fecha de la sentencia recurrida. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Mª Lourdes Oña Llanos, actuando en nombre y representación de don N S M presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en la infracción de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Aragonesa 2/2020 de 26 de Mayo, de igualdad de relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (actual artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de tres de noviembre de 2011 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para la celebración de la vista el día 25 de enero de 2012. El señalamiento anterior fue suspendido a petición de la parte recurrida, señalándose de nuevo para la vista el día 29 de febrero de 2012 a las 9,30 horas, en que tuvo lugar.

Fundamentos de derecho

Primero: Resulta acreditado en las instancias procesales que don N S M y doña Mª S M R contrajeron matrimonio canónico en el Consulado de España en Düsseldorf (Alemania) el 18 de diciembre de 1976. De dicha unión nacieron y viven dos hijos, D S M, nacido en 1980, y R S M, nacido en 1989.

En fecha de 20 de mayo de 1998, el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza, con competencia en mate-

ria de familia, dictó sentencia en Autos de Divorcio 95/98, por la que declaró la disolución por divorcio del citado matrimonio, manteniendo los efectos fijados en la sentencia de separación de fecha 1 de marzo de 1996. Entre dichos acuerdos se atribuyó a la Sra. M R la guarda y custodia de los hijos y el uso del piso que fue domicilio familiar, fijándose un régimen de visitas a favor del padre. Se estableció que éste deberá entregar a su esposa 75.000 pesetas mensuales en concepto de pensión por alimentos para los hijos. Estas medidas fueron modificadas por sentencia de 6 de septiembre de 2000, recaída en Autos de Modificación de Medidas 190/2000, aumentándose la pensión de alimentos para cada hijo.

La representación de don N S M ha instado en los presentes autos la modificación de medidas de divorcio, invocando el tiempo transcurrido y la mayoría de edad de los hijos, que han finalizado sus estudios y han tenido acceso al mercado laboral, y solicita se dejen sin efecto las medidas relativas a la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, la pensión de alimentos fijada en su día a favor de éstos, y la atribución a la esposa e hijos del uso del domicilio familiar.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda de modificación de medidas. Respecto del hijo R, acuerda que el actor seguirá obligado a satisfacer la pensión alimenticia, la cual quedará en suspenso «mientras el hijo continúe realizando actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional (o prestación por desempleo en las mismas condiciones)». Funda esta decisión en lo siguiente:

Rubén está trabajando con ingresos no desdeñables, si bien con un contrato temporal que vencerá el próximo diciembre. Una interpretación actual y conjunta de los artículos 143, 146 y 152.3 del Código Civil y 66 de la Ley de Derecho de la Persona, que ampare todos los intereses en juego, permite concluir que no concurre causa de extinción de la pensión. El hijo cuenta con 21 años y su trabajo es temporal; está consolidando su incorporación al mercado laboral en un periodo ciertamente convulso y complicado. Por tanto, se va a fijar un sistema flexible y leal de suspensión del pago de la pensión.

Recurrida dicha sentencia en apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de julio de 2011 estima parcialmente el recurso interpuesto por los demandados y desestima la impugnación de don N S M. Respecto a su solicitud de que fuera suprimida la pensión respecto del hijo R, la fundamentación jurídica señala lo siguiente:

Debe rechazarse la supresión de la pensión de R pretendida por el actor impugnante pretende (sic), pues sus contratos han sido temporales, tiene 21 años y su ingreso en el mercado laboral no puede entenderse consolidada, situación en la que resulta más adecuada la suspensión acordada en la instancia.

Segundo: El recurso de casación se funda en un único motivo, que invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, actualmente artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo CDFA), y 93, 142 y 152.3 del Código Civil, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los mismos, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 8/2009 de 2 de septiembre. El indicado precepto del CDFA proviene realmente de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, y expresa que 1: Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2: El deber a que se refiere el apartado anterior se extinguirá

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

En el desarrollo del motivo la parte recurrente expresa que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos legales citados y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre el artículo 69 antes referenciado. Explica que el hijo R –al que se contrae el objeto del recurso– ha completado su formación, accediendo al mundo laboral, con contratos de trabajo sucesivos, aunque de carácter temporal. Concluye sosteniendo que con el mantenimiento de la pensión se vulneran los preceptos legales referidos y se favorece la pasividad vital del hijo.

Tercero: Es de significar que la sentencia impugnada, al rechazar el recurso del demandante respecto a su pretensión de que fuera suprimida la pensión reconocida a favor del hijo R, no expresa la razón jurídica en que apoya el mantenimiento de dicha prestación. La sucinta argumentación que ofrece, y que ha sido transcrita precedentemente, no cita precepto legal en el que fundar la obligación de que el demandante continúe siendo deudor de la prestación económica. Puede entenderse que, al confirmar la de primera instancia, acoge el apoyo normativo de ésta aunque, según se ha expuesto, la decisión adoptada por el juzgado se funda en la «interpretación actual y conjunta» de varios preceptos del Código Civil y del artículo 66 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona.

Ante ello, para la decisión del recurso resulta necesario determinar: a) si resulta de aplicación al caso el artículo 69 del CDFA; b) caso de que se estime no ser de aplicación, si otros preceptos legales habilitan la obligación de pago de la pensión, que pesa sobre el actor, y c) si el hijo mayor de edad está obligado a ejercitar la pretensión de alimentos frente a su progenitor, en procedimiento judicial independiente del juicio de divorcio en cuya sede nos hallamos.

Cuarto: El artículo 69 del CDFA procede, según hemos visto, del articulado de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

Dentro del capítulo destinado a regular el deber de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos, el artículo 66 de dicha Ley fijaba los gastos de los hijos mayores o emancipados, en los términos que se han trascrito en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. En aplicación de dicha norma, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse a través de distintas resoluciones.

La sentencia núm. 8/2009, de 2 de septiembre, afirma: El derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos. No obstante, el referido artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación y siempre que concurra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. Y el supuesto de hecho allí previsto es, en efecto, que dicho hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así, dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

Por tanto, la obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurran las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación. Otra cosa sería favorecer una situación vital pasiva que puede devenir –utilizando una expresión del Tri-

bunal Supremo– en un «parasitismo social». Por eso, esa duración hasta los 26 años que menciona el párrafo segundo de la norma cuya infracción se denuncia (y en el que se apoya la parte recurrida en su escrito de oposición) sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos. En el caso allí contemplado se trataba de una joven que optó a los 16 años por dar por completada su formación, con lo que voluntariamente se colocaba en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación. Y según apreció la juzgadora de primera instancia, desaprovechó las oportunidades que tuvo de hacerlo. Así las cosas, por un lado no estaba en la situación de tener que completar su formación; por otro lado la falta de recursos le era imputable. En consecuencia, esta Sala estimó el recurso de casación y, anulando la sentencia de la Audiencia, confirmó el fallo recaído en primera instancia, que había estimado la demanda del padre.

La sentencia núm. 11/2011, de 30 de noviembre, citando la de 2 de septiembre de 2009, expresó que aun cuando el derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, en sede del deber general de crianza y autoridad familiar respecto de los hijos. Tras invocar el contenido del Preámbulo de la propia Ley 13/2006, afirmaba que la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66… se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: Que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. En el caso allí examinado, dado que las dos hijas mayores de edad habían terminado, con buen resultado académico, las licenciaturas universitarias, se desestimaba la pretensión de exigir a uno de los progenitores el pago de los gastos de preparación de oposiciones o de especialización.

La sentencia 15/2011, de 30 de diciembre, aborda igualmente la problemática de aplicación de este precepto, indicando que esta Sala ya ha señalado (Sentencias de 2 de septiembre de 2009, 12 de mayo de 2010 y 30 de noviembre de 2011), conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 13/2006 (art. 69 CDFA), el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación. En atención a esta excepcionalidad, la realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aún iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no había de significar una obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, de modo que no se imponía al recurrente más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, en la edad de los veintiséis años.

Quinto: En el caso de autos es hecho declarado probado en las instancias que el hijo R, nacido en 1989, se incorporó al mercado de trabajo en julio de 2007. En el año 2008 tuvo un contrato de trabajo cuyos efectos se extendieron en un total de 152 días (de abril a septiembre de ese año). Realizó trabajos remunerados durante el año 2009 que le aportaron unos ingresos brutos de 931€. Durante el año 2010, con siete contratos suscritos con una empresa de trabajo temporal, trabajó 71 días entre los meses de enero y mayo.

No se trata, por lo tanto, de persona que esté completando su formación profesional, ya que ésta se dio por concluida cuando, cumplidos los dieciocho años, se incorporó al mercado laboral. Aunque las normas han de ser aplicadas conforme a la realidad social del momento, ni siquiera una interpretación extensiva del precepto puede llevarnos a considerar que el caso de R se integra en el supuesto de hecho de la norma. Su formación profesional se dio

por concluida en el momento de incorporarse al mundo del trabajo, y no aparece –ni se invoca como razón para sustentar la continuidad de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio– que el referido joven no hubiera completado su formación profesional.

De los diversos conceptos en que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 estimaba que podía producirse una infracción legal –por inaplicación, interpretación errónea o aplicación indebida–, y que actualmente deben considerarse implícitamente recogidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ninguno de ellos puede incluirse la infracción denunciada. Lo cierto es que, como antes hemos expuesto, la Audiencia Provincial no expresa en su fundamentación jurídica relativa a este punto, que se contiene en el segundo párrafo del segundo fundamento de derecho, cuál sea la norma que habilita el mantenimiento de la prestación. Pero no se ha producido una aplicación indebida del citado artículo 69 del CDFA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo.

Sexto: La Sala debe examinar si existe otro título legal, distinto del comprendido en el precepto antes citado, que permita atribuir al progenitor recurrente la obligación de continuar abonando la cantidad en concepto de pensión de alimentos para el hijo R, único al que se contrae el recurso.

Esta obligación fue establecida por la sentencia de separación matrimonial, de 1 de marzo de 1996, posteriormente confirmada en la de divorcio de 20 de mayo de 1998, y modificada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 6 de noviembre de 2001, en autos de modificación de medidas. La resolución tiene apoyo legal en el artículo 93 del Código Civil, conforme al cual El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

El artículo 152 del Código Civil, cuando prevé las causas de extinción de la obligación de dar alimentos, establece que este débito se extingue 3º) Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

En el caso de autos no puede sostenerse que la obligación del padre de satisfacer alimentos al hijo R se haya extinguido. La sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, mantiene una obligación de alimentos flexible y atemperada a las circunstancias concurrentes, de modo que don N sigue estando obligado al pago de la pensión alimenticia a R, pero cuya efectividad se suspende mientras el hijo continúe realizando una actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional, o prestación por desempleo en las mismas condiciones. Los hechos que se estiman probados no evidencian falta de diligencia en la búsqueda de trabajo por parte del hijo, sino más bien al contrario. Si las cosas fueran de otro modo, siempre podría el padre alimentante pedir que se declarase la extinción de su obligación por ser imputable al alimentista la situación de necesidad.

Séptimo: La medida de fijación de la pensión alimenticia en favor del hijo tiene cabida procesal en la sentencia de divorcio, conforme al artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil.

La STS 411/2000, de 24 de abril, al abordar la interpretación de este precepto, establece que: Por consecuencia de la rup-

tura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legitimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2 del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

En expresión de la STS 1222/2007, de 28 de noviembre, esta norma permite al juez fijar o a los cónyuges acordar en el convenio regulador, las cantidades que se deberían a los mayores que convivieran y carezcan de ingresos propios. Esta es una norma que evita litigios posteriores.

Aunque en este último caso la Sentencia estimó no aplicable dicho precepto, en atención a los hechos de aquellos autos, es lo cierto que de dicha doctrina jurisprudencial puede desprenderse una doctrina, aplicable al caso presente: Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda en el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los hijos mayores de edad. Aunque en este caso en la fecha de la disolución del vínculo matrimonial el hijo Rubén todavía era menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y uso del domicilio –que en este caso se ha acordado prolongar hasta el 1 de diciembre de 2014– la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio, la citada pensión alimenticia.

Sólo en el caso en que proceda la extinción del derecho de alimentos, en los términos prevenidos en el artículo 152 del Código Civil antes examinado, cesará la efectividad de ese derecho del hijo. A partir de ese momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Pero como ese supuesto no se ha producido en el caso de autos, por las razones ya expresadas en el anterior fundamento jurídico, el recurso de casación ha de ser desestimado.

Octavo: En cuanto a costas, dada la materia de la que se trata y la complejidad jurídica del caso, no procede su imposición a ninguna de las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación núm. 32/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Oña Llanos, en nombre y representación de don N S M, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 26 de julio de 2011; sin hacer imposición de costas devengadas en este recurso.

Contra la presente resolución 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 anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Voto particular

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto a la decisión mayoritaria de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2012 en recurso de casación número 32/2011, 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 los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la citada resolución. Se discrepa, sin embargo del resto, así como del fallo, que se considera debió ser íntegramente estimatorio del recurso interpuesto, por los fundamentos jurídicos que a continuación se exponen.

Fundamentos de derecho

Primero: El recurso de casación presentado por don Nemesio Sabina Moya plantea de nuevo ante esta Sala la cuestión jurídica del alcance que, por aplicación de la normativa propia de Aragón, debe atribuirse a la regulación contenida en el artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, luego traspuesto con idéntica regulación al artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2011, de 22 de marzo, sobre obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos cuanto éstos alcanzan la mayoría de edad o están emancipados por otra causa.

El artículo 69 del Código citado (CDFA en adelante), específicamente respecto de las obligaciones de los titulares de la autoridad familiar de continuar el sostenimiento de sus hijos mayores de edad o emancipados, prevé literalmente:

«Artículo 69.–*Gastos de los hijos mayores o emancipados.*–1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional o no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

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

En caso de situaciones de crisis del matrimonio o ruptura de convivencia de los progenitores, el artículo 82 del CDFA (cuyo antecedente de contenido idéntico es el artículo 8 de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres) no establece especialidad alguna respecto del artículo 69, pues reafirma la obligación de contribución de los padres a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos que estén a su cargos. En los siguientes términos:

«Artículo 82.–*Gastos de asistencia a los hijos.* 1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

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

3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.

4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. 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 la realización del gasto».

Estas normas aplicables en Aragón (a las que en adelante se hará referencia por su numeración en el CDFA), difieren de las establecidas para semejantes materias en el Código Civil (CC en lo sucesivo).

Segundo: En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFA, las obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, bien se mantenga la convivencia entre los padres, bien se produzca su término, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida.

Como sucede en otra instituciones de gran relevancia (mayoría de edad, facultades del menor de edad, resolución de conflictos familiares, usufructo vidual, derecho sucesorio familiar,… etc.) también en las previsiones relativas a posible mantenimiento de la autoridad familiar o patria potestad el CDFA y el CC difieren, históricamente y en su regulación actual: no existe norma de contenido semejante al artículo 69 del CDFA en el CC. La prórroga de la patria potestad en el CC sólo se prevé en el artículo 171, y exclusivamente para los casos de declaración de incapacidad de los hijos. Norma muy alejada y no parangonable con el artículo 69 CDFA, que, cuando concurran las circunstancias en él previstas, mantiene los deberes de sostenimiento propios de la autoridad familiar en Aragón respecto de todos los hijos, aun cuando sean capaces y, por tanto, hayan adquirido todos los derechos y deberes propios de haber alcanzado la mayoría de edad o la emancipación.

A salvo de este supuesto de prórroga de la patria potestad del artículo 171, en el CC (arts. 110, 154, 159, 169) la mayoría de edad o emancipación del hijo no declarado incapaz comporta el cese del derecho de alimentos inherente a la patria potestad, lo que supone la necesidad, en tal caso de mayor de edad o emancipado, de acudir para su fijación a la regulación más exigente y rigurosa general de alimentos recogida en los artículos 142 y siguientes del CC. Con la particularidad, para el caso de crisis de la convivencia de los padres, de darse la posibilidad jurisprudencialmente reconocida por el Tribunal Supremo ante la ausencia de previsión legal (así por ejemplo, en la sentencia de 24 de abril de 2000 que se menciona en la sentencia de la que ahora se discrepa) de que al progenitor que debe contribuir a sostener a los hijos y conviva con ellos se le reconozca legitimación, como interesado, para reclamar tales alimentos con base en la previsión del artículo 93 del Código Civil.

De modo que, en coherencia con las diversas regulaciones, es diferente a la del CC la remisión en Aragón a la reclamación por el título de alimentos en general previsto en el artículo 142 del Código Civil. Mientras en el CC la referencia del artículo 93 a este título de reclamación es directa en el caso de hijos mayores convivientes y a cargo del progenitor con el que convivan, en el artículo 69 CDFA la vía de reclamación del artículo 142 del CC pasa a segundo plano, pues, primero, se estará al mantenimiento de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el CC. Lo que, en el ámbito procesal conllevará, como literalmente recoge el artículo 69.2 CDFA, que sólo al hijo

corresponde la reclamación de alimentos, pues una vez extinguido su derecho como proveniente de la autoridad familiar, y por término de ésta, sus progenitores carecen ya de legitimación como titulares de la autoridad familiar extinta.

Tercero: Con independencia de la valoración que pueda recibir la distinta regulación de uno y otro cuerpo legal respecto de las instituciones que tratan, lo que resulta indudable es que, en todo caso, en Aragón, la regulación vigente y de aplicación es la recogida en el CDFA. La cual, debe reseñarse, recoge las obligaciones derivadas de los principios propios de la autoridad familiar de modo coherente y completo, sin lagunas que deban integrarse por aplicación supletoria del CC. Ciertamente, conforme a la previsión general del artículo 13, párrafo primero del CC, el artículo 93 CC es de aplicación directa y general en toda España. Pero ello no es óbice, como resulta del apartado 2 del mismo artículo 13, para que exista pleno respeto a las normas civiles propias de las Comunidades Autónomas que tengan competencia constitucionalmente reconocida en la materia, como ocurre en Aragón en el caso de las leyes antes citadas y en el CDFA, emanados de las instituciones aragonesas, en ejercicio de su exclusiva competencia en la materia, como recuerda la Exposición de Motivos de la citada Ley 2/2010, de 26 de mayo y la del CDFA, y que son normas vigentes posteriores al artículo 93 CC, y sin tacha de inconstitucionalidad. Por tanto, debe estarse a las previsiones contenidas en los artículos 69 y 82 del CDFA, con exclusión de la posible aplicación del CC, fuera del caso en que la propia normativa de Aragón lo invoca de modo expreso.

Cuarto: Las anteriores consideraciones y conclusiones sobre legislación aplicable han sido entendidas de igual modo al expuesto en varias ocasiones en sentencia de esta Sala, al resolver sobre reclamaciones de casos de crianza y alimentación por parte de hijos que convivían con uno de los progenitores. En ellas se resolvió la cuestión litigiosa conforme a las previsiones del CDFA, y no del CC.

Y en aplicación del CDFA, se consideró, respecto del fondo de la cuestión, que conforme al artículo 69 del vigente Código Aragonés, tanto en situaciones de convivencia de los padres, como en las de su cese a que se refiere el actual artículo 82 CDFA, el referente para entender terminado el mantenimiento de las obligaciones de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar es que el hijo haya terminado su formación y, por tanto, esté en condiciones de acceder al puesto de trabajo, y no que el hijo que estuviera a cargo de uno de los progenitores tuviera recursos propios o hubiera obtenido trabajo estable.

Así, desde sentencia de esta Sala de 2 de septiembre de 2009 se ha considerado que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación siempre que «no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos (…) por tanto, la obligación de alimentos (…) no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurran las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación».

Interpretación que se reafirma en sentencia de 12 de mayo de 2010, en la que, literalmente, se recoge «(…) para que se mantenga la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, aun habiendo alcanzado el descendiente la mayoría de edad, es preciso que el hijo no haya completado su formación profesional y, además, que no tenga recursos propios para sufragar, él mismo, tales gastos. El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete (…)».

En semejante sentido, sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2011, con refe-

rencia a sentencias anteriores, recogió que «(…) la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66 y que luego, ya en el texto de tal precepto, se concreta en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos más allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios (…)».

O, en fin, sentencia de 30 de diciembre de 2011: «(…) no resulta ajustado a la previsión de la norma señalar el momento de la independencia económica de los hijos mayores de edad como límite a la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, pues dicho límite legal se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido, y no en la independencia económica (…)».

Quinto: Por tanto, esta Sala resolvió las cuestiones planteadas similares a la actual conforme al derecho aragonés aplicable y, en cuanto a la cuestión sustantiva, la interpretación hecha reiteradamente del artículo 69 del CDFA se compendia, en lo que ahora interesa, en la consideración de que la extinción de la obligación de los padres de contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad o emancipados no tiene como referente el hecho de que éstos tengan independencia económica, sino que la norma fija como momento del término de la obligación el logro por parte de los descendientes de su adecuada formación para el ejercicio de actividad laboral. Mientras la educación se completa, los progenitores deben subvenir al pago de los gastos por la vía de la prórroga de la obligación derivada de la autoridad familiar. Pero una vez que el hijo mayor de edad ha adquirido la necesaria formación cesa esta situación de mantenimiento de las obligaciones de la autoridad familiar, aun cuando no tenga recursos propios.

Y como también resulta de las sentencias citadas, tal interpretación jurisprudencial se ha considerado por esta Sala de aplicación a toda relación entre progenitores e hijos, independientemente de que exista o no ruptura de la convivencia de los padres. De hecho, todas las sentencias referenciadas partían de una situación de crisis matrimonial.

En el caso de autos, sin embargo, la Sala modifica esta doctrina sin explicación específica del cambio de criterio, entendiendo en sus Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto que «(…) no existe infracción (del citado artículo 69 CDFA) por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo». Para luego considerar que «La Sala debe examinar si existe otro título legal distinto del comprendido en el precepto antes citado (el artículo 69 CDFA), que permita atribuir al progenitor recurrente la obligación de continuar abonando la cantidad en concepto de pensión de alimentos (…)». Y termina con la conclusión de ser de aplicación el artículo 93 del Código Civil y, por su referencia, el artículo 142 y 152 del mismo CC, con base en los cuales, finalmente, resuelve la cuestión.

Como cabe deducir de lo considerado hasta ahora, es esta aplicación del CC la que considera incorrecta quien suscribe, porque no debe excluirse en este caso la aplicación del artículo 69 CDFA, sino que, por el contrario, es esta la norma directamente aplicable al caso presente. Y con los efectos sustantivos derivados de su literalidad.

Quinto: Según recoge la resolución de la que se discrepa, la sentencia de divorcio de los cónyuges que son parte en el procedimiento fue dictada el día 20 de mayo de 1998, y mantuvo los efectos de la sentencia de separación dictada el 1 de marzo de 1966. El matrimonio tuvo dos hijos, D, nacido en 1980, y R, nacido en 1989.

Dado que en el presente recurso no se formula petición alguna respecto del hijo don D, afectado por discapacidad, respecto de la pensión señalada a su favor en la sen-

tencia recurrida queda conformado el recurrente y ningún pronunciamiento procede efectuar.

El segundo hijo, don R, terminó sus estudios y comenzó a trabajar en julio de 2007, y desde entonces ha tenido varios trabajos remunerados, en 2008, 2009 y 2010. Por tanto, como la propia sentencia indica, no se trata de persona que esté completando su formación profesional, pues ésta se dio por concluida en el momento de incorporarse al mundo del trabajo (año 2007, con 18 años), y no aparece, según recoge la propia sentencia, que el referido joven no hubiera completado su formación profesional.

Partiendo de tales premisas, recogidas en la propia sentencia de que se disiente, la normativa aplicable en Aragón respecto de la posibilidad de continuar las obligaciones derivadas de la autoridad familiar no es el CC, sino, como se expuso, el artículo 69 CDFA y la jurisprudencia sentada en su interpretación por esta Sala de modo reiterado. Y, conforme a ella, como también resulta de lo ya considerado, debe declararse extinguida la obligación de contribución de los padres al sostenimiento del hijo: el hijo, por su propia opción personal, optó por determinada formación profesional, que culminó con éxito y con posibilidades reales de acceder a la actividad laboral, como ha hecho y hace en la actualidad. Por tanto, falta el presupuesto de continuar su formación prevenido en el artículo 69 para mantener la obligación de los progenitores de pago de sus gastos de crianza y educación después de alcanzar la mayoría de edad, y se da sólo parcialmente el de carecer de recursos propios. No está presente así, la concurrencia simultánea de ambos requisitos ni, por tanto, cabe mantener, como hace la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida y la de esta Sala, la prórroga de la obligación del padre de subvenir a su sostenimiento por el título de mantenimiento ininterrumpido de la obligación derivada de la relación que la autoridad familiar establece entre padre e hijos.

No cabe excluir la previsión del artículo 69 CDFA y pasar a considerar de aplicación directa el artículo 93 del CC por el hecho de existir ruptura de la convivencia de los progenitores. Porque, en síntesis de lo ya expuesto, la prórroga de las obligaciones derivadas de la autoridad familiar del artículo 69 CDFA es aplicable en toda relación entre progenitores e hijos, sin distinción alguna derivada del hecho, en el que no intervienen los hijos, de ruptura de convivencia de los padres. Y porque, si se da situación de crisis de convivencia, la regulación de aplicación en Aragón para el supuesto presente, no es el artículo 93 CC, sino el artículo 82 del CDFA, en el que la mención «a su cargo» que recoge no cabe dotarla de contenido por referencia a normativa extraña al propio CDFA, sino por la que en él se contiene, y que viene definida por el repetido artículo 69 CDFA.

Sexto: Las anteriores conclusiones no cabe considerarlas contrarias a la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de abril de 2000 recogida, como antes se hizo referencia, en la sentencia de cuyo contenido se discrepa. Porque esta sentencia del TS no trata sobre la cuestión de fondo debatida ahora, sino que limita su pronunciamiento, en el recurso en interés de ley que resuelve, al problema concreto de si el cónyuge que tiene los hijos mayores a su cargo está o no legitimado para accionar en reclamación de alimentos de tales hijos mayores. Cuestión procesal relevante, sin duda, pero no planteada en este procedimiento y que es, en todo caso, accesoria al tema de fondo a resolver, de si procede o no mantener la pensión, con independencia de la cuestión adyacente de quién pueda reclamarla.

Cabe además reseñar, aunque no afecte al tema sustantivo de que se trata ahora, que la cuestión procesal de la legitimación del progenitor custodio para reclamar cuando proceda, no encuentra en el Derecho Aragonés la misma solución que la señalada en tal sentencia del Tribunal Supremo. Porque, si en Aragón se diera la situación recogida en tal sentencia, de que el progenitor que convive con los hijos

mayores debe contribuir a satisfacer los alimentos conforme a la legislación aragonesa ya estudiada, la legitimación para reclamar su contribución al otro le correspondería como titular directo de las obligaciones y derechos que para él también derivan de la autoridad familiar mantenida a pesar de la mayoría de edad de los hijos, y no por el título indirecto de tener un interés legítimo reflejo del derecho del que son titulares los hijos.

Séptimo: En consecuencia con lo expuesto, como se adelantó al principio de este Voto Particular, se discrepa con todo respeto de la sentencia de fecha veintiuno de marzo de 2012 dictada por esta Sala, entendiendo que, en lugar de lo resuelto en ella, por observancia de la normativa aragonesa de aplicación y de la interpretación sostenida por esta misma Sala de modo reiterado, el recurso debió ser estimado, casando la sentencia recurrida en el sentido interesado por el recurrente, de declarar extinguida la pensión de alimentos a favor de don R S M, derivada de la continuación de los derechos y deberes propios de una autoridad familiar ya extinta, y sin perjuicio del derecho del hijo de poder reclamarlos por otra vía. Todo ello con las consiguientes declaraciones no hacer expresa imposición de costas y devolución al recurrente del depósito constituido.

Voto particular que firmo en Zaragoza a veintiuno de marzo de dos mil doce.

24

NÚM. 24

S. TSJA 13/2012, de 9 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Valoración de la prueba practicada*: El informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior ha sido aportado en este pleito como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquel procedimiento, porque no es en este prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente. El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente.* **Carga de la prueba:** *Es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones y solicitar o no la práctica de informe pericial es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones. La facultad de interesar o no la práctica de prueba pericial incluye la de renunciar a la práctica de la prueba pericial inicialmente interesada.* **Opción legislativa distinta de la del Código civil:** *En materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Cc. y del Derecho aragonés. El Cc. (art. 92) 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 por ambos exige el acuerdo de ellos, 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, el artículo 80.2 CDFA ordena que, en interés de los hijos menores, el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida... Esta innovación justifica que la petición de custodia compartida haya sido causa de revisión de las medidas previamente acordadas (DT 6ª CDFA).*

Preferencia de la custodia compartida: *Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, de modo que, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última. La práctica*

y valoración de prueba efectuada en procedimiento anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 a la que la sentencia impugnada recurre, no tiene en cuenta las factores de la nueva ley ni motiva suficientemente como quiere la nueva ley el establecimiento de la custodia compartida, por lo que no respeta la actual preferencia del legislador por la custodia compartida. **Factores para excepcionar la custodia compartida:** ***El haber superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que los hijos vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia, el que no tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, así como la opinión de los menores favorable a vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial, son factores que, en el caso, no permiten excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida. Tampoco se acredita que la distancia que separa la casa del padre de la de la madre constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida.*** **Periodos de custodia compartida:** ***Se acuerda el establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores. Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80, DT 6ª CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a nueve de abril de dos mil doce.

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 29/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 21 de junio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 84/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 338/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don David Guerrero Perruca, representado por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio San Pío Sierra y dirigido por el Letrado don Juan Carrasco Zapata, y como parte recurrida doña Visitación Marzo Marqués, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigida por el letrado don Heliodoro López Cardo, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchis, actuando en nombre y representación de don David Guerrero Perruca, presentó demanda de Modificación de Medidas de divorcio en cuanto a la guardia compartida de los hijos del matrimonio contra doña Visitación Marzo Marqués 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 acordando: «1º: Las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos: a) titularidad y ejercicio de la patria potestad. No existe ningún obstáculo para que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sean compartidos entre ambos progenitores: b) Guarda y custodia de los hijos será compartida en la forma y manera que se deja interesada, y que damos por reproducida en aras de economía procesal: c) De los alimentos a favor de los hijos. Cada progenitor se hará cargo de la manutención integral de los hijos en los periodos en que éstos vivan con cada uno de ellos: Respecto de los gastos fijos mensuales, como escuela, libros, material esco-

lar, deporte, idiomas, etc., serán sufragados al 50% por ambos progenitores. En cuanto a los gastos fijos, se domiciliarán a una cuenta que se abrirá al efecto, en la que ambos progenitores deberán ingresar la mitad del importe al que asciendan los mismos: en cuanto a los gastos extraordinarios, referentes a salud y educación de los hijos, que sean necesarios y/o pactados por ambos progenitores, serán pagados al 50% entre ellos. Los que no sean necesarios, si no se pactan, serán abonados por el progenitor que los proponga: 3º: Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que hicieron, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la demandada, oponiéndose, esta última, a la modificación de medidas planteada de contrario, y en consecuencia se proceda a mantener en todos sus extremos las medidas acordadas.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador don Luis Barona Sanchis, en representación de don David Guerrero Perruca, se modifican las medidas adoptadas en proceso de divorcio núm. 640/2008, relativas al régimen de estancia y visitas de los tres hijos menores del matrimonio, José, Pilar y David Guerrero Marzo, acordándose que estos puedan estar en compañía del actor todas las tardes de la semana en que la madre tenga este turno de trabajo, desde la salida del colegio, hasta las 21,00 horas. Sin efectuar expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, 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 parte contraria y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y denegadas por auto de 7 de junio de 2011 las pruebas solicitadas, dictó sentencia de fecha de 21 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación interpuesto apelación por el Procurador don Luis Barona Sanchis, en nombre y representación de don David Guerrero Perruca, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, de fecha uno de marzo de dos mil once, dictada en autos de Incidente de modificación de medidas de divorcio, seguidos con el número 338/2010, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchis, actuando en nombre y representación de don David Guerrero Perruca, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso por Infracción Procesal y de Casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición de ambos recursos que basó en los siguientes motivos: De Infracción Procesal: Primero: Se considera infringido lo dispuesto en los artículos 209.4º y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Segundo: Conforme al artículo 469 Ley de Enjuiciamiento Civil: 3) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; 4) Vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 Constitución española: En el apartado III del recurso por Infracción Procesal solicitaba asimismo que por esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se acordara la práctica de prueba pericial judicial.

En cuanto al recurso de casación: 1º) Infracción por interpretación errónea,

del artículo 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española y el segundo, la infracción por inaplicación del artículo 2.2 de la misma Ley, en relación con el artículo 11.2 apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 15 de diciembre de 2011 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos planteados, admitiéndolos a trámite. Conferido traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo la representación legal de la parte demandada y el Ministerio Fiscal, terminando este último su escrito manifestando: «El Fiscal considera que se debiera estimar el recurso de casación foral, casar la sentencia de la AP Teruel 92/2011, 21 junio, declarando la custodia compartida de los tres menores (art. 487.2 Ley de Enjuiciamiento Civil): de 6, 12 y 15 años en los términos solicitados por el padre recurrente».

No habiéndose solicitado por la parte la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 14 de marzo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: La demanda que da lugar a la formación de este procedimiento contiene la pretensión de que se modifique la sentencia dictada el día 24 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel, confirmatoria de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Teruel el día 21 de julio de 2009, en el extremo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio cuya disolución se acordó, pues considera la parte demandante y ahora recurrente que el régimen que al respecto debe establecerse es el de custodia compartida y no, como en tales sentencias se recogió, el de guarda y custodia por parte de la madre.

En la sentencia citada de 21 de julio de 2009 dictada por el Juzgado, en argumentación respecto de la petición del padre demandante de que se instaurara la custodia compartida de los menores, se recogió que procedía mantener la custodia a cargo de la madre, tal y como había hecho el auto de medidas provisionales de 22 de enero de 2009. Previa referencia al informe emitido por el psicólogo del Equipo Técnico del Juzgado, se citaron en apoyo de tal decisión como motivos principales a los que había que atender: «(…) la unidad familiar en torno a la madre y familia de ésta, tíos, primos de los menores, estabilidad emocional, la escolarización de los menores en centros ubicados en Teruel capital (lo que conllevaría que el padre debería desplazarse con ellos para llevarlos al colegio) (…)». Apelada la anterior sentencia, sin que conste oposición del que era apelante y es ahora recurrente sobre la forma en que había tenido lugar la práctica de la prueba pericial psicológica, fue dictada la sentencia también citada, de 24 de noviembre de 2009 por la Audiencia de Teruel, que confirmó la dictada por el Juzgado, y en ella, respecto de la petición de custodia compartida hecha por el padre y debatida se consideró que no sólo no existía justificación para el establecimiento de tal régimen de atención a los menores, sino que tal medida había sido desaconsejada por el «(…) informe pericial psicológico emitido por unos profesionales cualificados e imparciales, cuales son quienes desempeñan su función como tales en el Juzgado de Menores de Teruel que, tras el examen de los progenitores y sus hijos, entienden más oportuno la concesión a la madre de la custodia de los menores».

Segundo: Una vez que entró en vigor la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, el padre presentó la demanda inicial de este procedimiento, en solicitud de modificación de

las medidas acordadas en las sentencias referidas, alegando en apoyo de su pretensión la nueva regulación sobre el régimen de custodia de los hijos menores, que ordena la custodia compartida como preferente sobre la individual y que, además, prevé en su Disposición Transitoria Primera que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de las medidas judicialmente adoptadas bajo la legislación anterior.

Dictada sentencia el día 1 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Teruel, en ella se expone que la nueva normativa no puede invocarse como una alteración sustancial que permita modificar las medidas antes adoptadas, y señala que «(…) El único motivo que podría conducir a la modificación pretendida es el deseo de los hijos mayores del matrimonio, José y Pilar, de convivir semanalmente con su padre, según resulta de la exploración de los mismos (…)» Tras valorar distintas circunstancias a tener en cuenta al tiempo de conceder relevancia a las exploraciones de menores en general, y de adolescentes en particular, termina considerando que, en este caso concreto, las circunstancias concurrentes aconsejan mantener la custodia a cargo de la madre, en lugar de la custodia compartida solicitada por el padre, si bien procede ampliar el régimen de visitas que antes se había previsto.

Apelada la anterior sentencia, la dictada el día 21 de junio de 2011 por la Audiencia Provincial de Teruel, y que es ahora objeto de recurso por infracción procesal y de casación, desestima el recurso de apelación con base, fundamentalmente, en el informe pericial que en el anterior procedimiento de divorcio había sido efectuado el 11 de mayo de 2009 por psicólogo dependiente de los Juzgados de Teruel, y porque considera que no ha habido variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el procedimiento anterior de divorcio cuando se acordaron las medidas cuya modificación se pretende.

Tercero: Contra esta última sentencia citada, el primer motivo en que se fundamenta el recurso por infracción procesal parte de considerar infringidos los artículos 209.4 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, según indica, en vicio de falta de claridad e incongruencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes y no atender la exigencia de motivación de las sentencias.

Aun a pesar de ser los citados vicios procesales los que enuncia el motivo de recurso, sin embargo, a lo largo de su desarrollo el recurrente no hace mención a cuáles puedan ser las razones que deban dar lugar a entender que exista incongruencia o falta de motivación. Por el contrario, en el cuerpo de este motivo lo que se combate es que la sentencia hubiera tenido en cuenta el informe evacuado en el procedimiento anterior de divorcio, así como la forma de exploración, en lugar de interrogatorio, en que fue hecha la audiencia de los menores en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Teruel.

La única referencia contenida en este punto del recurso a posible falta de congruencia o de motivación se limita a indicar que «(…)no parece de recibo la argumentación escueta y sucinta del Tribunal que, en los debidos términos de defensa no resulta coherente (…)» para, a continuación explicar tal afirmación por razones que no se concretan ya a la motivación o congruencia, sino al desacuerdo con las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal.

La lectura de la sentencia recurrida, lejos de evidenciar posible falta de motivación o incongruencia, muestra con claridad cuáles son las razones que han llevado a desestimar el recurso de apelación y es plenamente congruente con las cuestiones que habían sido planteadas en tal recurso. Sienta así, con claridad, que considera de pleno valor probatorio el mismo informe pericial que se practicó en el anterior procedimiento de divorcio; que no ha existido variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta entonces; y que, por tanto, no existe motivo que justifique la pretensión de la parte.

No cabe, en consecuencia, entender inmotivada en todo o en parte la sentencia recurrida ni, por tanto, cabe la admisión de este motivo de recurso por infracción procesal.

Cuarto: El segundo motivo del recurso por infracción procesal parte de entender infringidas las normas que rigen los actos y garantías procesales de modo determinante de nulidad y causante de indefensión, con cita, únicamente, del artículo 24 de la Constitución. Luego, a lo largo del motivo cita la parte como preceptos no observados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo genérico, los artículos 335 y siguientes y, de modo específico, los artículos 338.2, segundo párrafo y 339.5.

De las distintas consideraciones que, confusamente, se citan en el desarrollo del motivo de recurso sobre motivación de sentencias, práctica de pruebas y derecho sustantivo, la referencia a la práctica de prueba pericial que finalmente fundamenta el motivo pretende la incorrección de haber valorado un informe pericial que se practicó el día 11 de mayo de 2009 (aunque el recurrente indique que fue hecho en 2008) que no fue ratificado y sobre el que no se pudo preguntar; y el haber admitido que la demandada, y ahora recurrida, desistiera de la práctica de nuevo informe pericial.

Respecto del informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior, no corresponde ahora juzgar si fue hecho o no conforme a las normas procesales, puesto que, como tal informe pericial, fue aportado en otro procedimiento y no en el actual. En este pleito el informe fue aportado como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquel procedimiento, porque no es en éste prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente.

Y en relación con si fue procedente o no la admisión de la renuncia de la parte demandada a la práctica de la prueba pericial que inicialmente solicitó, no cabe sino estar a la previsión contenida en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, como es de plena lógica y coherencia procesal, que es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones. De modo que, en este caso, la parte demandada podía interesar o no la práctica de prueba pericial y, por tanto, tenía la facultad, derivada de tal potestad, de renunciar a la prueba primeramente interesada. Al igual que el actor pudo interesar la práctica de informe pericial y, si no lo hizo por las razones que fuera, es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones, sin que en tal actuación procesal de una u otra parte pueda la contraria intervenir.

En resumen, por tanto, el actor tuvo a su disposición, como la parte contraria, los medios hábiles para su defensa, sin que quepa reputar que exista la infracción que denuncia el actor del artículo 24 de la Constitución por el hecho de que él mismo, o la otra parte, hicieran el uso de los medios de prueba a su disposición como estimaron conveniente en defensa de sus pretensiones. Y en la admisión del informe técnico de otro procedimiento aportado como prueba documental no cabe apreciar que exista infracción alguna de los preceptos que como motivo de su recurso cita el recurrente. Por lo que este segundo motivo de recurso por infracción procesal debe ser desestimado.

Quinto: El único motivo de recurso de casación se fundamenta en que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 2.2 y 6 de la mencionada Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, con cita referenciada a los artículos 39.2 y 4 de la Constitución y 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En la exposición conjunta de las razones que argumenta el recurrente para llegar a entender infringidas las normas citadas parte, en todo caso, de considerar que la entrada en vigor de la nueva Ley Arago-

nesa 2/2010 debe comportar la aplicación del criterio preferente de custodia compartida y, por tanto, el cambio del régimen establecido en su caso.

Como se ha señalado antes en sentencias de esta Sala (sirva como ejemplo la de 9 de febrero de 2012), en materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de la convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Código Civil y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres». El Código Civil (art. 92) 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 por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, 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, el artículo 6 de la citada Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente transpuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante) 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, teniendo en cuenta, aparte de otras circunstancias de especial relevancia que puedan concurrir, los factores de edad, arraigo social y familiar de los hijos, y su opinión; así como la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres. Factores para cuya valoración, los mismos artículos 6 de la Ley y 80 del CDFA prevén que, antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Ante la innovación que introdujo en Aragón la ley citada respecto del régimen preferencial del Código Civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella.

Sexto: Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, entendido en el recto sentido de que, como indica la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011 «(…) 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 esto 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».

En consecuencia, como recoge la misma sentencia y ha sido después recordado en sentencias posteriores, como las de 1 de febrero o 9 de febrero de 2012, la posible conveniencia de adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así la acredite, frente al criterio preferente de la custodia compartida. Pruebas entre las que, como indica la misma sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2010 tienen especial relevancia la pericial practicada, especialmente los informes psicosociales, y la opinión de los hijos menores.

De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

Séptimo: La sentencia recurrida, de entre los factores y circunstancias prevenidas en la ley para poder establecer el régimen de custodia individual, acude a la prueba consistente en el informe psicosocial evacuado el día 11 de mayo de 2009 en el previo procedimiento de divorcio. De modo que, indica, la pretensión de custodia compartida fue rechazada en el procedimiento anterior tanto en la primera como en la segunda instancia, al estimar que dicha posibilidad había sido desaconsejada en un informe pericial psicológico, emitido por unos profesionales cualificados e imparciales. Y como estima la Sala que no ha existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio en la custodia determinada en aquel procedimiento, debe estarse a ella, manteniendo así la custodia individual.

Este razonamiento por referencia a otro, hecho antes de la entrada en vigor de la ley 2/2010, no tiene en cuenta la práctica y valoración de prueba efectuada conforme a los factores establecidos en la nueva ley, y, consecuentemente, no razona en la medida en que esta nueva ley lo requiere, el motivo por el que se establece el régimen de custodia individual, en lugar de respetar el preferentemente establecido ahora de custodia compartida.

El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más y, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente. Y no sólo por el tiempo transcurrido desde que se hizo en 2009, sino, sobre todo y especialmente, porque en tal periodo de tiempo ha sido radicalmente modificada la legislación aplicable, al entrar en vigor la ley 2/2010, y, con ella, la preferencia del criterio de custodia compartida sobre la individual. Y, en su concreción, cambiaron también los factores a que necesariamente debe estarse en la valoración de la prueba para poder excepcionar la custodia compartida y sobre los que la sentencia recurrida no efectúa consideración alguna.

Consecuencia de la falta de valoración y consiguiente consideración como probados de los factores por cuya concurrencia y ponderación prevé la Ley 2/2010 que pueda excepcionarse la custodia compartida, es que la sentencia recurrida, desatendió lo ordenado en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 y, por tanto, debe ser estimado el recurso de casación contra ella interpuesto con motivo de tal infracción casándola y dejándola sin efecto.

Estimando el recurso de casación, procede resolver sobre las pretensiones planteadas en la demanda rectora de este procedimiento por el ahora recurrente, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 (actual artículo 80.2 del CDFA), para determinar si existen razones que justificarían establecer custodia individual o si debe estarse al criterio referente de custodia compartida.

Octavo: Los tres hijos del matrimonio, José, Pilar y David que tienen hoy, respectivamente, 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia. No existe prueba que permita considerar que tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.

La opinión de los dos menores que tienen mayor edad, José y Pilar, manifestada libremente en la audiencia que tuvo lugar en este procedimiento, evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial que, debe ser claramente va-

lorado a favor del establecimiento de la custodia compartida.

El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital.

Noveno: En consecuencia con los datos expuestos valorando que la demandada no propone un plan de custodia compartida distinto del propuesto por el demandante y que es razonable el solicitado por el actor de establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, procede acordarlo así, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores.

En concreto, a partir del dictado de esta sentencia:

1: El régimen de custodia de los menores será el de custodia compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2: Los tres hijos del matrimonio permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del viernes. No cabe estimar el condicionamiento que pretende el demandante de pernocta en uno u otro domicilio según los turnos de trabajo de la madre, ya que, no siendo fijos tales turnos, hacer tal condicionamiento situaría a los hijos en una situación de incertidumbre inadmisible para la adecuada estabilidad y seguridad de vida diaria.

3: Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana. No obstante, ambos procurarán que los hijos no pierdan ocasión de contacto con el progenitor, o amigos o familiares de su entorno próximo, en el periodo en que no convivan con él, especialmente cuando tengan lugar celebraciones, viajes, reuniones o situaciones análogas que vengan fijadas por las fechas en que deban tener lugar y no por la voluntad del progenitor no custodio.

4: Las vacaciones escolares de los hijos comunes serán repartidas entre los progenitores por mitad:

Los periodos vacacionales escolares se repartirán, salvo acuerdo en otro sentido, del siguiente modo: en el periodo vacacional de verano, el padre permanecerá con los menores desde la conclusión de clases escolares y el mes de julio en los años pares, y el mes de agosto y hasta las nueva entrada al colegio en septiembre en los impares, y la madre permanecerá con los menores de forma alterna a lo expuesto.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos mitades. La primera desde el comienzo de las vacaciones hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; la segunda, desde el 31 de diciembre a las 20 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los hijos una de esta mitades, alternando cada año, correspondiendo, en los años en que la Navidad recaiga en año par, la primera mitad al padre y la segunda a la madre.

Durante el periodo vacacional de Semana Santa, los hijos permanecerán con uno solo de los progenitores, con el padre los años pares y con la madre los impares.

Una vez finalizadas las vacaciones, el régimen de estancia establecido en el apartado 2 anterior, empezará a regir de nuevo, continuando como quedó.

5: Los gastos de manutención y ordinarios de los hijos corresponderán al cónyuge que los tenga bajo su custodia en el periodo en que se produzcan, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de su abono.

Los gastos fijos mensuales, anuales o de periodos superiores, serán abonados al 50 por ciento por cada uno de los progenitores, acordando entre ellos la forma de compensación o abono.

Los gastos extraordinarios, referentes a salud, educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares que sean necesarios o se estimen convenientes por los padres serán sufragados al 50 por ciento por cada progenitor. Caso de no ser necesario el gasto y no existir conformidad entre los progenitores respecto de su conveniencia, serán abonados por el que decida efectuarlos.

Dado que el pago de gastos queda cifrado en la mitad para cada progenitor y que no consta que los salarios de uno y otro sean sustancialmente desiguales, no se estima procedente fijar asignación económica respecto de ninguno de los progenitores.

6: Se atribuye a la madre el uso de la que fue vivienda conyugal, sito en la Calle Bartolomé Esteban, de Teruel.

Décimo: De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando 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 no es íntegramente estimada, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don David Guerrero Perruca contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 21 de junio de 2011, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo ordenado en la sentencia anterior, con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente antes citado para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio de ambos litigantes dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Teruel, que fue íntegramente confirmada por sentencia de 24 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Teruel, acordamos que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de ambos litigantes, José, Pilar y David Guerrero Marzo será el de custodia compartida.

Las medidas en que se desarrollará tal régimen serán, en concreto, las siguientes:

1: El régimen de custodia de los menores será el de custodia compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2: Los tres hijos permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia durante todo el día, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del propio viernes.

3: Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.

4: Las vacaciones escolares de los hijos serán repartidas entre los progenitores por mitad:

Los periodos vacacionales escolares se repartirán, salvo acuerdo en otro sentido, del siguiente modo: en el periodo vacacional de verano, el padre permanecerá con los menores desde la conclusión de clases escolares y el mes de julio en los años pares, y el mes de agosto y hasta la nueva entrada al colegio en septiembre en los años

impares, y la madre permanecerá con los menores de forma alterna a lo expuesto.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos mitades. La primera desde el comienzo de las vacaciones hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; la segunda, desde el 31 de diciembre a las 20 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los hijos una de estas mitades, alternando cada año, correspondiendo, en los años en que la Navidad recaiga en año par, la primera mitad al padre y la segunda a la madre.

Durante el periodo vacacional de semana Santa, los hijos permanecerán con uno solo de los progenitores, con el padre los años pares y con la madre los impares.

Una vez finalizadas las vacaciones, el régimen de estancia establecido en el apartado 2 anterior, empezará a regir de nuevo, continuando como quedó.

5: Los gastos de manutención y ordinarios de los hijos corresponderán al cónyuge que los tenga bajo su custodia en el periodo en que se produzcan, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de su abono.

Los gastos fijos mensuales, anuales o de periodos superiores serán abonados al 50 por ciento por cada unos de los progenitores, acordando entre ellos la forma de compensación o abono.

Los gastos extraordinarios, referentes a la salud, educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares que sean necesarios o se estimen convenientes por los padres serán sufragados al 50 por ciento por cada progenitor. Caso de no ser necesario el gasto y no existir conformidad entre los progenitores respecto de su conveniencia, serán abonados por el progenitores que decida efectuarlos.

6: Se atribuye a la madre el uso de la que fue vivienda conyugal, sito en la Calle Bartolomé Esteban, de Teruel.

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. Firmado y rubricado».

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste y su remisión a la Audiencia Provincial de Teruel, expido y firmo la presente en Zaragoza a diecinueve de abril de dos mil doce.

25

NÚM. 25

S. TSJA 14/2012, de 11 de abril

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Inaplicación del Código civil*: Existiendo norma aragonesa reguladora de la asignación compensatoria (art. 83 CDFA), no son de aplicación los preceptos del Código civil que la parte recurrente cita como infringidos (97, 100, 101 y concordantes). Pedida la extinción de la pensión compensatoria, la norma atinente al caso es el artículo 83.5 CDFA.* **Naturaleza:** *Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija parapléjica de 33 años de edad son instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en este caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquélla con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos. Es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija, porque las consecuencias de la*

minusvalía de ésta se han agravado y con ello los gastos precisos para su asistencia, precisando de ayuda de terceras personas, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 83 CDFA, 97, 100 y 101 Cc.***

PONENTE: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a once de abril de dos mil doce.

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 36/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 27 de septiembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 343/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 1037/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrente don José Antonio B A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló y dirigido por el Letrado don José Antonio Sánchez Lucán y parte recurrida doña Mª Pilar G A, representada por el Procurador de los Tribunales don José Antonio García Medrano y dirigida por la Letrada doña Beatriz Claramunt Beltrán.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 28 de octubre del 2010, la Procuradora Sra. Ferrer Barceló, en representación de don José Antonio B A, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda de Modificación de Medidas definitivas frente a doña Mª Pilar G A y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «dicte sentencia en la que acuerde extinguir y dejar sin efecto la pensión compensatoria para la Sra. G y la pensión por alimentos para la hija de ambos, María Taida, ambas aprobadas en la sentencia de divorcio de 7 de marzo de 2003».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó, interesando: «se dictase sentencia desestimando la demanda y se acuerde no haber lugar a la modificación de las medidas establecidas en las cláusulas relativas a pensión compensatoria y alimentos del Convenio Regulador aprobado por sentencia de 7 de marzo de 2003. Subsidiariamente y para el caso de que se acordase una disminución en la cuantía de las pensiones fijadas a favor de la demanda y su hija, ésta debería ser atendiendo al porcentaje que se corresponda con la disminución de ingresos».

En otrosí se formuló reconvención en base a los hechos y fundamentos que consideró oportunos, suplicando: «previos los trámites legales pertinentes, incluidos el recibimiento del pleito a prueba, fije una pensión de alimentos a favor de mi representada de 450€».

Por auto de 17 de diciembre de 2010 se tuvo por contestada la demanda, inadmitiéndose la reconvención. Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 11 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ferrer Barceló, en nombre y representación de don José Antonio B A frente a doña Mª Pilar G A, debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada por este Juzgado el 7 de marzo de 2003 en autos 177/2003. Con condena en costas a la actora».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposi-

ción al recurso presentado de contrario. Por Diligencia de ordenación de 15 de junio de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, Sección Segunda, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 27 de septiembre de 2011, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don José Antonio B A contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza el 11 de abril de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma salvo el apartado referente a las costas de la instancia que se revoca, sin hacer declaración de las mismas. No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló, actuando en nombre y representación de don José Antonio B A presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia, y una vez se tuvo por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «I. Infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 83 del Código del Derecho Foral Aragonés. Infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida de las normas de derecho común previstas en los artículos 97, 100, 101 y concordantes del Código Civil. II. Vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación compensatoria, su naturaleza temporal o indefinida, su revisión en los casos de variación sustancial de la situación económica de perceptor o pagador, extinción por alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó y cese de la causa que la motivó».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 21 de diciembre de 2011 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para la votación y fallo el día 14 de marzo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: El demandante instó del Juzgado de Primera Instancia la modificación de las medidas definitivas acordadas en autos de divorcio, concretando su petición en dos puntos: extinguir la pensión compensatoria a favor de la Sra. G, y dejar sin efecto la pensión por alimentos para María Taida, hija de los cónyuges ahora divorciados. Fundaba su pretensión, por una parte, en que sus ingresos se han visto mermados y sus gastos significativamente aumentados como consecuencia de su pase a la reserva; y en cuanto a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta que ésta se ha abonado durante un período de diez años, tras el cual la Sra. Gan ha rehecho su vida con total independencia, demostrando su capacidad para desenvolverse autónomamente.

La sentencia de primera instancia ha desestimado la demanda, al entender que respecto a la pensión compensatoria no se han producido circunstancias relevantes que puedan determinar su extinción, pues la capacidad económica de la Sra. G no ha mejorado, manteniendo su puesto de trabajo y sus retribuciones, mientras que el hecho de pasar el actor a situación de reserva por edad sólo ha significado una reducción de sus ingresos líquidos mensuales, pero mantiene en propiedad una vivienda sita en Jaca, con garaje y trastero, que se le atribuyó libre de cargas en el convenio regulador de separación matrimonial, habiendo además adquirido por título hereditario un patrimonio cuyo valor líquido es de 95.076,78€. Respecto de la pensión alimenticia a favor de la hija común María Taida, las circunstancias económicas de ésta no han mejorado, sino que las consecuencias derivadas de su minusvalía se han agravado y con ello los

gastos precisos para su asistencia, de forma que no puede valerse por sí misma, precisando de ayuda de terceras personas para la mayoría de las actividades básicas diarias, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

La Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia, salvo en el pronunciamiento relativo a costas de la instancia, respecto de las que no hace imposición. En su fundamentación jurídica mantiene en lo esencial los razonamientos del juez de primera instancia, y explicita que «la hija María Taida, de treinta y tres años, trabajó un mes en 2001, cuatro en 2007 y seis meses en 2008, y como consecuencia de accidente de tráfico sufrido en 1997 presenta paraplejia a nivel D 6, vejiga e intestino neurógenos, síndrome depresivo grave y precisa ayuda de tercera persona para cualquier actividad de la vida diaria y adaptación en su vivienda. Percibe desde abril de 2010 una pensión de invalidez de 509,55€ y vive con su madre». Añade, como razonamientos que avalan el fallo desestimatorio, que la sentencia de divorcio estableció la pensión alimenticia para Taida de 156,11€ mensuales sin perjuicio de las ayudas que ésta pueda percibir, concluyendo que «es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija».

Segundo: El demandante recurre en casación invocando dos motivos. El primero denuncia infracción, en concepto de interpretación errónea y aplicación indebida, del artículo 83 del Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo CDFA), e infracción, en los mismos conceptos, de las normas de derecho común previstas en los artículos 97, 100, 101 y concordantes del Código Civil. El segundo motivo invoca la vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asignación compensatoria, su naturaleza temporal o indefinida, su revisión en los casos de variación sustancial de la situación económica de perceptor o pagador, extinción por alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó y cese de la causa que la motivó.

El recurso se contrae a la pensión compensatoria a favor de la demandada doña Mª Pilar G A, por cuanto termina solicitando de esta Sala que, casando y anulando la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estime la demanda en lo que se refiere a la pensión compensatoria a favor de aquélla.

Acerca de los motivos del recurso, la Sala ha de hacer las siguientes consideraciones: a) el primero de ellos no deslinda, a lo largo de su desarrollo, el concepto de las infracciones denunciadas, dejando en la indeterminación si la parte recurrente considera aplicable o no el artículo 83 del CDFA y los preceptos del Código Civil invocados; b) si se entiende producida una aplicación indebida de preceptos legales carece de sentido invocar, a la vez, su interpretación errónea, pues sencillamente no debían de ser objeto de interpretación por la Audiencia, al resultar inaplicables al caso; c) el motivo segundo, en cuanto denuncia la vulneración de doctrina jurisprudencial, no tiene en cuenta en su formulación lo dispuesto en el artículo 477.1 de la LEC, que considera como motivos de recurso de casación exclusivamente las infracciones legales; d) en todo caso, habiendo sido admitidos ambos, los dos motivos serán objeto de examen conjunto, en cuanto que el segundo únicamente trata de reforzar con cita jurisprudencial los argumentos expresados para entender infringidas las normas jurídicas.

Tercero: El ordenamiento civil aragonés ha regulado la asignación compensatoria en el artículo 9 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Dicho texto legal ha sido incorporado al CDFA, integrando hoy el contenido de su artículo 83.

En la sentencia de esta Sala 15/2011, de 30 de diciembre, expresábamos: La asignación compensatoria prevista en el artículo 9

de la Ley aragonesa 2/2010 (art. 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres.

Ya el Preámbulo de la ley (párrafo final de su apartado VII, que es ahora el penúltimo párrafo del apartado 10 del Preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón) prevé «la posibilidad de que uno de los padres solicite al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia». Esta previsión se concreta en el artículo 9.1 del texto normativo: «El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria».

Existe por tanto norma aragonesa reguladora de la cuestión debatida, cual es la procedencia en derecho de mantener la citada asignación –en los términos en que el derecho civil aragonés se expresa– a favor de la que fue cónyuge del demandante. De ello deriva que no ha existido infracción por aplicación indebida de la ley aragonesa, y que no son de aplicación los preceptos del Código Civil que la parte recurrente cita en el primer motivo.

Fijado así el derecho aplicable, examinaremos seguidamente si la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia de primera instancia, interpretó erróneamente el precepto aragonés indicado.

Cuarto: La pensión compensatoria de la que aparece como acreedora la Sra. G fue fijada en la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo dictada por el juzgado en fecha de 7 de marzo de 2003, momento en que era de aplicación la normativa del Código Civil, ante la ausencia de derecho propio de esta Comunidad Autónoma. La sentencia aprobó el convenio regulador de 24 de enero de 2003, la fijó en 624,45 euros mensuales y sin limitación de plazo. Dicha pensión se venía abonando desde la fecha de la separación matrimonial, sucedida en 2001. La cuantía actualizada es de 736,61 euros mensuales.

Como quiera que la pretensión del actor, en su demanda y en el presente recurso, es que se «acuerde extinguir y dejar sin efecto la pensión compensatoria para la Sr. G», la norma atinente al caso es el artículo 83.5 del CDFA, conforme al cual: La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del perceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del perceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad.

De tales supuestos extintivos, se invocan en la demanda dos, cuales son la convivencia marital de la perceptora con pareja estable, y la alteración sustancial de las circunstancias económicas respecto al momento en que la pensión se acordó.

La convivencia marital no se da por probada en las instancias, y a ello hemos de estar en el recurso de casación. La sentencia del juzgado, ratificada en este punto por la Audiencia, expresa –fundamento jurídico tercero– que «refiere el actor igualmente que la demandada tiene en la actualidad pareja estable, pero ni ha resultado acreditada tal supuesta relación sentimental de la Sra. Gan ni mucho menos se ha probado una relación de convivencia marital estable que supondría la supresión de dicha pensión compensatoria».

Las circunstancias económicas concurrentes se describen pormenorizadamente en la sentencia de primera instancia. En ella se explica la situación económica del actor recurrente, quien al pasar a situación profesional de «reserva por edad» ha visto

reducidos sus ingresos líquidos mensuales de 3.300 euros a 2.282 euros. Pero también se expresa que aunque haya perdido el derecho a su vivienda en el pabellón de la Comandancia de la Guardia Civil mantiene en propiedad la vivienda sita en Jaca, con su garaje y trastero, que se le atribuyó libre de cargas en el convenio regulador de separación matrimonial y que es en el que reside actualmente. Añade que no es hecho acreditado que la demandada haya mejorado su situación económica. Y, respecto a la situación de ésta, que convive y atiende a la hija común, refiere las necesidades derivadas de esos cuidados, en los términos que han sido recogidos en el primer fundamento de derecho.

Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija son instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en esta caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquélla con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos.

En el examen de estas circunstancias, la sentencia recurrida concluye afirmando que «es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija», de modo que «la valoración del Juzgador de instancia resulta ponderada a las circunstancias concurrentes».

Esta ponderación, que compete realizar a los tribunales de instancia, no aparece como ilógica o arbitraria, sino ajustada a los hechos probados que no son revisables en casación.

No estimamos infringida la norma contenida en el 83 del CDFA, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

Quinto: En cuanto a costas, procede su imposición a la parte recurrente, cuyas pretensiones son desestimadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 36/2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló, en nombre y representación de don José Antonio B A, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 27 de septiembre de 2011; con imposición a la parte recurrente de costas devengadas en este recurso.

Contra la presente resolución 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.

26

NÚM. 26

S. TSJA 15/2012, de 12 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: Reiteración de la doctrina jurisprudencial contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, sobre la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional. También reitera que la custodia compartida se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de la facultades necesarias a tal fin, y no se pruebe que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general.* **Periodos de custodia compartida:** *La solución*

adoptada es un régimen de custodia compartida sui generis al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino que se amplía el tiempo de permanencia de los niños con el padre: las dos tardes intersemanales se completan con pernocta y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio.

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Gastos extraordinarios necesarios: ***La contribución de los progenitores, tanto a los gastos ordinarios como extraordinarios necesarios de sus hijos menores, ha de ser proporcional a sus recursos económicos disponibles (art. 82.1 y 82.4 CDFA). La distribución entre los padres de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción que los ordinarios, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25%. Ello referido a los extraordinarios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a doce de abril de dos mil doce.

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 34/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 12 de julio de 2011, recaída en el rollo de apelación número 259/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 861/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña S G H, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Margarita Pomar García y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y don J R P, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Viloria Alebesque y dirigido por la Letrada doña Mª José Andrés García.

Es Ponente la Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 8 de septiembre de 2010 la Procuradora Sra. V A, en representación de don J R P, presentó ante el Juzgado decano de los de Zaragoza demanda en solicitud de custodia compartida frente a doña S G H y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «1º: Que se atribuya conjuntamente la guarda y custodia de los hijos menores a ambos progenitores con el siguiente plan de relaciones: A) Los hijos menores permanecerán bajo la custodia de cada progenitor por periodos semanales, comenzando el viernes de cada semana desde la salida del colegio. B) El progenitor no custodio podrá estar con sus hijos dos tardes a la semana, los lunes y los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 21,30 horas. C) Los meses de Julio y Agosto cada progenitor tendrá bajo su custodia a los menores por períodos quincenales completos, sin que exista régimen de visitas alguno. 2º: En cuanto a las cargas familiares, cada progenitor deberá satisfacer los alimentos de los menores durante el período que convivan con ellos, sin perjuicio de los gastos extraordinarios, que deberán ser satisfechos por ambos progenitores al 50%, siempre que se hayan adoptado de común acuerdo. 3º: Que, si es de su interés, se atribuya el uso del domicilio familiar a la esposa, abonando a mi representado la cantidad mensual de 300€, en concepto de alquiler. Si no es de su interés, que se proceda a su venta. En otrosí y con carácter subsidiario, caso de no ser concedida la custodia compartida venimos a solicitar la Modificación de Medidas adoptadas en sentencia de 24 de abril de 2009 en el siguiente sentido: 1º. Respecto del régimen de visitas se mantenga el mismo que rige en la actualidad, si bien se amplíe el horario de entrega de los menores hasta las 21,30 horas. 2º. En concepto de pensión por alimentos, se minorice la cantidad mensual en 250€ mensuales, de manera que el padre pase a abonar 456€ (…). 3º. Respecto de los gastos extraordinarios de los menores, se establezca su abono al 50%, siempre que se realicen estando de

mutuo acuerdo ambos progenitores». Por la parte se solicitó la práctica de prueba anticipada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada, quien la contestó en forma oponiéndose a la misma y solicitando la práctica de prueba anticipada, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por don J R P contra doña S G H, debo declarar y declaro la plena subsistencia de las medidas adoptadas por Sentencia de Dirvorcio de fecha 24 de abril de 2009, sin que proceda ninguna modificación en las mismas. No procede imponer las costas de esta instancia a ninguna de las partes».

Tercero: Interpuesto por la representación de don J R P, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, se tuvo por preparado y se emplazó y se dio traslado del escrito de interposición a las partes contrarias, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ésta dictó sentencia de fecha de 12 de julio de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don J R P frente a la Sentencia de fecha de 9 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de los de Zaragoza en los autos de Modificación de Medidas núm. 861/10, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de: La guarda y custodia de los menores Alba y Jacobo se otorga de forma compartida a ambos progenitores de la siguiente manera: El padre tendrá a los menores los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta el lunes a la entrada del mismo, cuando lo haya o entregándolos en el domicilio materno, así como los martes y jueves desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta la mañana del día siguiente a la entrada del colegio o cuando no haya, en el domicilio materno. El resto del tiempo los menores permanecerán con su madre. Las vacaciones escolares de verano, Semana Santa y Navidad se distribuirán en la forma y modo con la que se han venido realizando hasta la fecha, así como las del Pilar. Para atender los gastos de los menores, a excepción de los de alimentación, cada progenitor ingresará mensualmente en cuenta abierta al efecto a nombre de ambos 300 euros el actor y 100 la demandada. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos. Se mantienen el resto de medidas que no contradigan lo estipulado en la presente resolución, todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González, actuando en nombre y representación de doña S G H, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) Vulneración de lo dispuesto en el artículo 469.1,2º de la LEC. 2º) Vulneración del artículo 469.1.3º de la LEC. 3º) Vulneración del artículo 469.1.4º de la LEC.

En cuanto al recurso de casación, invoca la parte interés casacional por estar fundamentado en norma inferior a cinco años en vigor y lo funda en la infracción del artículo 80.2 y 82.4 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 28 de noviembre de 2011 providencia dando traslado a las partes por diez días a fin de que formularan alegaciones sobre la posible concu-

rrencia de una posible causa de inadmisión de los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal prevista en el artículo 473.2.2º, en relación con el 669.1, 2º, 3º y 4º, ambos de la LEC, por manifiesta falta de fundamento.

Evacuado el trámite anterior se presentaron los oportunos escritos. La representación del recurrente alegó que las infracciones procesales están fundamentadas, al menos con entidad suficiente para ser admitido a trámite el recurso y proceder a su estudio de fondo.

La representación de la parte recurrida alega conformidad con los motivos de inadmisión señalados por la Sala, interesando por ello la inadmisión de los recursos.

Por el Ministerio Fiscal se considera que procede declarar la inadmisión de los tres motivos del recurso por infracción procesal alegados por la recurrente de conformidad con el artículo 473.1.2.º LEC.

Sexto: Por auto de 12 de enero de 2012 la Sala 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. Segundo: Inadmitir los motivos de infracción procesal formulados por la representación procesal de doña S G H. Tercero: Admitir a trámite el recurso de casación. Cuarto: Dar el traslado establecido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil a las partes recurridas, para que formalicen su oposición al recurso de casación por escrito, en el plazo de veinte días, y para los demás efectos legalmente prevenidos.

Presentados los escritos de oposición dentro de plazo, por providencia de 17 de febrero se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: El primero de los motivos de casación que resultaron admitidos denuncia infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA). Argumenta el recurrente que, si bien dicho precepto establece de forma preferente el sistema de custodia compartida, esta preferencia no debe ser aplicada sin más, sino teniendo en cuenta todos los criterios previstos en la ley, en aras a conseguir lo que, siendo más favorable para el niño, ponga a los progenitores en situación de igualdad. A la vista de lo expresado en el informe pericial (que recomendó que se mantuviera el reparto de tiempo existente entre los progenitores) concluye que la sentencia recurrida no ha contemplado el interés de los menores. En especial, indica que la custodia compartida ha de ser perjudicial sobre todo para el menor Jacobo, dadas sus especiales características (trastorno psíquico que le produce una minusvalía del 65%).

En la fundamentación de la sentencia objeto de recurso se hace referencia a una resultancia fáctica de la que hay que partir en esta sede casacional y que en síntesis es la que sigue: En el informe del gabinete psicosocial se destaca que la organización y el reparto del tiempo actual (régimen de visitas amplio) no ha supuesto alteración en las rutinas y hábitos cotidianos del menor Jacobo, quien tiene interiorizada esa dinámica. Se aconseja en dicho informe mantener el actual reparto del tiempo entre los progenitores ampliándose la entrega de los menores hasta las 21 horas. El padre mantiene una actitud general de gran interés y sentimientos afectivos hacia sus hijos, y dispone de los recursos personales y familiares adecuados para atender adecuadamente las necesidades y el desarrollo psicoevolutivo de sus hijos; está facultado por tanto para ejercer la guarda de sus hijos. La hija Alba tiene una clara predisposición a permanecer con su hermano y aboga por un aumento del tiempo de estancia con su padre.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta que el propio informe psicosocial aconseja la ampliación del régimen de visitas, razona la sentencia impugnada que no existe inconveniente en que se amplíen las estancias que vienen realizándose en la actualidad, de tal manera que los dos días

intersemanales se completen (con pernocta) y en los fines de semana la entrega se realice los lunes por la mañana, lo que a la postre viene a suponer una custodia compartida…

Segundo: Como dijimos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012 con cita de otras precedentes, … en el precepto del artículo 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares (…) Lo anterior no tiene un carácter absoluto sino que, como señala la recurrente, se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. La reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), a la que se remite la de 8 de febrero (recurso 27/2011) resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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)».

En la ya reseñada de 15 de diciembre de 2011 precisamos, también con cita de otras anteriores, que se aplicará la custodia compartida 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, y que por tanto la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que esta última resulta más conveniente o, por lo que acabamos de decir, que en el caso concreto concurren 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.

Tercero: La aplicación de la expresada doctrina al caso que nos ocupa conduce, forzosamente, a la desestimación de este motivo de casación. El examen de la sentencia recurrida, y teniendo en cuenta los criterios expuestos en el fundamento segundo, revela que no concurren en el caso razones que justifiquen hacer una excepción al criterio legal. No es razón suficiente la minusvalía del niño Jacobo a tenor del resultado de la prueba apreciada por el juzgador de instancia y no hay ningún otro elemento (fuera de la opinión subjetiva de la madre) que permita concluir que, en este concreto supuesto, conviene más al interés del menor la custodia individual o el mantenimiento del régimen anterior, más restringido, de permanencia con el padre. Además, la solución que adopta la

sentencia, y si bien es un régimen de custodia compartida sui generis, no se aleja sustancialmente de lo aconsejado por el gabinete (prueba valorada conforme a las reglas de la sana crítica) al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino por el método de ampliar un poco más todavía el tiempo de permanencia de los niños con el padre que lo que el informe psicosocial sugería: las dos tardes intersemanales se alargan no ya hasta las 21 horas, sino que se completan con pernocta; y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio. Así lo ha resuelto la sentencia y a esa decisión hay que estar, pues nada hay que indique que lo acordado en ella es perjudicial para el menor.

En suma, ninguna vulneración del artículo 80.2 del CDFA es de apreciar, por lo que este motivo recurso no prospera.

Cuarto: El segundo de los motivos invoca la infracción del artículo 82.4 CDFA. Este precepto establece que Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. El criterio no difiere del establecido en el apartado primero donde, en relación con los gastos de asistencia en general, se impone la contribución de ambos padres, con sus recursos económicos, proporcionalmente.

La sentencia recurrida dispone una contribución mensual de 300 euros el padre y 100 euros la madre en relación con los gastos ordinarios de los menores (a excepción de los de alimentación). Este pronunciamiento, que no es objeto de recurso, se motiva en el párrafo segundo del fundamento tercero de la sentencia, donde se da cuenta de los parámetros que han sido valorados para determinar este punto del fallo. Sin embargo, la sentencia prevé que los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos.

Ninguna razón hay, y desde luego no se expresa en la sentencia, para apartarse en este punto de la proporción establecida para los gastos ordinarios, con lo que se infringe la norma del artículo 82.4 citada. En consecuencia, procede estimar este motivo de casación, declarando, tal como solicita el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, que la distribución entre los cónyuges de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25%. Ello referido a los extraordinarios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal, es decir que 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 la realización del gasto.

La estimación de este motivo de recurso conduce a la revocación parcial de la sentencia impugnada, en el solo extremo relativo al abono de los gastos extraordinarios de los menores.

Quinto: Al resultar acogido uno de los motivos del recurso de casación, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero: Declaramos haber lugar en parte al recurso formulado por la Procuradora Sra. Uriarte González actuando en nombre y representación de doña S G H contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha 12 de julio de 2011. En su consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia en el pronunciamiento relativo al abono de los gastos extraordinarios necesarios. En su lugar, acordamos que el padre abonará el 75% y la madre el 25% de los mismos.

Segundo: No se hace condena en las costas de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

Tercero: 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.

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.

27

NÚM. 27

S. TSJA 16/2012, de 16 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Alimentos legales*: El demandante invocó en su demanda tan solo la regulación de los artículos 142 y ss. del Cc., sin referencia alguna al artículo 69 CDFA, mientras que la Audiencia valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 CDFA. El Tribunal, conforme al principio iura novit curia, debe observar el derecho que crea realmente de aplicación, con ello no se modifica la causa de pedir, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trate de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial. Pero la aplicación al caso del artículo 69 CDFA es incorrecta porque no se dan sus presupuestos.* **Régimen especial del deber de crianza y educación:** *El artículo 69 CDFA establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad. Pese a ser mayor o emancipado, si se dan los presupuestos de la norma, se mantiene el derecho del hijo, y consiguiente obligación de los padres, de que éstos sufraguen su sostenimiento sin necesidad de acudir al régimen general de alimentos. El deber de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación. Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar.*

Límites legales: *La situación especial que resulta del artículo 69 CDFA no es indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad (que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios), o en los demás casos previstos en el propio artículo 69 (que ya no sea razonable su exigencia por haber transcurrido el tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años). En tales casos termina la especial prolongación del deber de crianza y educación vinculado a la autoridad familiar, y a partir de ese momento queda salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título: por la vía del régimen general de alimentos y previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o causada por su falta de diligencia.* **Mantenimiento, no constitución ex novo:** *La norma del artículo 69 CDFA permite el mantenimiento o prolongación de la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar, a pesar de que tal autoridad familiar preexistente haya terminado por la emancipación o mayoría de edad del hijo, pero no permite su constitución ex novo si la prolongación del deber de sostenimiento no tuvo lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 69 CDFA, 142 y ss. Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil doce.

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 37/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 13 de octubre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 375/2011, dimanante de autos de Juicio Verbal 1164/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Ángel D D, representado por el Procurador de los Tribunales don David Sanau Villarroya y dirigido por el Letrado don Alfredo de Ojeda Villarroya, y como parte recurrida don Jorge D R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rosario Viñuales Royo y dirigido por la letrada doña Mª de los Ángeles Larrés Omedas.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Rosario Viñuales Royo, actuando en nombre y representación de don Jorge D. R., presentó demanda de Juicio Verbal contra don Ángel Raimundo D. D., en reclamación de alimentos, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinente, terminó suplicando el pago de 300 euros mensuales, cantidad que habría de ser incrementada anualmente con la variación del índice de precios al consumo.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria citándola para juicio, personándose ésta y solicitando prueba, que fue practicada la admitida, y celebrada la vista, se dictó sentencia en fecha de 6 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Desestimando íntegramente la demanda promovida por la representación procesal de don Jorge D. R., se realizan los siguientes pronunciamientos: PRIMERO: Debo absolver y absuelvo al demandado, don Ángel Raimundo D. D., para que no abone cantidad alguna a su hijo don Jorge D. R. en concepto de pensión de alimentos, al tenerse por extinguida tal obligación por no cumplirse por el momento los requisitos legales: SEGUNDO: Debo condenar y condeno al demandante, don Jorge D. R., al pago de costas procesales derivadas de este procedimiento».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Trece de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, y admitida la prueba documental aportada por la parte apelante, ésta dictó sentencia de fecha 13 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don Jorge D. R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de Zaragoza el 6 de abril de 2011, debemos revocar y revocamos la misma parcialmente, y estimando en parte la demanda formulada por dicho recurrente contra don Ángel R. D. D., debemos condenar y condenamos a este último a que satisfaga al actor la suma de 150 euros mensuales en concepto de alimentos, pagadera en los cinco primeros días de cada mes, actualizable anualmente conforme a la variación que experimente el I.P.C., y todo ello sin hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don David Sanaú Villarroya, actuando en nombre y representación de don Ángel Raimundo D. D., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de Casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición del recurso que basó en infracción del artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior

de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 13 de enero Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso planteado, admitiéndolo a trámite. Conferido traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo dentro de plazo, oponiéndose a dicho recurso.

No habiéndose solicitado por la parte la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 21 de marzo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Los antecedentes de necesaria referencia para resolución de la reclamación de alimentos que es objeto del presente procedimiento derivan inicialmente, según los hechos considerados probados en las sentencias dictadas en el presente procedimiento, del matrimonio formado por el ahora recurrente don Ángel Raimundo D. D. y doña Mª Carmen R. V., en el que nacieron dos hijos, doña Sara, nacida el día 12 de diciembre de 1991 y don Jorge, nacido el día 25 de junio de 1987, demandante en este procedimiento, y que es ahora parte recurrida.

Con fecha de 27 de noviembre de 2008 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza sentencia de disolución por divorcio del matrimonio y se aprobó el convenio regulador presentado por las partes, en el que se incluyó la fijación de pensión de alimentos respecto de la hija doña Sara. En cambio, no se señaló pensión alguna respecto del hijo don Jorge porque éste era independiente económicamente y estaba incorporado al mundo laboral.

A instancia de ambos padres, el día 30 de septiembre de 2009 se dictó por el Juzgado antes citado sentencia de modificación de las medidas definitivas del divorcio que habían sido recogidas en el convenio regulador aceptado por la referida sentencia de 2008. En esta resolución, de nuevo se aprobó, en los términos en que venía redactado, el convenio suscrito por ambas partes, que contenía diversas modificaciones respecto del convenio regulador inicial, pero sostenía la ausencia de pago de pensión alguna respecto del hijo don Jorge.

Previos los antecedentes citados, el hijo don Jorge presentó con fecha 8 de octubre de 2010 la demanda rectora de este procedimiento en reclamación a su padre de la cantidad de 300 euros mensuales en concepto de alimentos con base en la regulación prevista en los artículos 68, 142, 143, 146 y 148 del Código Civil (CC en adelante).

Desestimada íntegramente la demanda por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza el día 6 de abril de 2011, el demandante interpuso contra ella recurso de apelación, que fue resuelto por la Sentencia ahora recurrida dictada el día 13 de octubre de 2011 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó parcialmente el recurso presentado, por aplicación del artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante) y condenó al demandado a abonar al demandante la suma de 150 euros mensuales en concepto de alimentos.

Segundo: El único motivo del recurso de casación planteado por la parte demandada contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que le condena al pago de pensión por alimentos a su hijo demandante, se fundamenta en la infracción del artículo 69 del CDFA, con base en tres submotivos: 1º, que el demandante no argumentó en su favor en el momento de interponer su demanda con arreglo a la regulación del artículo 69 CDFA observado por la sentencia recurrida, sino a la del artículo 142 y concordantes del CC; 2º, que la previsión del artículo 69 CDFA regula la prórroga o mantenimiento de obligación, pero no la imposición de una obligación que había dejado de existir; y 3º, que en cualquier caso no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 69 del CDFA para establecer a favor del hijo y a cargo del padre recurrente la obligación de pago de pensión por alimentos.

Tercero: Respecto del primer submotivo, esto es, que no cabe entrar a valorar la aplicación del artículo 69 CDFA cuando el demandante invocó a su favor en la demanda tan solo la previsión del artículo 142 del CC, sin referencia alguna al CDFA, debe considerarse que, dentro de la obligada congruencia que en la jurisdicción civil deben tener, salvo excepciones que no son al caso, las decisiones judiciales con las peticiones de las partes y la causa de sus pretensiones, el Tribunal debe observar, conforme al tradicional principio acuñado bajo la expresión «iura novit curia», el derecho que sea realmente de aplicación, puesto que así lo ordena el artículo 218, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta del correcto entendimiento de la efectividad de la tutela judicial interesada.

En este caso, no cabe estimar que se modificara la causa de pedir esgrimida por el demandante cuando la sentencia recurrida valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 CDFA y no el artículo 142 CC que servía de base a la demanda, y del que no hace mención alguna la sentencia, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trata de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial.

En consecuencia, no cabe considerar que la sentencia infringiera uno u otro artículo por el hecho de decidir, de oficio, cuál de ambos preceptos es de aplicación preferente, por lo que el submotivo primero de casación debe ser desestimado.

Cuarto: El segundo submotivo del recurso de casación se funda en la alegación de que la sentencia recurrida infringió el artículo 69 CDFA, ya que considera el impugnante que no es de aplicación en este caso a la obligación de pago de pensión por alimentos, porque la finalidad perseguida por tal norma es la de prorrogar o mantener una obligación y no la de imponer una obligación nueva.

El artículo 69 CDFA, incluido en la Sección Primera del Capítulo II del Libro I, destinada a la regulación de los principios generales del deber de crianza y autoridad familiar, establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad, en los siguientes términos:

«1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

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

De modo que, aun siendo ya el hijo titular de los derechos y obligaciones que comporta la plena adquisición de capacidad de obrar y libertad de actuación correspondiente a haber alcanzado la emancipación o mayoría de edad, sin embargo se mantiene su derecho, y consiguiente obligación para los padres, de que éstos sufraguen su sostenimiento. Para que esta situación especial llegue a producirse debe darse la concurrencia de los presupuestos previstos en tal norma, esto es, que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios. Presentes tales presupuestos, la norma aragonesa no exige acudir al régimen general de alimentos, sino que, respecto de los gastos de crianza y educación, ordena literalmente que «se mantendrá el deber de los padres de costearlos».

Tanto del encuadre sistemático del artículo 69 CDFA en el ámbito de las relacio-

nes derivadas de la autoridad familiar, como del empleo específico en el precepto de las expresiones «al llegar» y «se mantendrá», resulta la conclusión de que la obligación de los gastos por parte de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación.

Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos que alcanzan la mayoría de edad o la emancipación porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar. Ahora bien, esta situación no es, sin embargo, indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad, o en los demás casos previstos en el propio artículo 69 CDFA (que sea razonable su exigencia por tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años).

Bien si se incurre en falta de los presupuestos precisos, bien se den las razones para término del específico régimen de alimentos del artículo 69 CDFA, el efecto es el mismo, de extinción del derecho y correlativa obligación de alimentos, especialmente mantenidos porque, aunque nacieron en el seno de la autoridad familiar, fueron prolongados a pesar que tal autoridad familiar preexistente ya había terminado. En consecuencia, a partir del momento en que deje de ser de aplicación la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar que terminó, no cabe entender ya la prolongación o mantenimiento que prevé el texto legal. En tal caso, quedará a salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título, como también prevé de modo específico el mismo artículo 69 CDFA, párrafo segundo, al dejar a salvo la posibilidad del hijo de reclamar por la vía del régimen general de alimentos.

Por tanto, cuando la sentencia recurrida declaró el nacimiento de la obligación prevista en el artículo 69 CDFA en este caso, en el que la prolongación de la autoridad familiar no había tenido lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica, hizo una incorrecta aplicación de tal norma, que permite el mantenimiento o prolongación de tal obligación pero no, como se hizo en la sentencia recurrida, su constitución ex novo, después de haberse acabado el último vínculo del mayor de edad con la autoridad familiar.

Quinto: Excluida la posible aplicación del artículo 69 CDFA, la resolución de la cuestión litigiosa debe atender a las previsiones contenidas en el artículo 142 y siguientes del CC, reguladores del régimen general de alimentos entre parientes, lo que exige una detenida valoración tanto de la prueba directa aportada por quien pretende los alimentos como de las evidencias que puedan ser reveladas por signos externos o comportamiento social (en términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1982) para entender, primero y principalmente, si está presente en el caso el presupuesto exigido por tales normas de considerarlo en la situación de necesidad exigida para fundamentar su reclamación. Si falta tal acreditación, no procederá el señalamiento de la deuda alimentaria, tal y como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2000, que denegó pensión de alimentos porque la demandante en aquel procedimiento «(…) no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinado supuesto, de la instrucción cultural y profesional; y, sobre todo, no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar, dado o circunstancias, se vuelve repetir, que no se dan el presente caso, o por lo menos no se han constatado».

Doctrina que, en su aplicación al caso presente, da lugar a considerar como datos de relevancia que el reclamante de alimentos terminó su trabajo por no llegar a un acuerdo económico con el empresario, no porque fuera resuelta unilateralmente la relación laboral por el empleador. No se ha concretado en el procedimiento a qué pudo deberse la falta de acuerdo, para poder valorar si es que no hubo ninguna opción razonable que el demandante hubiera podido aceptar, y este importante dato es cuestión sobre el que el demandante pudo alegar y probar, siendo imposible hacerlo para el demandado, por lo que la falta de acreditación sobre cuál fuera realmente el motivo que determinó el cese de la relación laboral sólo al propio demandante puede perjudicar, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Similar consideración cabe hacer sobre la posibilidad de acreditación no cumplida por parte del demandante, de que no percibe prestación o auxilio en forma de ayudas sociales para desempleados, y para quienes han agotado la protección por desempleo, como de modo específico se tuvo en cuenta en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y que es dato esencial si se tiene en cuenta que al constituirse la litis, cuando la demanda es presentada el día 8 de octubre de 2010, el demandante percibía el subsidio de desempleo por importe de 426 euros.

Al lado de la anterior falta de acreditación, son hechos probados que el demandante compró y tenía a su disposición desde el año 2008 un ciclomotor. Aun contando con tal medio de locomoción propio, y estando en situación de desempleo desde el día 5 de diciembre de 2009 subsidiada por la prestación hasta el 19 de enero de 2011, decidió adquirir el día 1 de junio de 2010 un vehículo turismo marca y modelo Renault Mégane, matriculado el año 2006. Se desconoce el importe abonado por tal compra, puesto que no ha sido facilitado por el demandante, pero es notorio que con el precio pagado podrían ser cubiertas un elevado número de mensualidades de 150 euros cuyo pago reclama ahora, sin contar, por demás, con los gastos que el uso y mantenimiento de un vehículo turismo conlleva, y que aquí se añaden a los más reducidos, pero también presentes, por el uso del ciclomotor.

Al no constar indicio alguno que permita considerar justificado que la adquisición del turismo fuera necesaria para el trabajo, no cabe sino concluir que ninguna utilidad tuvo tal compra, salvo la del disfrute personal del demandante. El desembolso que la compra del nuevo vehículo supuso, junto con la decisión que conlleva de asunción de los nuevos gastos, se compadece mal con la alegación del demandante de que tenga necesidad real para proveer a su alimentación y sostenimiento diario, como reclamó en la demanda presentada el día 8 de octubre de 2010, tres meses después de adquirir el nuevo vehículo.

Por último, debe destacarse que el propio demandante manifestó en el juicio oral celebrado que la petición de alimentos la efectuaba realmente, no para él, sino para su unidad familiar, esto es, para el sostenimiento del hogar que forma con su madre y su hermana, lo cual no cabe admitir como causa para establecer en su favor pensión de alimentos, por tratarse de cuestión ya resuelta, y por acuerdo de sus progenitores, en el procedimiento que se sigue en el Juzgado de Familia que conoce del divorcio de sus padres.

Las circunstancias acreditadas, contradictorias con que exista realmente una necesidad de alimentos personal del demandante, unidas a la omisión probatoria que correspondía al propio actor practicar sobre extremos tan relevantes como el motivo por el que terminó su relación laboral o si percibe subsidio o auxilio social conducen a considerar, finalmente, que no puede darse por cierto que exista la situación de necesidad que sostiene, no imputable a él o causada por su falta de diligencia, por lo que no procede estimar su reclamación en tal sentido.

Sexto: Por tanto, el submotivo segundo de casación es estimado, procediendo ca-

sar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que revocó la resolución desestimatoria de la demanda, con los pronunciamientos a ello inherentes.

La estimación del anterior submotivo de recurso por ser de aplicación el artículo 142 CC, impide entrar a resolver el submotivo tercero, pues su fundamento, relativo a si se daban o no los presupuestos exigidos por el artículo 69, es subsidiario a que se reconozca de aplicación tal norma que, finalmente, no se estima ahora relevante para resolver la petición de alimentos hecha.

Séptimo: De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado 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 desestimada procede imponer su pago al demandante, por aplicación del artículo 394 de la misma Ley.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ángel D. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha de 13 de octubre de 2011, que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En su lugar se estará a la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado acordada por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza el día 6 de abril de 2011.

Tercero: Se imponen a la parte demandada las costas causadas en primera y segunda instancia, sin hacer expresa imposición de las causadas en el presente 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 pronunciamientos, mandamos y firmamos.

28

NÚM. 28

S. TSJA 17/2012, de 18 de abril

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Preferencia de la custodia compartida*: Esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, 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. La doctrina jurisprudencial la contiene la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que aquí se reitera.* **Prueba de que la custodia individual es más conveniente:** *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 solo entonces se otorgará. En el presente caso, apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que debe estarse a esta última. El régimen legal preferente es la custodia compartida por lo que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal.*

Derecho transitorio: ***En materia de guarda y custodia son dispares los principios inspiradores del Código civil y del Derecho aragonés. Ante la innovación introducida por la Ley 2/2010 respecto del régimen preferencial del Cc., la DT 1ª (6ª del CDFA) otorgó a la petición de custodia compartida el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas, incluso de mutuo acuerdo, respecto de la guarda y custodia. Este cauce de revisión permitía solicitar la custodia compartida en el plazo de un año desde su entrada en vigor para todas las medidas adoptadas con anterioridad sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. La revisión se permite porque en el régimen anterior la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los menores, a diferencia de la regulación actual.***

Períodos de custodia compartida*: A salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guarda y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente. Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común. Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.*

Disposiciones citadas: ***Art. 80, DT 6ª CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a dieciocho de abril de dos mil doce.

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 31/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 3 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 49/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 378/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Aníbal, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Domínguez Arranz y dirigido por el Letrado don Manuel Gómez Palmeiro, y como parte recurrida doña Candelaria, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias y dirigida por el letrado don Antonio Bueso Alberdi, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Juana María Gálvez Almazán, en nombre y representación de don Aníbal, presentó demanda de modificación de medidas adoptadas en divorcio y que se refiere a la guarda y custodia compartida de la hija menor, con los efectos inherentes a la misma, en base a los hechos y fundamentos expresados, para terminar suplicando se dicte «sentencia por la cual se modifiquen las medidas que en su día se acordaron en el procedimiento de divorcio y se apruebe las que se proponen en esta demanda sin perjuicio de que puedan adoptarse otras parecidas que se consideren más adecuadas para la menor, e imponiendo las costas a la parte demandada si se opusiera a la misma, con todo lo demás que en Derecho proceda».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por 20 días, compareciendo ambos dentro de plazo, y oponiéndose la primera, se señaló para la vista que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones. El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de

2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Gálvez Almazán debo acordar el mantenimiento de las medidas establecidas en la Sentencia de Divorcio de Mutuo Acuerdo de fecha 18 de mayo de 2007: Sin hacer mención alguna en materia de costas».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, presentando ambos escrito de oposición al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel y comparecidas las partes, previa deliberación y votación, se dictó sentencia en fecha de 3 de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación presentado por don Aníbal, contra la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Teruel en los autos de modificación de medidas de divorcio seguidos con el número 378/2010 y como consecuencia: 1º: Debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente: 2º: Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Juana María Galvez Almazán, actuando en nombre y representación de don Aníbal, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de Casación contra dicha sentencia y, una vez se tuvo por preparado, se interpuso en tiempo y forma basándolo en los siguientes motivos: «1º: Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, entendiendo infringida la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Ley 2/2010 de 26 de mayo de las Cortes de Aragón y en particular el artículo 6 de dicha ley. 2º: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC se denuncia infracción por falta de aplicación de la disposición transitoria primera, apartado 1 de la Ley de Igualdad, ley 2/2010 de 26 de mayo. 3º: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC alegando la infracción del apartado 2 por falta de aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley de Igualdad, Ley 2/2010 de 26 de mayo de las Cortes de Aragón».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de enero Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso planteado, admitiéndolo a trámite. Conferido traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo dentro de plazo, tanto la parte demandada, que se opuso al recurso, como el Ministerio Fiscal, que manifestó que procedía la estimación del primer motivo de recurso y desestimación de los otros dos.

No solicitaron las partes la celebración de vista, y, no considerándose necesaria por la Sala, se señaló para la votación y fallo el día 21 de marzo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1: Actor y demandada contrajeron matrimonio el 8 de mayo de 1999, del que nació una hija, María, el 12 de agosto de 2002.

2: Por sentencia de 27 de junio de 2006 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel decretó la separación de los cónyuges aprobando las medidas propuestas de común acuerdo, en concreto la relativa a la guarda y custodia de la hija común, que se adjudicaba a la madre.

3: El esposo presentó demanda de divorcio en la que solicitó la custodia com-

partida de la niña por períodos de seis meses cada uno de los progenitores. El procedimiento, tramitado inicialmente como contencioso, continuó de mutuo acuerdo cuando los padres presentaron convenio a tal fin, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel de 18 de mayo de 2007 concedió el divorcio de los cónyuges y aprobó la propuesta de convenio regulador formulado de común acuerdo, que igualmente atribuía a la madre la guarda y custodia de la hija.

Segundo: La demanda inicial del procedimiento del que trae causa el recurso que ahora se resuelve fue promovida como modificación de medidas, para su tramitación por el cauce del artículo 775 en relación con los artículos 770 y siguientes LEC. En cuanto al fondo el demandante fundaba su solicitud en el artículo 91 del Código civil, en su previsión de modificación de las medidas acordadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, y en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, argumentando que su Disposición Transitoria primera permitía solicitar la custodia compartida revisando los convenios adoptados bajo la legislación anterior si se hacía dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigor de la ley. Con la demanda aportó la propuesta de relaciones familiares para que se otorgara la custodia a la madre desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio de cada año, y al padre desde el 1 de agosto hasta el 31 de enero siguiente.

En su contestación a la demanda opuso la representación de la madre que no se había producido la alteración sustancial de las circunstancias exigida por el artículo 91 del Código civil, y que la entrada en vigor de la Ley 2/2010 sin haberse producido la alteración sustancial de las circunstancias no permitía la modificación solicitada.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda argumentando en su fundamento segundo lo siguiente:

«Segundo: Pues bien, habrá de acreditar la parte peticionaria que se ha producido una modificación sustancial o relevante que le permita obtener lo peticionado.

Por ello hemos de partir de un hecho importante, cual es que el régimen de custodia materna fue pactado en convenio por los padres, observándose igualmente que la madre realizó una cesión importante en materia económica. No hay que olvidar que el padre ha estado satisfaciendo a favor de la hija una cantidad de 100 euros actualizada que se antoja mínima para su desarrollo, sin que sea dable el argumento de que la madre no le ha pedido una mayor contribución.

La madre ha enfocado su vida en interés de su hija, modulando así sus horarios de trabajo, posibilitándole una mejor atención a fecha de hoy respecto de la menor.

A la fecha de realización del convenio (año 2007) ya existía la posibilidad de haber pactado una custodia compartida y los hechos antes señalados denotan que el padre no puso el debido interés en ello.

Que existen buenas relaciones entre los padres, y según los testigos deponentes observan como el padre puede utilizar la hora del desayuno para poder llevar a su hija al colegio, o al menos verla. Que también la recoge en distintas ocasiones a la salida del mismo, a las 13:30 horas.

Que no han existido unas conversaciones previas, que pudiera haber posibilitado una extensión del régimen de visitas y se ha planteado el tema de la custodia compartida, básicamente con el argumento de que ha sido regulada por la legislación aragonesa pretendiendo extender dicha figura.

Pero también tal legislación hace referencia al cambio relevante de circunstancias en el caso que nos ocupa, sin que sean de advertir las mismas».

Esta sentencia fue íntegramente confirmada por la de la Audiencia Provincial de 3 de mayo de 2011, afirmando en su fundamento primero:

«Primero: Se alza la parte apelante contra la decisión del juzgador de instancia

por considerar que procede el establecimiento de la custodia compartida interesada por el sólo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia entre los padres, que autoriza la revisión judicial de las decisiones judiciales anteriores sobre tal custodia.

Se alega que en tales casos no puede servir como criterio el utilizado en la sentencia, para desestimar la demanda, pues la base de la decisión no puede ser que no haya habido una alteración sustancial de las circunstancias.

Sobre el particular, para resolver la cuestión, conviene decir lo siguiente.

En primer lugar, que la Ley autoriza un procedimiento de revisión, pues nos hallamos frente a decisiones acordadas por resolución judicial firme.

Pero, y esto es esencial, no impone necesariamente una decisión de revisión a favor del progenitor que solicite una custodia compartida.

Corresponde por tanto valorar al tribunal al que se someta la revisión si procede mantener lo acordado con anterioridad o modificar el régimen de custodia según lo interesado.

También cabe recordar, que en la valoración de la idoneidad del régimen de custodia establecido en la resolución judicial que se pretende revisar; el procedimiento de determinación no es el mismo, según se trate de un proceso de mutuo acuerdo o contencioso. Pues en el primer caso, en el proceso de valoración son los cónyuges los que determinan qué es lo más conveniente, al margen de cualquier criterio de preferencia legal o jurisprudencial. Mientras que en caso de resolución contenciosa el proceso de valoración es estrictamente judicial, y se decide con criterios legales y jurisprudencial.

Con ello se quiere poner de manifiesto, que en casos como el presente, la decisión de custodia se adoptó de mutuo acuerdo, la revisión de la valoración en la determinación del régimen de custodia difícilmente se justifica, pues ha sido adoptada en términos de igualdad entre los esposos quienes determinaron y valoraron cuál era la mejor decisión, pudiendo haber acordado en tal momento una custodia compartida o no.

Partiendo de lo anterior, no podría criticarse que la concreta revisión del régimen de custodia exija la prueba y determinación de que no ha habido una modificación sustancial de las circunstancias que lo justifique, cosa que como bien dice la sentencia no ha ocurrido, y esta afirmación no se discute por la vía del recurso de apelación.

Pero, no obstante ello, aunque apreciáramos la posibilidad de autorizar la modificación, al margen de lo anterior, lo cierto es que las previsiones de la Ley se formulan en abstracto; es decir, es criterio preferente, conjugando el principio de igualdad entre los progenitores y el superior interés del menor la fijación de una custodia compartida. Pero ello no significa, y repetimos, que la revisión prevista obligue a aplicar dicha abstracción automáticamente al caso concreto. Es en el caso concreto sometido a revisión en el que ha de determinarse conjugando ambos principios que lo mejor tras la separación de los cónyuges es que el régimen de custodia compartida en los términos que concretamente se proponen es adecuado y lo mejor para el menor y la familia.

Yes en este punto donde no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo, con origen en la inicial valoración acordada por ambos esposos. Pues ninguna prueba, se ha practicado al respecto, que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna.

Por ello este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establez-

ca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso, pues no se ha practicado prueba alguna ni propuesta de plan satisfactorio alguno, pues de accederse a lo solicitado, aplicando en abstracto el criterio de la ley, implicaría sustraer al menor del marco de convivencia ordinaria más conveniente, e imponerle un nuevo modo de vida, y una nueva ruptura drástica de su modo de vida ordinaria, por el sólo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, lo que nos conduce a la idea de un igualitarismo atroz que poco casa con la idea de la decisión judicial basada en la justicia y la prudencia, máxime tratándose de objetos jurídicos tan delicados, como los propios del derecho de familia, en los que se barajan no sólo los intereses sino los afectos personales y está en juego el desarrollo integral de un menor, especialmente en casos como el presente, en el que existe un largo periodo de adaptación a la ruptura de la convivencia entre los progenitores, sin incidencias (cinco años)».

Tercero: El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón (hoy art. 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA), porque esta norma –afirma el recurrente– establece la custodia compartida como regla general y la custodia individual como excepción, no de forma automática obligatoria pero sí con carácter preferente, salvo que la custodia individual sea más conveniente, solo cuando se acredite que es la solución más conveniente en interés del menor, para lo que deben ser valorados los seis puntos del apartado 2 del citado precepto. Afirma el recurrente que la sentencia del Juzgado no tuvo en cuenta tales aspectos y que se han producido dos cambios importantes, el primero la edad de la hija, de 8 años y medio en el momento del recurso, y el segundo la modificación legislativa, que considera trascendente.

Como decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, 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.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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)».

Cuarto: La sentencia recurrida, confirmando el criterio señalado por el Juzgado, afirma que «no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado, y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo... Pues ninguna prueba se ha practicado al respecto, que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna».

Se exige así en este caso concreto que quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor («... si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia»). Pero ya dijimos en la sentencia de 15 de diciembre de 2011 (recurso 17/2011) en un supuesto similar, en el que no se había practicado prueba de informes ni se había oído al menor (de 9 años de edad), que «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 compruebe 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 ello, 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 solo entonces se otorgará. En el presente caso recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora del desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo. Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija.

Quinto: La sentencia recurrida, como expresamente recogía también la del Juzgado, liga su criterio de no revisar el régimen de custodia individual con el hecho de que el mismo fue establecido de mutuo acuerdo por los progenitores, por lo que habría de acreditar el padre que se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en aquel momento, y al no haber sucedido así estima que no hay causa que justifique el cambio.

El recurrente afirma, por el contrario, que en el año 2007 la hija del matrimonio tenía algo menos de cinco años y que él inició el procedimiento solicitando la custodia compartida pero, teniendo en cuenta la excepcionalidad de este régimen en el Código civil, aceptó la custodia de la madre con un amplio régimen de visitas. Y además, que la ley aragonesa no exige un cambio sustancial en las circunstancias para la modificación a favor de la custodia compartida, al ser éste el régimen legal preferente y permitir la revisión la Disposición Transitoria primera de la Ley 2/2010.

El Ministerio Fiscal, tras recoger, en apoyo de la estimación del motivo primero del recurso, los criterios de aplicación de la Ley 2/2010 sentados por esta Sala que abonan el criterio legal preferente de la custodia compartida, aprecia también que la actual edad de la menor, nueve años, es una modificación evidente y que la demanda se presentó dentro del año previsto por la disposición transitoria primera de la ley, así como que del hecho de que los padres acordaran en el año 2007 la custodia individual solo puede extraerse la consecuencia de que consideraron que era lo mejor para su hija en aquel momento, teniendo en cuenta su edad, entonces de cuatro años.

Como señala la reciente sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2012 (recurso 29/2011), con cita de la de 9 de febrero de 2012 (recurso 26/2012), «son dispares los principios inspiradores del Código Civil y

de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo», «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres». El Código Civil (art. 92) 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 por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, 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».

Contrasta esta regulación con la aragonesa de la Ley 2/2010, que establece como preferente la custodia compartida, y señalábamos en la referida sentencia: «Ante la innovación que introdujo en Aragón la ley citada respecto del régimen preferencial del Código Civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la Disposición Transitoria Primera, otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella».

La posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. El legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permitía que fueran sometidas a revisión aquellas medidas con sujeción, naturalmente, a la adecuada valoración de las circunstancias por parte de los tribunales.

En el presente caso, como se ha expuesto, se recoge la inicial aptitud de ambos progenitores para la custodia y guarda de la menor y no se ha practicado prueba alguna en sentido contrario. Las consideraciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no tienen en cuenta que el régimen legal preferente es la custodia compartida y que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal. Como indicábamos en la citada sentencia de 9 de abril de 2012 (recurso 29/2011): «De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última».

En consecuencia, el motivo primero del recurso debe ser estimado.

Sexto: Estimado el primer motivo del recurso, no es preciso el examen de los otros dos dirigidos a la interpretación que debe darse a la Disposición transitoria primera de la Ley 2/2010. No obstante, ya se han efectuado en los fundamentos anteriores las consideraciones necesarias sobre el sentido de la indicada disposición en el presente caso, que permite el estudio de la revisión de la medida relativa a la custodia de la hija sin necesidad de una previa consideración sobre la alteración de las circunstancias. Y, como señala el Ministerio Fiscal, las sentencias de primera instancia y de apelación no negaron la posibilidad de revisión de las medidas al amparo de la disposición transitoria sino que precisaron que la previsión legal no implicaba necesariamente el cambio de custodia, en lo que también estaba de acuerdo el recurrente, por lo que no se ha producido infracción de la disposición transitoria.

Séptimo: Deben concretarse ahora, por la estimación del recurso, las medidas específicas que deben ser observadas por los progenitores, sobre la base de la custodia alterna en períodos de seis meses propuesta por el padre en el plan de relaciones familiares aportado con la demanda, sin perjuicio de su modificación por ambos si así lo estiman conveniente.

1: Se adopta para la menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guardia y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente.

Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común.

2: En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, cada uno de los progenitores, en el semestre en el que la guarda corresponda al otro, podrá relacionarse con la hija en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo.

Si el fin de semana se prolongase por razón de puente, la menor permanecerá en compañía del progenitor con el que se encuentre durante el mismo.

Podrá, además, relacionarse con la hija un día entre semana durante la época escolar desde la salida del colegio hasta las 9 horas del día siguiente. Sin perjuicio de ampliar algún día más o modificar estas visitas en función de las posibilidades de los padres y sin alterar el régimen de vida de la niña.

Durante el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente entre el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad.

Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor podrá estar con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.

Los periodos vacacionales mencionados interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Tras su finalización, se reanudarán conforme al orden establecido.

3: No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios (gastos de Colegio, comedor, APAs, gastos por actividades de la hija, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos, ropa y equipación, etc., y en general los gastos ordinarios derivados de la educación del hijo) deben ser satisfechos por ambos progenitores proporcio-

nalmente a sus recursos económicos (art. 82.1 CDFA).

Los gastos extraordinarios necesarios se pagarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los padres. Los extraordinarios no necesarios en función de los acuerdos a que lleguen los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido el gasto (art. 82.4 CDFA).

Octavo: 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. Y respecto de las producidas en primera instancia y en apelación, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, sobre materia recientemente legislada y de complejidad fáctica y jurídica, tampoco se hace declaración de condena en las mismas conforme al artículo 394.

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 don Aníbal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de mayo de 2011, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: Con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio entre ambos litigantes de 18 de mayo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Teruel, en relación con las mismas acordamos lo siguiente:

1: Se adopta para la menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, y a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guardia y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente.

2: En cuanto al régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto, cada uno de los progenitores, en el semestre en el que la guarda corresponda al otro, podrá relacionarse con la hija en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo.

Si el fin de semana se prolongase por razón de puente, la menor permanecerá en compañía del progenitor con el que se encuentre durante el mismo.

Podrá, además, relacionarse con la hija un día entre semana durante la época escolar desde la salida del colegio hasta las 9 horas del día siguiente. Sin perjuicio de ampliar algún día más o modificar estas visitas en función de las posibilidades de los padres y sin alterar el régimen de vida de la niña.

Durante el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente entre el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad.

Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa.

Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor podrá estar con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas.

Los periodos vacacionales mencionados interrumpirán la alternancia de los fines de semana. Tras su finalización, se reanudarán conforme al orden establecido.

3: No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el período que le corresponda. Los gastos ordinarios (gastos de Colegio, comedor, APAs, gastos por actividades de la hija, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos, ropa y equipación, etc., y en general los gastos ordinarios derivados de la educación del hijo) deben ser satisfechos por ambos progenitores proporcionalmente a sus recursos económicos.

Los gastos extraordinarios necesarios se pagarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los padres. Los extraordinarios no necesarios en función de los acuerdos a que lleguen los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido el gasto.

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 el depósito constituido. 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.

29

NÚM. 29

S. TSJA 21/2012, de 30 de mayo

74: FIDUCIA SUCESORIA: DELACIÓN: ***La delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 448.1 CDFA). La razón se encuentra en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia. No se aplica, por tanto, la regla general del artículo 321.1 CDFA. Si no hay todavía ejecución de la fiducia ni extinción de la misma, no hay delación y nadie puede aceptar o repudiar la herencia del comitente, por lo que si el único descendiente común y único posible beneficiario del cumplimiento de la fiducia fallece en esa situación, como nada ha adquirido en la herencia del comitente, no puede transmitir a sus herederos el ius delationis respecto de dicha herencia (art. 354 CDFA).***

EXTINCIÓN: Muerte del único descendiente común*: Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda fiduciaria hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y ss. del CDFA. La fiducia existió y continuaba viva en el momento en que se produjo el fallecimiento del único descendiente común. Al morir el único posible beneficiario, la fiducia se extingue y la determinación del heredero del comitente ha de hacerse de conformidad con las normas de la sucesión legal.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 321, 342, 448 y 354 CDFA.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a treinta de mayo de dos mil doce.

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 5/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 16 de noviembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 481/2011, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 411/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Caspe, en el que son partes, como recurrente, doña Mª Aurelia B. L., representada por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigida por el Letrado don Miguel Ángel Ibáñez Fandos, y como parte recurrida doña María C. O., representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Postigo Redondo y dirigida por el letrado don Valentín Romero Garcés.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Cortés Acero, actuando en nombre y representación de doña María Aurelia B. L., presentó demanda de juicio ordinario contra doña María C. O. en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, incluida la solicitud de prueba, se dicte sentencia por la que: «1: Se declare heredera de don Luis L. A., de conformidad con la Ley de Sucesiones de Aragón, a doña María Aurelia B. L.: 2: Se declare nula por contravenir el ordenamiento jurídico la escritura de declaración por notoriedad de herederos abintestato, otorgada ante la Notario de Pina de Ebro, doña Cristina de Miguel Aubán, el 12 de Abril de 2010, bajo el número 150 de su protocolo».

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, solicitando que, previos los tramites legales, «dicte sentencia que desestime la demanda declarando que es mi representada la única heredera ab intestato de don Luis L. A., condenando a la demandante a estar y pasar por tal declaración, condenando en costas a la actora».

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 1 de Caspe, dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimo la demanda presentada por doña María Aurelia B. L. contra doña María C. O.: Respecto a las costas al haber sido desestimada la demanda corresponde a doña María Aurelia B. L. el pago de las mismas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Cortés Acero en nombre y representación de doña María Aurelia B. L., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Caspe, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. doña Inmaculada Cortes Acero, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día diecisiete de mayo de dos mil once por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Caspe (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada: Dése al depósito el destino legal».

Quinto: La representación legal de doña María Aurelia B. L. presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en la infracción de los artículos 28 y 133 de la Ley de Sucesiones de Aragón y del 1006 del Código Civil. Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto,

acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 1 de marzo de 2012 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto y dar traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 9 de mayo de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Don Luis L. A. y su esposa doña María C. O. otorgaron en fecha de 15 de marzo de 1993 testamento en cuya cláusula tercera se establecía: «se nombran igualmente fiduciarios para que el sobreviviente de ellos, mientras se conserve viudo, pueda disponer libremente de sus propios bienes, de los del premuerto y de los consorciales de ambos, entre sus descendientes comunes, en una o más veces, ya sea por actos inter vivos o mortis causa». Y en su cláusula cuarta: «para el caso de que el sobreviviente de los testadores no hiciere uso de la facultad fiduciaria contenida en la cláusula precedente, instituyen heredero a su hijo José Luis L. C., sustituyéndole en caso de premoriencia sus descendientes».

Don Luis L. A. falleció el día 7 de enero de 2008. Unos meses después, el 25 de octubre de 2008, falleció su hijo, habiendo instituido heredera testamentaria a su esposa María Aurelia B. L. (ahora actora) y sin haber dejado descendencia. En el momento del fallecimiento de don José Luis la fiducia no había sido ejecutada.

Se postuló en la demanda que se declarase heredera de don Luis L. A. a doña María Aurelia B. L., y asimismo que se declarase nula la escritura de declaración por notoriedad de herederos abintestato otorgada ante la notario de Pina de Ebro el 12 de abril de 2010 bajo el núm. 150 de su protocolo. La pretensión, como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta sentencia, fue desestimada.

Segundo: En el presente recurso, aunque con no muy depurada técnica casacional, se invoca infracción de los artículos 28 y 133 de la Ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte (en adelante, Lsuc.) actualmente artículos 343 y 448 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) y del artículo 1.006 del Código civil.

Es el citado artículo 133 de la Lsuc. el que se ha aplicado en la sentencia impugnada. Allí se dispone que a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción. Para la fiducia, pues, se introduce una salvedad a la regla general que consagra el artículo 6.1 Lsuc. (actual 321.1 CDFA) y su razón se encuentra, como pone de relieve la doctrina científica, en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia.

La aplicación de dicho precepto ha sido errónea en tesis del recurrente, quien aduce que el precepto es para el supuesto de extinción y de ejecución de la fiducia y en este caso ni se da lo uno ni lo otro.

Así es, en efecto. Pero lo relevante es que si no se da ni una ni otra circunstancia, no hay delación, y eso es precisamente lo que ha llevado a la desestimación de la demanda, de modo que el aserto referido resulta inconducente.

Se arguye por la representación de doña María Aurelia que al fallecer el único descendiente común, la fiducia no existió y quedó ineficaz, alegación esta última en la que ya se insistió en el recurso de apelación, reprochando a la sentencia que diera a la fiducia por válida y eficaz, aun cuando era de imposible cumplimiento. En otros

pasajes del recurso se alude también a la ineficacia del testamento, afirmando que su contenido era perfectamente eficaz y válido en tanto en cuanto sobreviviera el único hijo común. No es así. Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y ss. del CDFA.

La fiducia, es decir, la atribución que don Luis hizo a su esposa de la facultad de ordenar su sucesión, existió y en el momento en el que se produjo el fallecimiento de don José Luis continuaba viva, ya que el encargo hecho por el comitente –que como se ha indicado no adolecía de vicio o irregularidad alguno– estaba vigente al ser la única fiduciaria la esposa –que no había perdido tal condición– y, por tanto, con posibilidad de ser ejecutado. Puesto que en ese estado de cosas murió el único posible beneficiario, a la determinación del heredero de don Luis L. A. hubo de llegarse de conformidad con las normas reguladoras de la sucesión legal. La previsión de la cláusula cuarta del testamento, y dado que el nombramiento de la fiduciaria era de por vida dada su condición de cónyuge (art. 444.2 CDFA) sólo podía operar para el caso de que aquella falleciera (o no se conservase viuda, conforme a lo allí previsto) sin haber hecho uso de la facultad que se le confirió.

Tercero: La sentencia recurrida, tras señalar que resulta de aplicación al caso el artículo 133 de la Lsuc. razona que… al tiempo de fallecer el hijo, no se había agotado la fiducia otorgada a favor de su madre (…) no se había ejecutado ni extinguido la fiducia y por tanto la herencia del fallecido esposo no se había deferido a favor del hijo. La fiducia todavía estaba dentro de plazo para poder ser ejecutada y por tanto no se había producido la delación de la herencia, abriéndose en tal caso la sucesión legal respecto de los bienes del fallecido hijo…

Con independencia del lapsus que da lugar a esta última expresión, pues es evidente que no se ha planteado en el pleito cuestión alguna en torno a los bienes del hijo (de hecho, en el recurso no se hace mención alguna a este error) resulta forzoso reconocer que la primera parte del razonamiento, que conduce por sí a la confirmación de la sentencia de instancia, es impecable y se ajusta por completo a la norma citada.

Cuarto: El artículo 28 Lsuc. no se menciona en la sentencia y no resulta de aplicación a la situación de hecho, puesto que regula los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia, actos que no pueden llevarse a cabo sino una vez que ha tenido lugar la delación. Ninguno de los dos actos se realizaron en el caso, ni ello hubiera sido posible ya que, ha de reiterarse, no hubo delación a favor de don José Luis. De ello es consciente la recurrente y, quizá por eso alude en el recurso a la retroacción de la herencia, expresión con la que parece sostener que en el caso la sucesión se defirió a la muerte del padre, pues razona así: ... una vez cumplido el encargo y aceptada la asignación que fuere por el llamado a la sucesión, los efectos de esta aceptación deben ser asumidos por el beneficiario desde el instante del fallecimiento del causante, aunque la delación se entiende hecha en el momento del encargo fiduciario o desde su extinción, y entretanto la herencia se considera en situación de herencia yacente (…). Debe retrotraerse la herencia al momento del fallecimiento de don Luis L. A., ya que el testamento devino ineficaz al no poderse cumplir la fiducia por fallecimiento del único descendiente, y hasta el óbito de éste, la fiduciaria no había ejercitado el encargo del testamento… Pero no tiene razón. La situación en la que se encontraba la herencia –pendiente de asignación– no era exactamente la de la herencia yacente, ya que en ella hay

unos llamados determinados, lo cual no sucede en el caso de la fiducia. Repetiremos que en el caso no se cumplió el encargo, ni por tanto tuvo lugar la aceptación de la asignación. La fiduciaria no había ejecutado el encargo, pero –habremos de insistir en ello– podía aún hacerlo en virtud del testamento, que era válido y eficaz, y puesto que no había perdido su condición de fiduciaria.

Quinto: Es consecuencia de todo lo anterior que el artículo 1.006 del Cc cuya infracción asimismo se denuncia no resulta de aplicación. No sólo porque el supuesto de hecho que contempla (la transmisión del derecho a aceptar o repudiar) es objeto de regulación en el CDFA (art. 354) sino porque se refiere al heredero. Pero como ha quedado expuesto, en la fiducia nadie es llamado a la herencia hasta que la misma no se ejecuta, a diferencia de lo que ocurre con el fideicomiso del Cc (art. 784) donde el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque muera antes que el fiduciario.

En definitiva, puesto que ningún derecho hereditario llegó a adquirir don Luis L. C., nada pudo transmitir a su esposa y heredera.

Por todo ello, el recurso perece.

Sexto: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

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 doña Mª Aurelia B. L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta de fecha 16 de noviembre de 2011.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recurso de casación, con 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.

30

NÚM. 30

S. TSJA 22/2012, de 6 de junio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Preferencia de la custodia compartida*: La Audiencia, al argumentar que la petición de custodia compartida del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en previsiones y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención del hijo, infringe la preferencia legal por la custodia compartida del artículo 80.2 CDFA. El informe pericial propone el sistema de custodia compartida, lo que acredita la capacidad del padre. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, mientras no se pruebe lo contrario.*

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don 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 3/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 13 de octubre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 301/2011, dimanante de autos de Divorcio 1081/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Roberto A. P., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Fabro Barrachina y dirigido por el Letrado don Fernando Baringo Giner, y como parte recurrida doña Gemma S. B., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Carmen Ibáñez Gómez y dirigida por la letrada doña Mª Asunción Rodríguez Benejam, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Fabro Barrachina, actuando en nombre y representación de don Roberto A. P., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en fecha de 13 de octubre de 2011, que casamos y, en su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

31

NÚM. 31

S. TSJA 23/2012, de 4 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Extinción por superar los límites legales*: En la fecha de apertura del proceso la hija mayor tenía 25 años si bien al dictarse la sentencia de la Audiencia ya ha cumplido los 26 años, por lo que ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, conforme al artículo 69 CDFA. El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis», así como los principios de congruencia y rogación, no pueden ser contemplados de forma rígida en los procesos de familia en los que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos menores de edad, pues durante el procedimiento se producen modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar (art. 752.1 Lec.). Para decidir sobre el mantenimiento de la pensión hay que atender a la evolución de su formación. Antes de cumplir los 26 años había perdido el derecho a la pensión por haber concluido su formación académica.*

Alimentos legales*: La hija menor, de 21 años de edad al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en 2009 una titulación de grado medio y en 2010 accedió al mercado laboral. En el curso 2011-2012 se ha matriculado en otro módulo de grado medio complementario del ya realizado. La hija mayor contaba con 25 años de edad al interponerse la demanda y había obtenido una formación académica que la capacita para ejercer una profesión o encontrar trabajo, pero se ha matriculado en la carrera de ciencias empresariales. Completada su formación la obligación de los padres de costear sus gastos de crianza y educación se extingue (art. 96 CDFA). Las circunstancias personales (síndrome depresivo, trabajo precario) no determinan que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. Si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la propia hija podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y ss. Cc.*

Disposiciones citadas: ***Arts. 69 CDFA, 752.1 Lec.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a cuatro de julio de dos mil doce.

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 7/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 31 de enero de 2012, recaí-

da en el rollo de apelación número 432/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 818/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Huesca, en el que son partes, como recurrente, doña Lourdes P. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Andrea González y dirigida por la Letrada doña Carmen Gutiérrez Cabrero, y como parte recurrida don Ignacio B. L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigido por la letrada doña Lourdes Guillén Figuerola.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Mª del Mar Pascual Obis, actuando en nombre y representación de don Ignacio B. L., presentó solicitud de Modificación de Medidas Definitivas contra doña Lourdes P. 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 resolución modificando las medidas en el siguiente sentido: «1: Se declare extinguida y se suprima la pensión por alimentos establecida a favor de las hijas de mi mandante, o, subsidiariamente, se fije un término, no superior a tres meses para que se extinga: 2º: Se declare extinguido el derecho de uso del inmueble, que fuera el domicilio familiar, a favor de las hijas (y la esposa), o subsidiariamente se fije un término, no superior a tres meses para que se extinga: 3º: Se condene en costas a la demandada si se opusiere». Proponiendo 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, lo que hizo, dentro de plazo, solicitando que, previos los trámites legales, incluido el recibimiento a prueba, se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada, con condena en costas a la parte actora.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «PARTE DISPOSITIVA: Que debo estimar y estimo en parte la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pascual Obis, en nombre y representación de don Ignacio B. L., siendo parte demandada doña Lourdes P. M., y en consecuencia procede modificar las medidas acordadas en el Convenio Regulador del Divorcio aprobado en sentencia de fecha 1 de junio de 2001, dictada por este mismo Juzgado en los Autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo número 158/2001 en los siguientes términos:

1º: Se declaran extinguidas y se suprimen las pensiones por alimentos establecidas a favor de las hijas Lucía y Lourdes.

2º: Se mantiene el uso del domicilio conyugal por la esposa y las hijas hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que se extinguirá el citado uso y se procederá conforme a la cláusula decimocuarta del Convenio Regulador aprobado en Sentencia de 1 de junio de 2001.

3º: Se mantienen el resto de las estipulaciones del Convenio.

4º: No procede hacer expresa imposición de costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Barrio Puyal en nombre y representación de doña Lourdes P. M., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y admitidos los documentos aportados, dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Lourdes P. M., contra la sentencia referida, que revocamos parcialmente en el siguiente sentido: queda suprimido el

apartado 3º del fallo de la sentencia apelada relativo a la extinción del uso del domicilio conyugal. Confirmamos el resto de sus pronunciamientos: No hacemos especial declaración sobre las costas de esta alzada. Disponemos asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir».

Quinto: La representación legal de doña Lourdes P. M. presentó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial de Huesca escrito interponiendo recurso de casación, que basó en: «Primero: La sentencia recurrida infringe por aplicación indebida el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón. (Antiguo artículo 66.1 de la ley aragonesa 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, ley con menos de cinco años de vigencia, y sin existir doctrina jurisprudencial del TSJA sobre el alcance de la obligación de alimentos alcanzada la mayoría de edad del alimentista, establecida en esta Ley)».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecieron las partes, haciéndolo don Ignacio B. L. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Uriarte González, según designación apud-acta, y doña Lourdes P. M., representada por la Procuradora Sra. Andrea González, igualmente por designación apud-acta.

En fecha de 12 de abril de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación y admitirlo a trámite, dando traslado del recurso a la otra parte, que se opuso al recurso.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la votación y fallo el día 13 de junio de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Para la resolución del recurso de casación son relevantes los siguientes hechos y actos, que resultan de las instancias:

1) Los cónyuges don Ignacio B. L. y doña Lourdes P. M., que habían contraído matrimonio el día 2 de abril de 1983, se separaron en abril de 2001, obteniendo sentencia de separación de fecha 1 de junio de 2001.

2) De dicho matrimonio nacieron dos hijas llamadas Lucía y Lourdes B. P. La primera, nacida el 23 de agosto de 1985, obtuvo el título de Diplomado en Relaciones Laborales por la Universidad de Zaragoza, y en el curso 2008-2009 realizó un Máster en Prevención de Riesgos Laborales. La segunda, que contaba 21 años de edad al tiempo de interposición de la demanda, obtuvo en el año 2009 la titulación de Técnico de Artes Plásticas y Diseño, módulo de Grado Medio, y se incorporó al mercado laboral en el año 2010, realizando trabajo a tiempo parcial por el que percibía 372 euros netos al mes.

3) En fecha de 21 de octubre de 2010, don Ignacio B. L. interpuso ante el juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca demanda en solicitud de modificación de medidas definitivas que habían sido acordadas en resolución de 1 de junio de 2001, instando la extinción de la pensión por alimentos establecida a favor de sus citadas hijas, además de otros extremos que no interesan en este recurso. Dicha demanda se tuvo por admitida a trámite por Decreto de 13 de diciembre de 2010.

4) El Juez de Primera Instancia dictó sentencia de 13 de junio de 2011 por la que, estimando en parte la demanda, declaró extinguidas las pensiones por alimentos establecidas a favor de las hijas Lucía y Lourdes, manteniendo el uso del domicilio conyugal por la esposa e hijas hasta el día 31 de diciembre de 2012.

5) Interpuesto recurso de apelación por la representación de la demandada doña Lourdes P. M., dicho recurso fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de enero de 2012, que mantuvo el pronunciamiento de primera instancia respecto a la extinción de las pensiones por alimentos, pero revocó parcialmente la sentencia impugnada y suprimió el apartado tercero del fallo, relativo a la extinción del uso del domicilio conyugal.

6) Contra dicha sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación por la representación de doña Lourdes P. M., invocando como único motivo la infracción, por aplicación indebida, del artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón –en lo sucesivo CDFA–, antiguo artículo 66.1 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de las Cortes de Aragón, sobre derecho de la persona.

No habiendo interpuesto recurso la representación del demandante, el pronunciamiento relativo al uso del domicilio que fue conyugal ha adquirido firmeza, por lo que el objeto del presente recurso de casación se contrae a examinar si la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha infringido, por aplicación indebida, el precepto legal citado, en lo referente a la extinción de las pensiones alimenticias que habían sido reconocidas a favor de las hijas del matrimonio en la sentencia de separación conyugal.

Siguiendo el orden expositivo enunciado por la parte recurrente, se examinará el motivo distinguiendo la aplicación de la norma a las circunstancias concurrentes en cada una de las hijas del matrimonio.

Segundo: Consta en autos, según se ha expresado en el razonamiento anterior, que la hija mayor del matrimonio llamada Lucía B. P., había nacido el día 23 de agosto de 1985. Al tiempo de interposición de la demanda y de su admisión a trámite contaba con 25 años de edad.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión del actor, que insta se declare extinguida y se suprima la pensión por alimentos señalada para ella, con fundamento en que dicha hija había obtenido una formación académica que «la capacita sin ninguna duda a ejercer una profesión o encontrar un trabajo», de forma que el hecho de que posteriormente esté cursando estudios superiores, en concreto la carrera de ciencias empresariales, no es motivo para la continuidad de dicha pensión «pues no puede continuarse con una obligación cuando el alimentista ya está en disposición de encontrar un empleo de su formación o de otra y de independizarse y emanciparse de sus padres» (fundamentos de derecho Segundo).

La sentencia de la Audiencia, respecto de dicha hija mayor, confirma el pronunciamiento de primera instancia, y lo hace con la siguiente fundamentación jurídica: En primer lugar, aceptando y dando por reproducidos los fundamentos de derecho que contiene la sentencia apelada, en relación a ella (fundamento de derecho primero); y en segundo lugar, expresando que «como ya ha cumplido los veintiséis años de edad, ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, sin perjuicio del derecho de la hija a reclamar alimentos, conforme al artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón» (fundamento de derecho segundo).

La parte recurrente en casación, al desarrollar el motivo en cuanto concierne a la hija mayor, denuncia la infracción de las normas sobre preclusión, aun sin citarlas expresamente, manifestando que la sentencia recurrida no entra en el fondo del asunto, y que Lucía hasta que cumplió los veintiséis años tenía ese derecho a la pensión, por lo que debía revocarse la sentencia de instancia por lo menos con esa limitación en el tiempo. En todo caso sostiene que se ha aplicado indebidamente la norma denunciada y procede el mantenimiento de la pensión alimenticia.

Tercero: El recurso de casación, en cuanto referido a la pensión alimenticia para Lucía B.P., no puede ser estimado.

El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis» (perpetuación de la jurisdicción), se refiere no sólo a las circunstancias que determinan la competencia de un órgano jurisdiccional al tiempo de constituirse la relación jurídico procesal, sino también al objeto del proceso, en cuanto ha de negarse eficacia a las variaciones que introduzcan las partes después de iniciado el procedimiento sobre el estado de los hechos, personas o casos contemplados en la demanda y contestación, confor-

me al principio «lite pendente nihil innovetur» (litigio pendiente, nada se innove) y a la prohibición de modificar el «thema decidendi» (objeto a decidir). Por ello no cabe modificar los términos de la demanda –prohibición de la «mutatio libelli» (cambio de la petición), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1997–, ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia, pues «pendente apellatione nihil innovetur» (pendiente la apelación, nada se innove) –Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1181/2006, de 17 de noviembre, y las que en ella se citan–. Y conforme al principio de congruencia y rogación, el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y los planteamientos de las partes, de conformidad con la regla «iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium» (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes).

La ley procesal fija el componente fáctico del debate procesal en el momento en que se produce la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso –art. 222.2, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, lo que acaeció cuando dicha joven tenía 25 años de edad. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que en materia de derecho de familia, en la que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos, el criterio de la fijación de los hechos a la fecha de apertura del proceso no puede ser contemplado de forma rígida, al producirse modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, realiza una exégesis del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la luz de la jurisprudencia constitucional relativa a los intereses de orden personal y familiar de los menores, indicando que el citado precepto consagra el principio de perpetuación de la acción, el cual «tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa», indicando que en procesos relativos a menores en que ha de buscarse siempre el interés de éstos, «es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Y la sentencia de dicho tribunal 721/2011, de 26 de octubre, con ocasión de abordar –y desestimar– un recurso extraordinario por infracción procesal, recordaba que «en los procesos sobre menores, el art 752.1 LEC establece que «(...) se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento» (énfasis añadido). Los cambios que se producen en este tipo de litigios a lo largo de las diferentes instancias y la necesidad de ajustarse a la realidad para poder tomar la mejor decisión fueron las razones que introdujeron esta modalidad en este tipo de procedimientos, por lo que no debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 460 LEC, que se considera violado, sino el artículo 752.1 LEC citado».

Dicho criterio jurisprudencial, aun limitado en su aplicación a procesos en los que se ventilan los intereses de menores de edad, puede ser trasladable al de autos, en el que el objeto del proceso radica en determinar la procedencia de mantener una pensión alimenticia a favor de los hijos, después que éstos hayan cumplido la mayoría de edad, para lo cual puede atenderse a la modificación de las circunstancias que se produce como consecuencia de su evolución formativa.

Pero, en todo caso, la sentencia de la Audiencia Provincial no desestimó el recurso de apelación en su momento interpuesto por el mero hecho de que Lucía hubiera cumplido los 26 años de edad, por cuanto comienza su fundamentación aceptando los argumentos jurídicos de la sen-

tencia de primera instancia que, como hemos reseñado, expone las razones por las que dicha hija mayor había perdido el derecho a la pensión antes de cumplir dicha edad, al haber concluido su formación académica, encontrándose en disposición de incorporarse al mercado laboral.

Cuarto: La sentencia recurrida no infringe el artículo 69 del CDFA al confirmar la supresión de la pensión alimenticia establecida a favor de la hija mayor del matrimonio Lucía B. P., sino que aplica correctamente a los hechos comprobados la consecuencia jurídica contemplada en dicha disposición.

En efecto, resultando acreditado que la citada había cursado estudios universitarios hasta obtener una diplomatura y realizar un máster, lo que la capacitaba para el ejercicio de una profesión, a partir de la fecha de conclusión de estos estudios –y, desde luego, en la fecha de interposición de la demanda– dejó de tener derecho a dicha pensión en los términos establecidos en la sentencia de separación conyugal de sus padres. Como ha expresado esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 2011, interpretando el artículo 66 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, el Preámbulo de dicha ley evidencia la excepcionalidad de la previsión contenida en el artículo 66, lo que en el texto del precepto se concreta «en la exigencia concurrente de dos circunstancias para que se mantenga el deber de los padres de sufragar gastos de enseñanza y educación de los hijos mas allá de la mayoría de edad: que no haya completado el descendiente su formación, y que no tenga recursos propios. Y, aun concurriendo tales circunstancias, existe todavía una doble limitación: que sea razonable mantener la exigencia del cumplimiento de la obligación, y que, temporalmente, sea normal el tiempo empleado para llegar a obtener la formación».

Quinto: Tampoco puede prosperar el recurso relativo a la situación de la hija menor del matrimonio, Lourdes B. P. Según se ha expuesto precedentemente, consta acreditado que ésta, de 21 años de edad al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en el año 2009 una titulación de Técnico de Artes Plásticas y Diseño, módulo de Grado Medio, y que en febrero de 2010 accedió al mercado laboral. Según la parte recurrente, en el curso 2011-2012 se ha matriculado en un módulo de Grado Medio complementario del que ya había realizado.

De todo ello se desprende que al tiempo de la reclamación judicial, por interposición de la demanda rectora del presente proceso, había completado su formación profesional, por lo que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 69.1 del CDFA para mantener la obligación del padre de costear los gastos de crianza y educación. Como dijimos en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, citando otras anteriores, manteniendo el criterio de la excepcionalidad de la exigencia de pensión por alimentos respecto de hijos mayores de edad, «en atención a esta excepcionalidad, la realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aun iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no había de significar una obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, de modo que no se imponía al recurrente más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, la edad de 26 años».

La concurrencia de otras circunstancias personales que se ponen de relieve en el desarrollo del motivo de recurso, en cuanto a la existencia de un síndrome depresivo y de haber conseguido únicamente un trabajo precario del que obtenía escasa retribución, no determina que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. A partir de este momento, si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la propia hija podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Sexto: La desestimación del único motivo de recurso conduce a la confirmación

de la sentencia recurrida, si bien la concurrencia de dudas de derecho en el caso enjuiciado determina la no imposición de las costas devengadas en el recurso, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el artículo 394, al que remite el anteriormente citado, para apreciar que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares, y es de advertir que en la sentencia de esta Sala de 31 de marzo del presente año confirmamos una sentencia en la que, en caso similar, se había suspendido –no suprimido– el derecho del menor a la pensión alimenticia, solución que fue considerada ajustada al ordenamiento jurídico.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lourdes P. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de 31 de enero de 2012.

No se hace expresa imposición de las costas del 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.

32

NÚM. 32

A. TSJA de 4 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de competencia funcional*: El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal (no acompañado de recurso de casación foral) por error patente, arbitrariedad e irracionalidad en la valoración de la prueba, pero con sustento en un precepto sustantivo (art. 82 CDFA) que, en realidad, pretendía una valoración de la prueba distinta, sin demostración de que la efectuada en la sentencia recurrida hubiera sido efectivamente irracional, arbitraria o absurda. La Sala debe abstenerse de conocer del presente recurso, por falta de competencia funcional, al ser competente el TS (art. 56.1º LOPJ). Al haber ya sido interpuesto el recurso procede, conforme al artículo 62 Lec., abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 82 CDFA, 62 y DF 16ª Lec., 56.1º LOPJ.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

33

NÚM. 33

S. TSJA 24/2012, de 5 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: La sentencia reitera la doctrina legal contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. Prueba de que la custodia individual es más conveniente: La preferencia legal por la custodia compartida puede excepcionarse 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. La adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés*

general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto. **Valoración de la prueba practicada:** ***Para la acreditación de las circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, 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. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.*** **Factores para excepcionar la custodia compartida:** ***Las sentencias de instancia razonaron la adopción de la custodia individual en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del artículo 80.2 CDFA y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisprudencial de instancia comprende.***

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 13/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 21 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 622/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 262/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don José Ignacio G. R., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz García Escudero Domínguez y dirigido por el Letrado don Eduardo J. Giménez Vergara, y como parte recurrida doña Elvira Guadalupe D. P., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Ángeles Ruiz Viarge y dirigida por la letrada doña Margarita Blanco Abilla, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Ignacio G. R. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 21 de febrero de 2012 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

34

NÚM. 34

S. TSJA 25/2012, de 11 de julio

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Por razón de la cuantía: ***Aun habiendo sido interpuesto el recurso de casación por interés casacional, pero con defectuosa argumentación del mismo, se admite porque, siendo la cuantía superior a los 3000 euros, se permite su acceso sin necesidad de otra argumentación (art. 2.1 Ley 4/2005). El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo Ley citada), para propiciar la creación de la jurisprudencia que complemente nuestro ordenamiento civil. Lo establecido en el artículo 2.2 permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional.***

84: SERVIDUMBRES: En general: Cita del 568 CDFA en vez del 147 Comp.: ***El texto del artículo 147 Comp., que era el vigente en el momento de la interposición de***

la demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el artículo 568 CDFA, y la cita de éste en el motivo del recurso de casación como precepto infringido debe ser referida al artículo 147 Comp., permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso. **Presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto:** ***Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (436 Cc.), y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada o, en su caso, solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.***

USUCAPIÓN: Inexistencia de incongruencia*: La sentencia no es incongruente por estimar que determinados actos no son eficaces para la adquisición del dominio por usucapión y, sin embargo, lo son para adquirir por usucapión una servidumbre de paso. En ambos casos se exige un animus o intención distintos: hacer suya la cosa para la propiedad (art. 447 Cc.), o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos (arts. 430 y 432 Cc.). Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el animus requerido a estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapión.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 2 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa; artículos 147 Comp., 568 CDFA, 532, 430, 432, 444, 447 y 1942 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a once de julio de dos mil doce.

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 6/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 17 de noviembre de 2011, recaída en el rollo de apelación número 127/2011, dimanante de autos de Juicio Verbal número 742/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Alcañiz, siendo parte recurrente doña Victoria C D, representada por el Procurador de los Tribunales don José Ignacio de San Pío Sierra y dirigido por el Letrado don Isidro Escuin Garcés y parte recurrida don Ramón M A y doña Josefina T M, representados por el Procurador de los Tribunales don Fernando Belenguer Beltrán y dirigidos por el Letrado don Manuel Jesús Zapater Ponz.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 3 de diciembre del 2010 la Procuradora Sra. Pina Bonías, en representación de doña Victoria C D, presentó ante el Juzgado Decano de los de Alcañiz demanda de Juicio Verbal frente a don Ramón M A y doña Josefina T M en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se estimara la demanda y se declarase: «… 1º. Que el patio al que se accede desde la calle por el acceso ubicado en el edificio de la calle Alta, núm. 35 de la localidad de Aguaviva pertenece al edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 de la localidad de Aguaviva y al edificio sito en la C/ Alta, núm. 35 de Aguaviva propiedad de los demandados, pro indiviso y por mitades partes, patio que han venido usando desde tiempo inmemorial los propietarios del edificio sito en la C/ Calixto, núm. 4 de esta localidad colindante con la de los demandados y en consecuencia condene a los demandados: 1º A estar y pasar por este pronunciamiento. 2º A retirar de dicho patio los obstáculos y enseres de su propiedad o de terceros contratados a su nombre en la medida en que estos impiden el normal disfrute de esta propiedad por los propietarios del edificio

sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva. 3º Al pago de las costas causadas en el presente procedimiento. Subsidiariamente y para el caso de que no sea estimada la pretensión que se ha solicitado como petitum principal, se dicte una sentencia por el juzgado en virtud de la cual se declare: 1º. Que el bien inmueble sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva es fundo dominante sobre el bien inmueble propiedad de los demandados sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva, que es fundo sirviente en una servidumbre de paso, de tal forma que los propietarios del inmueble sito en la C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva tienen acceso a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la C/ Alta núm. 35 por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en C/ Calixto, núm. 4 de Aguaviva. Y en consecuencia condene a los demandados: 1º A estar y pasar por dicho pronunciamiento. 2º A retirar del patio los objetos y obstáculos colocados que impidan el normal ejercicio de su derecho de servidumbre por mi mandante. 3º Al pago de las costas originadas como consecuencia del presente procedimiento».

Segundo: Por Decreto de 20 de diciembre de 2010 se acordó admitir a trámite la demanda, citar a las partes para juicio dando traslado de la demanda presentada a la parte contraria. Celebrada la vista y practicadas las pruebas admitidas se dictó sentencia en fecha de 16 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Estimando la demanda en su petición subsidiaria, desestimándose la petición principal, formulada por la Procuradora Sra. Pina Bonías, en nombre y representación de doña Victoria C D, contra don Ramón M A y doña Josefina T M, representados por la Procuradora Sra. Bruna Lavilla: 1. Declaro que el inmueble sito en calle Calixto núm. 4 de Aguaviva (Teruel) es el fundo dominante sobre el inmueble sito en Calle Alta núm. 35 de Aguaviva (Teruel), que es fundo sirviente, de una servidumbre de paso, de forma que los propietarios del inmueble dominante de C/ Calixto núm. 4, tienen derecho a acceder a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la calle Alta núm. 35 (y que pertenece a esta finca), por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en Calle Calixto núm. 4 de Aguaviva. 2. Debo condenar y condeno a los demandados: 1) A estar y pasar por dicho pronunciamiento. 2) A retirar del patio los objetos y obstáculos colocados que impidan el normal ejercicio del derecho de servidumbre de la finca de la demandante. 3) Todo ello, con imposición de las costas procesales a la parte demandada».

Tercero: La representación procesal de los demandados interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha de 17 de noviembre de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de apelación presentado por don Ramón M A y doña Josefina T M, contra la sentencia dictada el 16 de mayo de 2011 por el Juzgado de primera Instancia e Instrucción número dos de Alcañiz, en los autos de juicio verbal seguidos con el núm. 742/2010 y como consecuencia: 1º Debemos revocarla y la revocamos parcialmente, en cuanto que estima la pretensión subsidiaria, formulada en la demanda. 2º. En su lugar desestimamos íntegramente la demanda. 3º. Imponemos a la parte actora las costas causadas en la primera instancia. 4º. Declaramos no haber lugar a imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don Carlos García Dobón, actuando en nombre y representación de doña Victoria C D presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia que basó en lo siguiente: «1º: Infracción

del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/11 de 22 de marzo en relación con el artículo 532 del Código Civil. 2º: Infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Real Decreto Legislativo 1/11 de 22 de marzo en relación con el artículo 444 y 1942 del Código Civil».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 26 de marzo de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días y presentado escrito de oposición, se señaló para la votación y fallo el día 13 de junio de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso de casación debe ser resuelta la causa de inadmisibilidad alegada por la parte recurrida en su escrito de oposición pues, en caso de ser estimada, llevaría a la desestimación del recurso, por su inadmisión, sin necesidad de resolver sus motivos.

Tal causa de inadmisibilidad la basa la parte recurrida en que el recurso fue interpuesto al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañando copia de dos sentencias de la Sala, la de 11 de mayo de 2007 (recurso 5/2007) y la de 1 de diciembre de 2009 (recurso 9/2009), por presunto interés casacional (art. 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa), sin argumentar en qué se basa el interés casacional mencionado ni cuál es la doctrina legal que de dichas sentencias emana. Solicita que, por ello, se inadmita en este trámite el recurso de casación sin entrar a conocer del fondo del asunto.

El recurso fue admitido en virtud del Auto de la Sala de 26 de marzo de 2012 en el que, reconociéndose la defectuosa argumentación del interés casacional utilizado como vía de acceso, la cuantía superior a los 3.000 euros señalada en el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, permitía su acceso sin necesidad de otra argumentación. La misma conclusión ha sido autorizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en autos como los de 16 de enero de 2007 y 25 de noviembre de 2008, admitiendo este último un recurso por razón de la cuantía aun habiendo sido interpuesto por interés casacional.

El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo de la Ley 4/2005), para propiciar la creación de la jurisprudencia que complemente nuestro ordenamiento civil, estableciendo para ello una cuantía solo superior a tres mil euros, o imposible de calcular ni siquiera de modo relativo, dejando para los demás casos la vía del interés casacional (art. 2.2), razón que permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional. Por ello procede rechazar la causa de inadmisión alegada por la parte recurrida y entrar a conocer el fondo del recurso.

Segundo: Los dos motivos del recurso se articulan por infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), el primero en relación con el artículo 532 del Código civil, y el segundo en relación con los artículos 444 y 1942 del Código civil. En sus alegaciones de oposición a los motivos del recurso argumenta la parte recurrida que no cabe alegar infracción del artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) porque este cuerpo legal no estaba vigente en la fecha de presentación de la demanda, noviembre de 2010.

Ciertamente, la disposición transitoria vigésima tercera del CDFA dispone que las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010,

de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que es una de las que ha sido objeto de refundición por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprobó el CDFA. Pero, dice el Preámbulo del Código al Libro Cuarto, apartado 40, antepenúltimo párrafo, que reproduce literalmente el mismo párrafo del ordinal IV del Preámbulo de la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial: «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».

En definitiva, el texto del artículo 147 de la Compilación, que era el vigente en el momento de la interposición de la demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el artículo 568 CDFA, y la cita de éste como precepto infringido debe ser referida al artículo 147 de la Compilación, permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso. La sentencia recurrida, al igual que la de primera instancia, resolvió la cuestión planteada a la luz del artículo 147 de la Compilación y en los mismos términos puede ser ahora examinada la denunciada infracción de dicho precepto.

Tercero: El primer motivo del recurso es articulado por infracción del artículo 568 CDFA (147 de la Compilación) en relación con el artículo 532 del Código civil, sobre la base de considerar que la sentencia recurrida no modifica los hechos que resultan probados de la sentencia de primera instancia, relativos a la existencia de un signo aparente de servidumbre, sino que no da relevancia suficiente al uso de tal signo (una puerta) porque el uso de la misma derivaría de actos de mera tolerancia. Sobre tal premisa entiende el recurrente que la puerta de acceso a su vivienda a través de un patio de la propiedad vecina, utilizado inicialmente como único acceso posible por no tener otro, aunque posteriormente fuera abierta otra puerta a una calle de nueva creación, constituía un signo revelador de un paso obligatorio y no consentido.

El segundo de los motivos denuncia la infracción del artículo 568 CDFA en relación con los artículos 444 y 1942 del Código civil, por considerar que los actos de posesión para el ejercicio del derecho de paso a la vivienda de los actores por una puerta que inicialmente era el único acceso a la vivienda no eran de mera tolerancia.

La sentencia de primera instancia resolvió las dos pretensiones formuladas por la parte actora. Por la primera de ellas ejercitaba una acción declarativa de dominio para que se declarara «que el patio al que se accede desde la calle por el acceso ubicado en el edificio de la calle Alta núm. 35 de la localidad de Aguaviva pertenece al edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 (de los demandantes) de la localidad de Aguaviva y al edificio sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva propiedad de los demandados, pro indiviso y por mitades partes, patio que han venido usando desde tiempo inmemorial los propietarios del edificio sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva y por el que se tiene acceso a la vivienda sita en la C/ Calixto núm. 4 de esta localidad colindante con la de los demandados». Se completaba la petición anterior con la de que los demandados retiraran del patio los obstáculos y enseres que impedían el disfrute de la propiedad de los actores por lo que la sentencia consideraba que se ejercitaba una acción reivindicatoria.

Esta pretensión fue desestimada por los siguientes razonamientos:

«Cuarto: En el caso de autos, la parte actora justifica su dominio en una adquisición por prescripción de la copropiedad del patio o zaguán sito en Calle Alta núm. 35 de Aguaviva, señalando que dicho acceso se ha utilizado desde tiempo inmemorial.

No obstante, atendiendo al conjunto de la prueba practicada, no puede estimarse acreditada la adquisición de dicho dominio por prescripción. Así, de la documentación obrante en autos se desprende claramente que el patio al que se accede por la calle Alta núm. 35 pertenece a la finca sita en ese número y no a la de la calle Calixto núm. 34. Así se desprende tanto de la escritura de propiedad de la vivienda

de los demandados, como de los planos que constan en el Catastro y resulta también acreditado por el dictamen pericial del Sr. Mir, quien señaló sin lugar a dudas que el citado patio o zaguán se encuentra dentro de los linderos de la vivienda de los demandados y no pertenece al inmueble de la Calle Calixto núm. 4.

A estos efectos, resultan insuficientes las testificales practicadas en el acto del juicio, Sr. Lisbona y Sr. Vidal, que manifestaron que a la casa de la Calle Calixto núm. 4 se accedía por el zaguán de la casa de la Calle Alta, dado que el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios, en absoluto. De las testificales practicadas, sí resulta acreditado que la calle Calixto se realizó en los años 40, tras terminar la Guerra Civil, como consecuencia de los destrozos de los bombardeos, no existiendo dicha calle con anterioridad. Tras realizarse la calle, la vivienda de la demandante tuvo su acceso a la misma, si bien parece que, por relaciones de buena vecindad, los propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 permitían el acceso desde su zaguán, tal como señaló el Sr. Soler, sobrino de la última persona que residió en la vivienda de la Calle Alta antes de los demandados, señalando que su madre le había comentado que había un acuerdo verbal para permitirles el paso, pero nada más y que nunca la demandante ni propietarios anteriores había pagado el IBI o reparaciones correspondientes a ese patio.

Tal como dispone el artículo 444 C.C., los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión, por lo que no puede pretender la parte demandante que, por el hecho de serle permitido el paso por la finca de los demandados desde hace más de 30 años, haya adquirido por prescripción el dominio pro indiviso de dicho patio.

Por todo ello, no habiéndose acreditado por la demandante título alguno que justifique el condominio del patio sito en C/ Alta núm. 35, debe desestimarse la petición principal de la demanda.

Cuarto: La segunda de las acciones, ejercitada subsidiariamente, pretendía la siguiente declaración: «Que el bien inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva es fundo dominante sobre el bien inmueble propiedad de los demandados sito en la C/ Alta núm. 35 de Aguaviva, que es fundo sirviente en una servidumbre de paso, de tal forma que los propietarios del inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva tienen acceso a su vivienda desde el patio interior al que se accede desde la C/ Alta núm. 35, por medio de la puerta que desde dicho patio da acceso al inmueble sito en la C/ Calixto núm. 4 de Aguaviva».

Esta pretensión fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia por los razonamientos contenidos en el fundamento quinto:

«Quinto: Subsidiariamente, la parte demandante solicita que se declare la existencia de una servidumbre de paso, siendo predio dominante el de la demandante y predio sirviente el de los demandados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 148 de la Compilación de Derecho foral de Aragón.

En primer lugar, debe señalarse que, de apreciarse la existencia de una servidumbre de paso a favor de la finca de la demandante, la misma sería aparente, dado que, según establece el artículo 532 C.c., son aparentes las servidumbres que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso o aprovechamiento de las mismas. No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

En el caso de autos, la servidumbre que se pretende, sí tiene signo exterior, en concreto, una puerta que da acceso al inmueble de la demandada, por lo que se trataría de una servidumbre aparente, no siendo aplicable lo dispuesto en el antiguo artículo 148 de la Compilación, ahora artículo 569 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/11, de 22 de marzo, sino el artículo 147 del mismo texto, ahora artículo 568 del

Código, que señala «Todas las servidumbre aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», precepto que no coincide con lo dispuesto en el artículo 539 C.C. que, en relación a las servidumbre discontinuas, sean o no aparentes, señala que sólo se podrán adquirir en virtud de título, debiendo prevalecer el precepto del derecho foral sobre el de derecho común.

De las pruebas practicadas, sí ha resultado plenamente acreditado que desde hace más de treinta años, los propietarios de la vivienda sita en Calle Calixto núm. 4 acceden a la misma por el zaguán de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35. Así lo han declarado diversos testigos, propuestos por ambas partes y se desprende también de la existencia de una puerta en el zaguán de la vivienda de los demandados que da acceso a la vivienda de los demandantes y que, obviamente fue colocada allí con el consentimiento de quienes fueran propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 en su día. Es posible que, como señaló algún testigo, esa fuera la única entrada a la vivienda de la demandante antes de los años 40, pudiendo ser en su día una servidumbre de paso a finca enclavada, dado que no existía la Calle Calixto, que como ya se ha dicho, se abrió mucho después de construirse las viviendas.

Lo cierto es que se ha acreditado que, tras la apertura de la calle se siguió permitiendo el paso por la vivienda de la Calle Alta núm. 35 a los propietarios de la vivienda de la Calle Calixto núm. 4, si bien no existía documento que recogiera la servidumbre.

El Sr. Soler, sobrino del anterior propietario de la vivienda de los demandados, manifestó que les había informado que existía un acuerdo verbal para dejar pasar a los propietarios de la vivienda contigua por ahí, pero que «no había nada escrito».

Los demandados adquirieron la vivienda en el año 2008, sin que hasta entonces se hubiera impedido el acceso a la vivienda por el patio a la demandada por parte de los propietarios anteriores.

Por todo ello, valorando la prueba en su conjunto, resulta acreditada la existencia de una servidumbre de paso a favor del predio sito en Calle Calixto núm. 4, por el patio o zaguán de la vivienda de los demandados, sita en Calle Alta núm. 35, para acceder a su vivienda a través de la puerta que existe en dicho patio, adquirida por prescripción por mucho más tiempo que el exigido legalmente de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes.

No se pueden estimar las alegaciones efectuadas por la parte demandada, en cuanto a que no se determina la anchura y dimensiones de la servidumbre ni se ha ofrecido indemnización, como requiere el artículo 564 C.C., por cuanto no se trata de la constitución «ex novo» de una servidumbre de paso para finca enclavada, supuesto contemplado en el artículo, sino que nos encontramos ante el reconocimiento y, por tanto, mera declaración de la existencia de dicha servidumbre de paso a favor de la finca de la demandante, cuyas características y dimensiones resultan perfectamente determinadas por los signos existentes en la finca de los demandados, debiendo permitirse el acceso a la puerta de la Calle Alta núm. 35, pasar por el patio y para acceder a su vivienda a través de la puerta existente en la finca de los demandados, debiendo estimarse la petición subsidiaria de la demanda.

Quinto: La sentencia de la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación de la parte demandada y revoca la pretensión subsidiaria de la demanda por lo siguiente:

«La sentencia a juicio de este Tribunal incurre en incongruencia, pues habiendo negado eficacia a efectos de la prescripción del dominio a la posesión, pues resulta acreditada que es una posesión meramente tolerada y no es apta para usucapir el dominio. Sin embargo a esa misma posesión le reconoce eficacia para usucapir un derecho real limitativo del dominio.

Al respecto conviene decir que el derecho de propiedad es un derecho en principio únicamente limitado por su función social, la existencia de una servidumbre se da por constitución voluntaria, por usucapión o por razón de necesidad.

En nuestro caso el título en que se funda es la posesión, y por tanto la prescripción del derecho que se titula con ella, en la medida que lo que se afirma va en contra del principio del libertad de los fundos, no puede abarcar más que, estrictamente, aquello que se haya poseído durante el tiempo exigido, y en función de para lo que sirva; es decir el cómo se ha poseído determina los límites y extensión del derecho limitativo del dominio. Siendo esencial que la posesión ejercitada ha de ser apta para adquirir el derecho es decir pública, ininterrumpida y en concepto de dueño.

Las anteriores exigencias impiden a este Tribunal considerar por tanto que la existencia de una puerta por aparente que sea el signo externo de servidumbre de paso permita per se considerar la existencia del derecho que aparenta, cuando en casos como el presente y como dice la propia sentencia el paso estaba permitido en virtud de un trato meramente verbal por razones de buena vecindad, siendo calificado como acto de posesión meramente tolerado».

A continuación examina la sentencia los requisitos para la adquisición de las servidumbres aparentes por la vía del artículo 147 de la Compilación, en relación con el artículo 532 del Código civil, y con los artículos 444 y 1942 respecto a los actos de mera tolerancia, concluyendo que «si la posesión acreditada no es apta para usucapir pues se trata en nuestro caso de una posesión meramente tolerada, dicha posesión no sirve para adquirir derecho real alguno, ni el dominio, ni derecho real limitativo del dominio».

Sexto: Dada la relación establecida para la resolución del caso entre la existencia de signo aparente y los actos de mera tolerancia en el uso del mismo, se estudiarán conjuntamente los dos motivos del recurso.

En la sentencia recurrida, como ha quedado reflejado, no se establecen hechos distintos de los tenidos en cuenta por la de primera instancia sino que, partiendo de la afirmación en ésta de que no podían pretender los actores usucapir la copropiedad del patio de entrada a ambas viviendas por el hecho de serle permitido el paso por la finca de los demandados por relaciones de buena vecindad, tampoco pudieron servir tales actos para usucapir la servidumbre de paso pues –considera la sentencia recurrida– tal razonamiento constituye una incongruencia.

Debe partirse, por lo tanto, de los hechos reflejados en la sentencia de primera instancia, que sirvieron en la misma tanto para desestimar la acción reivindicatoria del patio como para estimar la acción confesoria de servidumbre de paso sobre el mismo.

Como ha recordado con reiteración el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso extraordinario de casación está limitado legalmente a la función revisora del juicio jurídico sobre el alcance y significado de los hechos que han sido declarados probados, lo que excluye la posibilidad de revisión en esta sede jurisdiccional de la probanza o no de determinados hechos.

Al respecto dijimos en nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009 (recurso 9/2009) aportada por el recurrente: «En cambio, no cabe considerar admisible la pretensión de la parte recurrida de que también las alegaciones hechas por el recurrente respecto de la existencia o no de adquisición por usucapión sean cuestión probatoria. Porque si revisten tal carácter las posibles apreciaciones referidas a la situación de hecho presente en las fincas, sin embargo es cuestión estrictamente jurídica la determinación de si la subsunción de la resultancia fáctica en la norma que se entienda de aplicación conlleva, o no, la

presencia de los presupuestos legalmente prevenidos para concluir que existió adquisición de servidumbre por la posesión concreta de ella».

No puede esta Sala poner en duda los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que en este caso son los de la de primera instancia pues resultaron inalterados en aquélla, pero sí puede entrar en la calificación jurídica sobre si estos hechos son o no suficientes para revelar la existencia de un signo aparente de servidumbre, y sobre los requisitos que deben reunir los actos en que se funde la apreciación de su utilización como derecho sobre cosa ajena, y no como actos de mera tolerancia, durante el tiempo requerido en nuestro derecho para su usucapión.

Séptimo: La sentencia de primera instancia desestima la acción reivindicatoria sobre el patio porque deduce de la documentación aportada (escritura de propiedad de los demandados y planos del Catastro), y del dictamen pericial del Sr. Mir, que dicho patio se encuentra dentro de los linderos de la vivienda de los demandados (c/ Alta, núm. 35) y no pertenece al inmueble de la calle Calixto núm. 4 (de los actores). En cuanto a las testificales las declara insuficientes (se entiende para la adquisición del dominio por usucapión) porque «el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios». Siguiendo con la argumentación sobre la propiedad (a estos efectos, dice), considera acreditado, de las testificales, que la calle Calixto se realizó en los años 40, tras terminar la Guerra Civil, no existiendo dicha calle con anterioridad, y que, tras realizarse la calle, la vivienda de la demandante tuvo su acceso a la misma si bien, por relaciones de buena vecindad, los propietarios de la vivienda sita en C/ Alta núm. 35 permitían el acceso desde su zaguán.

Rechazada la copropiedad del patio (fundamento cuarto), la sentencia entra a resolver sobre la petición subsidiaria (fundamento quinto) y declara que la servidumbre de paso tiene signo exterior, una puerta que da acceso al inmueble. Igualmente estima plenamente acreditado que desde hace más de treinta años los propietarios de la vivienda de c/ Calixto núm. 4 acceden a la misma por el zaguán de la vivienda sita en C/ Alta núm. 35, como se desprende de la existencia en dicho zaguán de una puerta de acceso a su vivienda, colocada con consentimiento de los propietarios de la vivienda de C/ Alta núm. 35. Señala la posibilidad de que fuera la única entrada a la vivienda de la demandante antes de los años 40, como servidumbre de paso a finca enclavada dado que no existía la calle Calixto, abierta mucho después de construirse las viviendas. Finalmente, da por acreditado que, tras la apertura de la calle, se siguió permitiendo el paso por la vivienda de la C/ Alta núm. 35 a los propietarios de la vivienda de la C/ Calixto núm. 4 y que hasta el año 2008, en que los demandados adquirieron la vivienda de C/ Alta núm. 35, los anteriores propietarios de la misma no habían impedido el paso por el patio a la otra vivienda.

Contrastando los hechos tenidos en cuenta por la sentencia de primera instancia, y sus razonamientos para la desestimación de la acción reivindicatoria y estimación de la confesoria de servidumbre, no se llega a la conclusión afirmada por la sentencia de apelación de que sea incongruente porque determinados actos no sean eficaces para la adquisición del dominio por prescripción y, sin embargo, puedan serlo para adquirir por usucapión una servidumbre de paso.

La sentencia de primera instancia alcanza una primera convicción sobre la propiedad del patio de la calle Alta núm. 35 a partir del título de los demandados y de los datos del Catastro, y de un informe pericial que confirmaba que dicho patio pertenecía a ese edificio. Por tal motivo concluye que el patio no era común y, para rechazar la pretensión de los actores de la posible copropiedad adquirida por usucapión, cuya prueba se pretendía mediante declaración de testigos, deduce de esta prueba testifical que el paso era permitido por relaciones de buena vecindad, pero lo

afirma en el sentido de que dicha posesión, por el paso, no era apta para usucapir la propiedad («el hecho de que se utilizara dicho paso no acredita que el zaguán fuera propiedad de ambos edificios»). De estas afirmaciones se desprende que, para el juzgador de instancia, de la utilización del patio como paso no se podía concluir un animus de adquisición de la propiedad, ni que los titulares del patio aceptaran el paso como manifestación de propiedad.

El artículo 447 Cc. señala con claridad que, para adquirir el dominio, sólo puede servir de título la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño (y el art. 1941 Cc. así lo exige para su adquisición por prescripción). Éste es el animus que no aprecia la sentencia de primera instancia. Pero además de esta posesión nuestro derecho protege también otros tipos de posesión, como se deduce de la interpretación de los artículos 430 y 432 Cc., conforme a la cual se pueden poseer cosas o derechos, tanto en concepto de dueño como de tenedor perteneciendo el dominio a otra persona. Aquí se incluirían los iura in re aliena, como las servidumbres, exigiéndose en ambos casos un animus o intención distintos: hacer suya la cosa para lo propiedad, o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos.

Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el animus requerido a estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapión. En tal sentido la Sala no comparte la conclusión de que tal razonamiento, que es el determinante para la revocación de la sentencia de primera instancia, resulte incongruente.

Octavo: Descartada por la sentencia de primera instancia la adquisición de la propiedad (copropiedad) pretendida por la parte actora, se centra en la servidumbre declarando tajantemente la existencia de un signo aparente, la puerta que da acceso al inmueble que, en sí mismo considerado, no ha suscitado controversia. Y también declara que desde hace más de treinta años los propietarios de ambas viviendas acceden a ellas a través del zaguán de c/ Alta, núm. 35 (de los demandados), utilizando los antecesores en la propiedad de c/ Calixto, núm. 4 una puerta existente en dicho zaguán, que sería inicialmente el único acceso a su vivienda dado que no existía la calle Calixto que se abrió mucho después de construirse las viviendas. Y, finalmente, que tras la apertura de la calle Calixto se siguió permitiendo a los propietarios de la vivienda de esta calle el paso por la vivienda de la calle Alta núm. 35.

Son éstos los hechos que sirven en la sentencia de primera instancia para tener por acreditada la existencia de una servidumbre de paso, y en ellos no se menciona el paso por mera tolerancia sino que inicialmente no habría otro acceso posible a la vivienda de los actores, dada la construcción muy posterior de la calle Calixto a la que desde entonces también tienen acceso.

Únicamente se afirma que tras la apertura de la calle se siguió permitiendo el paso por el patio de la otra vivienda, pero un paso que no se podía calificar inicialmente de mera tolerancia, pues no había otro y era obligado, por puerta en el zaguán ajeno que daba acceso a la calle Alta mediante puerta de uso común. Y la utilización de ambas puertas no podía ser, por lo dicho, por mero permiso precario sino que venía impuesto por la necesidad, mediante puerta abierta en zaguán ajeno que, como expresa la sentencia de primera instancia, «obviamente fue colocada allí con el consentimiento de quienes fueran propietarios de la vivienda sita en Calle Alta núm. 35 en su día».

No ha sido objeto de debate el sentido de la utilización de esa puerta con posterioridad a la apertura de la calle Calixto, pero debe recordarse que, conforme a lo

dispuesto en el artículo 436 del Código Civil «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario», y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada, lo que en este caso no se ha dado por probado, o en su caso solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.

En definitiva, descartado el razonamiento de incongruencia que llevó a la sentencia recurrida a revocar la de primera instancia, debemos concluir que ésta declaró correctamente, en función de los hechos que consideró acreditados, la existencia de una servidumbre de paso por la utilización de signo aparente con transcurso del plazo legalmente previsto. Por ello, deben ser estimados ambos motivos del recurso y debe ser casada la sentencia recurrida, con confirmación de la sentencia de primera instancia.

Noveno: Por la confirmación de la sentencia de primera instancia, las costas de la misma son impuestas a la parte demandada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y se mantiene la no imposición de costas en aquel recurso 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 el Procurador de los Tribunales don José Ignacio San Pío Sierra. actuando en nombre y representación de doña Victoria C D, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha de 17 de noviembre de 2011, que casamos y dejamos sin efecto.

Segundo: En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimamos en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por la Procuradora doña Olga Pina Bonías en representación de doña Victoria C D, en los términos que resultan de dicha sentencia.

Tercero: Se confirma la imposición de las costas de primera instancia al demandado y la no imposición de costas del recurso de apelación. No se hace imposición de costas del recurso de casación.

Cuarto: 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.

Procédase a devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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

A. TSJA de 12 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de competencia funcional*: Falta de competencia funcional del TSJA para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haberse formulado simultánea-*

mente recurso de casación foral, pues conforme a lo dispuesto en la DF 16ª Lec. corresponde al TS, Sala Primera, la competencia para el conocimiento de estos recursos. Y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues será cuestión a resolver por el Tribunal competente. Por ello, debe esta Sala abstenerse de conocer el presente recurso (arts. 56.1º LOPJ y 62 Lec.) y, conforme al artículo 62 Lec., al haber ya sido interpuesto el recurso, dispone la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

Disposiciones citadas: *DF 16ª, 62 Lec., 56.1º LOPJ.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.*

36

NÚM. 36

S. TSJA 26/2012, de 13 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Relación personal del hijo menor: Comunicaciones telefónicas: *La no fijación en la sentencia recurrida de un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas con los hijos a favor del padre no infringe el artículo 79.2.a, pues de su texto no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y la frecuencia con la que han de verificarse las llamadas. Lo cual no impide en absoluto que, si se acreditara la obstaculización de las comunicaciones telefónicas, pueda el padre recabar del Juzgador las medidas oportunas.*

Atribución del uso de la vivienda familiar: Limitación temporal: *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. El artículo 81.3 deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite temporal, y esa fijación entre de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de revisión en casación.* **Previsión judicial de venta:** *Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.2. Aunque la sentencia se hubiera limitado a fijar un plazo al derecho de uso, nada impediría al esposo, transcurrido ese lapso, solicitar la liquidación o -en su caso- ejercitar su derecho a la división con base en los artículos 400 y ss. del Cc. Cuestión diferente será el precio, el procedimiento para la venta, y las demás cuestiones atinentes a la medida acordada, que la sentencia (como la norma) no concreta.*

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: La asignación compensatoria: *Naturaleza: Se reitera la interpretación del artículo 83 CDFA dada en la STSJA 15/2011, de 30 de diciembre. En resumen: trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el artículo 97 Cc. al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.*

Disposiciones citadas: *Arts. 81, 83 CDFA.*

Ponente: *Ilma. Sra. doña 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 núm. 10/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 7 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación número 636/2011,

dimanante de autos de Divorcio núm. 324/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrentes, doña Marcela D E, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Altamira Gonzalo Valgañón y don Luis Ignacio C R y doña Mª Pilar R C representados por el Procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras y dirigidos por el Letrado don Guillermo Muzas Rota y como recurrido el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallo

Declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de doña Marcela E y por la representación procesal de don Luis Ignacio C R y doña Mª Pilar R C contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha de 7 de febrero de 2012. Con imposición a cada parte recurrente de las costas causadas por su respectivo recurso de casación.

37

NÚM. 37

S. TSJA 27/2012, de 24 de julio

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Valoración de la prueba practicada*: La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 Lec., y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el artículo 218.2 Lec. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión. Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija mayor, nacida en 2002, y adoptada en 2006, que manifestó que está bien con el sistema actual de visitas con su padre. La menor tiene capacidad suficiente, a tenor del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derecho del Niño de 1989, y su opinión ha sido tenida en cuenta de un modo especial.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La valoración de la prueba (pericial y exploración judicial de la menor) se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos (nacida en 2002), que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. Una vez adoptada una decisión sobre la hermana mayor, es de aplicación el principio de no separación de los hermanos (art. 80.4). Los factores del artículo 80.2 CDFA han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta, dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores.*

La opinión de los menores: *La opinión de los menores, especialmente tenida en cuenta en este caso, resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión.*

Derechos y principios: Derecho de los padres a la igualdad: *El artículo 76.2.b CDFA traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido (art. 14 CE). Pero una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Lo que pretende el artícu-*

lo 14 CE (STC 125/2003, de 19 de junio) es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al artículo 5.1 CDFA, y que responde a la voluntad de la hija mayor.

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a veinticuatro de julio de dos mil doce.

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 17/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 13 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 608/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1200/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Juan Francisco, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias y dirigido por la Letrada doña Virginia Laguna Marín-Yaseli, y como parte recurrida doña María, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Vicario del Campo y dirigida por la letrada doña Mª José Escolá Hernando, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pedraja Iglesias, actuando en nombre y representación de don Juan Francisco, presentó demanda de Modificación de Medidas contra doña María 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 acuerde la modificación de las medidas de divorcio acordadas y se adopten las siguientes:

«1º: Autoridad Familiar: Que se otorgue la autoridad familiar a ambos esposos, estableciéndose sobre la misma que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se solicita que sea necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o domicilio de los hijo/a/os/as menor/es de edad, a la elección de las actividades extraescolares y para cualquier tipo de intervención psicológica quirúrgica o tratamiento médico banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información

médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor custodio debe cumplir para el desarrollo de dicho derecho a favor del otro progenitor: 2º: Guarda y custodia: Respecto a la guarda y custodia se otorgue la guarda y custodia compartida. En cuanto a la distribución del tiempo, se plantean dos alternativas a criterio judicial: El padre tendrá bajo su custodia a los menores, los fines de semana alternos desde la salida del Colegio los viernes hasta la entrega de los mismos en el colegio los lunes. Caso de ser puente escolar el fin de semana se verá ampliado. Igualmente estará con ellos los lunes y los miércoles desde la salida del Colegio hasta la entrega en el Colegio al día siguiente, incluyendo la pernocta: La madre tendrá bajo su custodia a los menores igualmente los fines de semana alternos con idéntica duración y la tarde los martes y jueves con pernocta con entrega en el Colegio al día siguiente: Caso de entenderse más estable otro sistema, se propone por semanas. Un progenitor recoge en el Colegio los viernes a los menores a la salida del Colegio y permanece toda la semana con ellos, hasta el siguiente viernes que son recogidos por el otro progenitor y así, sucesivamente: No obstante, considerándose derecho necesario, se aceptaría cualquier otra forma de reparto que sea la más adecuada a los menores: Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa, El Pilar, y durante el verano, se interrumpirá el régimen de visitas y se procederá de la siguiente manera: En navidad, los hijos pasarán con cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares. En los años pares, la madre disfrutará de los menores desde el último día de clase escolar hasta el día 30 de diciembre a las 8 de la tarde y el padre desde el día 30 hasta el reintegro de los menores directamente en el Colegio el día de reanudación de clases. En los años impares el periodo de cada progenitor será el contrario: En Semana Santa y El Pilar, los menores estarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares, desde el último día de clase hasta el reintegro en el colegio el primer día tras las vacaciones, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: las vacaciones de verano los menores estarán con cada uno de los padres la mitad del tiempo, computado desde el último día de clase hasta la entrega de los menores el primer día de curso en el Colegio, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: El primer fin de semana de reanudación de régimen de visitas normal corresponderá al cónyuge que haya disfrutado el primer período de vacaciones, para facilitar la alternancia: Ambos cónyuges facilitarán y no impedirán al otro el contacto telefónico con los menores cuando no estén bajo su cuidado: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progenitor respectivo: El día del cumpleaños de los niños realizarán la comida con uno de ellos y la cena con el otro. Caso de discrepancia, se realizará alternativamente, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares: El domicilio conyugal fue adjudicado en uso y propiedad a la esposa, por lo que, habiendo alquilado el esposo un piso cercano al Colegio y la vivienda conyugal, no se solicita cambio en el uso del piso, debiendo ser los menores los que se muden. Caso de existir cualquier variación será valorada en su momento: 3º: Alimentos: Los cónyuges contribuirán al 50% al mantenimiento de los gastos fijos domiciliados, para lo que, ingresarán en una única cuenta corriente el 50% de ellos. En la actualidad 260 euros mensuales cada progenitor, cantidad que se actualizará en función del incremento de los mismos: Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% debiendo ponerse de acuerdo ambos progenitores para los mismos».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que hicieron, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la demandada, oponiéndose esta última a la demanda planteada y solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde su desestimación, con expresa condena en las costas.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 15 de junio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: 1: Desestimo la demanda presentada por don Juan Francisco contra doña María: 2: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Pedraja Iglesias en nombre y representación de don Juan Francisco, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y al Ministerio Fiscal, que manifestó en su escrito: «Que impugna la Sentencia de fecha de 15 de junio de 2011, interesando se revoque y se dicte otra de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal en el acto del Juicio Oral». Conferido traslado a las partes del escrito del Ministerio Fiscal, presentaron todas ellas sus alegaciones, oponiéndose la recurrida y ratificándose en dicha impugnación el Ministerio Fiscal.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y practicada como Diligencia Final la exploración de la hija María, se confirió traslado a las partes, manifestando el Ministerio Fiscal que: «se ratifica en la postura manifestada en su escrito de recurso, si bien una vez oída la menor en exploración judicial y su deseo de mantener la situación actual por resultarle positiva, considera que podría valorarse por el Tribunal el mantener de momento su actual situación sin perjuicio de que en el futuro pueda valorarse la petición del recurrente a la vista de la evolución de los menores». Y las otras partes, en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Con fecha de 13 de marzo de 2012, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Juan Francisco y la impugnación del Ministerio Fiscal, uno y otra contra doña María y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictado el 15 de junio de 2011 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin imposición de costas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de don Juan Francisco presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia, una vez que la Audiencia lo tuvo por interpuesto, acordó la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con emplazamiento de las partes.

El recurso de casación fue interpuesto con base en los siguientes motivos: «A) Inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: B) aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: C) aplicación indebida del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con el artículo 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba, especialmente la pericial psicológica: D) aplicación indebida del artículo 76.2 B del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española en infracción del principio de igualdad entre progenitores e igualdad entre los niños sean estos hijos biológicos o adoptados: E) aplicación indebida de la Disposición Transitoria Sexta del Código de Derecho Foral de Aragón».

Y terminó suplicando en dicho escrito que se dicte sentencia estimando las medidas solicitadas que se concretan en: «1º: Autoridad Familiar: Que se otorgue la autoridad familiar a ambos esposos, estableciéndose sobre la misma que en los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resulte de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo

lo indicado, se solicita que sea necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/ o domicilio de los hijo/a/os/as menor/es de edad, a la intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tanga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. El progenitor custodio debe cumplir para el desarrollo de dicho derecho a favor del otro progenitor: 2º: Guarda y custodia: Respecto a la guarda y custodia se otorgue la guarda y custodia compartida. En cuanto a la distribución del tiempo, se plantean dos alternativas a criterio judicial: El padre tendrá bajo su custodia a los menores, los fines de semana alternos desde la salida del Colegio los viernes hasta la entrega de los mismos en el colegio los lunes. Caso de ser puente escolar el fin de semana se verá ampliado. Igualmente estará con ellos los lunes y los miércoles desde la salida del Colegio hasta la entrega en el Colegio al día siguiente, incluyendo la pernocta: La madre tendrá bajo su custodia a los menores igualmente los fines de semana alternos con idéntica duración y la tarde de los martes y jueves con pernocta con entrega en el Colegio al día siguiente: Caso de entenderse más estable otro sistema, se propone por semanas. Un progenitor recoge en el Colegio los viernes a los menores a la salida del Colegio y permanece toda la semana con ellos, hasta el siguiente viernes que son recogidos por el otro progenitor y así, sucesivamente: No obstante, considerándose derecho necesario, se aceptaría cualquiera otra forma de reparto que sea la más adecuada a los menores: Durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa, El Pilar, y durante el verano, se interrumpirá el régimen de visitas y se procederá de la siguiente manera:

En Navidad, los hijos pasarán con cada uno de los progenitores la mitad de las vacaciones escolares. En los años pares, la madre disfrutará de los menores desde el último día de clase escolar hasta el día 30 de diciembre a las 8 de la tarde y el padre desde el día 30 hasta el reintegro de los menores directamente en el Colegio el día de reanudación de clases. En los años impares el periodo de cada progenitor será el contrario.

En Semana Santa y El Pilar, los menores estarán con cada uno de sus progenitores la mitad de las vacaciones escolares, desde el último día de clase hasta el reintegro en el colegio el primer día tras las vacaciones correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares. Las vacaciones de verano los menores estarán con cada uno de los padres la mitad del tiempo, computado desde el último día de clase hasta la entrega de los menores el primer día de curso en el Colegio, correspondiendo elegir a la madre los años pares y al padre los impares: El primer fin de semana de reanudación de régimen de visitas normal corresponderá al cónyuge que haya disfrutado el primer período de vacaciones, para facilitar la alternancia: Ambos cónyuges facilitarán y no impedirán al otro el contacto telefónico con los menores cuando no estén bajo su cuidado: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progeni-

tor respectivo: El día del cumpleaños de la madre o el padre, sea festivo o escolar corresponderá al progenitor respectivo: El día del cumpleaños de los niños realizarán la comida con uno de ellos y la cena con el otro. Caso de discrepancia, se realizará alternativamente, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares: El domicilio conyugal fue adjudicado en uso y propiedad a la esposa, por lo que, habiendo alquilado el esposo un piso cercano al Colegio y la vivienda conyugal, no se solicita cambio en el uso del piso, debiendo ser los menores los que se muden. Caso de existir cualquier variación será valorada en su momento: 3º: Alimentos: Los cónyuges contribuirán al 50% al mantenimiento de los gastos fijos domiciliados, para lo que, ingresarán en una única cuenta corriente el 50% de ellos. En la actualidad 260 euros mensuales cada progenitor, cantidad que se actualizará en función del incremento de los mismos: Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% debiendo ponerse de acuerdo ambos progenitores para los mismos».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecieron las partes, y en fecha 9 de mayo de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, admitiéndose el mismo, del que se dio traslado a las otras partes. Estas presentaron escritos en los que se opusieron al recurso.

Habiéndose solicitado por la parte actora la celebración de vista, y considerándola la Sala conveniente, se señaló para la celebración el día 4 de julio de 2012, que se llevó a cabo con el resultado que obra en las actuaciones.

Fundamentos de derecho

Primero: En el proceso seguido sobre modificación de medidas de divorcio a instancia de don Juan Francisco contra doña María, la parte actora ha solicitado que la autoridad familiar respecto de los hijos del matrimonio se otorgue a ambos progenitores y que se acuerde la guarda y custodia compartida, juntamente con otras medidas derivadas de las peticiones principales. Tras el trámite procedente la sentencia de primera instancia ha desestimado la pretensión al entender que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre. A esta decisión llega tras el examen de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en dicha instancia, considerada a la luz de lo dispuesto en el artículo 80 del CDFA.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, ha confirmado la del juzgado. Lo hace tras reexaminar la prueba practicada y las alegaciones de la parte recurrente, expresando que las conclusiones obtenidas por el Juez de Primera Instancia se han visto reforzadas con la exploración judicial de la menor María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con su padre y que no desea ningún cambio. Concluye la Audiencia afirmando que «en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal tras la exploración practicada, se estima preferible, por positiva y favorable al interés de los menores, el mantenimiento de la situación en que se encuentran, sin perjuicio de lo que en el futuro proceda a la vista de la evolución del caso» –fundamento de derecho cuarto, in fine–.

Segundo: La representación del Sr. Juan Francisco recurre en casación en base a las infracciones que quedan recogidas en el antecedente de hecho quinto de esta sentencia. De ellas, la expresada en el Apartado C) denuncia la aplicación indebida del artículo 80 del CDFA en relación con los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba, especialmente la pericial psicológica. Este motivo ha de ser considerado como de aquellos susceptibles de recurso extraordinario por infracción procesal, que pueden ser invocados ante esta Sala cuando se ha interpuesto recurso de casación, al permitirlo así la Disposición final Decimosexta, Apartado 1, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y será objeto de examen en primer lugar.

En el desarrollo del motivo el recurrente expresa que la única prueba practicada, relativa a la idoneidad de la custodia compartida, ha sido la pericial psicológica judicial, y entiende que la Audiencia no justifica ni valora con razón el rechazo a la prueba pericial y casi única practicada.

El referido motivo no puede ser estimado. No puede afirmarse que la sentencia de la Audiencia Provincial carezca de motivación sobre la cuestión fáctica ni haya dejado de valorar la prueba practicada, porque en los fundamentos de derecho, especialmente en el tercero y cuarto, expone las razones que conducen a la decisión confirmatoria que adopta, y lo hace aceptando la valoración que realizó el Juez de Primera Instancia y, además, teniendo en cuenta la exploración judicial que se practicó como diligencia final en la segunda instancia, consistente en la exploración de la menor María, en los términos que posteriormente analizaremos.

La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el artículo 218, apartado 2. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión. Y esto se ha realizado en el caso de autos, en el que tanto el Juez de Primera Instancia al desestimar la demanda –Fundamento de Derecho 2.2– como la Audiencia al confirmar dicho fallo, efectúan consideraciones sobre la práctica de las pruebas y su incidencia en el interés de los menores, que consideran preferente para adoptar la decisión sobre su guarda y custodia.

La referencia hecha en el acto de la vista a la incorrecta valoración de la exploración de la menor tampoco puede ser acogida. Dicha exploración quedó plasmada en el rollo de apelación, mediante acta de 6 de febrero de 2012, y no resulta de su contenido algo distinto de lo considerado por la Audiencia Provincial. No consta que la menor afirmara que no quería cambiar, pero debe entenderse que esa era la conclusión que la Audiencia Provincial extrajo de la anterior afirmación «está bien así».

Finalmente, la invocación que el recurrente hace del artículo 217 de la ley procesal no tiene cabida en el caso de autos, porque dicha norma regula la carga de la prueba, es decir, las consecuencias de la falta de acreditación de unos 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 ha considerado acreditados determinados hechos, y aplica al resultado de la prueba la consecuencia jurídica prevenida en la ley sustantiva, conforme a su criterio jurídico.

Tercero: Los motivos primero y segundo del recurso, que invocan bajo los apartados A) y B) la infracción del artículo 80 del CDFA, van a ser objeto de examen conjunto. En el primero de dichos apartados se denuncia la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y en el segundo la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual. En resumen, la parte recurrente entiende que ha sido infringido el precepto antes citado al no ser estimada la demanda en cuanto solicitaba la custodia compartida de los hijos.

El criterio establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los hijos es el de otorgar preferencia a la custodia compartida, que el juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Así lo establece el artículo 80.2 del CDFA, que ordena atender a los factores referidos en la norma.

El caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada

considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semestrales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados.

Es de significar que el presente caso afecta a dos menores nacidos en Rusia y que fueron adoptados por los ahora litigantes, cuando éstos mantenían su relación conyugal con normalidad. María, nacida en NUM000 de 2002, fue adoptada en 2006, cuando contaba 4 años y medio de edad. Juan, nacido en NUM001 de 2005, fue adoptado en 2008, teniendo 2 años y medio de edad. De la prueba pericial practicada resulta que la niña se adaptó bien a la vida en España, aunque con déficit en el aprendizaje del idioma que dificultó su comunicación y relaciones sociales, así como su rendimiento académico. Es una niña de carácter tímido y reservado, muy unida a su madre, por la que siente gran apego. El menor Juan se adaptó a España de forma positiva, aunque le está resultando difícil la asunción de las circunstancias familiares y está en tratamiento psicológico desde abril de 2011.

Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia Provincial ha llevado a cabo la exploración de María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. El resultado de esta exploración ha sido considerado especialmente en la sentencia recurrida, para confirmar la decisión del Juez de Primera Instancia.

Esta valoración se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 del CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, María, que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión. Como afirma la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, «Sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumento por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito».

Una vez adoptada una decisión sobre María, es de aplicación el precepto contenido en el artículo 80.4 CDFA, a cuyo tenor «Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

La Audiencia Provincial motiva las razones que justifican la decisión adoptada, sin que los razonamientos expresados en la sentencia impugnada resulten arbitrarios o contrarios a la lógica. De su examen resulta la razonabilidad de la argumentación, que se inscribe dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, conforme al precepto de referencia, que tiene como frontispicio el interés del menor, lo que es acorde con

la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España. Especialmente se ha tenido en cuenta en este caso la opinión de la menor que tiene capacidad suficiente, a tenor del artículo 12 de la citada Convención.

En consecuencia los motivos de recurso consignados bajo los apartados A) y B) no se estiman.

Cuarto: En el apartado D) del escrito de interposición del recurso se denuncia la aplicación indebida del artículo 76.2.b) del CDFA, en relación con el artículo 14 de la Constitución española, en infracción del principio de igualdad.

En el precepto referido, cuya rúbrica es «Derechos y principios», se recoge que en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetará el derecho de éstos a la igualdad: «Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares». Precepto que traslada al derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido.

Pero de dicha consideración no se desprende la consecuencia pretendida por el recurrente. Una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Como afirma la STC, en Pleno, 125/2003, de 19 de junio, con cita de otras precedentes, «el juicio de igualdad ex artículo 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (fundamento de derecho cuarto). Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes.

En el caso de la custodia de menores, los factores a que anteriormente hemos hecho referencia han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores. Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al artículo 5.1 del CDFA, y que responde a la voluntad de la hija mayor, expresada libremente ante el tribunal de segunda instancia.

Como afirmó esta Sala en sentencia de 1 de febrero de 2012, «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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».

En este caso la Audiencia ha motivado con suficiencia la decisión adoptada, que no vulnera el ordenamiento jurídico sino que se acoge a una de las posibilidades que éste otorga, sin merma del derecho a la igualdad.

Por las razones expresadas, el motivo debe ser desestimado.

Quinto: Invoca la parte recurrente, por último, la aplicación indebida de la Disposición Transitoria Sexta del CDFA. En el desarrollo del motivo y en cuanto concierne a la citada infracción, expresa que las normas de la Sección Tercera del Capítulo II, Título II, son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, y que el convenio suscrito entre los cónyuges en mayo de 2010 y la presentación de la demanda de divorcio el día 23 de junio de 2010 eran hechos anteriores a la aplicación de dichas normas, no afectados por una regulación que aún no estaba en vigor.

Aun siendo ciertas las alegaciones formuladas por el recurrente, el recurso no puede ser estimado, porque la disposición referida no ha sido aplicada al caso. Ni la sentencia de la Audiencia Provincial ni la del Juzgado han aplicado la Disposición cuya infracción se denuncia. La argumentación expresada en la sentencia de primera instancia, referida al momento en que don Juan Francisco firmó el convenio inicial y presentó la demanda de divorcio, sirve para poner de manifiesto que el demandante podía conocer la próxima entrada en vigor de la nueva regulación, cuya promulgación tuvo una importante repercusión social. En ese sentido ha de entenderse la argumentación de que «la sociedad aragonesa media estaba al tanto de la novedad legislativa. Más el esposo que toma la iniciativa de divorciarse».

Pero la decisión del Juez de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia, no se funda en la aplicación de la Disposición Transitoria, sino en el resultado de la valoración de la prueba y la consideración del interés preferente de los hijos que, en expresión de la primera sentencia, «no demanda el cambio interesado por el padre».

Por ello procede la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.

Sexto: La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la concurrencia de dudas de derecho en el caso enjuiciado determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan Francisco contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 13 de marzo de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del 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.

38

NÚM. 38

A. TSJA de 26 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Inadmisión*: En este motivo del recurso lo que la parte reprocha en realidad es la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, y del examen de dicha resolución se advierte que la misma no resulta arbitraria, ilógica o absurda. Se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivación insuficiente de la sentencia. Procede inadmitir este motivo por concurrir la causa de inadmisión del 473.2.2ª Lec.*

Disposiciones citadas: *Art. 473.2.2ª Lec.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.*

39

NÚM. 39

A. TSJA de 26 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Admisión a trámite*: No ofrece duda la competencia funcional de esta Sala dado que el recurso se funda en infracción de normas del Derecho civil aragonés. Concurre interés casacional porque se trata de normas con menos de cinco años en vigor. El artículo 79.5 no es una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite su revisión casacional si efectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige para la comprobación de la existencia de causas o circunstancias relevantes para la modificación de las medidas judiciales. Aceptado que no se puede proceder a una revisión de la prueba, procede admitir el motivo del recurso en cuanto permite la comprobación de la adecuación de la fundamentación de la sentencia a la norma indicada.*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Medidas judiciales: Modificación*: El artículo 79.5 CDFA, al prever la posibilidad de modificación de medidas judiciales adoptadas judicialmente en el caso de concurrir causas o circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico, que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes), lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar, o no, las medidas anteriormente adoptadas.*

Disposiciones citadas: *Art. 79.5 CDFA.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

40

NÚM. 40

A. TSJA de 7 de julio de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Inadmisión*: La competencia funcional no ofrece dudas porque el recurso se funda en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. El motivo invocado incurre en causa de inadmisibilidad: interposición defectuosa por falta de técnica casacional (arts. 483.2.2º en relación el el 477.1 Lec.). Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, con respeto a los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida. Para desvirtuar la base fáctica sustentadora de la decisión de instancia hubiera precisado la formulación de recurso de infracción procesal, siempre que la valoración*

probatoria por ser manifiestamente arbitraria e ilógica no supere el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE. Por otra parte, el interés casacional, no es un motivo de recurso sino únicamente un presupuesto de recurribilidad de la sentencia.

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

41

NÚM. 41

S. TSJA 28/2012, de 24 de julio

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional*: Alegado como cauce de acceso a la casación el interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de cinco años en vigor, no es necesaria la aportación del texto de ninguna sentencia ni la identificación de cuál es el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia, siendo suficiente la sola mención de una norma del Derecho civil aragonés que no lleve cinco años en vigor, en este caso el artículo 80.2 CDFA, por no existir respecto a dicho precepto doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.* **Alcance del recurso de casación:** ***El carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial es destacado de forma reiterada por el TS (por todas, STS 23/1/2012). También el TSJA ha advertido en numerosas ocasiones que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, ... lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión». Ha de estarse, pues, a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida*: Tras recordar los criterios exegéticos de la Sala para la aplicación del artículo 80.2 CDFA, entiende la Sala que la Audiencia ha realizado una detallada valoración de la prueba al amparo del artículo 80.2 en sus apartados c), referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, de modo que esta Sala no advierte infracción alguna del reiterado artículo 80.2 CDFA.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 80 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 19/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 27 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 643/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1193/2010-B, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Antonio T. O., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª José Ferrando Hernández y dirigido por el Letrado don Fernando Valladares Rodríguez, y como parte recurrida doña María B. V., representada por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigida por la le-

trada doña Gema Calahorra Brumós, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Antonio T. O. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de marzo de 2012, que confirmamos.

42

NÚM. 42

S. TSJA 29/2012, de 25 de septiembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Preferencia de la custodia compartida*: Tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 80.2 CDFA y la preferencia del legislador por el sistema de custodia compartida, considera que la sentencia de la Audiencia no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor, por lo que se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no pueden prevalecer las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, dice la madre que planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.* Factores para excepcionar la custodia compartida: *La corta edad del niño (3 años en 2011) es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la Ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vea favorecido por el cambio semanal de domicilio tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien parece más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal.*

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a veinticinco de septiembre de dos mil doce.

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 15/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 15 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 28/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 104/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Daniel M. J., representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado don Esteban Torrijo García, y como parte recurrida doña María M. V., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cabeza Irigoyen y dirigida por la letrada doña Elisa Julián Asensio, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don Daniel M. J., presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña María M. V. 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 «se modifique la resolución dictada el día 29 de octubre de 2010, en el extremo referente a la guarda y custodia del hijo menor de edad y, en consecuencia, se dicte pronunciamiento acordando la custodia compartida en régimen de igualdad entre la madre y el padre en los términos

que más adelante señalamos y derivado de esta consideración se proceda a determinar la desaparición de la pensión de alimentos establecida corriendo cada progenitor con los gastos del menor en el período en que lo tenga bajo su guarda y determinando que los gastos extraordinarios sean sufragados por ambos en igual proporción».

Por otrosí, y conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, presentó Plan de relaciones familiares del siguiente tenor literal: «Que habrá de regir las relaciones existentes entre los progenitores don Daniel M. J. y doña María M. V., todo ello en relación con su común hijo Kevin M. V: siendo la cuestión primordial de debate la guarda y custodia del hijo común, y teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (edad del hijo, arraigo social y familiar, la aptitud y voluntad de los padres de cara a la estabilidad del menor, la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral de ambos progenitores) esta parte propone las siguientes medidas: Guarda y custodia del menor: Al amparo de la normativa ya citada en el cuerpo de esta demanda y pretendiendo la igualdad de ambos progenitores y siempre bajo la primordial consecución del mejor bienestar y necesidades del menor se considera ajustado proponer una guarda y custodia del hijo común semanal y alterna de tal manera que uno de los padres recogerá al menor, del domicilio del otro, el viernes a las 17,00 horas y lo entregará el viernes siguiente a la misma hora en su propio domicilio: Cuando el menor pase a encontrarse escolarizado la recogida del mismo se podrá realizar en el propio colegio (a la hora de su salida, el viernes por la tarde) y lo entregará con la entrada al mismo colegio el viernes a primera hora de la tarde: Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, cada uno de los progenitores tendrán a su hijo durante la mitad de las mismas, distribuyéndose los periodos respectivos de mutuo acuerdo por las partes, y de no existir el mismo mediante la distribución alternativa de los periodos resultantes: Pensión de alimentos: Habida cuenta del régimen de guarda y custodia establecido, ninguno de los cónyuges deberá abonar pensión de alimentos, si bien ambos comparecientes deberán contribuir por mitad e iguales partes a los gastos extraordinarios que se generen, y asimismo, en la misma proporción, a aquellos que considerados ordinarios (vestuario, colegio, etc.) genere el hijo común».

Segundo: Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándolos para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, lo que se hizo dentro de plazo por el Ministerio Fiscal y la recurrida, oponiéndose ésta última y solicitando, que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se acordase como medidas las ya aprobadas en la Sentencia de fecha de 29 de octubre de 2010 dictada en el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda 689/2009, es decir, las siguientes:

«1: Patria potestad: Compartida por ambos progenitores: 2: Guardia y custodia del hijo menor, Kevin, se mantenga a favor de su madre doña María M. V: 3: Régimen de visitas: Se mantendrá lo estipulado hasta la fecha en la Sentencia núm. 396/2010 de fecha 29 de octubre de 2010, en la que estableció, en atención a la edad del menor, un régimen de visitas quincenal, consistente en un régimen alterno en el que una semana disfrutará de su hijo el fin de semana completo, recogiéndolo en el domicilio materno el sábado a las 11,00 horas de la mañana y reintegrándolo al mismo domicilio el domingo a las 20,00 horas de la noche; y la siguiente semana, el padre recogerá al menor el viernes a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el domicilio materno el mismo viernes a las 20,00 horas: Asimismo, el padre disfrutará semanalmente de la compañía del niño el miércoles, coincidente con el día de cierre del establecimiento que regenta, debiendo recogerlo a las 11,00 horas y reintegrándo-

lo en el domicilio materno a las 20,00 horas: Cuando el niño alcance la edad escolar, el régimen de visitas se modificará en el sentido de que los miércoles el horario de visitas será desde que el niño salga por la tarde del colegio hasta las 20,00 horas y los viernes alternos quedarán suprimidos, prolongándose las estancias de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20,00 horas: En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, dividiendo los periodos vacacionales en dos, eligiendo el periodo correspondiente la madre los años impares y el padre los años pares: En época de vacaciones estivales, el padre disfrutará de la compañía del hijo la mitad del periodo vacacional, eligiendo el periodo correspondiente la madre en los años cuya terminación sea par y el padre los años de terminación impar: 4: Pensión de Alimentos: El esposo abonará a la esposa en concepto de alimentos para la hija menor la cantidad de 250 euros mensuales. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijados por el INE u otro organismo que le sustituya: Los gastos extraordinarios del hijo serán abonados por ambos progenitores al 50%: Y expresa imposición de costas al actor».

Por otrosí y conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 2/2010 presenta el siguiente Plan de relaciones familiares: «Plan de Relaciones Familiares: Que habrá de regir las relaciones existentes entre los progenitores doña María M. V. y don Daniel M. J., todo ello en relación con su hijo menor Kevin M. V.: Siendo la cuestión primordial de debate la guardia y custodia del hijo común, y teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, I Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (edad del hijo, arraigo social y familiar, la aptitud y voluntad de los padres de procurar estabilidad al hijo menor, la conciliación de la vida laboral y familiar de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para la convivencia, tal y como es la naturaleza de la relación comunicativa existente entre ambos progenitores), esta parte propone las siguientes medidas: 1: Guarda y custodia del menor: Al amparo de la normativa ya expuesta en el cuerpo de la presente demanda, y siempre bajo el mejor interés y bienestar del menor, se propone la atribución de la guardia y custodia del menor a la madre, doña María M. V.: 2: Régimen de visitas: El padre disfrutará de la compañía de su hijo Kevin fines de semana alternos recogiendo al menor en el domicilio materno el sábado a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el domicilio materno el domingo a las 20,00 horas de la noche: La siguiente semana, en la que corresponde disfrutar de la compañía del hijo el fin de semana a la madre, el padre disfrutará de la compañía de su hijo el viernes, recogiendo al menor en el domicilio materno a las 11,00 horas de la mañana y lo reintegrará en el mismo domicilio el viernes a las 20,00 horas de la noche: Asimismo, el padre disfrutará de la compañía de su hijo semanalmente los miércoles, coincidiendo con el día de cierre del establecimiento que regenta, debiendo recogerlo en el domicilio materno a las 11,00 horas de la mañana y reintegrándolo el mismo día en el mismo domicilio a las 20,00 horas: Cuando el niño alcance la edad escolar, el régimen de visitas se modificará de la siguiente manera: El padre disfrutará de la compañía del menor los fines de semana alternos, recogiendo al menor los viernes a la salida del colegio y reintegrándolo en el domicilio materno los domingos a las 20,00 horas de la noche: El padre dejará de disfrutar de la compañía del hijo los viernes alternos, suprimiéndose éstos: Asimismo, el padre disfrutará de la compañía de su hijo semanalmente los miércoles, recogiendo al menor a la salida del colegio y debiendo reintegrarlo en el domicilio materno el mismo día a la 20,00 horas de la noche: En cuanto a los periodos vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, los mismos se dividirán en dos periodos, eligiendo la madre el periodo correspondiente los años impares, y el padre los años pares: En cuanto al periodo vacacional estival, verano, disfrutará cada progenitor de la compañía de su hijo la mitad de dichas vacaciones, dividiéndo-

se éstas en dos periodos, eligiendo el periodo correspondiente la madre los años pares y el padre los años impares: 3: Cargas del matrimonio: El padre abonará a la madre en la cuenta corriente que esta señale a tal efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes, una cantidad de 250 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo menor Kevin. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijados por el INE u otro organismo que le sustituya: Los gastos extraordinarios del hijo, considerándose como tales, gastos médicos, ortopédicos, adquisición de libros, actividades extraescolares, serán abonados por ambos progenitores al 50%».

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel dictó sentencia con fecha siete de noviembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Daniel M. J., representado por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea, y la oposición formulada por doña Mª M. V., representada por la Procuradora doña Asunción Lorente Bailo, acuerdo la adopción de las siguientes medidas: 1ª: La guarda y custodia del hijo menor de los litigantes se atribuye a la madre María M. V., siendo la autoridad familiar ejercida por ambos progenitores: 2ª: Se establece un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde a la salida del colegio, hasta el lunes por la mañana, en que deberá llevarlo al centro escolar a la hora de entrada, así como dos tardes a la semana desde la salida del colegio, hasta las 20,00 horas, debiendo entregarlo en el domicilio materno. El fin de semana en que el padre no disfrute de la compañía de su hijo, las visitas intersemanales se amplían a una tarde más con el mismo horario, debiendo consensuarse por ambos progenitores los días de la semana en que deban tener lugar las mismas: 3ª: En concepto de pensión alimenticia el padre satisfará mensualmente la cantidad de 200 euros, cantidad que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente y entidad bancaria que designe la madre y que se actualizará anualmente, conforme a las variaciones que experimente el IPC: Los gastos extraordinarios serán satisfechos por partes iguales por ambos progenitores: No se efectúa expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Fortea en nombre y representación de don Daniel M. J., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y al Ministerio Fiscal, que manifestó en su escrito que se adhiere al recurso interpuesto por la representación procesal de don Daniel M. solicitando la estimación del recurso planteado y la revocación total de la resolución recurrida en su fundamento tercero y cuarto (sic).

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, dictó sentencia de fecha de 15 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea, en nombre y representación del demandante don Daniel M. J., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en el procedimiento de modificación de medidas núm. 104/11, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes: Una vez notificada la presente resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, junto con un testimonio de la presente resolución para su conocimiento y cumplimiento».

Quinto: La representación legal de don Daniel M. J. presentó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial de Teruel, escrito interponiendo recurso de casación por interés casacional que basó en infracción de lo señalado en el artículo 80.2 del

CDFA por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha de 22 de mayo de 2012 la Sala dictó Auto en el que se acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, del que se dio traslado a las otras partes, presentando escrito la parte recurrida, que se opuso al recurso y el Ministerio Fiscal que consideró que procedía la estimación del recurso de casación interpuesto por apreciarse la infracción legal pretendida por el recurrente (art. 80.2 CDFA), casando la sentencia impugnada con las consecuencias jurídicas expuestas en el cuerpo de su escrito.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 5 de septiembre de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: En el único motivo de recurso de casación, con invocación de la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011, se alega infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFA por inaplicación del criterio legal preferente de custodia compartida. Tras hacer referencia a las ventajas de dicha opción legislativa, el recurrente indica que se equivoca el juzgador de la Audiencia cuando le exige una prueba de su idoneidad, una especie de «plus» en contra de lo establecido en la norma, cuando el criterio debe ser el contrario.

Segundo: Tal como se señala en el recurso, esta Sala ya ha elaborado una doctrina jurisprudencial relativa al problema que aquí, una vez más, se plantea. Como se expuso en sentencia de 1 de febrero de 2012 entre otras, «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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».

Tercero: La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y que ahora se recurre, expresa que este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establezca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que considera que no se ha producido en el caso. Dado que parte de esa base, no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor. Únicamente alude a la corta edad del niño

(3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia en 7 de noviembre de 2011). Pero este hecho, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Se expresa también en la sentencia recurrida que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre. Mas esto tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien es de compartir la apreciación que se hace en el sentido de que la secuencia semanal podría comportar consecuencias negativas, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal como sugiere el Ministerio Fiscal, de los períodos de estancia del menor con los progenitores.

En suma, la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no puede prevalecer lo que se sostiene por la representación de doña María M. en su escrito de oposición al recurso, donde expone las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.

Cuarto: Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, lo que determina que debe la Sala dictar sentencia en cuanto al fondo.

El plan de relaciones familiares propuesto por el recurrente, y que apoya el Ministerio Fiscal, no ha sido específicamente combatido por la parte recurrida, de manera que se acepta por la Sala con las salvedades que de oficio se indican a continuación:

1: En relación con el período de permanencia del niño con cada progenitor, y como se desprende de lo que hemos expuesto, será cada dos semanas por considerarse que tal duración es más conveniente para el interés del menor.

2: Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.

3: La distribución de los períodos vacacionales escolares de Navidad Semana Santa y verano, en defecto de acuerdo de ambos progenitores y en aras a una mayor claridad y a la evitación de posibles conflictos, se establecerá de modo que la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

4: El abono de los gastos extraordinarios, se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 del CDFA, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

Quinto: Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC y, en cuanto a las de las instancias, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, tampoco se hace declaración de condena en las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages actuando en nombre y representación de don Daniel M. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel que casamos y anulamos.

Segundo: En su lugar, estimamos la demanda de modificación de medidas formulada por don Daniel M. J. y acordamos:

1: Se adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por períodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17.00 horas y lo entregará al otro en su propio domicilio al finalizar el período.

Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor, o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.

2: En las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, cada uno de los progenitores tendrá al menor durante la mitad de las mismas, distribuyéndose los períodos resultantes de mutuo acuerdo por las partes, y de no existir acuerdo la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

3: Serán de cargo de cada progenitor el pago de los gastos ordinarios del hijo durante el tiempo que permanezca con cada uno de ellos.

Los gastos extraordinarios necesarios se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a que lleguen aquellos y en su defecto los abonará aquel que haya decidido la realización del gasto.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

Cuarto: Líbrese a la mencionada Audiencia 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.

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.

43

NÚM. 43

S. TSJA 30/2012, de 20 de septiembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: Se reiteran los criterios de interpretación del artículo 80 sintetizados en la STSJA de 1 de febrero de 2012. La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFA evidencian que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida. Ni el enfrentamiento entre los padres, ni la corta edad del menor (nacido en 2009), ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, son circunstancias que, por sí solas, permitan rechazar en el caso de autos la custodia compartida.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La conflictividad existente entre los progenitores es una circunstancia que puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero tanto en los casos de custodia compartida como en los de custodia individual. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales. La corta edad del menor (nacido en 2009) es el primero de los factores del artículo 80.2 CDFA pero no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren pues el niño acude ya a la guardería. Los horarios laborales de los padres, así como la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, tampoco resultan concluyentes en el caso para descartar la custodia compartida.*

RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS: *a) La adopción de las medidas necesarias*

para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada (79.2 CDFA); b) La responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos (arts. 77.2.b y 79.2.a CDFA); c) Sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

Disposiciones citadas: ***Art. 80 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.***

En Zaragoza, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

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 14/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 14 de febrero de 2012, recaída en el rollo de apelación número 629/2011, dimanante de autos de Divorcio número 314/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente don J A S, representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada doña Carmen Tobías Meneses y parte recurrida el Ministerio Fiscal y doña E C, representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Maestre Gutiérrez y dirigido por el Letrado don Santiago Gimeno García.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

Antecedentes de hecho

Primero: En fecha de 23 de marzo del 2011, el Procurador Sr. Fernando Maestre Gutiérrez, en representación de doña E M C, presentó ante el Juzgado Decano de los de Zaragoza demanda de divorcio frente a don J A S y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «A) Declare la disolución, por divorcio, del matrimonio contraído por mi representada con don J A S, con los efectos inherentes a dicha declaración. B) Acuerde las siguientes medidas, solicitadas en el cuerpo de la demanda: 1. Uso y disfrute del domicilio conyugal: La atribución del uso y disfrute de la que fue vivienda familiar se otorgará al esposo en cuyo caso deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento de la vivienda (luz, gas, teléfono, contribución, agua y vertidos, etc.) incluidas las hipotecas, desde la admisión de la presente demanda. 2. Guarda y custodia del hijo menor de edad: El hijo menor de edad, Alejandro, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, doña Eva M C, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores. 3. Régimen de Visitas: Respecto del progenitor no custodio se establecerá el siguiente régimen de visitas: 1: Hasta que el menor cumpla 4 años de edad. Los fines de semana alternos con pernocta en casa de la madre, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del mismo día. Y el domingo en iguales condiciones, debiendo recogerlo en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo en los indicados días y horas. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación. La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida de la guardería hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en la guardería y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacaciona-

les del menor en Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de Verano: El hijo menor de edad permanecerá con un progenitor la primera quincena del mes de Julio y de Agosto, y el otro, las segundas quincenas. En defecto de acuerdo el progenitor no custodio decidirá los años pares y el custodio los impares. El padre recogerá y reintegrará al menor, durante el período vacacional correspondiente, en la hora y domicilio en que se encuentre la madre. Vacaciones de la madre: por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 2. Cumplidos los cuatro años de edad: Se pasará a un régimen estándar. Los fines de semana alternos, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del domingo, debiendo recogerlo el padre en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación. La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida del colegio hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en el colegio y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacacionales del menor en Verano, Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de la madre. Por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 4. Alimentos del hijo menor de edad. don Javier Arnas Sánchez deberá entregar la cantidad de cuatrocientos euros mensuales en concepto de alimentos para el hijo menor de edad, hasta que el mismo alcance independencia económica, cantidad que deberá hacerse efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente conforme al IPC. 5. Contribuciones a las cargas del matrimonio: Atribuyéndose el uso y disfrute del domicilio conyugal al esposo, siendo el mismo privativo del Sr. Arnas, éste vendrá obligado a abonar los gastos de mantenimiento de la vivienda incluida las hipotecas que pesan sobre el mismo y ello desde la admisión de la presente demanda. C) Condene expresamente en costas a don Javier Arnas Sánchez si viniera a oponerse a la presente demanda. Otrosí: esta parte solicita la adopción de las siguientes medidas provisionales. 1: Uso y disfrute del domicilio conyugal: La atribución del uso y disfrute de la que fue vivienda familiar se otorgará al esposo en cuyo caso deberá hacerse cargo de los gastos de mantenimiento de la vivienda incluidas las hipotecas, desde la admisión de la presente demanda. 2: Guarda y custodia del hijo menor de edad: El hijo menor de edad, Alejandro, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, doña E M C, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores. 3: Régimen de visitas: Respecto del progenitor no custodio se establecerá el siguiente régimen de visitas: Los fines de semana alternos con

pernocta en casa de la madre, desde las diez horas del sábado, hasta las veinte horas del mismo día. Y el domingo en iguales condiciones, debiendo recogerlo en el domicilio del progenitor custodio y reintegrarlo en el mismo en los indicados días y horas. Si por alguna circunstancia el padre no pudiera recoger al hijo en las horas indicadas deberá ponerlo en conocimiento del progenitor custodio con la suficiente antelación.

La semana en que concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor el miércoles desde la salida de la guardería hasta las 19 horas. Y la semana en la que no concurra el fin de semana de visitas, el padre podrá estar y comunicar con el menor, martes y jueves, en las condiciones establecidas anteriormente, debiendo recoger el padre al menor en la guardería y reintegrarlo al domicilio materno en la hora señalada. Vacaciones de Navidad y Semana Santa: La mitad de los períodos vacacionales del menor en Navidad y Semana Santa, corresponderán al progenitor no custodio, decidiendo éste en los años pares y el progenitor custodio en los años impares. El padre deberá recoger y reintegrar al menor en el domicilio de la madre. Vacaciones de Verano: El hijo menor de edad permanecerá con un progenitor la primera quincena del mes de Julio y de Agosto, y el otro, las segundas quincenas. En defecto de acuerdo el progenitor no custodio decidirá los años pares y el custodio los impares. El padre recogerá y reintegrará al menor, durante el período vacacional correspondiente, en la hora y domicilio en que se encuentre la madre. Vacaciones de la madre: por razones laborales, la madre disfruta de una semana de vacaciones, a fijar por la empresa, y fuera del período estival. Por ello, y al objeto de estar con el menor, dicho período será disfrutado por la madre, con suspensión del régimen de visitas y siempre que no interfiera los períodos vacacionales aludidos anteriormente. El disfrute de esa semana será comunicado al progenitor no custodio. 4. Alimentos del hijo menor de edad. Don Javier Arnas Sánchez deberá entregar la cantidad de cuatrocientos euros mensuales en concepto de alimentos para el hijo menor de edad, hasta que el mismo alcance independencia económica, cantidad que deberá hacerse efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad deberá ser revisada anualmente conforme al IPC. 5. Contribuciones a las cargas del matrimonio: Atribuyéndose el uso y disfrute del domicilio conyugal al esposo, siendo el mismo privativo del Sr. Arnas, éste vendrá obligado a abonar los gastos de mantenimiento de la vivienda incluida las hipotecas que pesan sobre el mismo y ello desde la admisión de la presente demanda». La parte solicitó la adopción de las medidas provisionales expuestas y la práctica de prueba anticipada.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda suplicando: «… conforme con la petición de divorcio y por opuesta parcialmente a las medidas definitivas solicitadas en la demanda dicte sentencia por la que se decrete la disolución por Divorcio del matrimonio, adoptándose las siguientes medidas: «A) Guarda y custodia y autoridad familiar respecto del hijo menor: La guarda y custodia del hijo menor Alejandro, que en la actualidad cuenta con 23 meses de edad, será compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos, realizándose los cambios de domicilio los días 1 y 15 de cada mes, cuando será recogido por el progenitor al que le corresponda la estancia siguiente. Durante dicho período, el progenitor que no tenga la custodia podrá visitarlo tres tardes a la semana desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda. Cada año se cambiará la alternancia del turno, correspondiendo elegir turno al padre en años pares y a la madre en años impares. La recogida del menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda la permanencia del menor; y en el domicilio del

otro. Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano: –En cuanto a las vacaciones de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares. En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos períodos, siendo el primer período desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas, y el segundo, desde el 31 de diciembre a las 12 horas y 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. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares. En cuanto a 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 período correspondiente. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares. Caso de que la entrega del hijo corresponda en un día escolar, la recogida del menor se hará en el centro escolar, debiendo recogerse la maleta o enseres del hijo el día anterior a la entrega. La autoridad familiar también será compartida, debiendo ser adoptadas de común acuerdo todas aquellas decisiones referidas a cuestiones sanitarias, personales, médicas o educativas del hijo, cambios de colegio, etc…, que excedan de las decisiones habituales en su cuidado diario. B) Gastos de asistencia al hijo. Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos del hijo, como guardería, enseñanza, comedor escolar si el hijo lo utilizase, actividades extraescolares, así como los libros y el material escolar. En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, ortodoncia, gafas.) deberán ser asumidos por mitad e iguales partes por cada uno de los progenitores y siempre que exista consentimiento entre ambos, en caso contrario la parte que haya contratado dichos servicios asumirá el importe total de los mismos. Asimismo, el progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del hijo como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe médico o tratamiento prescrito al menor. C) Uso de la vivienda familiar. No se establece pacto alguno en cuanto al uso de la vivienda por cuanto la ha venido usando mi representado, siendo además propiedad del mismo, siendo voluntad de la Sra. Moreno residir en el domicilio de sus padres. D) Pagos de préstamos comunes. Serán abonados por mitad e iguales partes entre ambos…». Por otrosí se solicita la práctica de prueba anticipada.

Por Diligencia de Ordenación de 12 de mayo de 2011 se tuvo por contestada la demanda y por Auto de 20 de mayo de 2011 se acordó por el mismo órgano judicial acumular el procedimiento de divorcio contencioso núm. 352/11 instado por don J A S, que contiene el suplico ya reseñado en la contestación de la demanda de los autos núm. 314/11, contra doña E M M C quien evacuado el trámite de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado el acuerdo de las medidas solicitadas en la demanda de divorcio por esa parte interpuesta.

Tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 20 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña E M M C contra don J A S decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre los mismos el día 19 de noviembre de 2005 en Zaragoza, con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1: Los cónyuges pueden vivir separados, cesando definitivamente la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincu-

lar los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2: La guarda y custodia del hijo menor de edad Alejandro, nacido el día 22 de mayo de 2009, se atribuye a la madre, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Los progenitores deberán conocer, consultarse y autorizarse mutuamente todas las decisiones sobre los hijos menores de edad que excedan de las cotidianas. Cuando el menor cumpla 10 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado. 3: Se atribuye al esposo el uso de la vivienda familiar sita en la calle..., núm. 11, Esc. Dcha, 2º C de Zaragoza, sin limitación temporal. La esposa podrá retirar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo. 4: El régimen de visitas será el siguiente: A) Inicialmente el padre tendrá en su compañía a su hijo los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 del mismo día, y en iguales condiciones el domingo. Le corresponderá al padre el primer fin de semana, a partir de la fecha de esta sentencia, correspondiendo en su consecuencia a la madre, el siguiente fin de semana, y así sucesivamente. También podrá estar el padre con su hijo dos tardes entre semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y los jueves desde la salida de la guardería hasta las 10:30 horas. En el mes de julio el padre podrá estar en compañía de su hijo la última semana del mes, que en defecto de acuerdo será desde el día 25 a las 10:00 horas hasta el día 31 a las 20:00 horas, con pernocta, así como la segunda quincena del mes de agosto. B) Tras el verano, el padre tendrá en su compañía a su hijo los fines de semana alternos, desde el viernes a la hora de salida de la guardería hasta el domingo a las 20:00 horas, con pernoctas. Los puentes festivos se unirán al fin de semana más cercano correspondiendo disfrutarlo al progenitor con quien deba permanecer el menor ese fin de semana. Este régimen de visitas quedará interrumpido durante las vacaciones escolares, en las que regirán las visitas que se indicarán a continuación. Los sábados que el padre no pueda tener a su hijo en su compañía deberá comunicarlo a la madre con la debida antelación y la visita de fin de semana se iniciará el sábado a las 18:00 horas. C) En cuanto a las vacaciones de Navidad, el hijo pasará la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con su madre y la otra mitad con su padre, iniciándose el primer período el día siguiente a aquel en que finalicen las clases a las 10:00 horas y finalizando el mismo, el día 31 de diciembre al mediodía. El segundo período comenzará el día 31 de diciembre al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquel en que comiencen las clases a las 20:00 horas. Los padres se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo el primer período al padre los años pares y el segundo los años impares, de forma que a la madre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer período. D) En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, el hijo pasará la mitad de las vacaciones escolares con su madre y la otra mitad con su padre, iniciándose el primer período el día siguiente a aquel en que finalicen las clases a las 10:00 horas y finalizando el mismo el miércoles al mediodía. El segundo período comenzará el primer miércoles al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior a aquel en que comiencen las clases a las 20:00 horas. Los padres se alternarán cada año los distintos períodos, correspondiendo el primer período al padre los años pares y el segundo los años impares, de forma que a la madre le corresponderá los años pares el segundo período y en los años impares el primer período, y así sucesivamente. E) En cuanto a las vacaciones estivales, el hijo pasará la mitad de sus vacaciones con el padre y la otra mitad con la madre, correspondiendo al padre disfrutarlas desde el primer día no lectivo a las 21:00 hasta el 30 de junio a las 21:00, así como las segundas quincenas de los meses de julio y agosto los años pares; y las primeras quincenas de esos meses hasta el día anterior a la reanudación del curso escolar a las 21:00 horas, los años impares; y a la madre a la inversa. La madre podrá permutar el disfrute de la semana de vaca-

ciones que tenga fuera del período estival por otra semana de las que le correspondieran a ella en dicho período vacacional, comunicando la permuta al padre con la debida antelación. E) El disfrute de las Fiestas del Pilar corresponderá por entero al padre los años pares y a la madre los impares. El padre será quien asuma la obligación de recoger y retornar al hijo en el domicilio materno. El progenitor con quien conviva el menor proveerá al hijo de ropa adecuada y suficiente para el período de visitas o vacaciones que vayan a pasar con el otro progenitor, debiendo reintegrarse dichas prendas a la finalización del correspondiente período. Este régimen de visitas se establece con carácter de mínimo y se deberá ejercer con flexibilidad, teniendo en cuenta las limitaciones lógicas de escolaridad y las actividades de los hijos, así como su opinión cuando por su edad puedan manifestarla conscientemente, pero sin que en ningún caso el régimen de visitas quede nunca a la exclusiva voluntad de los hijos. 5: Don J A S abonará en concepto de pensión de alimentos para su hijo la cantidad de Trescientos Euros al mes, debiendo ingresar dicha cantidad en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que indique doña E M C. Dicha cantidad se actualizará anualmente, a fecha uno de enero de cada año, conforme a la variación del índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. 6: Los gastos extraordinarios necesarios del menor se abonarán en una proporción del 50% por cada uno de los progenitores. 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 la realización del gasto. Deben ser entendidos como gastos extraordinarios necesarios, en principio, aquellos imprevistos que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada. Ciertamente incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión alimenticia. Las actividades extraescolares tendrán la consideración de gasto extraordinario. Salvo en caso de urgencia acreditada deberá justificar suficientemente la necesidad del gasto y su coste al otro progenitor. En todo caso no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea que no haya sido consensuado previamente de forma fehaciente entre las partes o a falta de acuerdo haya sido aprobado su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos médicos urgente e inaplazables no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. 7. El esposo se hará cargo de la hipoteca por importe de 378 euros y el otro préstamo por importe de 160 euros sea abonado a partes iguales por ambos cónyuges. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

Tercero: La representación procesal de la parte actora así como la de la demandada interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la citada sentencia, de los que se dio traslado a la contraria, quienes presentaron escritos de oposición al recurso presentado de contrario. Por Diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2011 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial, Sección Segunda, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 14 de febrero de 2012, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don J A S y desestimando el formulado por doña E M M C contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Zaragoza, el 20 de junio de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, a excepción del pronunciamiento referente a la revisión del régimen de custodia cuando el hijo cumpla 10 años que se suprime y deja sin efecto. No se hace declaración de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque, actuando

en nombre y representación de don J A S presentó, en tiempo y forma, escrito interponiendo recurso extraordinario de casación contra la anterior sentencia que basó en los siguientes motivos: 1: Vulneración del artículo 218.3 de la LEC. 2: Vulneración del artículo 80 del Código Foral de Aragón. 3: Vulneración del artículo 76 del Código Foral de Aragón. 4: Vulneración del artículo 60, 75 y 79 del Código Foral de Aragón. 5: Vulneración del artículo 82 del Código Foral de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por providencia de 19 de abril de 2012 dar traslado a las partes para que formularan alegaciones sobre posibles causas de inadmisión:

«El motivo primero se fundamenta en la vulneración del artículo 218.3 de la LEC, por entender el recurrente que la sentencia carece de motivación en tres de los extremos resueltos por el Tribunal. Sin embargo, la argumentación que fundamenta el motivo viene en realidad a mostrar su disconformidad con la misma, más que a justificar una falta de motivación, dado el tenor de la sentencia, lo que puede constituir la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.2º de la LEC.

«El motivo quinto del recurso invoca la vulneración del artículo 82 del Código del Derecho Foral de Aragón, a cuyo amparo la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos a su cargo debe hacerse proporcionalmente con sus recursos económicos. El recurrente, sin embargo, al fundamentar el recurso no concreta la razón por la que entiende vulnerado el precepto, lo que puede constituir causa de inadmisión que establece el artículo 477.1 en relación con el artículo 483.2.1º de la LEC».

Evacuado el trámite anterior las partes presentaron los escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones y por Auto de 22 de mayo la Sala acordó la admisión de los motivos segundo, tercero y cuarto e inadmitir los motivos primero y quinto del recurso interpuesto.

Conferido traslado del escrito de interposición a las partes recurridas por plazo de veinte días, se presentaron los escritos de oposición de las mismas que quedaron unidos al presente rollo y se señaló para la votación y fallo el día 12 de septiembre de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Doña E M C y don J A S contrajeron matrimonio en Zaragoza, en fecha de 19 de noviembre de 2005.

De dicha unión ha nacido un hijo, A A M, el día 22 de mayo de 2009.

Doña E M C interpuso demanda de divorcio solicitando, entre otras medidas, que le fuera otorgada la guarda y custodia del menor y que se estableciera un régimen de visitas a favor del padre, distinguiendo dos periodos distintos, hasta que el menor cumpliera cuatro años de edad y una vez cumplidos los cuatro años.

Don J A presentó siete días después una demanda de divorcio contra su cónyuge interesando, por su parte, que la guarda y custodia del menor fuese compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos.

Ambos procedimientos fueron acumulados. Tramitado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia de fecha de 20 de junio de 2011 decretando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, entre otras medidas, otorgar la guarda y custodia del hijo a su madre, con un régimen de visitas a favor del padre y la posibilidad de revisar la guarda y custodia cuando el menor cumpliera diez años de edad.

En la sentencia se argumentó que no convenía apartar al niño, de corta edad, de la compañía de su madre. Se expuso que, a

tenor de los informes psicológico y de la trabajadora social, no se detectaban en el padre alteraciones que pudiesen afectar a sus capacidades parentales y que ambos progenitores estaban capacitados para hacerse cargo del cuidado del menor. También se analizaron los horarios de trabajo de los cónyuges y se concluyó que no se apreciaba inconveniente en ninguno de ellos para compaginar las vidas laborales y familiares. No obstante, se destacó el escaso nivel de comunicación existente entre los padres, razón por la que se valoró que no había demasiadas probabilidades de que la guarda y custodia compartida resultase en esas circunstancias beneficiosa para el menor, por todo lo cual se decidió otorgar la guarda y custodia a la madre.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las dos partes. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2012 que confirmó la apelada a excepción del pronunciamiento referente a la revisión del régimen de custodia cuando el hijo cumpliera diez años de edad, que se dejó sin efecto.

En los fundamentos de derecho de dicha resolución se destacó que el hijo del matrimonio contaba dos años y nueve meses de edad, y se puso de manifiesto que el informe de la trabajadora social adscrita al Gabinete Judicial revela que el padre no concreta las pautas que aplicaría en materia de cuidado, educación y atención cotidiana del hijo, asumiendo que precisaría de la colaboración de sus padres para atender este cometido. Además, la perito destaca el alto grado de conflictividad existente entre los progenitores. La Sala, en fin, ratificó la sentencia de primer grado por entender que el régimen de custodia individual a favor de la madre resultaba el más beneficioso para el hijo menor, considerando su corta edad, la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos), y atendiendo a la posibilidad de compatibilizar su horario laboral (art. 80 apartados a), d) y e) del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA). Finalmente, en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho tercero, se argumentó que no procedía autorizar a terceros para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas.

Segundo: Don JA S ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación. De los cinco motivos de impugnación inicialmente planteados, la Sala de Casación admitió finalmente a trámite los motivos segundo, tercero y cuarto.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 80 CDFA, conforme al cual el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea la más conveniente. Razona que no hay ningún motivo para que Alejandro no se beneficie de forma más equilibrada del cuidado y protección de los dos progenitores. Expone que el menor va a cumplir tres años y que se encuentra acostumbrado a estar con su padre y con su madre, hallándose en una edad en la que posee una capacidad de adaptación muy alta. Considera también que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no será base suficiente para considerar que la misma no coincide con el interés del menor –art. 80.5 CDFA–. Finalmente expone que el horario de trabajo de la madre, hasta las 20 horas entre semana, obliga a dejar al menor en compañía de los abuelos maternos cuando el padre lo tiene que entregar en el domicilio de la madre a las 19.30 horas.

El motivo tercero se interpone por vulneración del artículo 76.3.b) CDFA, a cuyo tenor en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se debe respetar, entre otros derechos, el de la igualdad de los padres en sus relaciones familiares respecto de sus hijos menores de edad. El recurrente afirma que reúne todos los requisitos para ejercer la custodia individual o compartida del menor, y pese a ello se le atribuye la custodia en exclusiva a la madre. Por este motivo considera que no se ha tratado con

igualdad al padre, lo que hace extensivo a los abuelos paternos, a los que no se les autoriza a recoger entre semana al menor en la guardería.

Finalmente, el motivo cuarto se deduce por infracción de los artículos 60, 75 y 79 CDFA (en el desarrollo del motivo se aprecia que la impugnación se ciñe a los apartados 60.1, 75.2 y 79.2.a) del CDFA). El artículo 60.1 reconoce el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. Por su parte, el artículo 75.2 contempla, entre las finalidades de la Sección que regula los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Y el artículo 79.2.a) dispone que se deben adoptar las medidas judiciales necesarias a fin de garantizar, entre otros vínculos, la relación de los hijos menores con sus abuelos. Y en desarrollo del motivo se expone que la sentencia impide, sin motivo alguno, que los abuelos paternos puedan ir a recoger al menor de la guardería, no autorizándoles para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas. Se argumenta que se exige al padre lo que no se exige a la madre, porque esta puede contar con la ayuda de su madre todos los días, dejándolo a su cargo durante horas, mientras que el padre no puede delegar en sus padres para que recojan a Alejandro de la guardería y lo lleven a su domicilio.

Doña E MM C ha formalizado su oposición al expresado recurso, interesando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida. Respecto al motivo segundo, menciona los factores previstos en el artículo 80 del Código que deben ser valorados por el Juez para resolver sobre la custodia del menor, y entre ellos la edad de los hijos –art. 80.2.a)– y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral –art. 80.2.e)–, destacando el resultado del informe pericial psicológico que alude al alto grado de conflictividad entre los padres y la recomendación de otorgar a la madre la guarda y custodia del menor. En cuanto a los motivos tercero y cuarto, niega que la sentencia haya vulnerado los preceptos mencionados por el recurrente por el hecho de haberse concedido a la madre la guarda y custodia, y afirma que el régimen de visitas se establece judicialmente para el padre, y no para los abuelos, existiendo obligación paterna de recogerlo, sin que pueda designar a terceras personas, aunque sean familia directa, para que cumplan las obligaciones propias del padre.

El Ministerio Fiscal solicita, asimismo, la desestimación de los tres motivos de casación admitidos a trámite. En su escrito de oposición al recurso comienza exponiendo la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala en la interpretación del artículo 80.2 CDFA. A su criterio, y en aplicación de la misma, tras la valoración de la prueba existen fundamentos suficientes para entender ajustada a derecho la atribución de la custodia individual a la madre, con un amplio régimen de visitas para el otro progenitor. Como hecho más relevante se destaca la edad del menor, nacido el 22 de mayo de 2009, que contaba por tanto dos años de edad al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia. En esta situación, atendido el artículo 80.2.a) del Código, a su criterio no parece irracional, ni arbitrario el mantenimiento de la custodia individual si se tiene en cuenta la, verdaderamente, escasa edad del niño y el resto de circunstancias que se valoran a continuación, señaladamente la falta de comunicación y colaboración entre los padres, entendida como presupuesto para que la custodia compartida pueda ser beneficiosa para el menor. En lo que atañe a la denegación de autorización para que los abuelos paternos puedan recoger al niño de la guardería, considera correctos los razonamientos de la sentencia recurrida y argumenta que no consta que dichos abuelos se vean privados de su derecho a relacionarse con su nieto menor de edad por el mero hecho de que no se acceda a una custodia compartida. Finalmente, expone que el recurrente está ale-

gando la vulneración de derechos de los que serían titulares terceras personas que no han ejercitado acción alguna, lo que plantea el problema de la posible falta de legitimación procesal del actor recurrente para ejercer una acción reclamando derechos de los que no es titular.

Tercero: Para la correcta resolución del recurso se van a examinar conjuntamente los tres motivos de impugnación formulados, porque su invocación y la argumentación que los sustenta se orientan fundamentalmente a defender la custodia compartida solicitada por el actor desde su inicial demanda, y junto a ello, en el régimen de custodia individual acordado en la instancia, a proteger la relación y funciones que pueden desempeñar los abuelos paternos respecto al nieto tras la disolución del matrimonio.

Los criterios de interpretación del artículo 80 CDFA aparecen sintetizados en nuestra sentencia de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011): «a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su 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 (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); 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)».

La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFA evidencian, por lo que enseguida se dirá, que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida.

Para fundamentar el mantenimiento de la custodia individual, la sentencia recurrida menciona en primer lugar la conflictividad existente entre los progenitores. Es cierto que esta circunstancia, en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo– de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDFA–. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDFA–.

Un segundo factor al que aluden las sentencias de instancia es la edad del menor, nacido el 22 de mayo de 2009. Cuenta por tanto en este momento tres años de edad, y se encuentra en la primera infancia. La edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFA. No obstante, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un su-

puesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada, en la que el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

Un tercer argumento que contempla la sentencia recurrida es la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas. Tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia, en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de los padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.

En conclusión, conforme al artículo 80.2 CDFA y la jurisprudencia que lo interpreta procede estimar el recurso de casación, lo que determina que la Sala debe dictar sentencia en cuanto al fondo, estimando la petición de custodia compartida que formula el recurrente. Al acogerse la pretensión principal resulta innecesario pronunciarnos expresamente sobre una solicitud de autorización a los abuelos para recoger al menor en la guardería que se planteaba en una situación de custodia individual que se ha dejado sin efecto. En todo caso, conviene precisar: a) Que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada –art. 79.2 CDFA–, por lo que no se aprecia falta de legitimación del progenitor para plantear esta solicitud a la Sala; b) Resulta evidente que la responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos –arts. 77.2.b) y 79.2.a) CDFA–; y c) Que sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

Los únicos pronunciamientos que procede realizar son los referentes a la guarda y custodia compartida, con el régimen de visitas solicitado, y a la modificación que dicha custodia impone en los gastos de asistencia al menor. En lo restante, la sentencia debe ser confirmada. El plan de relaciones familiares presentado por don Javier Arnas Sánchez contiene, en lo que ahora interesa, las siguientes propuestas:

— La guarda y custodia del hijo menor Alejandro, deberá ser compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos, realizándose los cambios de domicilio los días 1 y 15 de cada mes, cuando será recogido por el progenitor al que le corresponda la estancia siguiente. Durante dicho periodo, el progenitor que no tenga la custodia podrá visitarlo tres tardes a la semana desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda.

Cada año se cambiará la alternancia del turno, correspondiendo elegir turno al padre en años pares y a la madre en años impares.

La recogida del menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda la permanencia del menor; y en el domicilio del otro.

Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

— 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 pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares.

— En cuanto a 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 pares y la madre en años impares.

— En cuanto a 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 pares y la madre en años impares.

Caso de que la entrega del hijo corresponda en un día escolar, la recogida del menor se hará en el centro escolar, debiendo recogerse la maleta o enseres del hijo el día anterior a la entrega.

La autoridad familiar también será compartida, debiendo ser adoptadas de común acuerdo todas aquellas decisiones referidas a cuestiones sanitarias, personales, médicas o educativas del hijo, cambios de colegio, etc., que excedan de las decisiones habituales en su cuidado diario.

— Gastos de asistencia al hijo: Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos del hijo, como guardería, enseñanza, comedor escolar si el hijo lo utilizase, actividades extraescolares, así como los libros y el material escolar.

En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, ortodoncia, gafas,...) deberán ser asumidos por mitad e iguales partes por cada uno de los progenitores y siempre que exista consentimiento entre ambos progenitores, en caso contrario la parte que haya contratado dichos servicios asumirá el importe total de las mismos.

Asimismo, 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 medico o tratamiento prescrito al menor.

La Sala acepta las anteriores propuestas con las salvedades que de oficio se indican a continuación, con las precisiones y en la forma que se detallará en el fallo:

1º: En relación con el periodo de permanencia del niño con cada progenitor, se considera preferible que sea no quincenal, sino de dos semanas, porque de esta forma se va a lograr una mayor uniformidad en las rutinas cotidianas del menor, siendo más adecuado limitar las visitas entre semana de tres a dos días.

2º: Se debe mantener la previsión de las Fiestas del Pilar contenida en la sentencia recurrida. Y respetar también la semana de vacaciones de la madre fuera del periodo estival.

3º: Los gastos de asistencia al hijo se actualizarán anualmente.

4º: El abono de los gastos extraordinarios del menor se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 CDFA, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

Cuarto: Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC y, en cuanto a las de las instancias, tampoco se hace declaración de condena, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Primero: Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Pro-

curador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque, actuando en nombre y representación de don J A S, contra la sentencia de 14 de febrero de 2012 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que casamos en parte.

Segundo: En su lugar, estimamos en parte las demandas de divorcio formuladas por doña EM M C y por don J A S y acordamos las siguientes medidas:

— La guarda y custodia del hijo menor Alejandro se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por periodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17,00 horas y lo entregará en su propio domicilio el finalizar el periodo. El progenitor a quien no corresponda la custodia podrá tenerlo en su compañía dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda.

Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano y en las Fiestas del Pilar.

— En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares. La madre podrá permutar el disfrute de la semana de vacaciones que tenga fuera del periodo estival por otra semana de las que le correspondieran a ella en dicho periodo vacacional, comunicando la permuta al padre con la debida antelación.

— En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último lectivo hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas, y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

— En cuanto a 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 pares y la madre en años impares.

— El disfrute de las Fiestas del Pilar corresponderá por entero al padre los años pares y a la madre los impares.

— Gastos de asistencia al hijo: Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos ordinarios del hijo. Este importe deberá actualizarse anualmente, a fecha uno de enero de cada año, conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se abonarán por mitad entre ambos progenitores, y los extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a que lleguen aquellos, y en su defecto los pagará quien haya decidido la realización del gasto. Asimismo, 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 prescrito al menor.

Procede confirmar la sentencia recurrida en los restantes pronunciamientos.

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas del recurso, ni las de las causadas en las dos instancias.

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.

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.

44

NÚM. 44

S. TSJA 31/2012, de 5 de octubre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: JURISPRUDENCIA: Fijación de jurisprudencia*: La fijación de jurisprudencia tiene lugar, conforme a lo ordenado por el artículo 1.6 Cc., por la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley. Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.*

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Bienes de origen familiar*: Aun siendo inaplicable el artículo 34 Lrem. (216 CDFA), porque la adquisición del bien de origen familiar tuvo lugar en 1966, la compra por el esposo para el consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, desde que la Constitución y la reforma de 1985 hacen que la administración y disposición de los bienes comunes correspondan a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro, implicó la extinción de la propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal. En momentos históricos pasados, como en 1966, el marido era el administrador de la sociedad conyugal, con facultades de disposición (art. 49 Apéndice), por lo que la compra de un bien por el marido para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor, y tenía incluso facultades para disponer de él.*

Y en parte privativos: *El esposo adquiere 1/6 del inmueble por herencia y los otros 5/6 se compran directamente para la sociedad conyugal. Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los artículos 37, 38 o 40 Comp. que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: BIENES DE ORIGEN FAMILIAR: *Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal, al menos desde el momento en que las facultades de administración y disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien. En 1998, fallecido el esposo, tuvo lugar la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa de la mitad indivisa de los 5/6 consorciales de la finca, como bien de su exclusiva titularidad, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma en una transacción judicial. La incorporación al consorcio conyugal de 5/6 de la finca pone fin a su carácter troncal, y la adjudicación de 5/12 partes a la esposa, ya como bien propio, hacen que pasen a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a la familia de la que procede el bien.*

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: CUOTA INDIVISA: Enajenación del bien en su totalidad*: Respecto de la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del artículo 149 Comp. a la permanen-*

cia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

BIENES DE ABOLORIO: Permanencia en la familia: ***Sólo 1/6 del bien litigioso fue propiedad del esposo, los 5/6 restantes fueron, primero, de titularidad de la comunidad conyugal, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de la esposa. En consecuencia, el bien salió del tronco familiar, y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por tal motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (la esposa).***

76: SUCESIÓN LEGAL: BIENES TRONCALES: ***Si por haber adquirido la titularidad total del bien cuatro de los cinco hijos de don Carlos y doña Pilar (7/12 proceden de su padre y 5/12 de su madre, si bien 1/6 fue adquirido por el padre por herencia y 5/6 comprados para el consorcio conyugal y luego divididos por mitad entre la viuda y los herederos del padre), el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrá interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 49 Apéndice, 34 Lrem., 1.6 Cc., 37, 38, 40, 149 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a cinco de octubre de dos mil doce.

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 18/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 6 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 32/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 403/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en el que son partes, como recurrente, don Miguel Ángel, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Sanagustín Medina y dirigido por la Letrada doña Mª Ángeles Carnicer Cañada y como parte recurrida doña Cristina y doña María, y don Hilario, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Ivana Dehesa Ibarra y dirigidos por la letrada doña Mercedes Gorgas Mínguez.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Carlos García Dobón, actuando en nombre y representación de don Miguel Ángel, presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de retracto de abolorio contra don Hilario, y doña María y doña Cristina, en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, incluida la solicitud de prueba, se dicte sentencia por la que: «1: Declare haber lugar al retracto ejercitado, reconociendo el derecho de mi mandante a subrogarse en la posición de los demandados como parte compradora de la finca núm. 1154, inscrita en el tomo 753, libro 34, folio 132, del Registro de la Propiedad de A, inmueble situado en la calle, con la entrega a los demandados al consumarse el retracto del precio cuyo pago ha sido garantizado mediante aval, además de los gastos y cualquier otro pago legítimo efectuado por la compraventa y que resulte debidamente acreditado. 2: Condene a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, con las obligaciones de: otorgar la correspondiente escritura pública de subrogación en su posición de com-

pradores y con la advertencia de que, si así no proceden, la misma podrá ser otorgada por el Juzgador en su nombre; y destinar el importe que se les entregue en el momento de la consumación del retracto a la amortización y cancelación de la carga hipotecaria que grava la finca objeto de este procedimiento. 3: Imponga las costas causadas a los demandados».

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 la contestara, lo que hizo dentro de plazo, solicitando que, previos los tramites legales, dicte sentencia que desestime la demanda y subsidiariamente reconozca el precio efectivamente pactado y satisfecho a los vendedores, y los gastos derivados por la adquisición de la finca, ordenando lo necesario para que por el actor se satisfaga íntegramente el importe total de 560.233,24€, y el resto de gastos en que puedan incurrir.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Teruel dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador don Carlos García Dobón, en nombre y representación de don Miguel Ángel, absuelvo a los demandados don Hilario, doña Cristina y doña María, de las pretensiones en ella contenidas. Sin efectuar expresa imposición de costas procesales».

Cuarto: Interpuesto por el Procurador Sr. García Dobón, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia de fecha de 6 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Carlos García Dobón, en nombre y representación de don Miguel Ángel, contra la Sentencia de fecha diecinueve de julio de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, en autos de Juicio Ordinario número 403/2010, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, sin hacer pronunciamiento expreso respecto de las costas causadas en esta segunda instancia».

Quinto: La representación legal de don Miguel Ángel presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en los siguientes motivos: Primero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia el ordenamiento jurídico aplicable, por aplicación indebida del artículo 34 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad para resolver el asunto objeto de recurso. Segundo: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, con fundamento en el motivo único que dicho precepto autoriza, al infringir la sentencia por interpretación errónea, el artículo 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones, sin que exista doctrina del TSJA. Tercero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, por interpretación errónea de los artículos 37, 38 y 40 de la Compilación. Cuarto: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte. Quinto: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte. Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de

Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de junio de 2012 Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto, admitirlo a trámite y dar traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 12 de septiembre de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Ejercitado por la parte actora, y ahora recurrente, el derecho de retracto de abolorio respecto de finca adquirida por los demandados y recurridos, sita en la localidad de el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Teruel desestimó la demanda, en sentencia dictada el día 19 de julio de 2011 que fue apelada ante la Audiencia Provincial de Teruel.

El recurso fue resuelto por sentencia dictada por la Audiencia Provincial el día 6 de marzo de 2012, en la que lo desestimaba, confirmando en todos sus extremos la sentencia dictada por el Juzgado. El Tribunal consideró que fue correctamente observado el artículo 149 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CA en adelante) en la sentencia del Juzgado, cuando entendió que la compra para el consorcio conyugal de una cuota de copropiedad de bien troncal de la familia del esposo, y la posterior adjudicación de una parte de tal bien a la esposa viuda, al tiempo de la liquidación del consorcio, comportaron que el bien dejó de pertenecer al tronco familiar del esposo fallecido a los efectos del precepto citado.

Asimismo, la sentencia recurrida desestimó la petición subsidiaria del apelante, de que se acordara el retracto respecto de una quinta parte de la finca, por entender el Tribunal que si bien respecto de tal cuota se cumplieron todos los requisitos legalmente exigidos para el ejercicio del retracto, sin embargo debía ser denegado, por ser contrario a la finalidad de tal derecho retraer sólo sobre una porción y por ser inconveniente al criterio general del ordenamiento jurídico establecer la comunidad ordinaria que resultaría caso de estimarse tal petición.

Segundo: Según resulta de los hechos admitidos por las partes, los que constituyen la base fáctica de la sentencia impugnada y, por su referencia, del Juzgado de Primera Instancia, el demandante, don Miguel Ángel, es pariente colateral de cuarto grado (primo hermano) de los cuatro hermanos que el día 23 de julio de 2010 vendieron la finca objeto de retracto a los demandados, personas ajenas a la familia.

Los vendedores, don Carlos, doña Pilar, don José Mª y doña Isabel, eran dueños de la totalidad de la finca por acumulación de cuotas indivisas de 7/12 de su padre don Carlos y 5/12 de su madre doña Mª Pilar.

La causa de adquisición de los 5/12 pertenecientes a la madre se remonta al año 1966 tal y como recoge la inscripción registral de la finca. El 12 de diciembre de 1966 el padre de los vendedores adquirió por herencia 1/6 del total de la finca, mientras que fueron comprados 5/6 para el consorcio conyugal. Una vez fallecido el esposo, las desavenencias entre los interesados en la herencia fueron resueltas por transacción judicial aprobada por dos autos de 5 de noviembre de 1998 y de 21 de junio de 1999. En su virtud, en lo que ahora interesa, se adjudicó a la viuda la mitad indivisa de las 5/6 partes que eran de titularidad del consorcio conyugal, mientras que la otra mitad de las 5/6 partes consorciales más el sexto que pertenecía al padre fue adjudicado a cuatro de los cinco hijos del matrimonio, en ambos casos por cuartas e iguales partes pro indiviso. Por tanto, consecuencia de tal adjudicación acordada entre todos los interesados, 5/12 quedaron de propiedad exclusiva de la viuda, mientras que 7/12 eran copropiedad de cuatro de sus hijos.

Fallecida doña Pilar el día 5 de noviembre de 2003, y practicadas las correspondientes operaciones particionales en Escri-

tura de 9 de marzo de 2004, finalmente tuvo lugar el día 23 de julio de 2010 la venta antes indicada por parte de los hermanos copropietarios a los ahora demandados, ajenos a la familiar.

Tercero: Según resulta de las fechas expuestas, es correcta la afirmación mantenida por la recurrente en su primer motivo de recurso, de no ser de aplicación al caso el artículo 34 de la Ley de Aragón 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que la sentencia recurrida cita en su Fundamento de Derecho Primero, ya que tal norma no estaba en vigor ni cuando tuvo lugar la compra de 5/6 cuotas de propiedad de la finca para el patrimonio consorcial, ni cuando se adjudicaron 5/12 cuotas indivisas a la esposa al liquidarse el consorcio.

Ahora bien, la no aplicación al supuesto del mencionado artículo 34 no debe dar lugar a la estimación sin más consideraciones de este motivo de recurso, por las dos razones que a continuación se tratan.

En primer lugar, de la lectura íntegra de la sentencia no resulta con claridad si la cita del artículo 34 es como norma por la que se resuelve la cuestión litigiosa o si se trata, como parece deducirse del conjunto de todo el texto, del colofón al devenir histórico doctrinal y jurisprudencial que recoge la resolución sobre si debe entenderse que la aportación de un bien al consorcio conyugal determina o no la pérdida de su permanencia en la familia a que antes venía perteneciendo.

En segundo lugar, aun siendo inaplicable el artículo 34 mencionado, la normativa que debe ser observada conduce en este caso a igual conclusión que la que pudiera haberse obtenido caso de vigencia del repetido artículo 34, esto es, que los dos negocios jurídicos efectuados, –el de aportación de cuotas indivisas del bien al patrimonio de la sociedad conyugal y el de la posterior adjudicación a la esposa como propietaria exclusiva de otras cuotas–, determinan la salida del bien de la línea troncal de que procedía.

Cuarto: En concreto, y en relación a si debe considerarse que la aportación de un bien a la sociedad conyugal supone la pérdida de su permanencia en la familia a que había venido perteneciendo, no ha sido uniforme la interpretación judicial y doctrinal anterior a la entrada en vigor del mentado artículo 34, tal y como indica la sentencia recurrida. Al respecto debe considerarse, a favor del reconocimiento del abolorio, que en un caso como el presente de procedencia de la troncalidad de la línea del marido, en momentos históricos pasados la administración de la sociedad conyugal e incluso la facultad de disponer de sus bienes correspondía sólo al esposo. Así, en concreto, se recogía en el artículo 49 del Apéndice de Derecho Foral de Aragón de 1925, de aplicación en el momento en que, en este supuesto, tuvo lugar la aportación del bien a la sociedad conyugal mediante compraventa de 5/6 de la titularidad (el día 12 de diciembre de 1966).

Bajo esta óptica, y si consideráramos sólo el hecho de la aportación a la comunidad conyugal, parecería abonarse la doctrina de que, en el momento de que se trata, y con la legislación entonces aplicable, el hecho de que el marido comprara el bien para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor, y tenía incluso facultades para disponer de él.

Ahora bien, en contra de tal posible anterior interpretación, debe valorarse que el devenir social y normativo modifican sobremanera el régimen de 1966 expuesto. Especialmente a partir de la entrada en vigor de la Constitución en 1978 y la sanción inviolable de ser el marido y la mujer iguales en derechos y obligaciones. Concreto reflejo normativo de esta orden constitucional fue la inclusión en el artículo 48 de la CA, mediante reforma operada por Ley de 3/1985, de 21 de mayo, de corresponder a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro la administración y disposición de los bienes comunes, así como las deci-

siones que afecten a la economía familiar. Esta atribución a ambos cónyuges, conjuntamente, de la posibilidad de disposición de un bien impide ya dudar sobre si respecto de un bien adquirido para el consorcio tiene dominio directo o cualquier vinculación especial demanial uno de los cónyuges, pues ambos quedan en régimen de igualdad respecto de la propiedad y posibles expectativas para con el bien. Debe, por tanto, concluirse que la aportación al consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, y su mantenimiento en él a partir de la reforma del artículo 48 CA, implicó la extinción de propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal.

Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal. Vigente el modificado artículo 48 CA es cuando en el caso presente tiene lugar un acto jurídico decisivo y añadido al previo ya dicho de compra de 5/6 para la comunidad conyugal: la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma, como bien de su exclusiva titularidad, de la mitad indivisa de tales 5/6. De manera que la esposa viuda devino finalmente propietaria única de 5/12 de la cotitularidad de la finca, siendo especialmente reseñable al respecto que esta atribución no cabe apreciar que fuera hecha por mera adjudicación automática de cuotas del consorcio que se disolvía, sino que fue expresamente acordada en la formación de una transacción judicial en que intervenían todos los interesados.

Quinto: Por tanto, a lo largo de la existencia de la comunidad conyugal hasta su disolución por fallecimiento del esposo, el día 5 de noviembre de 1992, no puede sostenerse el punto de partida de que pudiera parecer irrelevante para la condición de troncalidad de un bien que uno de sus titulares lo aporte a su sociedad conyugal. Por el contrario, desde el momento en que las facultades de administración y de disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien, terminó el carácter troncal de la finca.

Y sobre lo anterior se superpone además, en este caso, la adjudicación, ya como bien propio, una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, de 5/12 partes a la esposa, por avenencia de los implicados en el negocio jurídico liquidatorio, quienes, como descendientes de la línea de procedencia troncal del bien, admitieron de modo expreso y paccionado que 5/12 de su titularidad pasaba a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a su familia troncal.

Todo lo cual conlleva que el primer motivo de recurso, que sostenía la naturaleza troncal del bien a pesar de las circunstancias expuestas de aportación a consorcio conyugal y adjudicación de cuotas a la viuda, debe ser desestimado.

Sexto: El segundo motivo de recurso de casación se enuncia en los siguientes términos literales: «SEGUNDO: Al amparo del artículo 1 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, con fundamento en el motivo único que dicho precepto autoriza, al infringir la sentencia por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones, sin que exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se solicita que se fije como jurisprudencia que un bien troncal de abolorio, a efectos del derecho de abolorio, no pierde su condición mientras una parte indivisa del bien pertenezca a un pariente troncal, por considerar que se mantiene el origen familiar».

Con carácter previo a resolver este motivo parece oportuno aclarar que la fijación jurisprudencial que solicita el recurrente, en términos que luego reproducirá en los motivos de casación tercero a quinto, tiene lugar, en lo que ahora interesa y conforme a lo ordenado por el artículo 1.6 del Código Civil, por la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley.

Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.

Séptimo: Respecto del fondo de la cuestión planteada en el segundo motivo, esto es, la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición de troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del artículo 149 CA a la permanencia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

En consecuencia con tal regulación legal este motivo debe ser desestimado.

Octavo: El tercer motivo de recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 37, 38 y 40 de la CA, por entender la parte recurrente que si el bien es adquirido por un cónyuge en parte a título gratuito y en parte a título oneroso, debe considerarse, a los efectos de la relación entre el patrimonio del propio cónyuge y el patrimonio consorcial, que su calificación ha de ser la de bien privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad conyugal respecto del precio pagado.

Este motivo de recurso se aparta de la realidad fáctica que es enjuiciada. Como ya se ha expuesto con anterioridad, el bien no fue adquirido por don Carlos en parte a título gratuito y en parte a título oneroso, sino que él devino titular, por herencia, de 1/6 del inmueble. Los restantes cinco sextos fueron adquiridos mediante compraventa directamente por la sociedad conyugal. La exposición del motivo omite, además, que tales cinco sextas partes no pertenecieron siempre a la sociedad conyugal, puesto que su mitad, esto es, 5/12 del bien, llegaron a ser de titularidad exclusiva de doña Pilar, una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal.

Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los artículo 37, 38 o 40 CA que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.

Noveno: En el cuarto motivo de casación se entiende infringido por la sentencia recurrida el artículo 149 CA y 212 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte ya que, según enuncia el motivo: «CUARTO: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral aragonesa, al infringir la sentencia, por interpretación errónea, los artículos 149 de la Compilación y el artículo 212 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, solicitando que fije como doctrina que en los casos en que se adquiera un bien troncal de abolorio, constante matrimonio y a título oneroso, y a los que no resulte de aplicación el artículo 34 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad por las normas del Derecho transitorio, se considerará que el mismo no ha salido de la familiar y por tanto, conserva su carácter troncal de abolorio, a efectos del derecho de abolorio».

Este motivo reitera lo expuesto en el primer motivo del recurso, resuelto con anterioridad en esta resolución. Como ya se ha tratado en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto precedentes, no siendo de aplicación el artículo 34 de la Ley de Aragón 2/2003, sino el artículo 149 CA en relación con el artículo 48 de la propia CA en la redacción dada por Ley 3/1985, las sucesivas transmisiones de que fue objeto el bien litigioso comportaron que sólo un sexto de su propiedad fuera

propiedad de don Carlos. Los restantes 5/6 fueron, primero, de titularidad de la comunidad conyugal formada con su esposa doña Pilar, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de doña Pilar. En consecuencia con ello, como ya se concluyó al resolver el primer motivo de recurso, el bien salió del tronco familiar, y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por tal motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio.

Décimo: El quinto y último motivo del recurso afirma la infracción de los artículos 149 CA y 212 de la Ley de la Ley de Aragón 1/1999, porque, en consideración del recurrente, el bien conserva su carácter troncal cuando pasa a formar parte de una comunidad de bienes formada por descendientes troncales y su progenitor no tronquero, por ser miembros todos la casa o familia, de modo que el bien no ha salido de la familia.

La situación expuesta en este motivo de recurso se aparta de la que realmente ocupa el retrayente dentro de la familia cuando ejercita su derecho de retracto, por lo que no cabe observar que respecto de él pueda darse la infracción normativa que denuncia.

Así, el inmueble salió del tronco familiar común del retrayente y de los familiares que dispusieron de él en 1966 y en 1998 cuando, respectivamente, pasa 1/6 a ser propiedad de don Carlos, y cuando es adjudicado en sus 5/12 partes en exclusiva propiedad a doña Pilar. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (doña Pilar).

Si luego, por haber adquirido la titularidad total cuatro de los cinco hijos de don Carlos y doña Pilar, el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrá interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien. Pero no afecta al ahora recurrente, pues respecto de él la línea de troncalidad se perdió definitivamente cuando el bien pasó a ser propiedad de doña Pilar, ajena a la familia troncal a que pertenecen su fallecido esposo don Carlos y el propio retrayente.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Undécimo: Como resulta de la exposición de interpretación y aplicación de normas hechas en las sentencias dictadas en el presente procedimiento, las conclusiones obtenidas lo son previa decisión de cuestiones que presentan dudas en derecho. Por ello, y de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Vistos los artículos citados y los 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 don Miguel Ángel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 6 de marzo de 2012 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

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

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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

45

NÚM. 45

S. TSJA 32/2012, de 16 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional*: En casación no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso extraordinario. Se reitera la jurisprudencia del TS y del TSJA que declara que el juicio de proporcionalidad de la pensión del artículo 82 CDFA corresponde a los tribunales de instancia y no es susceptible de revisión salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional deduciendo el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal.*

RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR: Dificultad de imponer un régimen concreto de visitas: *La sentencia no fija un concreto régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijas, con ello no infringe los artículos 59 y 60 CDFA porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 82, 59 y 60 CDFA.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Emilo Molins García-Atance.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 24/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 25 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 64/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 419/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrente don José Ignacio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Pilar Amador Guallar y dirigido por el Letrado don César Garrido Rey y parte recurrida el Ministerio Fiscal y doña Mª Pilar, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Valgañón Palacios y dirigida por el Letrado don Luis Carbonell Pintanel.

[…]

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José Ignacio contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de abril de 2012, que confirmamos.

46

NÚM. 46

S. TSJA 34/2012, de 19 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho del menor a ser oído*: De los preceptos citados por el Ministerio Fiscal, en apoyo de su petición de nulidad de la sentencia recurrida por no haber sido explorada judicialmente una menor de 10 años de edad (arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la LO 1/1996 y 6 del CDFA), se desprende la necesidad de que en los casos que indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, pero no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad*

de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos. La menor fue oída por los profesionales que la entrevistaron para elaborar sus informes periciales.

Valoración de la prueba practicada: ***Los tribunales pueden establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor. La valoración de la prueba practicada corresponde a las instancias procesales, y la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4º Lec., cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto tal valoración resulta del análisis de la opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos informes, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 CDFA.***

La opinión de los menores: ***La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a diecinueve de octubre de dos mil doce.

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 núm. 16/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 16 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 55/2012 dimanante de autos de Modificación de Medidas número 829/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca, siendo parte recurrente don Bredan-Aurelio, representado por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigido por el Letrado don Ramón Torrente Ríos y parte recurrida doña Ana, representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Alfaro Gracia y dirigida por el Letrado don Saúl Gazo Ortiz de Urbina, así como el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: En fecha 26 de octubre del 2010 la Procuradora Sra. Bovio Lacambra, en representación de don Bredan-Aurelio, presentó ante el Juzgado decano de los de Huesca demanda de Modificación de Medidas adoptadas en el divorcio de mutuo acuerdo frente a doña Ana y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando: «acuerde la modificación de las medidas en el sentido solicitado declarando la custodia compartida para ambos progenitores junto con las demás medidas incluidas en la propuesta de pacto de relaciones familiares».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda interesando: «dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda acordando mantener la guarda y custodia individual a favor de la madre, con expresa condena en costas».

Por decreto de 3 de febrero de 2011 se tuvo por contestada la demanda y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca dictó sentencia en fecha 18 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimar la demanda de Modificación de medidas formulada a instancia de la Procuradora Sra. Bovio en

nombre y representación de don Bredan-Aurelio, asistido por el letrado Sr. Torrente contra doña Ana representada por la procuradora Sra. Pardo y asistida del Letrado Sr. Gazo, manteniendo las medidas del Convenio Regulador acordadas de Mutuo Acuerdo y aprobadas en la sentencia de Divorcio de fecha de 28 de noviembre de 2008. No procede hacer expresa condena en costas».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a las partes contrarias, quienes presentaron sendos escritos de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 16 de marzo de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el demandante, Bredan-Aurelio, contra la sentencia referida, que confirmamos íntegramente. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Mª Teresa Bovio Lacambra, actuando en nombre y representación de don Bredan-Aurelio presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación que basó en el siguiente motivo: «Por infracción del artículo 6.2 de la Ley 2/2010 de 26 de mayo de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, hoy artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2001 de 22 de marzo, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, así como por infracción de la doctrina jurisprudencial sentada en Sentencia del TSJA de 9 de febrero de 2012».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 13 de junio de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días y evacuado dicho trámite, las partes presentaron los escritos en apoyo de sus pretensiones y, por providencia de 5 de septiembre, dado que el Ministerio Fiscal instó la nulidad de la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca, se consideró necesaria la celebración de la vista que, por diligencia de ordenación de 25 de septiembre, se señaló para el día 26 de septiembre de 2012 a las 10 horas., en que tuvo lugar.

Fundamentos de derecho

Primero: El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de don Bredan-Aurelio se fundamenta en la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida que el recurrente pretende respecto a las dos hijas de su matrimonio, Paula, nacida el 15 de junio de 2001, y Cristina, nacida el 23 de abril de 2005.

Tras el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo (número 641/2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca), terminado por sentencia de 28 de noviembre de 2008 que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges, el recurrente instó el procedimiento de modificación de medidas del que deriva el presente recurso solicitando que se acordara la guarda y custodia compartida de las hijas del matrimonio. Fue desestimada su demanda por la sentencia del Juzgado de 18 de octubre de 2011, e igualmente desestimado el recurso de apelación en sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de marzo de 2012.

En las sentencias del Juzgado y de la Audiencia se toman en consideración las pruebas periciales practicadas, tanto las aportadas a instancia de las partes (de la psicóloga Sra. Lascorz a instancia de la

parte actora y del psiquiatra Dr. Pavón a instancia de la parte demandada), como de la psicóloga adscrita al Instituto de Medicina Legal de Huesca y de la trabajadora social adscrita al mismo Instituto. Todos ellos examinaron personalmente a las niñas. Ninguna de las partes, tampoco el Ministerio Fiscal, solicitó la exploración judicial de las dos menores.

Tras la admisión del recurso de casación y el traslado del mismo a las partes, el Ministerio Fiscal instó, en primer lugar, que la Sala declarase la nulidad de la sentencia recurrida para que la Audiencia Provincial de Huesca oyera a la menor Paula, previamente a resolver el recurso de apelación. Dado el contenido de dicha petición y las consecuencias que comportaría su estimación, resulta obligado resolver la misma en primer lugar.

El representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia recurrida al amparo del artículo 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el 15 de junio de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).

En apoyo de lo anterior cita el artículo 12 de la Convención de derechos del niño, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 6 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). También en el acto de la vista del recurso aludió al artículo 20 CDFA. El primero de los preceptos citados dice:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Se garantiza, por lo tanto, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, para lo que se le dará la oportunidad de ser escuchado. No se exige que se practique la exploración judicial del menor mediante audiencia directa por el juez, pues se prevé que exprese su opinión directamente o por medio de representante, conforme a las normas del procedimiento de la ley nacional.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor enuncia el derecho del menor «a ser oído… en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». Se especifica que «en los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación…, cuidando de preservar su intimidad». Se expresa, por lo tanto, el derecho del menor a ser oído, pero tampoco se exige que se practique mediante audiencia directa por el juez pues en el apartado 2 se prevé que pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente. En el apartado 3 se exige que cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de representante, la denegación de la audiencia será motivada. En el presente supuesto la menor no solicitó ser oída, y su opinión fue escuchada en cuatro ocasiones por profesionales que trasladaron al tribunal su opinión, que ha sido expresamente valorada en ambas sentencias.

El artículo 6 del CDFA dice:

Artículo 6. *Derecho del menor a ser oído.*

Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su perso-

na o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Nuevamente se proclama el derecho del menor a ser oído, sin especificarse que haya de hacerlo directamente el tribunal.

Debe rechazarse la aplicación en este supuesto del artículo 20 del CDFA, igualmente citado por el representante del Ministerio Fiscal, ya que se refiere a las reglas que deben seguirse en los supuestos de intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor de catorce años.

En resumen, de los preceptos citados se desprende la necesidad de que en los casos que se indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, lo que ha sido debidamente cumplido mediante la intervención de los profesionales citados. Por el contrario, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido en derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos.

El artículo 238.3º LOPJ, a cuyo amparo solicita el Ministerio Fiscal la nulidad de lo actuado hasta el momento en que, a su juicio, debió ser explorada la menor por la Audiencia Provincial, exige que se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión. Como se ha indicado, la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales. Tampoco lo hicieron valer las partes, o el Ministerio Fiscal, mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos, como exige el artículo 240 LOPJ, ni se afirma que no hubiera podido denunciarse antes (art. 241.1 LOPJ). Tampoco argumenta el Ministerio Fiscal, habida cuenta de lo expuesto hasta ahora, cómo se ha producido la indefensión del menor.

Las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo esgrimidas por el Ministerio Fiscal en apoyo de su solicitud no proclaman la exigencia de que el derecho del menor a ser oído se haga en todos los casos mediante la exploración judicial, sino que analizan casos concretos que carecen de la identidad necesaria con el presente en términos tales que su doctrina exigiera la declaración de nulidad pretendida.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio, resuelve un supuesto en que, atribuida inicialmente la custodia al padre tras oír al menor, resultó modificada la custodia sin nueva exploración. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el padre y anula la última sentencia porque no fue oído el menor por la Audiencia Provincial, teniendo en cuenta que se modificaba la guarda y custodia. Siendo ésta la razón que, fundamentalmente, es considerada por el TC, resulta claro que se trata de una situación bien distinta que no permite aplicar la misma decisión al caso presente.

La sentencia 610/2005 del Tribunal Supremo, de 15 de julio, anulando la dictada por la Audiencia Provincial, fue dictada en un procedimiento de incapacidad en el que no fue oído el presunto incapaz a pesar de ser un requisito específicamente previsto para estos procedimientos en el artículo 759.3 LEC. Resulta evidente que se trata de una situación bien distinta, en la que el indicado precepto de forma imperativa exige dicho trámite, a diferencia de la forma en que viene indicado en los preceptos antes citados para este caso.

Consecuencia de todo lo anterior es la desestimación de la petición de nulidad instada por el Ministerio Fiscal.

En la misma alegación sobre la nulidad el Ministerio Fiscal se refiere a la relevancia

preponderante que, a su juicio, debe darse a la opinión de los menores, a lo que nos referiremos al resolver sobre el motivo del recurso de casación admitido.

Segundo: El motivo único del recurso denuncia la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida que, a juicio del recurrente, en la sentencia de primera instancia y en la recurrida se convierte en excepcional en vez de normal o preferente. Afirma sentirse desconcertado porque la sentencia de la Audiencia Provincial, después de rebatir los argumentos por los que la del Juzgado estimó que resultaba más conveniente la custodia en favor de la madre, utiliza otros distintos para rechazar la custodia compartida.

La sentencia del Juzgado pone de relieve, por la prueba practicada, la mala relación existente entre los padres y la diferente manera de ambos de enfrentar la vida cotidiana sin que, según las periciales practicadas, se cuestione la idoneidad de cada uno. La sentencia contrasta los dos informes de parte y las diferentes posturas de ambos, así como el del Área Social que recoge la situación de enfrentamiento existente entre los padres y llega a la conclusión de ser más beneficiosa para las menores la custodia compartida. Sin embargo, por la edad de las menores, la conflictividad entre los progenitores, la judicialización de sus relaciones y esa conflictividad, considera la sentencia que los cambios de status de vida con cada progenitor pueden afectar al desarrollo de la personalidad de las hijas, y que es necesario procurar una continuidad en su entorno por lo que no estima procedente la modificación de las medidas.

La sentencia de la Audiencia Provincial afirma en su fundamento jurídico quinto, con cita de la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2012, que la mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, y lo más beneficioso para las menores es que se relacionen con ambos progenitores aunque los adultos se lleven mal personalmente; que en el supuesto enjuiciado el mal entendimiento personal y su animadversión, e incluso enemistad, no llega a un grado de conflictividad tal que imposibilite la custodia compartida, como tampoco impide el régimen de visitas; que la judicialización de sus relaciones se concreta en dos procedimientos alegados por el actor en su recurso de apelación, el primero para ampliar las visitas y el segundo para autorizar al apelante a viajar a Canadá con sus hijas durante quince días; que las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores; y que la actual edad de las niñas (diez años y casi siete) no supone un obstáculo para la concesión de la guarda y custodia compartida.

Pero en el fundamento siguiente reseña la sentencia los cuatro informes periciales practicados, con detalle de los aspectos que le resultan más destacables, esencialmente las manifestaciones de la niña mayor a cada uno de los peritos informantes y concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado en la sentencia como un capricho de la menor sino una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el artículo 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia–.

Tercero: El recurrente analiza las anteriores consideraciones de la sentencia y

comparte las más generales de su fundamento quinto, pero expresa su disconformidad con las conclusiones que extrae de los informes periciales afirmando que «… si partimos de los informes periciales… podemos decir que de manera global y objetiva no existe razón o motivo para rechazar la guarda y custodia compartida». A partir de ahí se extiende en su particular valoración de los informes periciales incurriendo así en el defecto de pretender convertir el recurso de casación en una tercera instancia y que esta Sala valore de nuevo las pruebas, en este caso los citados informes periciales, lo que está vedado pues el objeto de este recurso no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Hemos recordado en otras sentencias (por todas la de 1 de febrero de 2012, recurso 24/2011) que: «Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible p respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)».

En el presente supuesto la propia parte recurrente admite que la Sala de apelación analiza correctamente algunos de los criterios a tener en cuenta en la aplicación del régimen legal preferente de la custodia compartida establecido en el artículo 80.2 CDFA, pero discrepa de la valoración de la prueba y de la conclusión que de la misma extrae la sentencia recurrida.

Como hemos visto, señala el Tribunal Supremo y ha reiterado esta Sala que la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4º LEC, cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto no cabe duda de que en la sentencia de apelación han sido pormenorizadamente analizadas las manifestaciones de las menores ante los peritos que informaron en primera instancia, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos profesionales.

Cuarto: La sentencia de apelación expone la doctrina ya sentada de forma reiterada por esta Sala (por todas la citada de 9 de febrero de 2012) en la aplicación del artículo 80.2 del CDFA, y en particular de la posibilidad de que los tribunales puedan establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor.

El análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 del CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

Así lo ha razonado debidamente la sentencia recurrida, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 del CDFA.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

Quinto: La naturaleza del asunto debatido y las cuestiones planteadas, que suscitan dudas de derecho, aconsejan en este caso no imponer las costas devengadas en

el recurso de casación atendiendo a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro, en nombre y representación de don Bredan Aurelio, contra la sentencia de fecha de 16 de marzo de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas de este recurso.

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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.

47

NÚM. 47

A. TSJA de 24 de octubre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Inadmisión*: La técnica casacional exige el planteamiento de una cuestión jurídica al margen de los hechos, es decir, requiere el examen de la aplicación al caso de la norma sustantiva en sí misma, sin que pueda transformarse el recurso de casación, de carácter extraordinario, en una suerte de tercera instancia. El motivo se desestima porque la parte pretende una valoración distinta de la prueba o de los hechos, argumentando como en una nueva instancia y sin identificar el precepto sustantivo que habría sido vulnerado en la interpretación sostenida por el recurrente.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Emilio Molins García Atance.*

48

NÚM. 48

S. TSJA 35/2012, de 26 de octubre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Valoración de la prueba practicada*: Se reitera que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la caloración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión».*

Ponente: *Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 20/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 20 de marzo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 84/2012, dimanante de autos de guarda y custodia y alimentos de hijo menor número 259/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña Susana, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Olvido Latorre Mozota y dirigida por

la Letrada doña Ana Cristina Vives Luzón y como recurridos don Miguel Ángel representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Isern Longares y dirigido por la Letrada doña Mª Carmen Sanz Lagunas y el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 20/2012, interpuesto por doña Mª Olvido Latorre Mozota en nombre y representación de Susana, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha de 20 de marzo de 2012 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

49

NÚM. 49

A. TSJA de 29 de octubre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Fraude de ley por la introducción del ***standum: La introducción de un principio de Derecho aragonés ex novo en la articulación del recurso de casación, como instrumento para determinar la competencia de esta Sala, constituye un fraude de ley para conseguir un propósito no deseado por la norma jurídica. La materia sobre la que versa el proceso es de derecho de obligaciones entre sociedades mercantiles, no regulada por el derecho aragonés, y la inadmisibilidad del motivo señalado supone la incompetencia de este tribunal para el conocimiento del recurso, al tratarse los restantes motivos de cuestiones de derecho estatal.***

Ponente: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.***

50

NÚM. 50

A. TSJA de 19 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Falta de competencia funcional: ***Esta Sala carece de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por infracción de normativa general sobre defensa de consumidores y usuarios, al no haber sido alegada infracción de normas del Derecho civil aragonés. Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de competencia funcional: Esta Sala sólo resultaría competente si se interpusiera simultáneamente recurso de casación para cuyo conocimiento también lo fuera pues, en otro caso, correspondería a la Sala Primera del TS la competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. No siendo competente para conocer de un hipotético recurso de casación pues se aplican en la sentencia recurrida normas de derecho civil estatal y no normas de derecho civil aragonés, es claro que la Sala del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

51

NÚM. 51

A. TSJA de 22 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Inadmisión: ***En la articulación del recurso se mezclan razones relativas a la infracción de precepto sustantivo con otras referidas a la valoración de la prueba, lo que no resulta admisible por tratar de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida por sus propias consideraciones al respecto. Por otra parte, la recurrente introduce razones de orden procesal, como las relativas a la posible indefensión o falta de motivación, que en su caso serían objeto de***

un recurso extraordinario por infracción procesal no interpuesto.

Ponente: *Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.*

52

NÚM. 52

S. TSJA 37/2012, de 22 de noviembre

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: Liquidación y división judicial: Procedimiento*: El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el artículo 810 Lec., que en caso de no lograr acuerdo y tener que nombrar partidor y, en su caso, peritos, remite al trámite de los artículos 785 y ss. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que, si no hubiere conformidad con el cuaderno particional, la sustanciación del procedimiento continúa con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Pero la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada.*

Valoración de los bienes: *La valoración de los bienes, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, ha de hacerse a la fecha de la liquidación.*

División y adjudicación: *Régimen supletorio: La división y adjudicación del caudal remanente de que trata el artículo 267.1 CDFA, a falta de acuerdo, ha de hacerse, como dice el artículo 270, conforme a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria. Si los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada (división del único bien existente o de un bien de valor muy superior a los restantes) es necesario acudir supletoriamente a las normas del Código civil que regulan la división de la comunidad de bienes (art. 1.2 CDFA). En el caso resultan de aplicación los artículos 401, 404, 406, y por la remisión que éste contiene, los artículos 1051, 1061 y 1062 Cc. Sobre la interpretación del artículo 1062 se transcribe lo dicho por la STS 10/2/1997.* **Interpretación jurisprudencial***: A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión; B) Ciertamente, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esta forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común; C) A la división de cosa común es plenamente aplicable el artículo 1062 Cc. (STS 14/12/2007).* **División del único bien existente***: Es correcta la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, pero basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse (arts. 404 y 1062 Cc.). No es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.*

Disposiciones citadas: *Arts. 810 y 785 y ss. Lec.*

Ponente: *Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.*

En este caso la solución adoptada en la instancia vulnera el artículo 267 CDFA por cuanto atribuye a la recurrente la propiedad de la vivienda unifamiliar por un precio de 600.000 euros,

que no fue nunca aceptado por ella como valor del inmueble, y se la obliga así a satisfacer a su ex cónyuge una compensación en metálico que manifiesta ser desproporcionada a sus posibilidades económicas y al valor real de la finca.

En Zaragoza, a veintidós de noviembre de dos mil doce.

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 22/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 11 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 141/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 510/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña Mª José F C, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Pilar Serrano Méndez y dirigida por la Letrada doña Ana Mª Gil Montalbán y como parte recurrida don Julián Óscar G A, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigido por la letrada doña Margarita Pomar García.

Es Ponente el Presidente Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Mª Pilar Serrano Méndez, actuando en nombre y representación de doña Mª José F C, presentó demanda de juicio ordinario para la liquidación de su régimen económico matrimonial contra don Julián Óscar G A en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se declare que «la vivienda que forma parte del inventario sita en U, se adjudique a las partes por mitades indivisas. Subsidiariamente y de considerar que su propiedad debe ser íntegramente adjudicada a mi representada, lo sea por el precio de 480.000€ que fijó el perito Sr. Vallés en el pleito de liquidación de régimen económico matrimonial o por aquel otro que resulte tras la pericial judicial pertinente. Con costas al demandado».

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 la contestara, lo que no hizo dentro de plazo declarándose a la parte demandada en rebeldía. Presentado fuera de plazo escrito de contestación se tuvo por comparecida a la demandada y por precluida en el trámite de contestación a la demanda.

La Procuradora Sra. Uriarte González presentó demanda de Juicio Ordinario contra doña Mª José F C en la que tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos terminó suplicando: «… previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se declare, en relación con la liquidación y partición del régimen económico matrimonial de las partes, aprobado en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de marzo de 2010 en auto 1655/2006, que la única actualización que procede efectuar sobre el crédito por importe de 92.877,05€, que la actora ostenta contra el consorcio es la fijada en la sentencia de inventario, esto es, a 13 de septiembre de 1999 por aplicación del IPC, manteniendo las adjudicaciones aprobadas en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia Seis de 12 de mayo de 2008 y de la Audiencia Provincial de 2 de marzo de 2010, con la corrección que proceda en las cuantías al quedar el importe del citado crédito, una vez actualizado, en 119.816,07€. Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que procede actualización posterior, se determine hasta 25 de febrero de 2004, fecha de comienzo del procedimiento de liquidación. Si se entendiera que debe actualizarse hasta la partición efectiva, lo sea hasta 19 de diciembre de 2006, fecha en que la esposa instó la liquidación propiamente dicha o el momento en que se valoraron ambos inmuebles». La parte contraria contestó la demanda suplicando la desestimación íntegra de la misma.

Por Auto de 14 de septiembre de 2011 se acordó acumular la demanda interpues-

ta por la representación de don Julián Óscar G A que se registró en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de esta Ciudad con el núm. 758/11 al procedimiento ordinario 510/11 del mismo Juzgado, continuándose y sustanciándose en un mismo procedimiento.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimando totalmente la demanda interpuesta por doña Mª José F C contra don Julián Óscar G A, así como la demanda interpuesta por don Julián Óscar G A contra doña Mª José F C, acuerdo que procede mantener las adjudicaciones y valoraciones efectuadas por las sentencias de instancia de 12 de mayo de 2008, con las modificaciones realizadas por la sentencia de la Excma. Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de marzo de 2010. No se hace expresa condena en costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Serrano Méndez, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha de 11 de abril de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Mª José F C contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, en autos de Juicio Ordinario número 510/2011 en fecha de 22 de diciembre de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma con expresa condena en costas a la parte apelante».

Quinto: La representación legal de doña Mª José F C presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en los siguientes motivos: Primero: Por infracción del artículo 267.1 del Código de Derecho Foral de Aragón. Segundo: Por infracción del artículo 81 apartado 4º del Código de Derecho Foral de Aragón. Tercero: Por infracción del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 12 de junio de 2012-10-08 providencia acordando oír a las partes para que alegaran lo que consideraran oportuno sobre la posible concurrencia de causas de inadmisión: «Visto el escrito de interposición del recurso de casación, la Sala estima que concurre causa de inadmisión de los motivos 2º y 3º del recurso: En cuanto el 2º, porque la infracción del artículo 81.4º del CDFA incurre en la causa de inadmisión del artículo 483.2.2º, con relación al artículo 477.1 LEC, al no haber sido aplicado el citado precepto en la sentencia recurrida ni resultar de aplicación para decidir sobre la prestación deducida. En cuanto al 3º, porque se denuncia la infracción de una norma procesal, no sustantiva, concurriendo la causa de inadmisión establecida en el artículo 483.2.2º, en relación con el 477.1 de la LEC».

En fecha 5 de julio de 2012 se dictó Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto, no admitir el motivo tercero y admitir a trámite el primero y segundo. Se dio traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 24 de octubre de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Hechos relevantes. De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Los ahora litigantes, don Julián Óscar G A y doña María José F C, contrajeron matrimonio el día 6 de agosto de 1988, de cuya unión nacieron dos hijos. El matrimonio se separó, habiéndose dictado en el proceso correspondiente sentencia de separación de fecha de 26 de abril de 2000, y de divorcio de 28 de febrero de 2002.

2. Como consecuencia de la disolución del matrimonio se produjo la del consorcio conyugal, o sociedad conyugal tácita aragonesa. Al existir discrepancias entre ellos, se interpuso demanda en juicio verbal sobre formación de inventario, que concluyó por sentencia del juzgado de primera instancia de 29 de junio de 2004, y recurrida ésta, sentencia definitiva en ese proceso dictada por la Audiencia Provincial de 1 de septiembre de 2005. En el inventario definitivo se incluyó, como activo, lo siguiente: Vivienda unifamiliar rotulada con el núm.…, con la descripción que consta en autos, y que se da por reproducida; además de plaza de garaje en el inmueble sito en..., y mobiliario y ajuar doméstico.

3. Posteriormente se siguió juicio de liquidación de la sociedad conyugal, y no habiendo acuerdo entre ellos se nombró contador partidor, que en fecha de 28 de enero de 2008 emitió el cuaderno particional, con formación de lotes, valoración de bienes y propuesta de adjudicación. En lo que aquí interesa, el cuaderno particional otorgaba un valor a la vivienda unifamiliar de 480.000 euros, y proponía su adjudicación a la Sra. F, juntamente con otros bienes y derechos, y al Sr. G la plaza de garaje expresada. Como consecuencia de estas atribuciones patrimoniales, y ante la diferencia de sus respectivos valores, la Sra. F habría de compensar en metálico a su anterior consorte en la suma de 143.127,71 euros.

4. Impugnado el citado cuaderno por ambas partes, se siguió juicio verbal en el que recayó sentencia de 12 de mayo de 2008, que falló: valorar la vivienda unifamiliar en 600.000 euros, y como consecuencia el total activo quedó fijado en 649.696,19 euros, el pasivo en 180.161,58 euros, el total adjudicado a la Sra. F en 437.725,54 euros y el total adjudicado a su ex cónyuge en 31.809,07 euros. Recurrida dicha sentencia, fue confirmada en lo sustancial por la Audiencia Provincial en sentencia de 2 de marzo de 2010.

5. La representación de la Sra. F interpuso demanda de juicio ordinario, que ha dado lugar a los presentes autos. En ella, tras efectuar alegaciones sobre el valor atribuido a la vivienda familiar, que a su entender era desproporcionado a la realidad del mercado, instaba del juzgado que la mencionada vivienda se adjudicase a las partes por mitades indivisas; subsidiariamente, y de considerar que debía ser íntegramente adjudicada a la actora, lo fuera por el valor de 480.000 euros, o por aquel otro resultante de prueba pericial. El demandado se opuso a la demanda, formuló a su vez otra relativa a las actualizaciones que a su criterio procedían, siendo acumulados los dos procesos, y recayó sentencia de 28 de diciembre de 2011, en la que fueron desestimadas ambas demandas y se mantuvieron las adjudicaciones y valoraciones efectuadas en las sentencias anteriormente citadas. Interpuesto recurso de apelación por la actora, fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de abril de 2012, que es ahora objeto del presente recurso de casación.

Segundo. Motivos del recurso. El recurso de casación se ha fundado en tres motivos: el primero denuncia infracción del artículo 267.1 del Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo, CDFA), en cuanto a la adjudicación de la vivienda a la recurrente, por el valor expresado; el segundo entiende infringido el artículo 81.4 del CDFA, relativo a la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; y el tercero se funda en la infracción del artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en lo sucesivo, LEC), sobre costas.

La Sala, tras el trámite prevenido en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decidió la admisión de los dos primeros motivos, y la inadmisión del tercero.

Tercero. Admisibilidad del recurso. La parte recurrida, en el trámite de oposición al recurso, ha efectuado alegaciones tendentes a mostrar las razones que concurren para la inadmisibilidad del recurso deducido de contrario, en cuanto a los motivos admitidos. Esta pretensión de inadmisibilidad tiene cobertura procesal en el artículo 485 Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «en el escrito de oposición también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal». Ahora bien, se va a examinar únicamente respecto del motivo primero, pues las causas relativas al segundo motivo ya fueron rechazadas por esta Sala.

A criterio de esa parte el primer motivo del recurso no debió ser admitido, por cuanto la recurrente impugna realmente la valoración dada a la vivienda consorcial, tal como fue efectuada en la sentencia recaída en el proceso de liquidación, en el que se impugnó el cuaderno particional, y no resulta posible impugnar en un recurso de casación la valoración de la prueba, lo que solamente cabe mediante el recurso extraordinario por infracción procesal y en sus propios límites, ya que los recursos extraordinarios no constituyen una tercera instancia.

Pese a los reproches de la parte recurrida, la causa de inadmisibilidad no procede. Aun siendo cierto que las alegaciones de la recurrente dedican buena parte de la argumentación a considerar el valor del bien, el motivo de recurso viene claramente fijado en su exposición y en el petitum, y se contrae a estimar infringido el precepto sustantivo denunciado, en cuanto a los efectos para la adjudicación de los bienes que fueron consorciales.

Cuarto: Examen del primer motivo. El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en caso de no lograr acuerdo, remite al trámite de los artículos 785 y siguientes. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que «Si no hubiere conformidad, el Tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda».

Aunque doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada, en el caso de autos las partes y la sentencia de la Audiencia Provincial parten de esa consideración, lo que permite debatir en este juicio ordinario la cuestión en los términos en que la actora la ha planteado.

De modo que la cuestión que es objeto de la decisión jurisdiccional no es, realmente, el valor de la finca, sino la forma en que se ha de llevar a cabo, con arreglo a lo establecido en el artículo 267.1 del CDFA, la partición del haber.

La parte actora suscita dos alternativas: que el bien principal del consorcio, vivienda unifamiliar sita en el complejo residencial, sea adjudicado a los dos que fueron cónyuges, pro indiviso; o que se mantenga la adjudicación a la actora, siempre que el precio de valoración del bien sea de 480.000 euros, tal como se planteó inicialmente por dicha parte. La valoración de la vivienda unifamiliar no es, directamente, objeto del proceso, ni motivo del recurso; pero incide en la decisión a adoptar, como presupuesto de la acción que se ejercita condicionalmente. Partiendo de la valoración efectuada, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, y de que el valor de la vivienda ha de hacerse a la fecha

de la liquidación, la cuestión jurídica radica en determinar si es posible obligar a una de las partes a adjudicarse el bien inmueble por el precio de tasación contra su voluntad, indemnizando a la otra por la diferencia.

El artículo 267.1 del CDFA previene que «Liquidado el patrimonio y detraídas las aventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas». La división, a falta de acuerdo, ha de hacerse teniendo en cuenta el artículo 270, a cuyo tenor «A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria».

Los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada. Por ello es necesario acudir supletoriamente a las normas que en el Código Civil regulan la división de la comunidad de bienes (art. 1º.2 CDFA).

Al respecto, resultan de aplicación las siguientes: Artículo 401: Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

Artículo 404: Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

Artículo 406: Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia.

De las que, a su vez, resultan de aplicación las siguientes:

Artículo 1051: Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

Artículo 1061: En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

Artículo 1062: Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

En cuanto a la aplicación de este último precepto, la sentencia del TS de 10 de febrero de 1997 ha apreciado que «El párrafo primero del artículo 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este artículo 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el artículo 1062 citado».

De la aplicación al caso de las normas expresadas se extraen las siguientes consecuencias:

A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión;

B) ciertamente, y como afirma la parte recurrida, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consor-

cial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esa forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común;

C) la STS de 14 de diciembre de 2007 ha establecido que resulta «plenamente aplicable al supuesto de división de cosa común la norma contenida en el artículo 1062 del Código Civil, por la remisión que a las reglas propias de la división de la herencia realiza el artículo 406, de modo que basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse, pues en tal caso resulta claro que falta el acuerdo de adjudicación a uno de ellos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Dicha solución es además la más beneficiosa para los propios intereses de la comunidad en orden a obtener un precio superior por el bien de propiedad común, permitiendo que en la subasta a celebrar participen, junto con los propios comuneros, licitadores extraños; sin que pueda obligarse a ningún partícipe a aceptar la adjudicación a uno del bien por una cantidad determinada, percibiendo su parte, cuando su voluntad es la de que se subaste para obtener el mayor precio posible».

Criterio que, traído al caso de autos, trae como consecuencia que no es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

En este caso la solución adoptada en la instancia vulnera el artículo 267 del CDFA por cuanto atribuye a la recurrente la propiedad de la vivienda unifamiliar por un precio de 600.000 euros, que no fue nunca aceptado por ella como valor del inmueble, y se la obliga así a satisfacer a su ex cónyuge una compensación en metálico que manifiesta ser desproporcionada a sus posibilidades económicas y al valor real de la finca.

Ciertamente, bastaría que se hubiera pedido la venta en pública subasta, pero las partes no han optado por esta solución, que en todo caso no está cerrada, a tenor de los artículos 404 y 1062 del Código Civil.

Por todo ello se estima el motivo. Al hacerlo, la Sala asume la instancia y estima la petición inicial de la parte actora, en cuanto a la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, decisión que afectará al resto de las que fueron adoptadas en la partición, que habrán de ajustarse para lograr que el conjunto del haber se reparta igualitariamente.

Quinto: Al ser estimado el primer motivo del recurso no resulta necesario entrar a considerar el segundo. Procede así casar la sentencia recurrida y la Sala, asumiendo la instancia, acuerda estimar la pretensión primeramente articulada por la demandante.

Sexto: Régimen de las costas.

Sobre las costas del recurso de casación no procede pronunciamiento de condena, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser apreciado.

Y acerca de las costas de las dos instancias, la complejidad de las cuestiones debatidas y la existencia de dudas jurídicas determinan la no imposición, ex artículo 394 y 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Primero: Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Mª José F C, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 11 de abril de 2012, en autos de juicio ordina-

rio 510/2011, procedentes del juzgado de primera instancia núm. 6 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

Segundo: Estimamos la demanda deducida por la citada actora, contra don Julián Óscar G A, y declaramos que la vivienda que forma parte del inventario del consorcio que existió entre ambos, sita en ha de adjudicarse a las partes por mitades indivisas. En ejecución de sentencia deberá ajustarse la partición de los restantes bienes y derechos de la comunidad al anterior pronunciamiento.

Tercero: No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

Cuarto: Hágase entrega a la recurrente del depósito constituido.

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

Sexto: 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 de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

53

NÚM. 53

S. TSJA 38/2012, de 22 de noviembre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Admisión: ***En el escrito de oposición al recurso de casación se pueden alegar causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (485.2 Lec.). En el presente caso, aunque se produjo cierta confusión en la invocación formal de los preceptos procesales, pudo la parte recurrida conocer la vía de acceso y los motivos del mismo, como acredita su amplia oposición a cada uno de los motivos, por lo que debe rechazarse su petición de inadmisión. Lo ahora alegado por la parte recurrida ya fue objeto del Auto de 19 de julio de 2012, donde quedó concretado lo que se entendía como motivo del recurso, por lo que no cabe resolver nuevamente sobre ello.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida*: Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La sentencia reitera el resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA contenidos en la STSJA 4/2012 de 1/2. Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, hemos de comprobar si los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, han seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.* **Valoración de la prueba practicada***: La sentencia recurrida, asumiendo la valoración de la prueba realizada por el Juzgado, y explicando ampliamente las razones de tal asunción, llega razonadamente a su conclusión de entender más beneficiosa en este caso la custodia individual de la madre. En cambio, la parte recurrente concluye que se ha valorado la prueba de forma ilógica e incluso absurda. Incurre así en el error de pretender hacer prevalecer su propia valoración de la prueba y que esta Sala avale tal interpretación olvidando que tal función corresponde a los tribunales de instancia y está vedada en el recurso extraordinario de casación, salvo si la valoración efectuada resultara irracional, ilógica o arbitraria, lo que no sucede en el presente pues tal valoración está basada en un conjunto de factores del artículo 80.2 CDFA.*

Factores para excepcionar la custodia compartida*: La decisión favorable a la custodia individual de la madre no se basa solo en las mejores posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de la madre [art. 80.2.e) CDFA] sino, además, en la edad de los hijos (80.2.a) que aconseja mantener determinados hábitos favorecedores de su estabilidad física y emocional y, fundamentalmente, en el informe pericial psicológico (art. 80.3) y en la opinión de la hija mayor (80.2.c). La expresión de la sentencia («no existen motivos que justifiquen que es más beneficiosa la custodia compartida»), tras la amplia explicación de las pruebas tenidas en cuenta, debe ser entendida en el correcto sentido de que, a la vista de las mismas, la custodia individual aparece en este caso como más beneficiosa.*

Derechos y principios: Derecho de los padres a la igualdad*: El derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres (76.3.a) y la igualdad de éstos en las relaciones con sus hijos (76.3.b) no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual, pues ello impediría la elección de la custodia individual cuando sea lo más conveniente conforme a los parámetros establecidos en el artículo 80.2 y sintetizados por la doctrina de esta Sala. Tales derechos quedan a salvo, en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio quien, además, ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.*

Atribución del uso de la vivienda familiar: Limitación temporal*: Adecuada atribución del uso de la vivienda familiar a la madre titular de la guarda y custodia individual en aplicación del artículo 81.2. El tiempo de uso queda limitado a un periodo inferior (de 8 años pasa a 6 años), por entender la Audiencia que la anterior limitación temporal daba un tiempo de uso excesivo, contrario a la naturaleza esencialmente temporal de este derecho. Ello resulta adecuado a las facultades que concede el artículo 81.3 a los tribunales para ajustar esa duración a las circunstancias concretas de cada familia.*

Disposiciones citadas: ***Arts. 76.3, 80 y 81 CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 26/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha de 20 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 58/2012, dimanante de autos de Divorcio núm. 161/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo partes, como recurrente don Manuel Mario M F, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Gemma Laguna Broto y dirigido por la Letrada doña Mª Pilar Español Bardají, como recurrida doña Mª Victoria N E, representada por la Procuradora doña Nieves Omella Gil y dirigida por la Letrada doña Alicia Campos Morón, y el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Gemma Laguna Broto, en nombre y representación de don Manuel Mario M F, contra la sentencia de fecha de 20 de abril de 2012 dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

NÚM. 54

S. TSJA 39/2012, de 27 de noviembre

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Recurso extraordinario por infracción procesal: Valoración de la prueba practicada*: El trámite*

de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario (art. 469.1.4º Lec.). Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos. La valoración efectuada no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *En la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 80.2 la Sala ha considerado que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor el sistema de guarda compartida, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge en el artículo 80.2, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ellas el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor.* **Infracción de la preferencia legal por argumentación incorrecta:** *Dice la Audiencia que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables». Para el TSJA esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el artículo 80.2 CDFA, 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. Los cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida. Se casa y anula la sentencia.*

Principio de no separación de los hermanos: *El precepto establecido en el artículo 80.4 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. No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos el joven A podrá relacionarse con su hermano de madre cuando corresponda a ésta la custodia y cuando corresponda al padre mediante el sistema de visitas con el progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

En Zaragoza, a veintisiete de noviembre de dos mil doce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto los presentes recursos de casación e infracción procesal número 32/2012 interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 166/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 328/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Javier M O, representado por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas Gerner y dirigido por el Letrado don Fernando Alonso Terraza y como parte recurrida doña Amalia T E, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Artero Fernando y dirigida por el letrado don Emilio Agra Valera, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Andrés Isiegas Gerner, actuando en nombre y representación de don Javier M O, presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña Amalia T E 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 se acuerde la estimación de la demanda y la modificación de las medidas establecidas en la causa de divorcio relativas a la guarda y custodia del menor y alimentos, y en sustitución de las mismas se acuerde el régimen de custodia compartida y contribución a los gastos de asistencia del hijo común en los términos especificados en el Plan de relaciones familiares «(…) La custodia será compartida por ambos progenitores en la siguiente forma: La madre tendrá la custodia del hijo menor en el período comprendido entre las 18 horas del 1 de febrero y las 18 horas del 31 de julio de cada año, por su parte el padre el período comprendido entre las 18 horas del 31 de julio y las 18 horas del 1 de febrero de cada año. (…) Se reconoce al cónyuge no custodio el derecho-deber a tener a su hijo, fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, si no hubiera colegio desde las 17,30 horas, hasta el lunes, siguiente, en que el progenitor lo llevará directamente al colegio en período escolar, o hasta las 21 horas del domingo, en otro caso. Cuando coincidan con puentes el fin de semana se extenderá desde la víspera del inicio del puente a la salida del colegio, en otro caso desde las 17,30 hasta el día siguiente del último del puente en que el progenitor lo deberá llevar al colegio, en período escolar, en otro caso hasta las 21 horas del último día del puente. El cónyuge no custodio, entre semana, tendrá al hijo consigo dos días, martes y jueves, desde la salida del colegio donde los recogerá el cónyuge no custodio hasta las 20,30 horas en que lo retornará al domicilio del cónyuge que ostente la custodia. En el supuesto de enfermedad prolongada del menor, más de 10 días, que impidiera la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlo en el mismo, durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio dentro del horario marcada por las visitas. Vacaciones: El cónyuge no custodio tendrá al hijo consigo durante la mitad de los períodos vacacionales de Navidad y verano. Las vacaciones de verano se dividirán en los períodos que siguen: El primero desde las 17 horas del último día lectivo hasta las 17 horas del 30 de junio y desde las 17 horas del 31 de julio hasta las 17 horas del 31 de agosto y el segundo desde las 17 horas del 30 de junio hasta las 17 horas del 31 de julio, y desde las 17 horas del 31 de agosto hasta las 17 horas del 10 de septiembre. Las vacaciones de Navidad se dividirán igualmente en dos períodos: El primero desde las 17 horas del último día lectivo, hasta las 12 horas del día 31 de diciembre, y el segundo desde las 12 horas del 31 de diciembre hasta las 17 horas del último día de vacaciones. En los años pares la primera de dichas mitades corresponderá a la madre y la segunda al padre en los años impares la primera mitad al padre y la segunda a la madre. Asimismo en los años pares la madre tendrá consigo al hijo durante las

vacaciones de Semana Santa y el padre durante las vacaciones de la festividad del Pilar, y los años impares el padre tendrá al hijo durante las vacaciones de Semana Santa y la madre las vacaciones del Pilar. (…) En el cumpleaños del menor el cónyuge no custodio podrá tener al hijo consigo desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas, si no fuese lectivo, hasta las 20 horas, asimismo el día de cumpleaños de cada progenitor, con independencia de a quien corresponda ese día, el menor lo pasará con el progenitor que cumpla los años, desde la salida del colegio o desde las 10 de la mañana si el día no fuese lectivo, hasta el día siguiente en que el progenitor deberá llevarlo al colegio, en período escolar, en otro caso hasta las 10 de la mañana del día siguiente. (…) Pensión de alimentos para el hijo: no se fija pues cada una de las partes deberá atender sus necesidades el semestre que ostente la custodia. Los gastos correspondientes a comedor y actividad de natación, ambos progenitores abrirán una cuenta a nombre de dicho menor estableciéndose disposición conjunta en la que se domiciliarán los recibos de dichos gastos. Los progenitores ingresarán cada uno la cantidad de 75€ mensuales. Para atender a la compra de ropa, calzado, material escolar, matrícula, cada progenitor ingresará la suma mensual de 50€. Los años pares se encargará la madre de comprar la ropa y el material escolar y los años impares el padre, con cargo a dicho fondo. (…) Los gastos extraordinarios de carácter necesario serán abonados por ambos al 50%. Cualquier otro gasto ordinario de carácter voluntario, será preciso la conformidad de ambos padres asumiendo en tal supuesto el gasto al 50% salvo pacto en contrario. Si alguno no prestara su conformidad, la actividad se desarrollará a cargo de quien ordene la misma, ello sin perjuicio de la facultad del discrepante de someter la cuestión al Juez si considera que tal actividad no es conveniente para el menor».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, compareciendo, dentro de plazo, contestando a la demanda solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha diecinueve de diciembre de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo esencialmente la petición de modificación de medidas formulada por don Javier M O contra doña Amalia T E. Por tanto: –1: El hijo común, A, quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores; los mismos ostentarán la autoridad familiar sobre el menor en lo que exceda de su ejercicio ordinario: Facilitarán una dirección de correo electrónico para transmitir información sobre el menor y el régimen de visitas: 2: Se fijan los siguientes periodos de convivencia alterna con cada uno de los progenitores:– septiembre y octubre: noviembre y diciembre: enero a marzo: abril a junio: 3: Cada curso escolar reiniciará un turno que no coincidirá con el fijado para el anterior (septiembre y octubre corresponderá a quien no tuviera al hijo el septiembre anterior): Los turnos de custodia finalizarán a las 20 horas del último día del mes correspondiente: 4: El primer turno del año 2012 corresponderá al padre: 5: En cuanto a visitas, regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto: en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio (17 horas en otro caso) y hasta el lunes por la mañana. El progenitor correspondiente se encargará de llevar al menor al colegio, al comienzo de su horario lectivo (en otro caso, la entrega se hará a las 10 horas del lunes): Caso de poder unirse el fin de semana un puente festivo, el fin de semana se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, hasta el inicio del colegio el día de su finalización. (para ambos progenitores): Los martes, desde la salida del colegio a las 20,30 horas: Los jueves, desde la salida del colegio a la entrada en el centro escolar al día siguiente (10 horas, en otro caso): Durante

el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día, se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día previo al festivo y finalizarán a la entrada en el colegio: Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá al padre; la segunda, a la madre. En años impares, a la inversa: Las fiestas del Pilar y puente de la Constitución, si en el calendario generan un periodo vacacional por unirse a un fin de semana, se dividirán por mitad con el mismo criterio de la Semana Santa. En otro caso (ser varios días festivos intersemanales), seguirán el criterio general de éstos: Las vacaciones de Navidad no supondrán una regulación especial. Seguirán el turno de custodia que corresponda. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor que no lo tenga consigo el primer trimestre del año, entre las 17 y las 20,30 horas: Vacaciones de verano: corresponderá al padre el mes de julio en años pares; agosto en años impares. A la madre, a la inversa: Los días de cumpleaños de cada progenitor, así como el día de la madre y el del padre, los pasará el hijo con quien los celebre, aunque tal jornada no sea festiva: Las entregas de la menor (sic), con excepción de las que coincidan con la finalización o comienzo del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio: Los periodos vacacionales descritos interrumpirán la alternancia de fines de semana: 6: En vacaciones de Navidad de este año, en consonancia con el régimen de custodia fijado, el menor estará con la madre hasta las 20 horas del día 31 de diciembre. El día 6 de enero, Adrián estará con la madre entre las 16 y las 20,30 horas: 7: Cada progenitor hará frente a las necesidades alimenticias ordinarias del hijo en los periodos en que esté a su cargo: 8: Se abrirá una cuenta común antes del próximo 1 de enero. Se cargarán en la misma los siguientes gastos de A (libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones, actividades del colegio acordadas, clases de apoyo si los resultados académicos lo exigen), gastos de ropa en general y gastos extraordinarios y otros en los que exista acuerdo: Inicialmente aportará cada progenitor la cantidad de 150 euros: Cuando el saldo sea inferior a 50 euros se repondrá en los anteriores importes: 9: La contribución a gastos extraordinarios necesarios será por mitad: 10: Comenzará la regulación nueva de pensión y gastos desde el próximo mes de enero; hasta entonces el padre se atendrá a lo pactado: 11: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Artero Fernando en nombre y representación de doña Amalia T E, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron sendos escritos de oposición al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y comparecidas la partes, dictó en fecha 2 de mayo de 2012 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Amalia T E contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Zaragoza el 19 de Diciembre de 2011, debemos revocar y revocamos la misma, y desestimando la demanda deducida por don Javier M O, debemos declarar y declaramos vigentes las medidas acordadas en Sentencia firme de divorcio de 15 de Septiembre de 2008, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de don Javier M O interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, basando el primero en: 1º: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1, artículo 2.2 3 de la Ley

de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. 2º: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1, artículo 2.2 y artículo 3 de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del artículo 80.4 del Código del Derecho Foral de Aragón. El recurso extraordinario por infracción procesal lo basó en un único motivo: al amparo de lo preceptuado en el artículo 469.1.4º, por vulneración de los artículos 218.2, 348, 316.1 2, 137 de la LEC y 24 de la Constitución.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 12 de julio se dictó Auto declarándose competente para el conocimiento del recurso de casación y del extraordinario por infracción procesal y acordando su admisión a trámite. De los recursos presentados se dio traslado a las otras partes. La representación de doña Amalia T E se opuso a los recursos de contrario, mientras que el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación de los dos motivos del recurso de casación.

Por providencia de 20 de septiembre se acordó señalar para votación y fallo el día 31 de octubre.

Fundamentos de derecho

Primero: don Javier M O y doña Amalia T E, cónyuges, promovieron proceso de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, en el que recayó sentencia de 15 de septiembre de 2008 (autos 961/2008), que declaró su divorcio y aprobó el convenio regulador suscrito por ambos de fecha 17 de julio de 2008. En dicho convenio se pactó que el hijo común A, nacido el año 2005, quedaba bajo la custodia de la madre, se fijaba régimen de visitas con el padre, quien se comprometía a abonar mensualmente la cantidad de 300€, y ambos aceptaban abonar los gastos extraordinarios por mitad.

Por demanda interpuesta ante el mismo juzgado y al amparo de lo preceptuado en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, la representación procesal de don Javier M O instó la revisión del convenio regulador postulando la custodia compartida respecto de su hijo A, así como la modificación de medidas adoptadas, acompañando a su demanda Plan de Relaciones Familiares.

Tramitado el proceso, el juzgado de primera instancia dictó sentencia el 19 de diciembre de 2011 en la que estimó esencialmente la demanda y acordó, entre otros pronunciamientos, que el hijo común A quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores, los que ostentarán la autoridad familiar sobre el menor en lo que exceda de su ejercicio ordinario. Dicha sentencia consideraba, respecto al fondo de la cuestión planteada, lo prevenido en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010, actualmente el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo CDFA), y partiendo de la consideración efectuada por la psicóloga del juzgado que «considera que es perfectamente viable en el caso que nos ocupa un reparto igualitario del tiempo de permanencia con el hijo», estimó que no hay inconveniente para fijar una custodia compartida, con las consecuencias personales y patrimoniales que de ella derivan.

Apelada la sentencia por la representación de la madre, la Audiencia Provincial, en sentencia de 2 de mayo de 2012, estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y, desestimando la demanda, declaró vigentes las medidas acordadas en la sentencia firme de divorcio de 15 de septiembre de 2008.

Frente a dicha sentencia se alza el actor, interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos admitidos a trámite.

Segundo: El recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo de lo preceptuado en el artículo

469.1.4º de la LEC, invocando la vulneración del artículo 218.2 de la misma por falta de valoración adecuada de las pruebas, vulneración del artículo 348 por vulneración errónea del dictamen pericial, vulneración del artículo 316.1 2 por valoración inadecuada de la prueba de interrogatorio de parte, del artículo 137 del mismo texto legal y 24 de la Constitución, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para el examen de este recurso extraordinario debemos recordar su contenido y alcance. El trámite de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012, núm. 263/2012, recuerda que «Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia» que comprenden el procedimiento para dictarla, forma, contenido y requisitos internos de la sentencia, pero no las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, ya que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación al amparo del artículo 469.1.4.º LEC cuando se funde en un error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, ya que la valoración de la prueba es función de la instancia y estas se agotan en la apelación (en este sentido, sentencias 261/2011, de 20 de abril, y 577/2011, de 20 de julio)».

Así, la invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario. Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos.

Tercero: Limitado así el alcance del recurso extraordinario por infracción procesal, debemos examinar el razonamiento efectuado en la sentencia recurrida, en cuanto valora la prueba pericial que se ha practicado en autos. En su fundamento tercero expresa que «la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso (folio 182 y ss.) en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador en su resolución». Explica seguidamente que en dicho informe se atribuye al actor una actitud retraída, con dificultades en sus habilidades sociales, mientras que en la demanda el propio Sr. M funda su petición en participar activamente en los ámbitos relativos al cuidado del hijo. Señala que concurren déficits asertivos en el actor, pero no especifica qué circunstancia pueda existir en la actualidad para evitar que esa actitud pasiva cambie. Tras exponer otras consideraciones relativas al informe pericial, estima que «las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor».

La valoración efectuada respecto de la prueba pericial entra dentro de las facultades del tribunal de apelación, y no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica. El recurso extraordinario interpuesto tiene un alcance restrictivo en cuanto a sus efectos, y en el caso examinado las consideraciones efectuadas no quedan bajo el nivel del test de razonabilidad que el Tribunal Supremo viene considerando a estos efectos, sino que se trata de un examen y valoración de la prueba peri-

cial, en el que la Audiencia llega a conclusiones distintas de las adoptadas por la perito informante.

En consecuencia, el motivo de recurso por infracción procesal ha de ser desestimado, procediendo seguidamente al examen del recurso de casación interpuesto.

Cuarto: El primer motivo de este recurso invoca la infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFA, que establece como régimen preferente el de custodia compartida. Apoya el recurso en la cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida, entre otras, en las sentencias de: 15 de diciembre de 2011, recaída en recurso de casación 17/2011; 18 de abril de 2012, en recurso de casación 31/2011; y 9 de abril de 2012, en recurso de casación e infracción procesal 29/2011.

En las sentencias que se citan, esta Sala ha establecido su criterio acerca de la aplicación del precepto contenido en el artículo 80.2 del CDFA, que establece como criterio legal para casos de separación conyugal en que existen hijos menores, el de custodia compartida por parte de los progenitores. Lo ha hecho considerando que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor dicho sistema, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge, relativos a la edad del menor, su arraigo social y familiar, la opinión de los menores si tienen suficiente juicio, la aptitud y voluntad de los padres y las posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ella el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor. Como expresamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012, núm. 17/2012 (recurso 31/2011), «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».

En el caso de autos, la Audiencia Provincial considera que la argumentación de la primera instancia descansa exclusivamente sobre la prueba pericial psicológica practicada en autos y, al estimar que existen contradicciones en dicho informe y que no es exhaustivo al considerar las consecuencias del cambio de custodia, revoca el fallo de primera instancia y mantiene la custodia individual. Arguye, además, que no se tiene en cuenta las consecuencias que se producirán respecto a la separación del menor Adrián y su hermano de madre, de casi dos años de edad, con el que está especialmente vinculado, expresando que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables».

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.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo.

Quinto: El segundo motivo del recurso de casación se interpone por infracción de lo dispuesto en el artículo 80.4 del CDFA que, tras otras normas referidas a la procedencia de la custodia compartida o individual, establece que «salvo que las circunstancias lo justifiquen específicamente no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

Habiendo sido estimado el primer motivo del recurso, no es preciso entrar a considerar el segundo. No obstante, la Sala entiende necesario argumentar respecto a los razonamientos efectuados en la sentencia acerca de esta cuestión, en cuanto son razones que condujeron a la Audiencia a revocar la sentencia de primera instancia.

En el caso de autos consta acreditado que doña Amalia T E, tras el divorcio de su cónyuge, entabló una nueva relación de pareja y ha tenido un hijo, que en la fecha de la sentencia de segunda instancia tenía casi dos años de edad. Este niño convive en el domicilio de su madre con A, y la prueba pericial practicada muestra efectivamente una cordial relación fraternal, en cuanto que A se muestra cariñoso y protector con su hermano, cuya presencia favorece su desarrollo y evolución, pues a través de ese rol fraterno se le fomentan pautas de responsabilidad, protección y autocontrol.

El precepto establecido en el artículo 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.

No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos, el establecimiento de la custodia compartida que se demanda no será obstáculo para que el joven A se relacione con su hermano de madre, tanto en el período en que corresponda a ésta la custodia, como en el que sea el padre el custodio del menor, ya que existe un plan de relaciones que incluyen visitas al progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.

Sexto: 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, en cuanto aplicó correctamente las normas citadas en los precedentes fundamentos y resolvió conforme a ellas las pretensiones deducidas.

Séptimo: La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo; y en cuanto a las de las instancias, apreciándose que concurren razonables dudas de hecho y de derecho, procede igualmente la no imposición, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Primero: Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de don Javier M O.

Segundo: Se estima el recurso de casación interpuesto por dicha parte, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 2 de mayo de 2012, en autos de modificación de medidas núm. 328/2011, procedentes del juzgado de primera ins-

tancia núm. 5 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

Tercero: Confirmamos íntegramente el fallo dictado por el juzgado de primera instancia, en su sentencia de 19 de diciembre de 2011.

Cuarto: No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

Quinto: Hágase entrega al recurrente del depósito constituido.

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

Séptimo: 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 de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

55

NÚM. 55

A. TSJA de 27 de noviembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Falta de competencia funcional*: *El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso al no haberse interpuesto también recurso de casación foral, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del TS (arts. 73.1 y 56.1 LOPJ, en relación con la DF 16ª Lec.), por lo que procede abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso (art. 62 Lec.).*

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.***

56

NÚM. 56

S. TSJA 40/2012, de 4 de diciembre

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: Flexibilidad en la admisión de pruebas: ***Las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas en la sentencia permiten extraer la conclusión de que la clara prevalencia del interés del menor en casos como el presente exige la búsqueda de la realidad de lo acontecido y enjuiciado de la manera más completa que sea posible, atendiendo con amplitud interpretativa la posible admisión de pruebas, sean propuestas por uno u otra parte, o de oficio por el tribunal e, incluso, con atención a lo sucedido con posterioridad al momento de presentación de la demanda. La omisión de la práctica de las pruebas solicitadas, consideradas necesarias, supuso la privación injustificada de acceso a la plena tutela judicial, y con efecto de posible indefensión, lo que conlleva la estimación del recurso por infracción procesal (469.1, motivos 3º y 4º Lec.).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 38/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 19 de junio de 2012, recaída en el rollo de apelación núm. 156/2012, dimanante de autos número 25/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, doña Soraya R P, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Silvia Tizón Ibáñez y dirigida por el Letrado don Daniel Val Martín y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

[…]

Fallamos

Que estimando el recurso por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Soraya R P contra la sentencia núm. 338/2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 19 de junio de 2012, anulamos la sentencia recurrida y las actuaciones practicadas desde el dictado en el rollo de apelación del auto de fecha 12 de marzo de 2012, debiendo la Audiencia Provincial practicar las pruebas testificales de doña Llariver R P y don Manuel O G que fueron denegadas, y continuar con la tramitación del recurso de apelación hasta dictar nueva sentencia con arreglo a derecho.

57

NÚM. 57

A. TSJA de 17 de diciembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Recurso extraordinario por infracción procesal: Inadmisión*: No se admite el recurso por carecer manifiestamente de fundamento al haber alegado que «ambas sentencias, la de instancia y la de apelación, contienen una insuficiente motivación sobre la custodia compartida.». Ante tan genérica impugnación no cabe sino resaltar que en el FD 2º de la sentencia de la Audiencia especifica con claridad qué circunstancias ha valorado para excluir en este caso el posible establecimiento de la custodia compartida. Ante la falta de concreción del recurrente sobre qué extremos entiende que debieron ser tratados y no lo han sido, en la motivación de que se trata, debe estarse, en definitiva a entender que sí existe motivación clara y determinante del sentido del fallo.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

58

NÚM. 58

S. TSJA 41/2012, de 19 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Guarda y custodia de los hijos: Derecho transitorio*: Si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21/3/2011, que no aplica dicha Ley, y la de 10/12/2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada (art. 222 Lec.). Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 y a la vista de su DT 1ª. La revisión de las medidas adoptadas bajo la legislación anterior puede solicitarse durante un año desde el día en que entró en vigor la nueva ley, el 8 de septiembre de 2010. Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.*

Preferencia de la custodia compartida: *Establecida la preferencia legal por la custodia compartida, para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, las citadas expresamente en el artículo 80.2 CDFA. En consecuencia, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere, tras una cuidadosa valoración de la prueba, más conveniente en el caso concreto. Si en el caso concreto no existe esa constancia realmente evidenciada de ser mejor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.*

Interés del menor: ***El interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.***

Factores para excepcionar la custodia compartida: ***La exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que infringe el artículo 80.2 CDFA al haber establecido la custodia individual a favor de la madre.***

Gastos de asistencia a los hijos: Contribución proporcional*: No se considera oportuno fijar en este resolución (la estimación del recurso de casación conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia) si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada (como propone el padre en su demanda) o de otro modo. Si perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFA sin las matizaciones contenidas en la demanda. En consecuencia, no se abonará entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios del hijo menor correrán de cuenta de ambos padres por partes iguales. Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.*

Disposiciones citadas: ***Art. 80 y DT 6ª CDFA.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a diecinueve de diciembre dos mil doce.

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 28/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha de 25 de abril de 2012, recaída en el rollo de apelación número 136/2012 dimanante de autos de Modificación de Medidas número 245/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, siendo parte recurrente don José Mª M H, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Forcada González y dirigido por el Letrado don Santiago Culleré García y parte recurrida doña Yolanda GG, representada por el Procurador de los Tribunales don Héctor David Rosado Gálvez y dirigida por la Letrada doña Lucía Romeu Tarrago, así como el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: En fecha de 30 de mayo del 2011, la Procuradora Sra. Bernués Sauque, en representación de don José Mª M H, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña demanda de Modificación de Medidas definitivas frente a doña Mª Yolanda G G y, después de alegar los hechos, contenía el pacto de relaciones familiares cuyo contenido reza como sigue: «A) Declare la custodia compartida de forma que Jorge esté con cada progenitor dos semanas consecutivas que irán

desde un viernes a la salida del colegio, cuando lo haya, momento en el que el progenitor al que le toque acudirá al centro educacional a recogerlo, hasta el segundo lunes siguiente en que puntualmente lo reintegrará al indicado centro de educación (…). En caso de que se encuentren en un período vacacional, se seguirá la misma regla pero recogiéndolo y reintegrándolo en el domicilio del otro progenitor. B) Los períodos vacacionales (se tendrán por tales las escolares de Navidad, Semana Santa y verano), Jorge estará bajo la guarda y custodia de cada progenitor la mitad de las vacaciones, en las de Navidad y Semana Santa. En las de verano no se establece régimen alguno pues se deberá seguir con el mismo régimen ordinario pero recogiendo y reintegrando a Jorge en el domicilio del otro progenitor. En el caso de las vacaciones navideñas y de Semana Santa, el padre escogerá la mitad en que prefiera estar con Jorge los años impares y la madre los pares. No se tendrá en cuenta los días de menos que un progenitor tenga a Jorge bajo su guarda y custodia respecto del otro y en las vacaciones navideñas y de Semana Santa. Finalizadas las vacaciones, Jorge volverá a estar bajo la guarda y custodia de quien debiere, calculándolo como si no hubieren mediado tales períodos vacacionales menores. C) En cuanto a la pensión por alimentos establecida en aquella sentencia antes referida se dejará sin efecto debiendo ambos cónyuges ingresar en una cuenta común abierta al efecto y de la que tan solo puedan disponer mancomunadamente la cantidad inicial de 200€ mensuales cada uno, que sumados se igualan a la pensión establecida hasta la presente. Dichas cantidades podrán ser incrementadas o disminuidas de común acuerdo por escrito, en todo caso, o, a falta de pacto, por decisión judicial. En todo caso los saldos negativos serán cubiertos por mitades de forma inmediata. Dichas cantidades se destinarán al pago de los gastos necesarios de Jorge exceptuando comida y aseo que cada progenitor cubrirá los que resultaren precisos cuando Jorge estuviere bajo su guarda. D) Los gastos extraordinarios necesarios serán satisfechos por mitades debiendo, el que no hubiere satisfecho el gasto, abonar al otro su mitad a primer requerimiento. Si hubiere sido pagado por domiciliación en la cuenta común, se estará a lo establecido en el anterior párrafo para el caso de saldos negativos si los hubiere. Los gastos extraordinarios no necesarios los satisfará, salvo pacto en contra, quien los hubiere decidido. E) En todo caso, cualquiera de los dos progenitores, cuando no tuviere a Jorge bajo su guarda y custodia, tendrá derecho a comunicarse con él telefónicamente a cualquier hora del día desde las diez horas de la mañana hasta las veintidós horas de la noche. Además tendrá derecho a estar en compañía de Jorge todos los miércoles por la tarde debiendo acudir a recogerlo al colegio y reintegrándolo en el domicilio del progenitor que ostente, en aquella quincena, la guarda y custodia antes de las 20 horas. Ello no regirá cuando, en períodos vacacionales, Jorge esté de viaje con el progenitor que en aquel entonces le corresponda ejercer la guarda y custodia. F) Ninguno de los dos cónyuges saldrá de territorio español, insular o peninsular sin el consentimiento del otro cónyuge o mediante resolución judicial. G) Cada progenitor organizará como mejor crea, durante el tiempo en que tenga adjudicada la guarda y custodia, las relaciones con sus abuelos, demás parientes y otras personas allegadas. En todo caso, ambos se obligan a no entorpecer las relaciones de Jorge con terceros y a no coartar o impedir las comunicaciones telefónicas de abuelos, otros parientes o personas allegadas con Jorge. H) Nada procede acordar en cuanto a la vivienda conyugal puesto que ya fue decidido en el procedimiento de mutuo acuerdo de cuya sentencia y convenio aprobado se acompañan sendas copias. I) Tampoco procede liquidar régimen económico matrimonial alguno por no existir. J) Tampoco procede pensión compensatoria alguna por no haber solicitado ni acordado en su momento».

Tras formular los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó solicitando: «acuerde la modificación de las medidas en el sentido solicitado declaran-

do la custodia compartida para ambos progenitores junto con las demás medidas incluidas en la propuesta de pacto de relaciones familiares».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado y se emplazó a la demandada quien compareció en tiempo y forma y contestó la demanda interesando: «dicte sentencia por la que se acoja la excepción de cosa juzgada o subsidiariamente desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas».

Por decreto de 31 de octubre de 2011 se tuvo por contestada la demanda y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña dictó sentencia en fecha de 16 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Bernués en nombre y representación de don José María M H contra Mª Yolanda G G, denegando la modificación de medidas solicitada por el actor. Sin expresa condena en costas».

Tercero: La representación procesal de la parte actora interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso presentado de contrario. Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2012 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma. En fecha 25 de abril de 2012, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don José María M H contra la sentencia indicada, confirmamos íntegramente dicha resolución y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Mª del Mar Pascual Obis, actuando en nombre y representación de don José María M H presentó, en tiempo y forma, escrito de interposición de recurso extraordinario de casación que basó en los siguientes motivos: «1: Con apoyo procesal en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la LEC, por interpretación errónea del artículo 80 CDFA, en relación con el artículo 39.2 y 4 de la Constitución Española. 2: Con fundamento en el artículo 477.2.3 y 477.3 de la LEC, por infracción por inaplicación del artículo 76.2 y 76.3.b) del CDFA, en relación con el artículo 11.3ª) y b) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. 3: Al amparo del artículo 477.2.3º y 477.3 de la LEC, en relación con el artículo 80.2 del CDFA, y con el artículo 80.2 del CDFA, y con el 3.1 del Código Civil. 4: Al amparo del artículo 477.2.3º y 477.3 de la LEC, por infracción del artículo 80 del CDFA. 5: Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por cuanto no debe estimarse la cosa juzgada. La sentencia presenta interés casacional».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se acordó por auto de 12 de julio de 2012 admitir a trámite el recurso de casación presentado. Conferido traslado del escrito de interposición a las partes contrarias por plazo de veinte días y evacuado dicho trámite, las partes presentaron los escritos en apoyo de sus pretensiones y por diligencia de ordenación se señaló para la celebración de la vista el día 17 de octubre. Por diligencia de ordenación de 4 de octubre se suspendió la vista señalada y el 5 de octubre de 2012 se señaló nuevamente la celebración de la vista el día 21 de noviembre de 2012 a las 9,30 horas.

Fundamentos de derecho

Primero: Por sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña se acordó la disolución por divorcio del matrimonio formado por las partes de este procedimiento, celebrado el día 19 de mayo de 1990 y en el que el día 1 de junio de 2004 había nacido el hijo Jorge.

Acordado en la anterior sentencia el régimen de custodia del menor a cargo de

la madre, el día 3 de septiembre de 2010 fue presentada por el padre demanda de modificación de medidas, en solicitud de establecimiento de custodia compartida. Demanda que fue desestimada en tal pretensión por sentencia del día 21 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado antes citado.

El día 30 de mayo de 2011 se presentó por el padre, ante el mismo Juzgado, la demanda rectora de este procedimiento, en que solicitaba de nuevo el establecimiento del régimen de custodia compartida del menor, al amparo, en este caso, de la aplicación del artículo 6.2 de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que había entrado en vigor después de presentada la primera demanda de modificación de medidas.

Desestimada esta segunda demanda por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña del día 10 de diciembre de 2011 y apelada tal resolución, fue íntegramente desestimado el recurso de apelación por la sentencia ahora recurrida, dictada el día 25 de abril de 2012 por la Audiencia Provincial de Huesca.

Segundo: Con carácter previo a resolver las cuestiones de fondo recogidas en el recurso de casación presentado, debe ser tratada la causa de inadmisibilidad del recurso que plantea la parte recurrida, con sustento en que lo que se plantea en la impugnación actual «es una nueva valoración de la prueba (interrogatorio de partes pericial y documental), distinta a la efectuada por la Juzgadora a quo e incluso por la Audiencia Provincial, sustituyendo tal valoración por la suya propia».

La generalidad de la afirmación, literalmente expuesta, que pretende fundamentar la posible inadmisibilidad del recurso impide conocer en qué extremos considera realmente la parte recurrida que se introduce nueva valoración de la prueba en este recurso. Además, de la lectura del escrito impugnatorio resulta que, si bien en él se contienen referencias a la prueba, su base no es esta cuestión, sino las de naturaleza jurídica a las que a continuación se hará referencia.

En consecuencia, procede rechazar la causa de inadmisibilidad propuesta por la parte recurrida.

Tercero: La parte recurrente no plantea en su recurso de casación con la suficiente diferenciación los diversos motivos por los que presenta el recurso, pues bajo formulación de un genérico y único motivo de recurso de «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» formula luego un total de cinco alegaciones. Tal planteamiento del recurso obliga para su adecuado tratamiento a sistematizar las diversas peticiones ahora, al tiempo de resolverlas en la sentencia, entendiéndose que para mejor resolución debe ser tratada en primer lugar la relativa a cosa juzgada contenida en el extremo 5 del recurso; luego, las enumeradas en los cardinales 1, 3 y 4, conjuntamente por ser todas ellas referidas a posible infracción de la regulación sobre custodia compartida contenida en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante); para luego resolver, si procede, sobre lo propuesto bajo número 2, relativo a las prevenciones de los artículos 76 del CDFA y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cuarto: La sentencia recurrida estimó que se producían los efectos de cosa juzgada respecto de lo ahora enjuiciado, por cuanto, en relación con una previa petición y resolución de modificación de medidas, había sido dictada sentencia el día 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de Boltaña. Así, en su Fundamento de Derecho tercero, se recoge literalmente en la sentencia: «(…) Tercero: 1. Varios son los motivos que nos llevan a confirmar la sentencia. En primer, lugar, que sobre esta cuestión se pronunció el juzgado en fecha anterior y muy reciente, en la sentencia de 21 de marzo de 2011, rechazando la custodia compartida en los términos antes referidos. Aunque declaraba no aplicable la

Ley 2/2010, por no estar en vigor al inicio del procedimiento, la realidad es que resolvió de acuerdo a sus previsiones. Y esta decisión no fue recurrida por el demandante, y ahora apelante. En definitiva, se producen los efectos de cosa juzgada, dado que concurre la identidad de personas y de pretensiones, basada en hechos idénticos. No resulta admisible que, por no haber transcurrido el plazo de un año desde la publicación de la Ley cuando se interpuso la segunda demanda, pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición Transitoria de la tan repetida Ley 2/2010 (…)».

Ciertamente, si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse, como hace la sentencia recurrida, que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2011 y lo que fue luego objeto del enjuiciamiento en la sentencia del día 10 de diciembre de 2011, a raíz de demanda presentada el 30 de marzo de 2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada en los términos establecidos por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 porque, como expresamente ordena en su disposición transitoria primera, la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión del convenio regulador o de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior, durante un año desde la entrada en vigor de la ley. De modo que, dictada sentencia por el Juzgado de Boltaña el día 21 de marzo de 2011, esto es, antes de entrar en vigor la ley, cualquiera de las partes podía solicitar la revisión de las medidas acordadas en tal sentencia durante un año desde que entró en vigor la ley el día 8 de septiembre de 2010.

Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.

Quinto: Las alegaciones contenidas bajo los epígrafes 1, 3 y 4 del motivo de recurso impugnan los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida que se pronunciaron sobre el establecimiento de la custodia compartida o individual en el presente caso. En resumen, entiende la parte recurrente que la decisión judicial infringió la previsión del artículo 80 del CDFA, de ser preferente la adopción de la custodia compartida de los hijos en caso de crisis matrimonial, con desatención al espíritu y finalidad de la Ley 2/2010 y del posterior CDFA.

Como ha sido ya reiterado en diversas sentencias de esta Sala (así, por ejemplo, de 1 de febrero de 2010 o de 15 de diciembre de 2011) el artículo 6 de la Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente traspuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, ordena que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente al interés del menor. Para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, por cita expresa de tal norma, los factores de edad y arraigo social y familiar de los hijos, así como su opinión, y la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres.

En consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere más conveniente en el caso concreto.

Por tanto, la posibilidad de adopción de la custodia individual exige una cuidadosa valoración de la prueba que la presente, en el supuesto, como más beneficiosa para el menor en lugar de la legalmente preferente custodia compartida. De lo que no cabe sino concluir que si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, la constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

Sexto: En el caso presente, la sentencia recurrida no recoge de modo expreso referencia a los factores indicados como de necesaria valoración conforme al artículo 80 del CDFA. La razón de la decisión se sustenta exclusivamente en la exposición de las afirmaciones contenidas en informe hecho por la asistente social del Instituto de Medicina Legal de Aragón, del que valora especialmente varias circunstancias recogidas por la informante: que el padre tiene un amplio régimen de visitas con flexibilidad al respecto por parte de la madre; que el menor se encuentra más unido a la madre a la que tiene como referencia; o que, siempre en opinión de la asistente social, el menor admite la separación de los padres pero muestra una cierta resistencia en el momento de separación de la madre. Con ello, tras admitir la conclusión del propio informe de que un nuevo cambio puede desestabilizar al menor, concluye que el interés del propio menor, ateniendo a su edad, junto con las circunstancias dichas, acuerda relegar la custodia compartida y mantener la custodia individual de la madre.

Asimismo, y a favor del establecimiento de la custodia individual se invoca el interés del menor de modo genérico en la sentencia recurrida.

Como se desprende de lo antes expuesto, el interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. No existe duda alguna de que el informe social que sirve de referencia directa e inmediata para la decisión judicial ha sido emitido por la profesional actuante de modo imparcial y atendiendo el interés del menor, al igual que tal ha sido el único interés que ha dirigido el dictado de la sentencia. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.

Pues bien, en este caso, la exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el repetido artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. Porque se recogen tan sólo las valoraciones de la asistente social, obtenidas mediante meras entrevistas de los progenitores, sin mecanismos de exploración de la voluntad real del niño; y se acepta acríticamente la conclusión del propio informe social de que existe la posibilidad de que un nuevo cambio pueda desestabilizar al menor, concluyendo que esta hipótesis de futuro es muy determinante de la fijación del sistema de custodia individual.

No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador. Por ello, debe concluirse que la sentencia recurrida tuvo que establecer la custodia compartida y, al no hacerlo y mantener la individual, infringió el artículo 80.2 del CDFA. Por lo que procede casar la sentencia en lo referente a establecimiento del sistema de custodia compartida del menor.

Séptimo: Por la estimación del motivo de casación último tratado, deviene improcedente entrar a resolver sobre el motivo 2) del recurso de casación, por contener idéntica pretensión que la ya atendida.

Asimismo, la estimación del recurso conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia, al tiempo de concretar el régimen de custodia compartida que ahora se establece. Con su demanda, el padre solicitó la adopción de diversas medidas reguladoras de la relación de ambos progenitores con el hijo que no han sido matizadas o contradichas por la madre. Observando de oficio las propuestas, se considera que son, con carácter general, legalmente admisibles, pero que el mejor desenvolvimiento de la posterior convivencia aconseja modificar las siguientes:

— Medida c): No se considera oportuno fijar en esta resolución si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada o de otro modo.

— Medida c) y d). No existen motivos que justifiquen las matizaciones que respecto de pago de gastos ordinarios y extraordinarios se recogen en tales apartados, por lo que, sin perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFA.

— Medida f): No se alega motivo alguno que permita considerar adecuada la prohibición de salida del territorio nacional de cualquiera de los progenitores.

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, dado que la demanda es finalmente estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer expresa imposición de su pago.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José Mª MH contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el día 25 de abril de 2012 que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: En lugar de lo ordenado en la sentencia anterior, con estimación parcial de la demanda presentada por el recurrente antes citado para modificación de las medidas dictadas en sentencia de divorcio de ambos litigantes, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, acordamos que el régimen de guarda y custodia de Jorge M G, hijo menor de los litigantes, será el de custodia compartida.

Las medidas en que se desarrollará tal régimen serán, en concreto, las siguientes:

a) El hijo estará con cada progenitor dos semanas consecutivas que irán desde un viernes a la salida del colegio, cuando lo haya, momento en el que el progenitor al que le corresponda acudirá al centro educacional a recogerlo, hasta el segundo lunes siguiente en que puntualmente lo reintegrará al indicado centro de educación. En caso de que se encuentren en un período vacacional, será recogido y entregado en el domicilio del progenitor.

b) Los períodos vacacionales (se tendrán por tales las escolares de Navidad, Semana Santa y verano) el hijo estará bajo la guarda y custodia de cada progenitor la mitad de las vacaciones, en las de Navidad y Semana Santa. En las de verano no se establece régimen alguno pues se deberá seguir con el mismo régimen ordinario pero recogiendo y reintegrando al menor en el domicilio del otro progenitor.

En el caso de las vacaciones navideñas y de Semana Santa, el padre escogerá la mitad en que prefiera estar con el hijo los años impares y la madre los pares.

No se tendrá en cuenta los días de menos que un progenitor tenga al menor bajo su guarda y custodia respecto del otro y en

las vacaciones navideñas y de Semana Santa. Finalizadas las vacaciones, el hijo volverá a estar bajo la guarda y custodia de quien debiere, calculándolo como si no hubieren mediado tales períodos vacacionales menores.

c) No se abonarán entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y los extraordinarios necesarios del hijo menor correrán de cuenta de ambos cónyuges por partes iguales.

d) Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.

e) En todo caso, cualquiera de los dos progenitores, cuando no tuviere al hijo bajo su guarda y custodia, tendrá derecho a comunicarse con él telefónicamente a cualquier hora del día desde las diez horas de la mañana hasta las veintidós horas de la noche. Además tendrá derecho a estar en compañía del menor todos los miércoles por la tarde debiendo acudir a recogerlo al colegio y reintegrándolo en el domicilio del progenitor que ostente, en aquella quincena, la guarda y custodia, antes de las 20 horas. Ello no regirá cuando, en períodos vacacionales, el hijo está de viaje con el progenitor que en aquel entonces ejerza la guarda y custodia.

f) Cada progenitor organizará como mejor crea, durante el tiempo en que tenga adjudicada la guarda y custodia, las relaciones con sus abuelos, demás parientes y otras personas allegadas. En todo caso, ambos se obligan a no entorpecer las relaciones del hijo con terceros y a no coartar o impedir las comunicaciones telefónicas de abuelos, otros parientes o personas allegadas con el menor.

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.

Dése al depósito constituido el destino legalmente previsto.

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.

59

NÚM. 59

S. TSJA 42/2012, de 20 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional*: No es ajustada al artículo 82 una afirmación de carácter general de que no es relevante la situación económica de la madre para determinar la contribución del padre a los gastos de asistencia de los hijos. Hay que tener en cuenta la situación económica de ambos progenitores. La proporcionalidad quedó establecida en la sentencia de primera instancia, en la de apelación no hay datos diferentes ni valoración contraria a los mismos, salvo meras sospechas de que los ingresos del recurrente son mayores y las consideraciones sobre la relevancia de la disminución de sus gastos. Tales apreciaciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no pueden servir para modificar la proporcionalidad fijada en la sentencia del Juzgado. Al hacerlo infringe los artículos 79.5 y 82 CDFA.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 79.5 y 82 CDFA.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 31/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha de 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación

número 601/2011, dimanante de autos de Modificación de Medidas 1145/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don José B. G., representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Ortiz Enfedaque y dirigido por la Letrada doña Carmen Tobías Meneses, y como parte recurrida doña Ana Belén L. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Alcrudo Abadía y dirigida por la letrada doña Cristina Remón Pérez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

[…]

Fallamos

Primero: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José B. G. contra la sentencia dictada el día 2 de mayo de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que casamos, dejándola sin efecto.

Segundo: Confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza de 3 de junio de 2011.

60

NÚM. 60

S. TSJA 43/2012, de 21 de diciembre

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Derechos y principios: Principio de interés superior del menor*: El principio del interés superior del menor o favor filii informa todo el ordenamiento, no sólo el aragonés, opera 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 (STC 176/2008, de 22/12 y STC 185/2012, de 17/10). Se citan los preceptos de Derecho internacional, nacional y aragonés que lo recogen. En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público (por todas, STS 12/5/2012) y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.*

Guarda y custodia de los hijos: Ley aplicable: *Lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo, por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 Cc.), y como de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del hijo, a los efectos de resolver este conflicto debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 Cc. y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.*

Factores para excepcionar la custodia compartida: *La custodia individual a favor del padre ha sido reconocida y correctamente valorada en las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones superiores a las normales, que su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.*

Ponente: *Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.*

En Zaragoza, a veintiuno de diciembre de dos mil doce.

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 y extraordinario de infracción procesal número 29/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Au-

diencia Provincial de Zaragoza, de fecha 2 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 32/2012, dimanante de autos de Modificación de Medidas 61/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña A. S., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Leticia Muñoz Rome y dirigida por el Letrado don Antonio José Muñoz González, y como parte recurrida don F. G. L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina y dirigido por la letrada doña Mª Jesús Ferreruela Fau, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Fabiola Badal Barrachina, actuando en nombre y representación de don F. G. L., presentó solicitud de Modificación de Medidas contra doña A. S. 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 se acuerde la modificación solicitada en el sentido de: «1º: Proceder al cambio de la guarda y custodia del menor Pablo se otorgue al padre, con la autoridad familiar compartida por ambos progenitores: 2º: Fijación de un sistema de visitas a favor de la madre, consiste en todos los meses de julio y agosto así como las vacaciones de Navidad: 3º: La madre entregará al padre en concepto de pensión de alimentos 200 euros mensuales, pagaderos los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que este designe, actualizables con efectos de primero de enero cada año conforme a las variaciones que experimente el IPC: Los gastos extraordinarios de las hijas serán cubiertos al 50% entre ambos progenitores».

Por otrosí solicitó medidas provisionales que se sustanciaron en pieza separada con el mismo número que el anterior.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y contestaran a la demanda, compareciendo dentro de plazo y contestando a la demanda, solicitando la demandada se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, dictó sentencia con fecha veintiséis de julio de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo esencialmente la demanda de modificación de medidas presentada por don F. G. L. contra doña A. S. Por tanto: 1: El hijo común, Pablo, una vez firme esta sentencia, pasará a residir con su padre, a quien se le atribuye su custodia. La autoridad familiar será compartida: 2: Pablo estará con su madre, salvo 15 días, en vacaciones escolares de verano. don F. elegirá cada año este breve periodo, que deberá coincidir necesariamente con el inmediato posterior al de finalización de las clases o el previo a su inicio. Se encargará de entregar al menor en el domicilio materno en España y costeará el desplazamiento: Asimismo, la madre estará con el menor la totalidad de las vacaciones escolares de Navidad. El padre costeará y gestionará el desplazamiento del menor a Zaragoza: Igualmente, cuando venga a España, don F. comunicará tal circunstancia a su madre para que pueda estar con el menor: don F. permitirá la comunicación vía Internet del menor con su madre: 3: Los progenitores deberán entregar inmediatamente a la notificación de esta resolución el pasaporte del hijo: 4: don F. hará frente, en solitario, a las necesidades alimenticias de Pablo, tanto ordinarias como extraordinarias: 5: No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Cuarto: Interpuesto por la Procuradora Sra. Muñoz Rome en nombre y representación de doña A. S., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, y al Ministerio Fiscal, manifestando este: «Que impugna la resolución apelada de

fecha de 27 de julio de 2011, debiendo dictarse otra que recoja los pedimentos del Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral manteniéndose las medidas acordadas en Sentencia de fecha 2 de mayo de 2008 en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de acuerdo con el informe psico-social». Por su parte la parte apelada, impugna y se opone al recurso interpuesto.

La parte apelante, se adhiere a la impugnación planteada por el Ministerio Fiscal.

Presentado escrito por la Procuradora Sra. Badal Barrachina, junto con acuerdo firmado por ambos progenitores, solicita la entrega del pasaporte del menor para poder trasladarse a donde reside su padre. El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en fecha 16 de diciembre de 2011, dictó auto de orden general de ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas la partes, se dictó auto por el que se admitió la prueba documental aportada por la parte apelante A. S., quedando la misma unida a las actuaciones; en fecha 2 de mayo de 2012 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallamos: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por doña A. S. y el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Zaragoza el 26 de julio de 2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada».

Quinto: La representación legal de doña A. S. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: «1º: Por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente aplicación errónea, del Código del Derecho Foral de Aragón y Ley Aragonesa 2/2010; 2º: Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3º: Infracción del artículo 80.2 del CDFA y 4º: Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, en fecha 27 de junio de 2012 la Sala dictó providencia concediendo a las partes el término de 10 días para que formulen alegaciones respecto a la siguiente posible causa de inadmisión: «El motivo segundo de casación –en la enumeración de la parte– se fundamenta en la vulneración del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente a la exigencia de motivación de las sentencias. Conviene precisar que se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivación insuficiente de la sentencia. Y en cuanto a su planteamiento, la parte no desarrolla el razonamiento de la falta de motivación con la que encabeza el motivo». Presentadas las alegaciones por las partes, cada una de ellas en apoyo de sus pretensiones, alegando el Ministerio Fiscal «… que se debiera inadmitir el RC en el motivo segundo alegado por la recurrente, ya que no reúne los requisitos para ser alegado como tal (infracción de norma sustantiva), al ser el Art. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil una norma procesal a denunciar, en su caso, como REIP (art. 469.1.4º Ley de Enjuiciamiento Civil)».

La Sala, en fecha 26 de julio, dictó auto en el que acordó declararse competente para el conocimiento del recurso de casación, y no admitir el motivo segundo del recurso casación formulado por la representación de doña A. S. y admitir los motivos primero, tercero y cuarto de ese mismo recurso. Se dio traslado a las otras partes, que presentaron sus alegaciones, dentro plazo, solicitando el recurrido que se dicte sentencia por la que se confirme íntegramente la de 2 de mayo de 2012, siendo la petición del Ministerio Fiscal en el mismo sentido, alegando este último que «el inte-

rés del menor se encuentra mejor amparado con la custodia individual del padre que con la custodia compartida o individual de la madre».

En fecha de 8 de octubre se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2012.

Fundamentos de derecho

Primero: Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso deben citarse:

Doña A. S. y don F. G. L. mantuvieron varios años una convivencia more uxorio fruto de la cual nació un hijo, Pablo, el día 23 de julio de 2001.

Tras la ruptura de dicha relación de pareja se tramitó un procedimiento para regular las relaciones paterno filiales –autos de juicio verbal núm. 40/2007 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza– en el que se dictó sentencia de 2 de mayo de 2008 resolviendo otorgar a la madre la guarda y custodia del hijo menor, manteniendo ambos progenitores la autoridad familiar, y se fijó una pensión de alimentos a favor del hijo menor, y a cargo de su padre, de 600 euros mensuales.

En fecha de 20 de enero de 2011, don F. G. L. ha interpuesto demanda de modificación de las medidas adoptadas en el anterior procedimiento, a fin de que se acuerde el cambio de la guarda y custodia del menor, el cual debe quedar al cuidado del padre, y que se fije una pensión de alimentos a favor del hijo y a cargo de la madre de 200 euros mensuales. En fundamento de dichas pretensiones se argumenta que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias tomadas en consideración en el anterior procedimiento, en concreto la desatención del menor por su madre, hasta el punto de tener que intervenir los servicios sociales de la Administración.

Doña A. S. se ha opuesto a la demanda interesando el mantenimiento de las medidas acordadas en el anterior procedimiento. Sostiene que no existe una situación de riesgo o desamparo del menor, y admite únicamente que ha tenido dificultades puntuales para conciliar su trabajo con las necesidades del hijo.

La sentencia de primera instancia, dictada el 26 de julio de 2011, estima en parte la demanda y acuerda otorgar la custodia del menor a su padre, manteniendo ambos progenitores la autoridad familiar compartida. Fija a favor de la madre un régimen de comunicación centrado, fundamentalmente, en las vacaciones de Navidad y verano, y desestima la solicitud de gastos de asistencia a cargo de la madre.

En esta resolución se argumenta que el menor Pablo tiene un estrecho vínculo con su madre y acepta con normalidad a las actuales parejas de sus progenitores. El menor tiene un comportamiento social desajustado, con agresividad cuando no consigue sus objetivos, y poca tolerancia a la frustración. El padre es funcionario de las Naciones Unidas y está destinado en Cali (Colombia) donde reside con su esposa y los cuatro hijos de esta. La madre vive en Zaragoza con su actual pareja, en una vivienda que cuenta con una sola habitación, y recibe con frecuencia a compatriotas que pasan temporadas en dicha vivienda. El IASS, en resolución de 19 de noviembre de 2010, declaró al menor en situación de riesgo y acordó iniciar un proyecto de intervención y apoyo familiar. Se advirtió que la madre debía mejorar su papel materno y que adolecía de falta de empatía y comprensión de las necesidades del hijo. El seguimiento escolar del menor había sido escaso. La madre había colaborado en la intervención, y se habían producido avances. No obstante, el informe educativo de 22 de junio de 2011 concluyó que se había producido un retroceso considerable en el cumplimiento de los objetivos fijados, que el menor estaba peor en el colegio, que la madre había reducido su jornada laboral pero no dedicaba más tiempo al menor, y que se habían producido, desde abril, complicaciones en el seguimiento de la familia, habiéndose planteado la madre regresar a su país, Indonesia.

El padre, continúa la argumentación de la sentencia, goza de estabilidad familiar, tiene una holgada posición económica y puede dedicar tiempo al menor. Las carencias del entorno materno son evidentes y no se han corregido, y el menor requiere unas atenciones superiores a las normales, todo lo cual aconseja la estimación de la demanda en el extremo referente a la custodia del menor a favor del padre.

Conviene precisar que en la fundamentación jurídica de la sentencia se mencionan los artículos 77, 79.5 y la DT. primera del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA) para justificar la solicitud de modificación del pacto de relaciones familiares. Y en cuanto al fondo de la pretensión deducida, se alude –por dos veces– al interés del menor como clave que sustenta toda nuestra legislación, con cita de los artículos 80, 75, 76, 77 y 89 del CDFA, del artículo 39 de la Constitución, y asimismo de los artículos 90, 154, 156 y 159 del Código Civil.

La madre interpuso recurso de apelación en el que reiteró la solicitud de desestimación íntegra de la demanda, y reprochó que la sentencia recurrida aplicara erróneamente norma foral, con vulneración del artículo 14 del Código Civil, porque ni demandante, ni demandada ostentaban la vecindad civil aragonesa.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia de 2 de mayo de 2012 por la que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. En ella se reiteraron los razonamientos de la dictada en primera instancia, y se destacó la necesidad de intervención del Área de Servicios Sociales del Alto Gállego, por encontrarse el menor en situación de claro riesgo al cuidado de su madre, sucediéndose desde entonces intervenciones periódicas y aplicación de programas de ayuda y educativos en Zaragoza, hasta la declaración de riesgo del menor por resolución de 19 de noviembre de 2010. Por lo demás, se destaca la suscripción, el 14 de noviembre de 2011, de un convenio por los progenitores en el que acuerdan la asunción por el padre, con carácter provisional, de la custodia del hijo que pasará a convertirse en custodia definitiva si se llega a confirmar la sentencia de instancia. En cuanto a la fundamentación jurídica se menciona, al igual que en la sentencia apelada, la necesidad de atender al prioritario interés del menor.

Segundo: Doña A. S. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

De los tres motivos admitidos, en el primero se denuncia la infracción, por aplicación errónea, del Código del Derecho Foral de Aragón y de la Ley aragonesa 2/2010, porque ello vulnera lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil, puesto que ni demandante –español de origen, residente desde hace años y originario de Cataluña, afirma el recurrente–, ni demandada –de nacionalidad indonesia– ostentan la vecindad civil aragonesa. Considera, en definitiva, que el litigio ha de resolverse conforme al derecho común al que remite, como norma de conflicto, el artículo 16.1, en relación con el 9.1 del CC.

Lo primero que cabe indicar respecto a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida es que la misma trasciende de la concreta cita de los preceptos del CDFA, porque se sustenta en un principio, el interés superior del menor o favor filii, que informa todo el ordenamiento, no solo el aragonés, y sobre el que el Tribunal Constitucional ha afirmado que «opera, precisamente, 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. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste» –STC núm. 176/2008, de 22 de diciembre de 2008; y en igual sentido, la reciente STC, Pleno, de 17 de octubre de

2012 que declara inconstitucional el inciso «favorable» contenido en el artículo 92.8 del Código Civil–.

Ello es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 de septiembre de 1992, en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996 –además de los preceptos del Derecho aragonés mencionados por las sentencias de instancia y de los artículos 3.3.a) y c), 4, 13, 21 y 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón–.

En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público –por todas, STS de 12 de mayo de 2012– y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

Por otra parte, es significativo que el reproche de la parte recurrente incida únicamente en el criterio de selección de la norma, pero omita totalmente la concreta cita del precepto que a su juicio resulta aplicable al caso, así como de su análisis y de la subsunción de los hechos en dicha norma sustantiva. Y no lo hace porque, con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de los que debemos partir, y el necesario respeto al superior interés del menor en la adopción de la medida de custodia, la consecuencia de la aplicación del artículo 92 CC sería la misma que la que resulta de los preceptos del CDFA.

En cualquier caso y respecto a la norma aplicable hay que destacar, en contra de lo argumentado por la recurrente, que lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales –art. 9.4 CC–, y que de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del derecho civil común del hijo o cualquier otra que imponga la aplicación del CC –entre otras cuestiones, el dato de la procedencia del padre que menciona el recurrente es incorrecto, y se desconocen los lugares de residencia que ha tenido esta persona hasta la incoación del procedimiento–. Por tanto, y a los meros efectos de resolver este litigio, debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 CC y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el primer motivo del recurso.

Tercero: El motivo tercero del recurso se interpone, para el supuesto de entender aplicable el Derecho Foral aragonés, por vulneración del artículo 80.2 CDFA, por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida; asimismo, el motivo cuarto se fundamenta también en la necesidad de adoptar la custodia compartida, como criterio preferente en Aragón, con cita de los artículos 80.3 CDFA y 217 LEC, y mención de la necesidad de recabar los informes sociales o psicológicos de los especialistas, sin que el Juez de instancia haya valorado al menos uno de dichos informes.

Respecto a estos motivos, que serán analizados conjuntamente, lo primero que debe indicarse es que la recurrente se aparta totalmente de la postura mantenida en las dos instancias, en las que defendió el mantenimiento a su favor de la custodia individual. Por otra parte no razona, más allá de la mera cita de los expresados preceptos, por qué motivo se debe acordar la custodia compartida en lugar de la individual a favor del padre, que ha sido reconocida y correctamente valorada en las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones superiores a las normales, que

su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.

En definitiva, no se aprecia infracción alguna del artículo 80.2 CDFA, ni debe tener tampoco virtualidad la cita de los artículos 80.3 CDFA y 217 LEC, porque a través de estos preceptos se plantea, en apoyo de la custodia compartida, que uno de los informes fue incorporado a las actuaciones después de dictarse sentencia de primera instancia, pero ese dictamen ha podido ser valorado en segunda instancia y la parte no plantea siquiera, como defecto procesal, que exista un error en dicha valoración que resulte notorio o patente, y determinante de arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia. En definitiva, en el motivo cuarto se entremezclan incorrectamente la misma impugnación sustantiva del motivo tercero, y la simple mención a la incorporación de un informe pericial tras el dictado de la sentencia de primer grado, pero sin articular correctamente la existencia de un defecto procesal relevante para el correcto enjuiciamiento de la causa.

Por lo expuesto, procede la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso y, con ellos, la del recurso interpuesto.

Cuarto: 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 artículo 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña A. S. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de mayo de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del 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.

61

NÚM. 61

A. TSJA de 21 de diciembre de 2012

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Recurso extraordinario por infracción procesal: Inadmisión*: El motivo fundamente la infracción procesal en la vulneración del principio de justicia rogada, por haberse acordado una modificación de medidas que no fue solicitada en la demanda. No se admite el motivo, entre otras razones, porque se trata de un pronunciamiento propio de los efectos personales de la ruptura y relacionado con un menor, ámbito en el que el TS entiende que no rige el principio de rogación. El segundo motivo tampoco se admite porque, aunque se denuncia falta de motivación de la sentencia, la parte pretende en realidad combatir la valoración de la prueba.*

Casación foral: Inadmisión*: El tercer motivo no se admite porque no se respeta en él la valoración de la prueba efectuada en la instancia y no se ajusta a la técnica casacional. El cuarto motivo tampoco se admite porque se fundamenta en la infracción del artículo 82 CDFA, por no haberse respetado*

la regla de contribución proporcional de los padres a la satisfacción de los gastos de asistencia de los hijos a cargo, siendo que el juicio de proporcionalidad corresponde realizarlo a los tribunales que resuelven las instancias, sin que el mismo deba ser objeto de recurso de casación (STS de 28 de octubre de 2011 y STSJA de 20 de abril de 2012).

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Emilio Molins García-Atance.***

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2010)

HUESCA, 2010

62

NÚM. 62

S. APH de 25 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Principio de interés superior del menor: ***Es preciso destacar que no son los intereses de los padres, sino el interés superior de la menor, el que siempre prevalece en esta materia, de manera que las medidas judiciales que se adopten deben atender a ese interés, estando facultados los jueces para actuar de oficio en la adopción de medidas necesarias para salvar los derechos de los menores habida cuenta del carácter público del bien tutelado.*** **69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EXISTENCIA:** ***Ambos litigantes constituyen una pareja estable no casada, aun cuando no estuviera inscrita en el registro correspondiente.*** **RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON HIJOS A CARGO: Atribución del uso de la vivienda familiar:** ***A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y al cónyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el art. 96 Cc.***

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 1 y 3 LPENC (art. 303 y 305 CDFA).

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.***

La Secc. 1ª de la APH (rollo 172/09) ha conocido del procedimiento de modificación de medias provenientes de los Autos núm. 629/08 seguidos ante el JPI núm. 2 de Huesca. Ambos litigantes, miembros de una pareja estable no casada, solicitan la modificación de medidas en orden a la atribución de la vivienda familiar y la determinación del derecho de visitas. Las peticiones se estiman en parte.

63

NÚM. 63

S. APH de 26 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: ***La contribución del padre para satisfacer los alimentos ha de adaptarse a las circunstancias económicas y ne-***

cesidades de los hijos en cada momento, art. 93 Cc. La cuantía de los alimentos debe ser proporcionada no sólo al caudal del alimentante, sino también a las necesidades del alimentista, como indica el art. 146 Cc., y la cantidad con la que el cónyuge no custodio deba contribuir a esos gastos dependerá del caso concreto. Cuando se adoptaron de mutuo acuerdo las medidas la cantidad era adecuada (la menor tenía 1 año), pasado el tiempo se ha producido un cambio sustancial de circunstancias (art. 775 Lec.) lo que permite modificar la pensión alimenticia y estimar el recurso interpuesto por el padre fijando la pensión en 300 euros mensuales actualizables conforme al PIC.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 93 y 146 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.***

Se interpone por una de las partes recurso de apelación contra la sentencia de 19 de junio de 2009 del JPI núm. 1 de Monzón en los autos de divorcio, interesando el apelante, entre otras cosas, que se modifique la cuantía de la pensión de alimentos a la hija menor fijada en 450 euros/mes. La pretensión es estimada por la Audiencia.

64

NÚM. 64

S. APH de 14 de abril de 2010

73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE: Aceptación: ***No considera esta Audiencia que el designado heredero en el pacto sucesorio de presente incurriera en pasividad o en un retraso abusivo en relación con dicha herencia. En el mismo acto de nombramiento de heredero el designado aceptó la herencia y aunque no inscribiera su derecho ni, muerto el instituyente, tampoco inscribiera la plena consolidación del dominio sobre el inmueble controvertido, ya que la instituyente se reservó hasta su muerte el usufructo, no por ello hay falta de aceptación y máxime cuando la inscripción en el registro ni es constitutiva ni obligatoria.*** **76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Nulidad:** ***La sucesión legal sólo se abre en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, por lo que no puede considerarse válida la declaración de herederos abintestato que tuvo lugar en el año 2005, ya que la herencia de la causante estaba deferida desde 1971, fecha en la que otorgó el pacto de presente. Por lo tanto, se estima el recurso de apelación y se procede a declarar nula la escritura de declaración de herederos, la escritura de manifestación y aceptación de herencia así como se declara también la nulidad y cancelación de las inscripciones realizadas sobre la finca en base a las anteriores escrituras.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 127 Comp. (art. 516 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI núm. 3 de Huesca se interpone demanda interesando la nulidad de una declaración de herederos abintestato, por considerar los actores que la causante de la herencia falleció intestada, ya no hubo aceptación de la herencia por parte del heredero y tampoco inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. Se estima la demanda. Los demandados apelan la sentencia y su recurso es estimado por la APH revocando la referida sentencia.

65

NUM. 65

S. APH de 11 de mayo de 2010

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Accesión: ***La casa edificada con dinero consorcial sobre un terreno propiedad de la familia del actor, finalmente heredado por éste tras la disolución de la sociedad conyugal, debe ser considerada privativa del marido, ya que al heredar éste a su tío se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir***

que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor y, por lo tanto, la edificación es también privativa (art. 29.h Lrem.) sin perjuicio de la deuda que tiene el dueño del terreno frente a la sociedad conyugal por el dinero empleado en la edificación de la casa.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 29.h; 44 Lrem. (arts. 210.h, 226 CDFA)***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se interpone demanda por uno de los cónyuges frente al otro reclamado como privativa la propiedad de una casa. La parte demandada reconviene y solicita la declaración de consorciales tanto de una construcción hecha con dinero consorcial como el suelo que, siendo primero de un tercero, terminó por ser privativo del marido por herencia. El juzgado, en sentencia de 30 de noviembre de 2009, desestima la demanda y estima la reconvención. El actor apela la sentencia, siendo estimado su recurso y revocándose la sentencia de instancia.

66

NÚM. 66

S. APH de 6 de julio de 2010

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Casamiento en casa: ***El casamiento en casa no justifica, ni conlleva, la transmisión de la fiducia acordada para el primer matrimonio. El casamiento en casa, al que alude el art. 19 Lrem. (201 CDFA) es una institución familiar consuetudinaria en la que se está a lo pactado y se interpreta con arreglo a la costumbre y usos locales. Como indica la doctrina, es una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes (o la Junta de Parientes) autorizan, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que queda viudo, con prórroga del usufructo vidual y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes para la casa. No consta que la costumbre del lugar le dé a esta institución otro alcance.* **73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE:** ***Aun cuando los instituyentes indican en la capitulación que instituyen heredera a su hija «para después de su muerte», la intención de los instituyentes no parece que fuera la de pactar la institución «para después de sus días», sino de presente, con la consiguiente adquisición de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, aparte del señorío mayor en sentido tradicional [más estricto que el del art. 73 Lsuc. (art.388 CDFA)] equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; la heredera inscribió a su favor el dominio de varias fincas incluidas en la escritura de capítulos.*** **74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA: Composición:** ***La cónyuge supérstite del bínubo premuerto estaba facultada para nombrar heredero en los bienes privativos de sus esposo y en los consorciales de su segundo matrimonio, pero no en los bienes privativos de la primera esposa del bínubo ni en los consorciales del primer matrimonio, pues para éste los capítulos que lo regían otorgaba la fiducia al cónyuge supérstite o a un pariente por cada lado en unión, caso de discordia, del párroco. Por lo tanto, el ejercicio de la fiducia por parte la cónyuge supérstite del bínubo premuerto, y hermana de la primera mujer de éste, nombrando heredero universal a Pelayo, es nula de pleno derecho en lo que atañe a los bienes privativos de la finada y los consorciales del primer matrimonio. No obstante, el heredero adquirió los bienes hereditarios por usucapión extraordinaria, al poseer por sí sólo en concepto de dueño todos los bienes de la herencia de sus padres.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 29 Apénd. /25; arts. 105 y 110 Comp./67; arts. 19 Lrem. (201 CDFA); art. 73 Lsuc. (art. 388 CDFA); arts. 1.933, 1.940, 1.941, 1.952, 1.957, 1.959.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.***

Ante el JPI núm. 2 de Huesca, se interpone acción declarativa suplicando que se declare que, en cuanto herederos de su padre don Pelayo, son ellos los propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, Luis y Natalia (sus abuelos), así como también de los bienes de Sandra, hermana de la anterior, Natalia, y segunda cónyuge de Luis. La causa se funda en la institución de heredero a favor de Pelayo y, subsidiariamente, en la usucapión ordinaria o extraordinaria del domino. El juzgado, en sentencia de 15 de septiembre de 2009, desestima la demanda; los actores apelan el fallo. La APH estima el recurso.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: Los actores interesan en su recurso la estimación íntegra de la demanda, en la que ejercitan una acción declarativa con trascendencia real, en los términos que constan literalmente en la súplica de la demanda: «se declare que mis principales, en cuanto herederos de Pelayo, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados Luis Miguel y Natalia, así como de los bienes de Sandra, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración». La causa de pedir se funda en la institución de heredero a favor Pelayo y, subsidiariamente, en la usucapión ordinaria o extraordinaria del dominio.

SEGUNDO: Los datos principales que condicionan la presente controversia, algunos ya referidos en la sentencia apelada en su apartado «hechos», son los siguientes:

1. Mediante escritura pública de fecha 15 de octubre de 1909 autorizada por el Notario de Huesca Félix Marquínez al número 423 de su protocolo, se otorgaron capitulaciones matrimoniales para el matrimonio concertado entre Luis Miguel y Natalia que en breve intentan celebrar. Entre sus estipulaciones, podemos destacar las siguientes:

A) Segundo. El contrayente Luis Miguel llevará al matrimonio proyectado su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará dos mil pesetas en metálico que, en pago de sus legítimas paterna y materna, le asignan o señalan sus padres, Bernardino y Fermina [segundo apellido de difícil legibilidad], en unión de su hermano, el heredero de la casa, junto con su esposa.

B) Tercero. Del mismo modo y a igual objeto, la contrayente Natalia llevará al matrimonio proyectado con Luis Miguel también su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará todos los bienes muebles e inmuebles, acciones, pensiones créditos y derechos que queden como de su pertenencia a la muerte de sus señores padres, Federico y Noemi, los cuales, de un modo irrevocable pero para después de la muerte de ambos, y con las reservas, limitaciones y obligaciones que [en] adelante se harán constar, instituyen y nombran por universal heredera a su referida hija Natalia. Los bienes inmuebles que constituyen o forman las herencias de los instituyentes son las fincas rústicas y urbanas que a continuación se describen [sigue una relación de 21 fincas].

C) El nombramiento de heredero que precede, como ya se ha expresado (sigue diciendo la escritura en su pacto tercero), se hará de un modo irrevocable, pero para después de la muerte de ambos [instituyentes], reservándose entre tanto para los dos y por muerte de uno para el sobreviviente, en todos los bienes de ambas herencias y de un modo más especial en los inmuebles descritos, el señorío mayor, administración y usufructo.

D) Quinto. Por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión y sin testar o de algún modo de disponer, el sobreviviente queda desde ahora facultado para hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para nombrar heredero a quien considere más apto e idóneo o útil y conveniente, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cer-

cano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca en unión, caso de discordia, del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas.

E) Séptimo. Federico y Noemi, por muerte de su hija la heredera Natalia, se reservan el derecho y facultad ambos juntos, y por muerte de uno el sobreviviente, de conceder o no casamiento al contrayente Luis Miguel en la casa y sobre los bienes de la repetida contrayente Natalia, pero ésta no podrá hacerlo mientras vivan sus padres caso de fallecer y disponer de sus bienes, pero sí en el de haber muerto ya sus referidos padres.

2. Natalia falleció en Tabernas del Isuela el 9 de noviembre de 1918, en estado de casada con Luis Miguel, de cuyo matrimonio nacieron tres hijos que entonces eran menores de edad: Pelayo, Rubén y Estefanía. Respecto de los tres hijos, debemos indicar lo siguiente: Pelayo, fallecido en 2004, era el padre de los ahora actores y apelantes; Rubén, muerto en 2005, tuvo tres hijos que aún viven, uno de los cuales, Luis Alberto, es codemandado en este procedimiento; Estefanía, la tercera hija, también es demandada en este juicio (aunque no llegó a prestar declaración por sus problemas de salud mental, lo mismo que la codemandada a la que más adelante nos referiremos, Cecilia).

3. Viudo Luis Miguel, se concertaron unas segundas nupcias con Sandra, hermana de su premuerta esposa, Natalia. El 14 de octubre de 1919, se otorgaron unas nuevas capitulaciones matrimoniales ante el mismo Notario de Huesca por los contrayentes, Luis Miguel y Sandra, y los padres de la segunda, Federico y Noemi. Los pactos que aquí nos interesan son los siguientes:

A) Tercero. Los comparecientes, Federico y Noemi, haciendo uso de la facultad y derecho que al nombrar heredera a su difunta hija Natalia se reservaron en el pacto séptimo copiado en la anterior cláusula, conceden al contrayente Luis Miguel casamiento en la casa y sobre los bienes de su primera mujer, la repetida Natalia, y le autorizan para que contraiga nuevo matrimonio con su otra hija hermana de aquella, la compareciente Sandra, en cuya virtud se entenderá prorrogado a favor del mismo el usufructo caso de enviudar nuevamente, sobre todos los bienes que comprendía aquel nombramiento de heredero, y entre los que se encuentran las fincas urbana[s] y rústicas sitas en Tabernas y su término que a continuación se describen [sigue la misma relación de las 21 fincas reseñadas en la escritura de 1909].

B) Cuarto. Con arreglo a la anterior cláusula, el contrayente Luis Miguel, cuando se extinga el usufructo que en los bienes descritos se reservaron los instituyentes y padres de su repetida esposa, Federico y Noemi, lo aportará al nuevo matrimonio proyectado con la compareciente Sandra, aportando además como bienes propios las mismas dos mil pesetas que ya aportó enconces al primero, según consta de la repetida capitulación matrimonial.

C) Sexto. Como quiera que, con arreglo a lo pactado en la capitulación citada [la del año 1909] para el primer matrimonio del contrayente Luis Miguel con la finada Natalia, los hijos de estos llamados Pelayo, Rubén y Estefanía son herederos de su difunta madre y, por consiguiente, dueños de la mera propiedad de los descritos, a elección del sobreviviente y en defecto de este de un pariente el más cercano de cada parte residente en la provincia de Huesca y caso de discordia del señor Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas, los contrayentes en cuanto a sus bienes propios podrán hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos y en cuanto a los del contrayente, incluyendo los que ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobreviviere, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para que puedan nombrar heredero al que consideren más apto e idóneo, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un

pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca, en unión del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas todos juntos o en su mayor número.

D) Séptimo. [...] Los derechos y obligaciones de los contrayentes Luis Miguel y Sandra en la casa de la difunta Natalia y los derechos y obligaciones también de los padres de dicha finada Federico y Noemi así como los de los hijos de la repetida finada llamados Pelayo, Rubén y Estefanía se regirán y regularán en lo que al casamiento concedido al contrayente Luis Miguel se refiere por lo consignado en esta escritura y en todo lo demás a lo expresado en la capitulación para el matrimonio de aquella finada con el contrayente Luis Miguel, cual consta en la escritura al principio citada otorgada que fue por mi testimonio el quince de octubre de mil novecientos nueve, haciendo constar los repetidos Federico y Noemi su voluntad y deseo de que si los repetidos tres nietos fallecen antes de llegar a la mayor edad o tomar estado sea heredera de todos los bienes de sus respectivas herencias y especialmente de las fincas descritas que entonces existan en primer lugar la contrayente Sandra y por muerte de esta los hijos que le sobrevivan.

4. De este segundo matrimonio nacieron dos hijas: Cecilia y Asunción, codemandadas en este procedimiento junto con las personas mencionadas anteriormente.

5. Luis Miguel falleció el 25 de enero de 1957 (al parecer, sus suegros habían muerto con anterioridad), y su primogénito Pelayo fue el que se quedó en la casa y trabajó las tierras que constituían el patrimonio familiar.

6. La escritura pública de 4 de junio de 1969, autorizada por el Notario de Huesca Francisco del Hoyo Villamiriel bajo el número 528 de su protocolo, tiene el siguiente contenido:

A) Sandra, como instituyente, viuda de Luis Miguel, y Pelayo (el primero de los hijos de Luis Miguel y de Natalia), como instituido heredero, expusieron el contenido el pacto sexto de la capitulación matrimonial de 14 de octubre de 1919.

B) Haciendo uso de la facultad allí concedida, Sandra dispuso lo siguiente: «instituye heredero universal de los bienes de su esposo Don Luis Miguel, y de la primera esposa de éste doña Natalia, al hijo común de éstos Pelayo, si bien con las reservas y obligaciones que luego se dirán».

C) A continuación, sigue la relación de bienes inmuebles, entre los que figuran 21 fincas que pertenecían, según el título indicado en esta escritura de 1969, «a la causante doña Natalia, por herencia de sus padres don Federico y doña Noemi, a virtud de la escritura de capitulación matrimonial de 15 de octubre de 1909, autorizada en esta Ciudad por el Notario de la misma don Félix Marquínez». Sigue la relación de otras 5 fincas (de la 23 a la 27, aunque tendrían que estar numeradas de la 22 a la 26), cuyos títulos de adquisición reflejan que fueron compradas por Luis Miguel mientras estuvo casado con su segunda mujer, Tarsila.

D) Entre las «reservas y condiciones de la institución», aparecen las siguientes: a) «doña Sandra se reserva el usufructo de todos los bienes que comprende esta herencia»; b) «será obligación del instituido heredero la de entregar el pago de sus legítimas paterna y materna a sus nombrados hermanos [la instituyente manifiesta previamente los cinco hijos habidos en ambos enlaces conyugales], a saber: / a Rubén [hijo del primer matrimonio], cinco mil pesetas. / A Estefanía [hija también del primer matrimonio], cinco mil pesetas. / A Cecilia [hija del segundo matrimonio], treinta mil pesetas. / y a Asunción [hija también del segundo matrimonio], veinticinco mil pesetas».

E) «Don Pelayo acepta agradecido este nombramiento de heredero, y promete cumplir las obligaciones impuestas».

7. Sandra falleció el 10 de febrero de 1985, y Pelayo, el 1 de abril de 2004.

8. El 27 de diciembre de 2005, el Registrador de la propiedad número 1 de Hues-

ca suspendió la inscripción de las fincas descritas con los números 2, 10, 24 y 25 relacionadas en la escritura de 1969, únicas de las que se solicitó la inscripción. Las números 1 y 2, según la calificación registral, aparecen inscritas a nombre de Natalia por herencia de sus padres; la número 10, a favor de los padres de la misma Natalia, Federico y Noemi; y las números 24 y 25, a nombre de Luis Miguel, por compra constante matrimonio con Sandra, su segunda esposa.

9. A partir de ese momento, los demandantes intentaron regularizar por diversos medios la adquisición de la herencia de su padre Pelayo, hasta que la oposición de los demandados en diversos expedientes les llevó a instar la presente demanda.

TERCERO: 1. Sentado lo anterior, y respecto a lo que los demandantes llaman en su recurso «adquisición de los bienes que fueron propiedad de Natalia», primera mujer de Luis Miguel, Sandra no estaba facultada, en su condición de supuesta única fiduciaria y esposa de Luis Miguel, para nombrar heredero de Natalia, hermana de Sandra, tal como hizo mediante la indicada escritura de institución de heredero de 1969. El nombramiento del heredero de Natalia estaba regulado en las capitulaciones matrimoniales de 1909 concertadas con ocasión del matrimonio de Natalia y de Luis Miguel, en las que, conforme a su pacto quinto, solo podía actuar como fiduciario el cónyuge sobreviviente o, en su defecto, un pariente de cada contrayente en unión, en caso de discordia, del Sr. cura párroco ecónomo o regente de Tabernas. En concreto, la expresión de las capitulaciones de 1919 que parece afectar a las de 1909 es la contenida en el pacto sexto de las de 1919: «incluyendo los [bienes] que [el contrayente Luis Miguel] ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobreviviere, dando a unos más y a otros menos». Sin embargo, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que ninguno de los bienes allí referidos correspondía en propiedad al contrayente, Luis Miguel, como consecuencia de su primer matrimonio, dado que todos ellos tenían el carácter de fincas privativas de Natalia o, en último caso, de sus padres. Por otro lado, las capitulaciones de 1919 convenidas después de la muerte de Natalia y con motivo del segundo matrimonio entre Sandra y el cónyuge sobreviviente, Luis Miguel, no podían modificar el pacto fiduciario contenido en la escritura de 1909, siempre partiendo de que había descendientes de la instituida que la habían sobrevivido, porque formaba parte de unas capitulaciones matrimoniales convenidas entre instituyentes e instituidos y uno de los contrayentes, la instituida heredera, Sandra, por su muerte, ya no podía prestar su consentimiento a la modificación. Como con acierto mantiene la sentencia apelada, habría hecho falta -para modificar el extremo objeto de análisis- el concurso de las mismas personas que convinieron el pacto en cuestión, instituyentes e instituidos. El Registrador de la propiedad ya expone en la mencionada calificación que la fiducia está limitada a la sucesión del causante y no puede extenderse a los bienes de un tercero. En suma, el principio standum est chartae sin el concurso de la instituida no permitía la solución adoptada en la escritura de 1969 (o en la de 1919), como tampoco el artículo 29 del Apéndice al Código civil de 1925 ni la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 105 y 110 y siguientes), aun suponiendo aplicable una u otra Ley en el año 1969. La tesis defendida en el recurso tampoco encuentra apoyo suficiente en el pacto séptimo de las capitulaciones de 1919 cuando alude a la transmisión de «ambas herencias» a favor de Sandra en caso de premoriencia antes de la mayoría de edad o de «tomar estado», porque nada de todo ello ocurrió en este caso.

2. Hemos de aclarar que, aunque Federico y Noemi instituyeron heredera a Natalia «para después de la muerte de ambos», tal como indica hasta en dos ocasiones el pacto tercero de la escritura del año 1909, la voluntad de los instituyentes no parece que fuera la de pactar una institución de heredero para después de los días, sino de presente, con la consiguiente adquisición

de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, aparte del señorío mayor en sentido tradicional (más estricto que el concepto utilizado en el artículo 73 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte), equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; Natalia inscribió a su favor al menos el dominio de las fincas incluidas en las escrituras aludidas en la calificación registral de 27 de diciembre de 2005; y la escritura de 1919 habla de la transmisión de la mera propiedad a los descendientes de Natalia, si bien, habiendo varios hijos de la fallecida y estando la fiducia pendiente de ejecución, en realidad la transmisión de derechos y obligaciones no podía alcanzar a los bienes objeto de la institución. En cualquier caso, el resultado del pleito no debe cambiar aunque consideremos que se trataba de una institución para después de los días, aunque entendemos que la escritura de 1909 es contradictoria en este aspecto y da pie para sostener que nos encontramos ante una u otra institución.

3. Frente a lo sostenido en el recurso, el pacto de casamiento en casa incluido en las capitulaciones de 1919 no justifica una especie de transmisión de la primera fiducia –la pactada en 1909 para el primer matrimonio con Natalia– a los consortes del segundo matrimonio, Luis Miguel y Sandra. El casamiento en casa (al que alude el artículo 19 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad como institución familiar consuetudinaria, en cuyo caso se estará a lo pactado, y se interpretará con arreglo a la costumbre y a los usos locales) era, según la doctrina, una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes –o la junta de parientes– autorizaban, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que quedaba viudo, con prórroga del usufructo viudal y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes a la casa, según ya refleja acertadamente la sentencia de primer grado. No consta que la costumbre del lugar reconociera otro alcance al pacto de casamiento en casa. Así, el único efecto que debemos destacar en este caso es que Sandra también pudo disfrutar del usufructo de viudedad sobre las bienes dejados a Natalia en la sucesión paccionada de 1909.

CUARTO: Con relación a la herencia de Luis Miguel, Sandra sí estaba facultada como fiduciaria para nombrar heredero de los bienes privativos de su esposo y de los consorciales del segundo matrimonio, de acuerdo con el pacto fiduciario regulado en la escritura de 1919. Sobre la base de todo ello, se impone al menos, aparte de lo que podamos decir a continuación, la estimación del recurso y de la demanda respecto de los indicados bienes dejados por Luis Miguel a su muerte, por lo que no entendemos que el Juez de instancia, tras aceptar que la designación de heredero efectuada en 1969 «debe entenderse realizada exclusivamente respecto de los bienes de Don Luis Miguel», desestime totalmente la demanda sin exceptuar la declaración de propiedad interesada sobre tales bienes y sin perjuicio, en su caso, de la liquidación del consorcio conyugal de Luis Miguel y Sandra si no llegáramos a estimar la demanda respecto de los bienes de Sandra.

QUINTO: La sentencia apelada nada indica sobre la herencia de Sandra. La escritura de nombramiento de heredero de 1969 no se refiere expresamente a los bienes de la propia Sandra, sino solo a los de Luis Miguel y a los de Natalia. Sin embargo, entendemos que la voluntad real de la fiduciaria era la de extender el nombramiento de heredero a sus propios bienes, puesto que regula la legítima de sus dos hijas y no solo la correspondiente a los hijos propios de su esposo, y, además, entre las fincas relacionadas en la escritura de 1969 se incluyen no solo las provenientes de Natalia, sino también otras cinco adquiridas a título oneroso constante el segundo matrimonio del que hablamos. Sobre este particular, también debemos estimar el recurso y la demanda, sin perjuicio de los argumentos que desarrollaremos seguidamente.

SEXTO: En cuanto a la usucapión ordinaria del dominio por la posesión durante diez años entre presentes (arts. 1940, 1941, 1952 y 1957 del Código civil), entendemos que no concurre justo título en virtud de la escritura de designación de heredero de 1969 respecto de los bienes de Natalia, puesto que en este aspecto está viciada de nulidad radical, conforme a lo concluido en el anterior fundamento de Derecho tercero. Por tanto, la posesión no puede subsanar o legitimar un título afectado por esa clase de defecto jurídico y, por tanto, no puede servir para adquirir el dominio a non domino sobre la base de la usucapión ordinaria. Compartimos, en suma, los argumentos desarrollados en la sentencia apelada sobre el particular analizado.

SÉPTIMO: 1. Respecto a la usucapión extraordinaria, la posesión no interrumpida de los bienes durante treinta años tiene que ser en concepto de dueño, aunque no sea exigible título ni buena fe (art. 1959 del Código civil).

2. En el presente caso, el padre de los demandantes, Pelayo, poseyó en concepto de dueño todas las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar provenientes de Natalia, Luis Miguel y Sandra, como resulta de los documentos unidos a los autos (así, Pelayo aparece como propietario de las parcelas agrícolas ante el organismo administrativo que tramita el expediente de concentración parcelaria, y también desde el año 1952 ante la Comunidad de regantes del Canal del Flumen de Sangarrén) y de las declaraciones emitidas en el juicio que constan en la grabación videográfica.

3. La jurisprudencia enseña que, como regla general, no es posible la usucapión entre coherederos o legatarios o, dicho de otro modo, que un heredero no puede hacer valer la «successio possessionis» frente a los coherederos del mismo causante (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010 –ROJ: STS 768/2010– que cita la de 17 de marzo de 1988). Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo exceptúa los supuestos de posesión exclusiva y excluyente, a tenor de lo que hemos dicho en otras ocasiones, como en nuestra sentencia de 29 de julio de 2008 [allí citamos las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1983, 17 de mayo de 1988, 28 de mayo de 1990 (cita las de 21 de febrero de 1941, 19 de octubre de 1954 y 15 de febrero de 1968), 15 de diciembre de 1993, 18 de abril de 1994 –ROJ: STS 2554/1994– y 24 de julio de 1998]. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000 (ROJ: STS 9726/2000) admite la usucapión cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005 (ROJ: STS 4861/2005) indica lo siguiente: es cierto que para que la posesión convierta a un comunero, mediante la usucapión, en propietario de la cosa común no basta con que la detente de modo exclusivo, como evidencia el artículo 1933 del Código Civil. Antes bien, es preciso que la posea a título de dueño único durante todo el tiempo que la norma exige.

4. En el presente caso, entendemos que Pelayo poseyó todos los bienes de la casa en concepto de dueño no solo de un modo exclusivo, sino además excluyente o de forma única, a partir de la escritura de institución de heredero de 1969. En realidad, con esta escritura se creó la apariencia de que había cesado la pendencia de la fiducia, de manera que, desde ese momento, Pelayo comenzó a poseer en concepto de dueño sobre los bienes que ya detentaba materialmente.

5. Aparte de todo ello, hemos de destacar que Pelayo, fallecido el 1 de abril de 2004, es el que cultivó directamente el patrimonio agrícola toda su vida, hasta que sus condiciones físicas se lo permitieron (hasta que tuvo 75 años –año 1985–, según la propia codemandada Asunción, media hermana de Pelayo, y hasta los 82 años –año 1992– según la codemandante Tarsila), y a partir de 1992 fue el hijo de Pelayo, el codemandante Saturnino, quien pasó a trabajar las tierras. Concretamente, Pelayo

se trasladó a vivir a Huesca a casa de su hija sobre el año 1995 (el alta en el padrón municipal data de 1 de mayo de 1996), mientras que con anterioridad había vivido siempre, junto con Sandra (hasta su fallecimiento en 1985), en la casa familiar situada en Tabernas de Isuela, en la que hizo diversas reformas.

6. Asimismo, con independencia de lo anteriormente concluido, podemos resaltar que todas las demás personas llamadas a las herencias de Natalia, de Luis Miguel y de Sandra debían de conocer la institución de heredero formalizada en 1969, ya se hubieran abonado o no las legítimas allí establecidas, de acuerdo con los detalles personales referidos en las declaraciones de las partes y de los testigos emitidas en el juicio. Además, ninguno de los interesados reclamó nada a Pelayo, al que todos en el pueblo le consideraban el heredero de la casa y el dueño del patrimonio familiar, lo que es extensible a los llamados a la herencia. La primera oposición formal a la situación posesoria en concepto de dueño desde junio de 1969 se produce por los ahora cuatro demandados (Estefanía, hermana de doble vínculo de Pelayo; Luis Alberto, hijo de Rubén, fallecido en 2005, hermano de doble vínculo de Pelayo; Asunción y Cecilia, las dos medias hermanas de Pelayo), según lo que aparece en autos, casi treinta y ocho años después, en febrero 2007, en el expediente administrativo de concentración parcelaria de Sangarrén, Buñales y Tabernas de Isuela, a tenor de lo que consta al folio 206 y siguientes de los autos. Esta oposición se reprodujo, también en febrero de 2007, en el expediente de dominio tramitado para la reanudación del tracto sucesivo iniciado en julio de 2006 (folios 144 y 164) y ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el procedimiento ordinario 165/2008. En todo caso, dos de los tres hijos del mencionado Rubén, su heredero, Alejandro (declaró en el juicio como testigo) y Flora manifestaron, en el acto de conciliación celebrado el 26 de mayo de 2008 (f. 216), que nada han reclamado respecto a las herencias de Luis Miguel, Natalia y Sandra y que no piensan reclamar nada. Además, los demandados tampoco instaron la ejecución de la fiducia, ni mucho menos en los plazos marcados en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 1999.

7. Frente a lo mantenido en la sentencia apelada, que Sandra ostentara el usufructo viudal sobre todas las fincas –con arreglo a la comunicación del usufructo propia del pacto de casamiento en casa– no supone obstáculo jurídico para computar el plazo de treinta años de la usucapión ordinaria desde 1969 a 1985 (año en que fallece Sandra) a favor de Pelayo, puesto que ningún inconveniente hay para usucapir la nuda propiedad y que luego el pleno dominio quede consolidado con la extinción del usufructo, en este caso, por muerte de Sandra, al menos teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos.

8. Por tanto, los demandantes son propietarios de las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar perteneciente a Natalia con fundamento en que su padre Asunción las adquirió por usucapión extraordinaria. Lo mismo cabría decir si se negara el título hereditario respecto de los bienes de Sandra.

OCTAVO: Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación y con él la integridad de la demanda, todo lo cual conlleva que debamos imponer a los demandados las costas de primera instancia (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y omitir un especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NUM. 67 **67**

S. APH de 23 de julio de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: ***El incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la autoridad familiar, como son***

velar por el hijo menor, visitarlo y relacionarse con él, aunque vivan separados, como disponen los arts. 56 y 77 LDp. (59 y 90 CDFA) conlleva la privación total de la autoridad familiar. En este caso, el padre no ha tenido ningún tipo de contacto con sus hijos menores en los últimos cinco años, sin visitarlos, llamarlos por teléfono, ni con ocasión de sus cumpleaños, ni siquiera el demandado ha pagado la pensión de alimentos de forma voluntaria sino merced al embargo trabado en su nómina.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 39-2y 3 CE; arts. 56 y 77 LDp. (59 y 90 CDFA), art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.***

Ante la JPI núm. 2 de Huesca se siguieron autos de juicio verbal interesando la privación de la autoridad familiar del padre de los menores por incumplimiento de los deberes derivados de la misma. El Juzgado, en sentencia de 13 de marzo de marzo de 2009 estima la demanda. El marido recurre en apelación y su recurso es desestimado.

68

NÚM. 68

S. APH de 30 de julio de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Número de tutores: ***La regla general indica que la tutela se ejercerá por un solo tutor, con todo no se excluye la posibilidad de tutela plural, si bien se contempla como excepción, fruto de la voluntad del otorgante o instituyente. Sin embargo, para la tutela dativa o judicial, la norma parece más bien restringir esta libertad de nombramientos (arts. 101 y 102 LDp.). Por ello, en la tutela dativa, el nombramiento de más de un tutor: uno de la persona y otro de los bienes, como en este caso, requiere justificación de su conveniencia. Justificación que viene dada, conforme a la mejor doctrina, cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tenga alguna especialidad y requieran de conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente. En el caso de autos no hay ninguna especialidad de los bienes que justifiquen la necesidad de separar los cargos de tutor de la persona y de los bienes.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 95, 96, 98, 101, 102 y 121 LDp. (arts. 108, 110 112, 115, 116 y 135 CDFA)***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI núm. 1 de Monzón se siguen autos (20/09) de incapacidad de Encarnación. Por sentencia de 22 de julio de 2009, se estima la demanda de incapacidad y se procede a nombrar tutora de la persona a la hija de la incapacitada y tutor de los bienes al hijo de ésta. La hija recurre en apelación, solicitando tutela individual y se estima por la APH el recuso.

69

NÚM. 69

S. APH 2 de febrero de 2013

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: ***La responsabilidad civil de los titulares de los cotos de caza se limita a los casos en los que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. En el caso, al tratarse de un accidente de tráfico (jabalí que irrumpe en la calzada) el daño no deriva de la acción directa de cazar, por ello habrá que ver si ha habido la suficiente diligencia por parte de la sociedad en el cuidado del vallado a la luz de la previsión del art. 47 Ley de caza. En***

este caso hay responsabilidad de la sociedad, puesto que en las inmediaciones del lugar siniestrado no había suficientes elementos disuasorios que tendieran a alejar a los animales de las carreteras y demás vías públicas.

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 47-4 y 71-5 bis de la Ley de caza de Aragón.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguieron autos 148/2010 de juicio verbal en reclamación de responsabilidad civil frente ala sociedad de cazadores de un coto de caza por el accidente de tráfico sufrido por el actor al invadir la carretera un jabalí. El Juzgado, en S. de 9 de febrero de 2010, estima la demanda; el fallo de la sentencia es recurrido por la sociedad demanda, desestimando la APH el recurso formulado.

70

NÚM. 70

S. APH de 3 de septiembre 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: CURATELA: Del incapacitado: ***Se declara la incapacidad de Celso con sujeción al régimen de curatela, precisando asistencia del curador para, entre otras cosas, enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar de derechos o transigir, disponer de bienes a título lucrativo y para cualquier acto relativo a su estado civil, matrimonio, nacionalidad, vecindad foral, etc., por cuanto pueden conllevar repercusiones patrimoniales económicas (otorgamiento de capítulos, renuncia a derecho de viudedad, etc.). La causa de la incapacidad proviene de su relación por internet con una domicanana a la que le envía dinero (200 euros mensuales de los 1000 que gana) así como el endeudamiento que ha asumido (sendos préstamos) para enviarle más dinero; lo que implica una especia de prodigalidad a causa de la deficiencia psíquica que padece y le impide plenamente regir su persona y bienes como dice el art. 35-3 LDp. (art. 38-2 CDFA).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 35-3 LDp. (art. 38-2 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.***

A instancia del Ministerio Fiscal se siguieron autos de juicio verbal sobre incapacitación ante el JPI núm. 1 de Huesca, estimándose la demanda por S. de 30 de abril de 2009. El demandado y declarado incapaz por la sentencia recurre en apelación. La APH desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

ZARAGOZA, 2010

71

NÚM. 71

S. APZ de 15 de enero de 2010

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: NULIDAD DE TESTAMENTO: Falta de legitimación activa*: La legitimación activa para la impugnación de los testamentos se halla restringida a aquellos que serán llamados como herederos abintestato por la invalidez del testamento. En este caso, la hermana del causante no goza de legitimación activa viviendo la cónyuge de aquél.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***artículo 202 Lsuc. (art. 517 CDFA).***

PONENTE*: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.*

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguieron autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad del testamento mancomunado otorgado entre dos cónyuges a instancia de la hermana del marido, que premurió a su consorte, alegando falta de capacidad por estar enfermo. El Juzgado, en sentencia de 20 de octubre de 2009, desestimó la demanda por falta de legitimación activa de la actora y, además, por no haberse demostrado tampoco la incapacidad del causante. La demandante interpone ante la APZ, secc. 2ª, recurso de apelación que, igualmente, es desestimado.

72

NÚM. 72

S. APZ de 26 de febrero de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: ***El dueño del coto de caza debe responder de los daños causados por los conejos que excesivamente proliferan en la zona, que ramonean los troncos de los árboles de la finca vecina, por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar su multiplicación, como impone la legislación vigente, y teniendo dicha responsabilidad carácter objetivo (art. 71 Ley de Caza de Aragón y artículo 1906 Cc.)***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 33, 43, 71 Ley de Caza, Disposición final 5, Ley 15/2006, de 28 de diciembre de Montes de Aragón; artículo 1906 Cc.***

PONENTE*: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García.*

El colindante de un terreno colindante a un coto de caza demanda a su titular por los daños causados en su finca por los conejos del coto. La S. del JPII núm. 2 de la Almunia de doña Godina de 20 de noviembre de 2010, desestima la demanda. El acto recurre en casación y el recurso es estimado por la APZ.

73

NÚM. 73

S. APZ de 2 de marzo de 2010

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS: A favor de hijos y nietos de hermanos: ***En el caso que nos ocupa, la causante tuvo, de sus cinco hermanos premuertos, trece sobrinos, nueve que viven en la actualidad y cuatro que han fallecido, dejando cada uno de ellos hijos (sobrinos nietos de la causante). Por lo tanto siendo trece los sobrinos (hijos de hermanos), en trece partes debe dividirse la herencia, ya que estos sustitutos dividen por cabezas y los sobrinos nietos dividen por estirpes, repartiéndose entre ellos la treceava parte del sobrino fallecido, como así lo dispone el artículo 217-4 Lsuc. (art. 532 CDFA).***

DISPOSICIONES CITADAS: artículo ***217-4 Lsuc (art. 537-4 CDFA).***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dña. María Elia Mata Albert.***

En el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguieron autos de declaración de herederos de la herencia de dña. Isabel a repartir entre sobrinos y sobrinos nietos. Uno de los herederos, en desacuerdo con el reparto (en octavos, cuartos y cuarentavos) impugna el reparto. La APZ estima recurso de apelación interpuesto contra el referido auto de 9 de octubre de 2009.

74

NÚM. 74

S. APZ de 10 de marzo de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: ***Para que pueda prosperar la acción dirigida contra la sociedad de cazadores titular del coto de caza es preciso probar cumplidamente que la responsabilidad recae sobre el mismo, por ser el accidente consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, supuestos significativos de la exclusión en este ámbito de criterios de responsabilidad objetiva, por más que el principio de facilidad probatoria ponga sobre el titular del coto la prueba de la adecuada conservación. El accidente se produjo fuera de temporada de caza y el INAGA ha certificado el cumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales como titular del coto. Por lo tanto es el conductor del vehículo que colisionó con la pieza de caza es el que debe soportar el daño al no haberse probado la falta de diligencia de la demandada.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***DA 9ª de la Ley de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial; art. 44.4 y 71 bis 1 de la Ley de caza de Aragón.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.***

Ante el JPII núm. 1 de la Almunia de Dña. Godina, don Diego y su compañía de seguros interponen acción en reclamación de los daños sufridos en su vehículo al colisionar una pieza de caza perteneciente a la sociedad de cazadores demandada. Por sentencia de 21 de junio de 2009, el juzgado desestima la demanda. La parte actora recurre en apelación e igualmente son desestimadas sus pretensiones.

75

NÚM. 75

S. APZ de 6 de abril de 2010

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: ***El derecho a construir una pared en su finca aun cuando con ello se tapen las luces de vecinos está permitido por el artículo 144 Comp. (art. 550 CDFA). Ahora bien, esa pared ha de tener una finalidad útil o beneficiosa para el que la construye y no meramente de perjuicio para cercenar las luces del vecino. Se aprecia abuso cuando lo edificado no tiene finalidad útil en sí mismo y obedece al deseo de tapar los huecos del vecino. Y esta aptitud ha quedado probada a través de las sentencias penales que también se han seguido con ocasión de esta controversia.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 7 Cc.; art. 144 Comp. (art. 550 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver.***

Ante el JPII núm. 1 de Tarazona se interpone acción por unos colindantes para que su vecino derribe el muro construido y que les tapa los huecos abiertos en su pared, al haber sido el muro construido con abuso de derecho y para causarles un perjuicio. Por sentencia de 11 de diciembre de 2009, el juzgado estima la demanda condenando a los demandados a derribar el muro. Los demandados recurren en apelación y su recurso es desestimado por la APZ, que confirma la sentencia de instancia.

76

NÚM. 76

A. APZ de 21 de abril 2010

76: SUCESIÓN LEGAL: PROCEDENCIA: ***En la institución recíproca de herederos***

llevada a cabo en testamento mancomunado tiene como peculiaridad que fallecido el supérstite y heredero universal del cónyuge premuerto sin haber dispuesto de los bienes heredados de éste (art. 80-3 Lsuc.) sean llamados a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido los parientes llamados en tal momento, a la sucesión legal de éste. Por lo que se establece la posibilidad de un segundo llamamiento, tras la muerte del cónyuge sobreviviente, a una sucesión ya abierta anteriormente y es necesario concretar quién ha de ser llamado a la sucesión por segunda vez, lo que se puede efectuar mediante declaración de herederos abintestato.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 201 y 80-3 Lsuc (arts. 516 y 419-3 CDFA).***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dña. María Jesús de Gracia Muñoz.***

Ante el JPII núm. 2 de Calatayud se sigue procedimiento de jurisdicción ordinaria de declaración de herederos. el Juzgado en sentencia de 4 de diciembre de 2009, dicta auto inadmitiendo a trámite lo solicitado con base en que la causante había otorgado testamento mancomunado con su marido, que al sobrevivirla la había heredado, no procediendo la apertura de la sucesión legal al haber muerto testada. El incoante del expediente apela el fallo, y la APZ acoge su recurso al haber muerto el marido, y heredero de la causante, sin haber dispuesto de los bienes de ésta, lo que permite llamar a los herederos legales de la misma como sustitutos del marido.

77

NÚM. 77

S. APZ de 29 de abril de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM): ***La Lrem se aplica a todos los matrimonios ya celebrados desde el 23 de abril de 2003, pero respecto a la composición del activo deberá estarse a su calificación según el Derecho aplicable en el momento de la adquisición del bien.*** **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES:** ***La vivienda familiar, comprada antes del matrimonio por uno de los cónyuges que pagó casi cinco millones de pesetas, aplazándose el resto del precio y siendo abonado a través de un préstamo hipotecario, es considerada por ambos como común, ex artículo 38.1ª Comp., y por ello, como dice la actora, nace a favor de ella un reintegro por el precio pagado antes del matrimonio (art. 41-1 Comp.). Respecto de los bienes muebles habidos en el domicilio conyugal, habiendo sido adquiridos con anterioridad a la Lrem. debe considerarse comunes: arts. 37-4 y 40-1 Comp.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 37, 38, 40 y 47 Comp.; DT 1ª Lrem. (DT 8, CDFA; arts. 201, 211 y 317 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.***

Ante el Jdo. de violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza se siguieron autos 38/2010 por esta causa dando lugar también a la liquidación del régimen económico matrimonial. La liquidación del régimen económico llevada a cabo en sentencia de 30 de octubre de 2009 es apelada por la esposa. La APZ estima parcialmente el recurso.

78

NÚM. 78

S. APZ de 11 de mayo de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Delación dativa: Número de tutores: ***En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos a ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de***

cargos prevista en el artículo 120 Lsuc. (art. 134 CDFA), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 102 y 120 Lsuc. (arts. 116 y 134 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.***

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguieron autos de incapacitación de dña. Rosa promovidos por el Ministerio fiscal. La S. de 22 de junio de 2009 declara la incapacidad absoluta de dña. Rosa, privándonla del derecho de sufragio activo y pasivo y nombra como tutora de la incapaz a su hija. El hermano de la tutora e hijo de Rosa apela el fallo y solicita ser él el nombrado tutor de su madre. Recurso que es estimado por la APZ.

79

NÚM. 79

S. AP de 11 de mayo de 2010

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Requisitos: ***La compensación económica en el momento final de la convivencia podrá exigirse por aquel miembro de la pareja que acredite un enriquecimiento injusto a su costa y en beneficio del otro conviviente y para ello precisa haber contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro o cuando se ha dedicado al hogar y a los hijos comunes o del otro conviviente o trabajando para éste sin retribución o con retribución insuficiente. Nada de ello se da en este caso puesto que la apelante trabajó en la empresa del marido cobrando un sueldo medio y para las atenciones a la casa y al hijo común se contaba con servicio doméstico de manera que no se demuestra que la reclamante perdiera una oportunidad de haber estudiado por su dedicación a la casa y a la familia.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 7 LPEN (art. 310 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver.***

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza, doña Sol reclama a su ex pareja, entre otras cosas, determinada cantidad como indemnización por el cese de la convivencia. Por sentencia de 28 de enero de 2010 se estima en parte su pretensión indemnizatoria. Apelada la sentencia por la demandante, la APZ desestima el recurso y confirma la sentencia apelada.

80

NÚM. 80

S. APZ de 27 de mayo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: ***La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse en consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades y de las efectivas necesidades de aquellos según los usos y las circunstancias de la familia o, como dice el artículo 146 Cc., proporcionalmente al caudal y los medios de quienes los da y a las necesidades de quien los recibe.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 62 LDp. (art. 65 CDFA) y art. 146 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.***

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de divorcio determinando los extremos de la sentencia, la custodia de los hijos etc. Contra el fallo de la sentencia de 27 de abril de 2009 se alza en apelación la esposa solicitando una pensión alimenticia para los hijos menores más elevada de la concedida en la instancia. La APZ estima en parte las pretensiones de la actora.

81

NÚM. 81

S. APZ de 1 de junio de 2010

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: PACTO DE MUEBLES POR SITIOS: ***El recurrente considera que debe incluirse en el pasivo del consorcio conyugal un crédito a sus favor correspondiente al valor actual de la vivienda aportada a la sociedad conyugal, mediante escritura de capítulos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 y 47-1 Comp. El artículo 29 regulaba un supuesto de ampliación o restricción de la comunidad que suponía, a la postre, una donación entre los cónyuges si no se reservaba el derecho a pedir el reintegro. La regulación actual, artículo 33 Lrem. (215 CDFA) sí prevé el derecho de reintegro salvo renuncia al mismo, pero no era así vigente el artículo 29 Comp.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 29 y 44 Comp. (arts. 215 y 226 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.***

En el JPI núm. 11 de Zaragoza se siguieron autos de juicio verbal para inventariar y liquidar el consorcio conyugal. Por sentencia de 16 de octubre de 2009 quedó fijado el inventario del consorcio. El fallo es apelado por del demandante solicitando que en el pasivo del consorcio se incluya un crédito a su favor. La APZ desestima el recurso.

82

NÚM. 82

S. APZ de 4 de junio de 2010

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: ***El presupuesto esencial para su aplicación estriba en la desigualdad que resulta de la contraprestación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que se disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Para que pueda ser admitida la pensión temporal es necesario que sea un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma y no cabe desconocer que en muchos casos la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que produce la separación o el divorcio es la pensión vitalicia. Como hay desequilibrio y no puede preverse si puede o no ser superado no procede limitarla en el tiempo como así se ha hecho en la instancia.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 60 LDp (art. 63 CDFA); art. 775 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.***

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se han seguido autos de divorcio contencioso dictándose sentencia el 13 de noviembre de 2009, ambos esposos recurren en apelación el fallo por diversos motivos. La APZ desestima ambos recursos confirmando la sentencia de instancia en su integridad.

83

NÚM. 83

A. APZ de 10 de junio de 2010:

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS PRIVATIVAS: Embargo de bienes comunes: ***En la ejecución de deudas privativas de uno de los cónyuges pueden embargarse los derechos que al deudor le correspondan en el patrimonio común.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 70 Lrem. (art. 225 CDAF); art. 541 Lec.; art. 1.373 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Ignacio Medrano Sánchez.***

Oposición a la ejecución sobre bienes consorciales por deudas privativas de uno de los cónyuges, que es desestimada en la instancia (A. JPI núm. 19 de Zaragoza, de 12 de febrero de 2010) y que resulta confirmado en apelación.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: Se enfrenta la Sala a, necesario es decirlo, un singular y poco comprensible conflicto, dilucidado en el ámbito del artículo 541 Lec.

En efecto a instancias de la entidad financiaria apelada se instó un proceso de ejecución de título extrajurisdiccional (una póliza intervenida por fedatario) del año 2007, seguido contra don César, quien aparecía como fiador en la póliza, en la que se embargarían, entre otros bienes, la participación con carácter consorcial que ostenta el demandado en determinadas fincas.

Y a dicho embargo se opondrá la recurrente que se encontraba separada del ejecutado desde diciembre de 2002, encontrándose en trámite el proceso liquidatorio, del patrimonio consorcial, por lo que terminaba suplicando se levantara el embargo sobre las fincas consorciales, oponiéndose a que las mismas respondan de la deuda contraída unilateralmente por su marido una vez disuelto el consorcio, aunque no liquidado el mismo.

SEGUNDO: El Juzgado desestimará la oposición a la ejecución por cuanto entenderá que puede el acreedor dirigirse «frente a dichos bienes consorciales, no como bienes de titularidad privativa sino aún comunes y por tanto frente al derecho eventual que corresponda en su día al cónyuge deudor sobre la masa de los bienes gananciales a liquidar», por lo que procede mantener el embargo de la participación del demandado en los bienes consorciales en el auto despachando ejecución.

Y contra este pronunciamiento se alzará la parte recurrente para defender la incoherencia interna de la resolución, por cuanto se aplica indebidamente el artículo 70 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, reiterándose (motivo cuarto) que «lo que se defiende es que la deuda no tiene carácter consorcial» y que no se responde «de deudas contraídas por el Sr. , a los seis años de la disolución legal del régimen legal del matrimonial, disolución pública, por estar inscrita …».

TERCERO: Para resolver la cuestión planteada hay que hacer una breve síntesis del problema procesal que quiso dar solución el legislador con el artículo 541 Lec. con relación al embargo de bienes del matrimonio en régimen de comunidad (gananciales, consorciales, etc.).

Para comprender el problema hay que tener presentes las tres circunstancias que coadyuvaban en su formación, bajo la vigencia de la Lec. 1.881, a saber 1) el hecho de que en el tráfico jurídico no se actúe normalmente en nombre del consorcio, y de que se pueda comprometer todo el patrimonio consorcial con la actuación unilateral de uno de los cónyuges, tenía como trasunto en el proceso el que lo normal o habitual fuese que el titular del crédito accionara judicialmente sólo contra el cónyuge con el que se ha relacionado. De hecho lo más frecuente es que este no conozca el estado civil de su deudor y mucho menos el régimen económico de su matrimonio. La consecuencia era y es evidente: el título ejecutivo secuente a esa acción judicial ejercitada por el acreedor sólo amparaba la actuación ejecutiva contra el cónyuge identificado como sujeto pasivo en el título ejecutivo. Y sólo cabía dirigir la acción ejecutiva y despachar ejecución contra el mismo. 2) Que no existe en los regímenes jurídicos matrimoniales de comunidad, ni en concreto en el régimen consorcial aragonés, ni en la regulación de la compilación ni en la vigente Ley de régimen económico del matrimonio una presunción legal de comunidad pasiva que autorizara a que el acreedor accionara ilimitadamente contra el patrimonio común y, sobre todo, 3) por la ausencia en nuestro ordenamiento procesal de un instrumento específico con el que solventar este problema: que aquí colisionaban, en el proceso de ejecución y en relación a bienes con titularidad compartida por el ejecutado y por un ter-

cero (el cónyuge no responsable) pero sin un deslinde jurídicamente preciso, derechos materiales de sujetos con intereses enfrentados: los del acreedor a satisfacer su crédito con los derechos que su deudor tuviera en el patrimonio común, y los del cónyuge no responsable para hacer respetar tanto sus derechos en el consorcio como la falta de responsabilidad del consorcio; y porque siendo tan respetable el derecho del acreedor como el del no deudor la cuestión no se resolvía en sede de distribución de la carga de la prueba. La solución únicamente se podía alcanzar aplicando mecanismos instrumentales de distribución de la carga de accionar. Que en la práctica se resolvió, en la única que era constitucionalmente posible, esto es imponiendo al acreedor aquella carga, pues era él quien pretendía alterar una situación preexistente: única solución posible atendida la negación de la facultad de autotutela de los particulares y el sentido de la función jurisdiccional. Lo que en práctica se traducía en tratar, en sede de ejecución, siempre como privativa, la deuda asumida unilateralmente por uno de los cónyuges. Aunque fuera o pudiera ser responsabilidad del consorcio. Sólo el mecanismo prevenido en el artículo 1.373 C. Civil ayudaba a aliviar el problema.

CUARTO: Y a ese específico problema es al que se quiere dar solución por el legislador en el artículo 541 Lec. 2000.

Lo primero que hay que advertir es que el legislador generaliza la solución que resultaba del artículo 1373 C.Civil, esto es y en lo que aquí interesa, traslada al cónyuge no deudor la carga de accionar (o más bien de reaccionar), de modo que su pasividad traerá como consecuencia el que el acreedor pueda dirigirse ilimitadamente contra el patrimonio común.

Es lo que se disciplina en el apartado 2 del artículo 541 Lec.

Aparentemente el artículo 541 Lec, en sus apartados segundo y tercero, regula, bien el embargo cuando se trate de deudas comunes (el apartado dos), bien cuando se trate de privativas (el apartado tercero). Pero esto no es así. No se trata de trámites independientes sino que, antes al contrario, el primero de ellos se presenta como trámite previo e inexcusable del segundo. El trámite del apartado tercero está funcionalmente vinculado al prevenido en el apartado segundo y a lo resuelto en el mismo. A salvo que el título sea jurisdiccional y contenga pronunciamiento del carácter privativo de la deuda.

A poco que se profundice sobre el apartado segundo del artículo 541 Lec se podrá apreciar que el mismo no está destinado a regular la ejecución de los bienes comunes por deudas «de las que deba responder la sociedad de gananciales», como se anticipa al principio de la norma, sino que, antes al contrario, está destinado a clarificar si la deuda contraída por uno solo de los cónyuges es o no responsabilidad del consorcio. Es decir, se instaura un procedimiento encaminado a superar la apariencia de privatividad derivada del hecho de que sólo uno de los cónyuges aparezca como deudor en el título ejecutivo y aclarar si esa deuda contraída por este último es, pese a la unilateralidad en su generación, también responsabilidad del consorcio.

El incidente de privatividad o de garancialidad pasiva que se instaura en el artículo 541 Lec. constituye, en cierta medida y en términos procesales, algo anómalo. Lo que por su naturaleza debería estar solventado en un declarativo, ahora, incidentalmente, se solventará en el proceso de ejecución. No es una mera especialidad a la que se refiera el artículo 248.1 Lec. para excluir el declarativo sino una excepcionalidad. No es un procedimiento declarativo especial, sino un contradictorio introducido en el proceso de ejecución. La regulación se contendrá en el Libro Tercero de la Lec., el relativo a la ejecución forzosa: no en el Libro Segundo, relativo a los procesos declarativos ni en el Libro Cuarto referido a los procesos especiales.

Este contencioso se vestirá por el legislador con los ropajes de una mera causa de

oposición en el proceso de ejecución. Pero, no es parangonable a las mismas. Desde su eficacia obstativa a la ejecución, sólo relativa, hasta el carácter con el que se resuelve, más propio de un plenario. Aun prosperando la causa de oposición, el título ejecutivo y aun la procedencia del mismo despacho de ejecución quedarán intactos (a salvo que en éste último se acordara el embargo de los bienes comunes: artículo 553.1.4º Lec; y sólo sobre este particular). La oposición de la privatividad de la deuda será eficaz en un ámbito diferente, en relación a la concreción del patrimonio o de las masas patrimoniales que en definitiva han de responder de esa deuda, a la, en definitiva, delimitación de la solvencia del deudor, pero no al derecho de crédito que se recoge en el título ejecutivo. Aun prosperando la excepción el título ejecutivo quedará completamente indemne. Su naturaleza, o por lo menos su eficacia, se aproxima más a la defensa que resulta del planteamiento de una tercería de dominio. Hay en este incidente, declaración definitiva de derechos.

En definitiva que el cauce procesal instaurado en el artículo 541 Lec. sirve, primero, para dilucidar si el patrimonio común debe responder ilimitadamente de la deuda generada individualmente por alguno de los cónyuges y para el supuesto de que se concluya que no es así, determinar la forma en la que el acreedor puede accionar contra los derechos que el cónyuge deudor tiene en el patrimonio común, pues también con los mismos habrá de responder frente a su acreedor: la comunidad del régimen económico del matrimonio no crea un ámbito patrimonial inmune frente al acreedor de uno de los cónyuges respecto a los derechos que éste ostenta en el patrimonio común.

QUINTO: Precisado lo que puede ser el pórtico general del régimen general del embargo de los bienes comunes hay que entrar a analizar las peculiaridades del supuesto de autos, a saber, por una parte, el que se trata de un supuesto de régimen económico matrimonial disuelto pero no liquidado al estar separados los cónyuges muchos años antes de la formalización de la póliza que constituye título ejecutivo y, por otra parte, los términos en los que se hizo la traba de los bienes.

Según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, tanto la comunidad postganancial, como la comunidad hereditaria, constituyen un patrimonio cuya titularidad corresponde a varias personas, cotitularidad que recae sobre la masa, el conjunto de bienes derechos y obligaciones. Cada cotitular tiene una cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer, sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Así se calificará de comunidad especial.

Vigente el régimen consorcial los cónyuges no ostentan cuotas, el conjunto patrimonial les corresponde en «mano común», no existe la facultad de pedir la división, y las facultades de disposición y de gestión son conjuntas. Al disolverse la sociedad se modifican estas características: la cuota es independiente, alienable y embargable por deudas; cualquiera de los comuneros puede pedir la división y las facultades de administración y disposición tienen un régimen específico (diverso según la causa de disolución: si es por muerte se atribuye en principio al viudo –art. 71 LREMV–, y si es por otras causas se estará al acuerdo de los partícipes y a falta del mismo a lo determinado judicialmente –art. 72 LREMV–) sin que ello signifique que la comunidad se ha transformado en una comunidad de tipo «romano», pues no existen cuotas sobre bienes concretos sino cuotas sobre el conjunto indiviso de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1997 sentará que «… lo que nunca cabe es reclamar la mitad indivisa de un bien ganancial, mientras no se haya liquidado la sociedad y se hayan adjudicado los bienes resultantes, y ello aunque la sociedad de gananciales haya concluido por muerte del esposo en este caso concreto, toda vez que la disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales,

en una comunidad formada por el cónyuge supérstite y los herederos del finado con participaciones «pro indiviso» de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación». Y que «… entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de estos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo».

Es el mismo criterio que se seguirá por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así en su resolución de 9 de octubre de 1998 se razonará que «… disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias».

Lo razonado tiene una enorme trascendencia sobre lo que puede ser objeto de embargo. Constante el régimen económico matrimonial sólo lo pueden ser bienes concretos que integren el patrimonio común, sin perjuicio de la solución que se pretenda dar a los derechos que correspondan al cónyuge no deudor.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantuvo que en estas situaciones, si se embargan bienes concretos era necesario demandar a ambos cónyuges, y que de no hacerse sólo cabe embargar la cuota global que corresponde a un cónyuge sobre el patrimonio común, rechazando la posibilidad teórica de embargar los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial, razonando en este sentido la Resolución del Centro Directivo de 9 de octubre de 1998 que «en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria».

Si bien el legislador aragonés ha sentado diferente solución al disponer en el artículo 70.2 de la Ley 2/2003 de régimen económico que cabe proceder contra «los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos (bienes concretos de la comunidad disuelta) en la liquidación …».

La diferencia no termina de ser relevante dado que la conclusión es la misma para los dos supuestos, esto es la necesaria paralización del proceso de apremio hasta

que se diluciden los derechos del cónyuge deudor, bien sobre un bien en concreto, bien sobre la cuota global, como se vería obligada a reconocer el Centro Directivo en su resolución de 23 de diciembre de 2002, al razonar que «las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son «bienes» susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valorados objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor, habida cuenta que nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de un acto legítimo de autoridad (expropiación por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, o para satisfacción de los acreedores, en el procedimiento judicial o administrativo tramitado con arreglo a la ley (cfr. art. 33 de la Constitución y 348 y 1.911 del Código Civil)».

SEXTO: Por ello no es aceptable el posicionamiento de la recurrente cuando pretende excepcionar que el patrimonio común no debe responder de las deudas por las que se despachó la ejecución, pues ello, con ser verdad (aparte, como luego veremos, no cuestionado), no obsta para nada a que el acreedor pueda pretender la satisfacción de su crédito a cargo de los derechos que correspondan a su deudor en ese patrimonio consorcial. Y esta solución es la misma aplicando la Ley 2/2003, de 12 de febrero, que el régimen jurídico sentado en la Compilación, pues uno y otro vienen a establecer, a los efectos que ahora interesan, lo mismo, a saber que deben respetarse los derechos del cónyuge no deudor en el patrimonio común. Pero uno y otro régimen jurídico ni establecen ni posiblemente podrían establecer (art. 1.911 C. Civil) que el acreedor no pudiera satisfacerse con cargo a los derechos que ostente el cónyuge deudor en ese patrimonio común. Esos derechos, sólo identificables tras la liquidación, siempre serán susceptibles de apremio, con las peculiaridades antes explicadas, a instancias del acreedor del cónyuge deudor.

Porque lo peculiar del supuesto de autos no es sólo que nadie cuestione que el patrimonio común, en su integridad, no debe responder de las deudas contraídas por el marido, sino que en ningún caso ni se pretendió por la entidad ejecutante ni se acordó por el Juzgado el embargo de tales bienes, sino sólo algo perfectamente lícito para el acreedor, a saber, satisfacer su crédito con cargo a los derechos patrimoniales que su deudor ostenta en el patrimonio común.

En efecto lo que en la demanda ejecutiva se pedía era el embargo de la «participación con carácter consorcial que ostenta el demandado…» sobre determinados bienes y fincas. Y eso es lo que acordó el Juzgado en el auto despachando ejecución de 14 de mayo de 2009. Expresión equivalente a la prevenida en el artículo 70.2 de la Ley 2/2003, y en la que es clara su finalidad de proceder sólo contra los derechos que el deudor tiene en el patrimonio consorcial y no ilimitadamente contra el mismo (en el acto del juicio el ejecutante se refirió a la «cuota global» que correspondía a su deudor en el patrimonio común, siguiendo aquí la terminología del Centro Directivo, a diferencia de en su demanda ejecutiva en la que se seguía la terminología de la Ley aragonesa 2/200), por lo que no se alcanza a entender ni tiene sentido una oposición a una agresión a unos derechos, los que pudieran corresponder a la recurrente, como cónyuge no deudor, que nunca fueron objeto de apremio en el proceso de ejecución. Lo que en realidad supone que no había verdadero objeto litigioso: la recurrente se opone a unas acciones ejecutivas sobre sus derechos en el patrimonio consorcial que no han sido objeto de agresión en el proceso de ejecución en ningún momento. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.

SÉPTIMO: Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec).

Vistos los demás preceptos de general y pertinente aplicación,

84

NÚM. 84

S. APZ de 22 de junio de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Proceso de separación o divorcio: legitimación: ***En lo que se refiere a la pensión de alimentos a los dos hijos, el juez de instancia la señala para uno de los hijos, pero no para la hija, pues aun reconociéndose a la madre legitimación para pedirla, no las pidió, de manera que si el padre no la paga voluntariamente, la parte contraria deberá solicitar más adelante modificación de medidas. Aun cuando el recurrente señala pensión para la hija, esta última no puede señalarse pues al convivir la hija con la madre, sólo la actora y no su marido puede reclamarla en el proceso matrimonial, ex artículo 93-2 Cc. No solicitada ni por la madre ni por la hija dicha pensión no puede el tribunal obrar de oficio al tratarse de un derecho sometido al principio de rogación.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 93-2 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.***

Ante el JPI núm. 16 de Zaragoza se han seguido autos de divorcio recayendo sentencia de fecha de 3 de noviembre de 2009. Ambos esposos apelan la sentencia de instancia por diversos extremos estimando en parte el recurso del marido y el la mujer.

85

NÚM. 85

S. APZ de 8 de septiembre 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: DELACIÓN HECHA POR UNO MISMO: Vinculación al juez: ***En la legislación estatal la autotutela tiene preferencia en el orden de llamamientos pero puede ser alterada atendiendo al interés del incapacitado, atribuyéndose el juez discrecionalmente la facultad de valorar la mayor idoneidad de los aspirantes mientras que en la legislación aragonesa se da una mayor relevancia a la voluntad del otorgante no siendo suficiente únicamente con acudir al criterio de la mayor idoneidad en el cargo para descartar la autotutela. El juez debe motivar las razones que los llevan a ello, y si no hay motivo alguno para ello, ni se ha producido ningún cambio de circunstancias significativo desde el otorgamiento que en beneficio o interés del incapacitado lo aconseje***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 95, 100, 101 Lsuc. (arts. 108, 109, 114, 115 CDFA).***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.***

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se interesa la declaración de incapacidad del doña Sol quien había otorgado escritura de autotutela y poderes preventivos designado en todo ello a su hermana como tutora y apoderada. El Juzgado, en S. de 9 de septiembre de 2009, estima la demanda de incapacitación pero designa tutor al cónyuge de la incapacitada. La hermana de ésta apela el fallo, solicitando ser ella la tutora pues así lo manifestó su hermana en escritura pública como prevé el artículo 95 Lsuc. (108 CDFA). La APZ estima el recurso.

86

NÚM. 86

A. APZ de 5 de octubre de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Educación religiosa: ***El auto recurrido otorga al cónyuge custodio la facultad de decidir si las menores han de recibir o no el sacramento de la comunión a través del dogma católico; fallo que es recurrido por la cónyuge no custodia. Dentro del contenido de la autoridad familiar se atribuye a los padres la decisión sobre la formación religiosa de los hijos hasta que estos alcancen 14 años, y ello debe ser consensuado por ambos progenitores, debiendo resolver el juez en caso de discrepancia artículo 7.1***

LDp. Los padres contrajeron matrimonio católico, las hijas están bautizadas y van a catequesis, y habiendo expresado libremente las menores su opinión en la exploración judicial, el interés de las mismas está mejor protegido con la postura mantenida por el progenitor custodio. En estos casos, no parece que judicialmente deba ser impuesta de forma coercitiva y de forma judicial lo que deban hacer las menores.

DISPOSICIONES CITADAS*: arts. 7 y 62 LDp. (arts. 10 y 65 CDFA).*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.*

Ante el JPI núm. 16 se siguen autos para que determine el juez ante la falta de acuerdo de los padres si las hijas menores de edad del matrimonio deben o no tomar la comunión. El juzgado, en A. de 16 de abril de 2010, otorga la facultad de decidir al padre. La madre recurre el auto en apelación y su recurso es desestimado por la APZ, confirmándose la sentencia de instancia.

87

NÚM. 87

S. APZ de 11 de octubre 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Alimentos legales: *Las circunstancias concurrentes, la edad de la actora y su inserción en el mercado laboral desde hace cuatro años, impiden la fijación de alimentos con cargo al padre (divorciado de la madre), de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LDp. (art. 69 CDFA), y ello pese a que su salario no le permita una vida absolutamente independiente, por cuanto tiene en su mano su progreso laboral tendente al logro de la independencia buscada y el sustrato de necesidad que caracteriza a los alimentos no concurre en este supuesto, al constar que ha trabajado anteriormente a jornada completa con un salario razonable que le permitiría su independencia.*

DISPOSICIONES CITADAS*: art. 66 LDp. (art. 69 CDFA).*

PONENTE*: Ilma. Sra. Dña. María-Elia Mata Albert.*

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de alimentos de Jessica frente a su padre, ya que en en 2008, en un proceso de modificación de medidas, el padre solicitó dejar de pagar los alimentos a esta hija, de las dos que tiene, porque se hallaba trabajando a tiempo completo. Ahora la hija reclama alimentos al padre porque trabaja a media jornada, vive independiente de la madre y con lo que gana no le llega para sufragar sus gastos. El juzgado en sentencia de 6 de abril de 2012 desestimó la demanda. La actora recurre en apelación e igualmente se desestima el recurso.

88

NÚM. 88

S. APZ de 3 de noviembre de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: *La modificación de las medidas (arts. 90. 91 y 100 Cc.) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere una alteración de las circunstancias que, para que sean tenidas en cuenta, han de revestir 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 establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.).*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 90. 91 y 100 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.*

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas, recayendo sentencia el 22 de abril de 2010. El marido recurre el fallo y se desestima su recurso de apelación.

89

NÚM. 89

S. APZ de 3 de diciembre 2010

73: SUCESIÓN PACCIONADA: FORMA*: Estamos ante un pacto sucesorio de disposición de los contratantes en favor de tercero para después de los días de los instituyentes y cuyo objeto será la constitución de un derecho real a favor de las hijas, respecto de las que concurre el elemento de ajenidad sobre la cosa. Estamos ante un pacto sucesorio porque las partes disponen de su derecho de uso respecto de cada una de las viviendas para después de su muerte transmitiéndolo a un tercero. El pacto se acuerda en convenio regulador y aun cuando se incorpora a documento público no es escritura pública que es la forma imperativa que exige la ley. Por lo tanto, procede declarar su nulidad tal y como interesa el apelante.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 62, 65, c, 69, 71 y 82 Lsuc. (arts. 377, 380, 384-2, 386 y 397 CDFA).***

PONENTE: ***Ilma. Sra. Dña. María Jesús de Gracia Muñoz.***

En convenio regulador los cónyuges acuerdan atribuirse en proindiviso las dos viviendas consorciales, atribuyéndose cada uno de los cónyuges en exclusiva el uso de una de las viviendas para sí y, acordando ambos, que a la muerte de ellos el uso de sus respectivas viviendas los ceden a las hijas del matrimonio. Ante el JPI núm. 14 de Zaragoza, el marido solicita la declaración de nulidad de esta cláusula. El juzgado en S. de 16 de marzo de 2010 desestima la demanda; el actor recurre en apelación y la APZ estima su recurso revocando la sentencia de instancia en este punto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Según consta en la pieza de liquidación de gananciales referida en la demanda, seguida en el Juzgado de Familia, en fecha de 2 de julio de 2003, la parte actora acordó con la parte demandada la liquidación de su régimen matrimonial, lo que fue aprobado por auto de 17 de julio 2003 de conformidad con el artículo 810 LEC.

En dicho convenio, tras fijar el activo y pasivo, se llevaron a cabo las adjudicaciones oportunas al 50%, y se atribuyó, tanto al esposo como a la esposa, el uso y disfrute vitalicio de una vivienda, trastero y aparcamiento, para uno de ellos, y de otra vivienda y aparcamiento, para el otro. Además, se incluyó la cláusula siguiente: «Establecen las partes que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos, las hijas habidas del matrimonio sustituirían al cónyuge fallecido en el ejercicio del derecho de uso que a su favor se constituye en el presente convenio, sirviendo la presente declaración de declaración constitutiva del derecho de uso a favor de la citadas hijas para el supuesto contemplado en el presente párrafo. Consecuentemente, el progenitor superviviente renuncia expresamente al derecho de uso que pudiera corresponderle respecto a los inmuebles cuyo uso correspondiera al progenitor fallecido, y del mismo modo renuncia al ejercicio de la acción de división de la cosa común».

Consta, en relación a un inmueble, finca 3.519 (folio 27), que dicho documento, tras ser calificado conforme al artículo 18 LH, fue objeto de inscripción regitral, inscribiéndose para don F J un 50% de la nuda propiedad y el uso y disfrute vitalicio y el 50% de la nuda propiedad para doña T L y «el derecho de uso sucesivo constituido a favor de las hijas del matrimonio».

El actor solicitó la declaración de nulidad de la mencionada cláusula y la cancelación de la inscripción registral a favor de las hijas del matrimonio en relación al artículo 6.3 LEC. La petición se basó en que si el acto era donación, era nulo en rela-

ción al artículo 633 CC por no cumplir los requisitos de forma al no hacerse en escritura pública, ni con intervención de las hijas. Si se consideraba donación futura, sería también nula, en relación a la jurisprudencia que cita. Si el acto suponía constituir un derecho de uso, sería nulo por ser personalísimo e intransmisible en relación al artículo 525 CC. Si se consideraba un pacto sucesorio sería nulo por falta de forma en relación al art 62 de la Ley aragonesa 1/1999 de 24 de febrero.

En segundo lugar, considera nula la cláusula en la que se renunciaba a la división de cosa común en relación al artículo 400 CC.

Tras la oposición de la parte demandada y de las hijas, la sentencia consideró que se constituyó en el convenio un derecho de uso a favor de aquellas, si bien sujeto a la condición suspensiva del fallecimiento del progenitor. También considera válida la renuncia a la división de cosa común, desestimando la demanda. Esta resolución es objeto de recurso de apelación por la parte actora.

SEGUNDO: En la alegación primera del recurso se hace referencia a las causas de la petición de nulidad en relación a la motivación de la sentencia.

La parte actora ejercita su acción al amparo del artículo 6.3 CC, que establece que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Para solicitar la nulidad de la cláusula, la parte actora parte del presupuesto de que el convenio, en relación a las hijas, no es lo que refleja, sino otro acto distinto que no se llega a precisar (donación, promesa de donación, pacto sucesorio, cesión de un derecho de uso). Como se efectúa en la sentencia para centrar la cuestión controvertida, resulta conveniente poner de manifiesto que no se cuestiona que el contrato carezca de alguno de sus elementos esenciales (art. 1.261 CC), ni que concurra vicio del consentimiento (art. 1.265 CC). Se trata de calificar el pacto y determinar si infringe o no alguna norma imperativa, en cuyo caso sería nulo de forma absoluta.

Conviene también resaltar que la parte demandada hace referencia a la vivienda familiar, cuyo uso tiene un régimen particular (sentencia del TS núm. 861/09 de 18 enero de 2010, sentencia núm. 859 de 14 de enero de 2010, sentencia núm. 584/2010 de 8 de octubre). Pero ni la demanda se planteó dentro de ese ámbito ni el contenido del convenio permite considerar la cuestión controvertida desde ese marco por cuanto en aquel se dividen y adjudican varios inmuebles, con un trato igual para todos ellos, sin considerar el carácter de vivienda familiar.

En definitiva, el convenio de fecha de 2 de julio de 2003 se alcanzó en un procedimiento judicial de liquidación del régimen matrimonial. Quienes integraron dicha comunidad procedieron a la adjudicación de bienes, si bien con la particularidad, no de adjudicar un bien determinado a cada parte, sino llevando a cabo una adjudicación pro indiviso. Es decir, que si el mencionado procedimiento judicial tiene por objeto liquidar la comunidad surgida tras la disolución del matrimonio, en este caso, en virtud del principio de libertad contractual, el modo de efectuarlo fue originando una comunidad ordinaria (art. 392 CC), de modo que, en realidad, continuó la indivisión, que, a su vez, permite al copropietario pedir la división de la cosa común (art. 400 CC).

Surgió una comunidad ordinaria, y, en principio, en ese marco han de contemplarse las cláusulas del convenio. Cada uno de los propietarios tiene el derecho de usar las cosas como consecuencia del derecho de propiedad (art. 348 CC), pero con limitaciones (arts. 394 y 399 CC). Por ello los dos copropietarios pactaron sobre la forma o modo del disfrute de los inmuebles y en el sentido de atribuir un derecho de uso y disfrute a cada parte sobre bienes concretos. De esa forma se evitaba el uso indiscriminado de las dos partes sobre todos los inmuebles, otorgando un uso total

y exclusivo a cada parte sobre un concreto inmueble, con renuncia del otro al uso.

TERCERO: La cuestión debatida se centra en el pacto a favor de las hijas a las que se les atribuye el derecho de uso sobre cualquiera de los inmuebles para el momento en que se produjera el fallecimiento del progenitor que los venía ocupando. Lo que se plantea en la demanda es la naturaleza de la cláusula controvertida, si es disposición entre vivos o mortis-causa y en el primer caso cuál es el negocio que origina el derecho a favor de las hijas.

Según los artículos 467 y 524 CC los derechos de usufructo y de uso y habitación son derechos reales sobre cosa ajena en los que son parte el dueño de la cosa o nudo propietario y el titular del derecho real (usufructuario, usuario), siendo los dos últimos menos amplios que el primero por cuanto están limitados por las necesidades del usuario o habitacionista. Se rigen los derechos por su título constitutivo (arts. 470 y 523 LEC), y en su defecto por sus normas legales y, además, las normas del usufructo se aplican al uso y habitación (art. 528 CC). Se viene admitiendo la existencia de derechos reales atípicos, como refiere la sentencia del TS núm. 808/2001 de 26 de julio en relación al uso por cuanto lo primero que determina su régimen es el título constitutivo (art. 523 CC), el cual puede incluir unas características tales que lleguen a desnaturalizar el derecho como consecuencia del principio de libertad contractual. En el caso, y respecto a los copropietarios, el derecho de uso ya se presenta con unas características especiales, pues la cosa no es ajena, y se pacta la facultad de arrendar, lo que no permite el artículo 525 CC.

Estos derechos reales se pueden constituir, entre otros modos, por voluntad de los particulares manifestada por actos entre vivos o en última voluntad (art. 468 CC), y a favor de una persona o varias, y en este caso simultánea o sucesivamente, y desde o hasta cierto día y puramente o bajo condición (art. 469 CC).

Según el artículo 609 CC los derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, sucesión, donación y contratos. Los artículos 620 y 621 CC establecen que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria y las que hayan de producir sus efectos inter vivos se rigen por las disposiciones de los contratos.

Las disposiciones sobre la sucesión suponen ordenar la transmisión de los derechos y obligaciones de una persona que no sean personalísimos y no se extingan por razón de la muerte (arts. 657 y 659 y 661 CC, art. 1 LS 1/1999). El CC no regula la sucesión contractual, pero sí la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte en Aragón (arts. 62 y ss).

Una cuestión es la constitución o creación del derecho real, que lo ha de efectuar el dueño de la cosa que crea el derecho, separándose la nuda propiedad del usufructo o del uso, lo que se produce, o bien manteniendo el propietario la nuda propiedad y transmitiendo el derecho de usufructo o de uso, o bien transmitiendo la nuda propiedad y reteniendo el goce de la cosa. Como consecuencia, una de las causas de extinción del usufructo es la reunión de ese derecho y la propiedad en la misma persona (art. 513.3 CC). Pero una vez originado el derecho real, otra cuestión distinta es la posibilidad de que su titular (usufructuario, usuario) lo transmita a otra persona. El derecho del usufructuario se configura de esa manera al ser transmisible a terceros (art. 480 CC), sin perjuicio de que en su momento se extinga por fallecimiento según el artículo 513 CC. Pero en relación al derecho de uso, y en conexión con el artículo 525 CC, puede surgir la cuestión de si su título constitutivo le puede o no otorgar un carácter transmisible, pues dicho precepto lo configura con un carácter personal, lo que impediría su transmisión. En este sentido, el art 107 LH establece que se puede hipotecar el usufructo, pero no el uso y la habitación. Pero dada la admisibilidad de derechos

reales atípicos, en principio no se puede rechazar la constitución de un derecho de uso con sus propias características

Según el texto del convenio, las partes (que son copropietarias) acuerdan que las hijas «sustituyan» al usuario que fallezca, lo que sirve para «constituir» el derecho real a favor de aquellas. Ese texto contractual accede al Registro en el que aparece con la mención de que se inscribe el uso «sucesivo» a favor de las hijas.

En principio el pacto proviene de los dos copropietarios en el ejercicio de sus facultades de ordenar el uso y disfrute de la cosa común (art. 398 CC), permitiendo el artículo 399 CC la sustitución en el aprovechamiento, si bien exceptuando a los derechos personales. Dado el contenido de ese art 399 y en principio el carácter personalísimo del derecho de uso, el pacto vulneraría dicho precepto. Pero, como se ha indicado, el título constitutivo del derecho real puede establecer sus propias características, incluidas las de otorgar al derecho un carácter no personalista. Si se considera que el pacto trata de satisfacer una primera necesidad como es la vivienda, primero para los padres y luego para las hijas, sin que salga del ámbito familiar, de modo que las hijas se vendrían a identificar con el progenitor, en continuidad, frente al sobreviviente, excluido del uso de la vivienda desocupada por fallecimiento del otro, podría admitirse que se efectuó un pacto o contrato de organización de la cosa común, válido entre copropietarios y permitido en el artículo 398 CC, (no de una donación), que incluiría la creación de un derecho de uso a favor de varias personas (progenitor e hijas), originándose una comunidad de usuarios que ejercitarían su derecho de forma sucesiva (arts. 469 y 521 CC).

Ahora bien, si se considera que el derecho real de uso constituido a favor de uno de los progenitores termina por su muerte y que solo en ese momento comienza el derecho de uso a favor de las hijas, pues se aplazó su efectividad hasta el momento del fallecimiento de una de las partes, resultaría que se ha efectuado una disposición mortis causa. Se trataría, en relación a lo expuesto en la demanda, de un pacto sucesorio de disposición de los contratantes a favor de terceros para después de los días del instituyente y cuyo objeto seria la constitución del derecho real (arts. 62, 65.c, 69.2, 71.b y 82 LS de Aragón) a favor de las hijas, respecto a las que si concurría el elemento de ajenidad sobre la cosa.

Para concluir sobre la naturaleza del pacto se considera que lo que prevalece en la cláusula controvertida es que el derecho de uso a favor de las hijas va a ser efectivo a partir de un hecho cierto, que necesariamente ocurrirá, pero ignorándose cuándo, como es la muerte. Si el derecho de uso de las hijas es «sucesivo» respecto al de un progenitor, o las hijas le «sustituyen», y solo y exclusivamente y desde un único momento, resulta que la muerte es lo determinante, sin que se contemple ninguna otra posibilidad ni otro momento de ejercicio del derecho por parte de las hijas. La consecuencia es que se trata de un pacto sucesorio o un acuerdo de voluntades por el cual las partes disponen de su derecho de uso para después de la muerte, transmitiéndolo a tercero. El pacto se incorporó a documento público, pero no es escritura pública, que es forma imperativa, por lo que su ausencia determina la nulidad solicitada (art 62, 84 LSA, art 3 Compilación) (así sentencia TS núm. 801/2003 de 28 de julio en relación a un documento privado que no llega a reunir los requisitos para considerarlo testamento ológrafo).

CUARTO: En cuanto a la renuncia a la acción de división de cosa común, el artículo 400 CC establece que el derecho a pedir la división se puede ejercitar en cualquier momento y solo contempla la posibilidad de un pacto de conservar la cosa indivisible por diez años. En conexión con esta cuestión se puede tener en cuenta el artículo 1.965 CC que establece que es imprescriptible la acción de división, lo que permite indicar que la copropiedad se contempla como una situación transitoria, cuya terminación se facilita. Por tanto se considera que es irrenunciable el derecho

a pedir la división, y así se ha apreciado en algunas resoluciones judiciales (sentencia TS núm. 314/2003 de 28 de marzo, sentencia TS núm. 610/95 de 15 de junio, sentencia AP Barcelona sec. 12, núm. 74/2006 de 10 de febrero).

Por tanto, procede estimar la demanda, excepto en la petición segunda referente a la rectificación registral por cuanto dicha pretensión es una consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula, que puede acceder al Registro sin necesidad de imponer la obligación a la parte demandada.

QUINTO: Atendiendo a que la demanda no se estima totalmente, a que el pacto es complejo y puede ser objeto de varias interpretaciones, así como a la estimación del recurso, no se efectúa expresa imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC).

Conforme a la DA 15ª de la LOPJ 1/09, se ha de proceder a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación,

90

NÚM. 90

S. APZ de 30 de diciembre 2010

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: Del mayor de catorce años: 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS: Disposición hasta los 14 años: ***A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, artículo 13-2 Comp.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 3, 5, 9, 12 Comp. aragonesa; arts. 162, 164, 1.281, 1.766, 1.767 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez.***

Ante el JPI núm. 19 de Zaragoza se siguen autos sobre reclamación de cantidad interpuesto por Samuel, ahora mayor de edad, contra una entidad bancaria, por haber autorizado ésta la disposición de dinero ingresado en una c.c. a nombre de Samuel, por parte del padre de éste que actuó como su representante legal. El juzgado, en sentencia de 26 de marzo de 2010 dictó sentencia desestimando la demanda. Samuel, de vecindad civil aragonesa, recurre en apelación y su recurso estimado por la APZ, que condena a la entidad a la devolución del dinero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto de este proceso es determinar la procedencia del reintegro realizado en un depósito bancario, comercialmente denominado «Libreta Joven» del que era titular su hijo de 17 años al tiempo de su apertura sin autorización ni firma de este último. Debate que debe solventarse en el escenario jurídico de la Compilación, pues acaeció, como luego se verá, con anterioridad a la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

El régimen aragonés de capacidad por minoría de edad aporta relevantes diferencias con relación al Código Civil. Caracteriza al Derecho Aragonés el que el menor mayor de catorce años presenta un estatuto jurídico diferenciado en el que se aproxima su capacidad al de la mayoría de edad. De entrada, y esto es criterio unánime, deja de tener representación legal, lo que se deduce de que el artículo 14 de la Compilación refiere tal representación legal a favor de los padres sólo con relación al «hijo menor de catorce años», pero ello y esto también tiene su relevancia, subsistiendo las funciones de autoridad familiar (art. 9 de la Compilación).

SEGUNDO: A los efectos que ahora interesan lo relevante no es tanto definir el perfil de esa capacidad semiplena del menor aragonés mayor de catorce años como los actos de administración que puede ejercitar el padre sin la concurrencia de la voluntad del menor y, sobre todo, de los actos de disposición que puede realizar por sí solo de los bienes del menor mayor de catorce años.

Porque normalmente toda situación de recuperación de capacidad disminuida conlleva un correlativo desplazamiento de las potestades de quien suple o complementa a la persona con capacidad disminuida.

No será este el caso del menor aragonés, o no lo será de un modo pleno, pues por una parte el artículo 5.1 de la Compilación permite realizar al menor mayor de catorce años «toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres…». La norma no identifica los casos en los que ese menor puede actuar por sí sólo, lo que resultará de específicas previsiones legales, pero esa capacidad de realizar «por sí» toda clase de actos y contratos, no desplaza la de los padres según resulta del artículo 12 de la misma Compilación

El estatuto jurídico es confuso pero se clarifica en sede de capacidad para disponer de los bienes, que en el artículo13 de la Compilación se referenciaba a favor del administrador, siquiera sometida a autorización con relación a la disposición bienes de especial valor. Pero ello, se cuidaba de precisar la norma, respecto a la «disposición de los bienes del menor de catorce años», porque para el mayor de esa edad la disposición corresponde al propio menor asistido de sus padres. Pero no modifica el régimen de disposición.

Una referencia final al menor mayor de 14 años, pues este cuando viva independientemente, tiene la libre administración de todos sus bienes, supuesto en el que, aquí sí, parece desplazar la coadministración de sus padres.

De todo ello se colige, que es lo que aquí interesa, que los padres de un menor mayor de catorce años, que como ya hemos dicho no tienen representación legal, no pueden nunca, por sí ni con las autorizaciones del artículo 13 disponer de los bienes de sus hijos.

TERCERO: Presupuesto lo anterior conviene precisar los datos fácticos del supuesto de autos. El demandante, cuando tenía 17 años, con la colaboración o ayuda de su abuelo, aperturó en una oficina de la entidad demandada un depósito bancario en la modalidad conocida comercialmente como «Libreta Joven». En el contrato aparecía como titular el menor, reseñándose que esa titularidad lo era «con cláusula especial», cuyo contenido se reseñaba en el mismo contrato de apertura en el sentido de que «el titular precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad», siquiera luego en la libreta, dentro de la relación de titulares, además del menor, se consignaba al representante legal del menor, pero no al padre del mismo, don Ernesto, sino al abuelo don Antonio. El día 19 de abril de 2005 se realizó un reintegro en ese depósito por importe de 30.592,50 euros, momento en el que el ahora demandante seguía ostentando 17 años, no alcanzando la mayoría de edad hasta el 19 de julio de ese mismo año. Tal reintegro no se hizo por el menor, ni solo ni asistido, ni tampoco por su abuelo. En la demanda se relata que ese reintegro está amparado por un «garabato ilegible» con el DNI del padre, y se cuestionará, aunque en términos dubitativos y de sospecha, que correspondiese al mismo. En el testimonio vertido por este último en el juicio se negó por el mismo haber hecho disposiciones en esa cuenta (secuencia 18:36), pero la prueba pericial caligráfica practicada en el proceso arroja una conclusión incuestionable, y puede afirmarse que fue el padre quien hizo el reintegro objeto de este litigio.

CUARTO: A partir de este momento y tras realizar diversas reclamaciones extrajudiciales, el que entonces era menor de-

manda a la entidad bancaria depositaria de esos fondos reclamando el importe de ese reintegro indebidamente permitido por la misma.

La sentencia dictada en primera instancia desestimará la pretensión y ello en base a la circunstancia de que, según contrato, al necesitarse la firma del representante legal y siendo este en definitiva el que la autorizó, su padre, y que era el mismo el que gestionaba la cuenta con normalidad, no habría razón jurídica para hacer cuestión de la corrección de ese reintegro.

QUINTO: Contra este pronunciamiento se alzará la parte demandante.

Como primer motivo del recurso se invoca una inadecuada interpretación del régimen convencional del depósito, pues en tres documentos, contrato, libreta y ficha de firmas, se consignaba al abuelo como representante legal del menor y específicamente se disponía la necesidad de su firma.

El régimen convencional del depósito era equívoco y partía de una impropiedad jurídica, a saber la de que el menor, por ser mayor de 14 años y, como más adelante veremos llevar vida independiente, tenía un representante legal, cuando como ya hemos dicho, el estatuto jurídico de un menor de 17 años lleva a la cierta conclusión de que carece de representante legal.

Y la segunda impropiedad es la de que, si se quiere entender que tiene representante legal, el mismo no se puede modificar convencionalmente, siendo esa condición de determinación jurídica (arts. 14 y 9.1 de la Compilación). Aunque no se tiene representante legal sí que se mantiene por los mismos la autoridad familiar y, cuando no hay vida independiente del menor, son administradores de sus bienes al margen de la concurrente propia capacidad de menor de administrar asistido por sus padres.

El régimen convencional no es así fácilmente entendible. Se afirma en la instancia y se refuta en el recurso, el que el medio normal de gestión del depósito fue por intervención del padre. Pero no consta que fuera así. Aunque es llamativo que ni en demanda ni en contestación se hiciera prácticamente referencia alguna a esta cuestión, que hubiera podido ser relevante para resolver el conflicto (en ello se basa, en parte, la sentencia impugnada), la entidad demandada hubiera tenido una muy fácil prueba de cómo se operaban los reintegros de esa libreta, que los hubo de muy diversas formas, cheques y reintegros, que tuvieron que dejar un indudable rastro documental en poder de la propia entidad depositaria de los fondos. Esa nebulosa probatoria ha de operar en contra de la depositaria conforme resulta del principio de disponibilidad probatoria instaurado en el artículo 217.7 Lec. El que, lo único seguro, los cargos del préstamo hipotecario se hicieran en esa libreta no representa anomalía alguna pues el menor era el prestatario y en esa libreta aparece el abono del importe del préstamo deducidos los gastos de constitución.

SEXTO: Prescindiendo de esas impropiedades del régimen convencional del depósito, aunque se entienda que bajo la invocación del representante legal debía aceptarse a la persona del padre y no del abuelo designado este último nominatim en el contrato, aunque, se repite, se entendiera así, el padre carece de las facultades de disposición de los bienes de su hijo. Y éste tiene la titularidad de sus bienes (art. 11.1 de la Compilación), y la facultad dispositiva asistido, en su caso, de su padre. Pero a la inversa este último no puede por su sola autoridad, «por sí mismo», prescindiendo de la voluntad y consentimiento del menor mayor de catorce años, disponer de los bienes del mismo.

Y ese reintegro, sin conocerse, como no se conoce, su destino, debe calificarse como un acto de disposición por quien carecía de potestad jurídica para hacerlo, por tanto inoponible frente al titular del depósito y obligado a su restitución conforme a los artículos 1.766 y 1.775 C. Civil.

SEPTIMO: No obsta a esta condición la circunstancia de que, entre padre e hijo,

viviendo este último con el beneplácito del primero, con los abuelos, incorporado a la vida laboral, según resulta del informe de vida laboral (f. 216) desde febrero de 2005, por lo tanto económicamente independiente, mantuviera, antes y después de su mayoría de edad, conexiones económicas y comerciales como serían que el menor adquiriera una vivienda, subrogándose en el préstamo hipotecario que la gravaba, así como en el préstamo con garantía hipotecaria que se concertó en la misma fecha que aquella compraventa, esto es 17 de diciembre de 2004, ostentando por tanto 17 años el menor, concurriendo aquél en las dos escrituras para asistir a su hijo en los términos prevenidos en el artículo 5 de la Compilación y, además, en la segunda como representante de su empresa para afianzar esa operación. Ni que la sociedad que constituiría después el menor tuviera inicialmente el mismo domicilio que el del padre, ni que el hijo otorgara, también ya mayor de edad, el 18 de diciembre de 2007, un poder notarial para que su padre asistiera a un juicio en defensa de un despido acordado por la empresa del demandante.

Advertir que de todo ello no resulta un fraude de ley, alegado por primera vez en esta alzada, sin que se hiciera en la primera instancia, en la que la Caja recurrente se limitó a advertir del hecho de aquellos negocios jurídicos de compraventa y préstamo, pero sin que a los mismos se asociara en tal escrito de alegaciones idea alguna de connivencia fraudulenta alguna entre padre e hijo.

Los criterios de capacidad legal de los menores de edad se establecen con carácter objetivo y lo que hubiera sido relevante, en su caso, hubiera sido la mecánica de funcionamiento de ese depósito, ingresos y reintegros, de los que la entidad demandada, a buen seguro, hubiera podido alegar y probar. Cierto que la parte demandante tampoco da mucha noticia de ello, pero esa nebulosa probatoria, no sirve para fundar una actuación fraudulenta. Procede pues la estimación de la demanda y del recurso.

OCTAVO: Que al estimarse la demanda procede imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada (art. 394 Lec), sin que proceda hacer una especial imposición de las causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

C) RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2010)

91

NÚM. 91

A. JPI Huesca núm. 2
de 8 de enero de 2010

76: SUCESIÓN LEGAL: Sucesión a favor de hermanos y sobrinos: Bienes troncales y no troncales: ***Se declara heredera universal abintestato del finado, fallecido soltero, sin haber otorgado testamento, e hijo de padres ya fallecidos, a su hermana de doble vínculo, en la totalidad de los bienes y derechos del difunto, tanto troncales como no troncales, al no haberse demostrado en el procedimiento que existan otras personas con mejor derecho a la herencia del finado.***

Disposiciones citadas: ***Arts. 980 Lec., 217 Lsuc.***

Ponente: ***Don Antonio Martín González.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca, la hermana del finado solicita se la declare su heredera universal. El Fiscal no se opone. Acreditados los extremos requeridos por el art. 980 de la anterior LEC, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 217 Lsuc., se declara heredera legal a la hermana del causante (Auto núm. 9, declaración de herederos 258/2009).

92

NÚM. 92

A. JPI Huesca núm. 2
de 29 de enero de 2009

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: Incapacidad: Intromisión en los derechos de la personalidad: ***El paciente no tiene capacidad actual para poder decidir (aceptar o rechazar) el tratamiento propuesto (amputación de la extremidad inferior), por lo que resultan de aplicación los artículos 9.3.b de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y el 14.1.a de la Ley de Salud de Aragón, que disponen que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, facultad que corresponde a los familiares más allegados, y habiendo manifestado el paciente que carece de ascendientes, descendientes y de cónyuge, así como de otros parientes, procede en el presente caso una decisión judicial, y la decisión judicial debe autorizar la intervención solicitada, dado que es la decisión más ajustada a la preservación de la vida del paciente (art. 15 CE).***

Ponente: ***Don Antonio Martín González.***

El letrado del Gobierno de Aragón solicita al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca

autorización judicial para intervención de amputación de extremidad inferior del paciente. Se incoa procedimiento de jurisdicción voluntaria (núm. 57/2010), acordándose el reconocimiento del paciente en comisión judicial, se pide informe médico relativo a su estado de salud y a su estado de conciencia, así como informe médico-forense; también se solicitó certificación de voluntades anticipadas. Se practicó la exploración del paciente en la residencia donde se halla ingresado, se comprobó la inexistencia de voluntades anticipadas, se recibió el informe clínico del paciente y los informes del Servicio Aragonés de Salud y de la médico forense, por último, el Ministerio Fiscal no se opone a lo solicitado. A estos hechos se aplica la argumentación citada en el Sumario y se decide otorgar la autorización judicial para que se practique la intervención quirúrgica de extirpación de extremidad inferior del paciente (Auto 10/2010). Nada se dice del actual artículo 35 CDFA.

93

NÚM. 93

S. JPI Huesca núm. 2
de 9 de febrero de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Inaplicable: ***Se ha acreditado que los daños no se han causado como consecuencia directa de la acción de cazar, por lo que en el presente caso no sería responsable la Comunidad de Aragón (art. 71 bis de la Ley de Caza de Aragón), debiendo regir el régimen general de responsabilidad civil establecido en el Cc. (art. 1906) y su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, es decir, la responsabilidad por el riesgo derivado del uso del coto, que en el presente caso recae evidentemente sobre la entidad demandada, «Sociedad de Cazadores», cuyo coto resulta colindante con el punto en que se produjo el siniestro, por lo que la demanda debe estimarse.***

PONENTE: ***Don Antonio Martín González.***

La entidad aseguradora inicia proceso verbal (núm. 750/2009) frente a la «Sociedad de Cazadores», ejercitando una acción de responsabilidad civil en base a los artículos 1905 y 1906 Cc. por daños causados por animal en el vehículo de su asegurado, acción que ejercita de manera subrogada en virtud de lo establecido en el artículo 43 LCS. Se celebra la vista, se practica la prueba y se declaran los hechos probados. Las partes no discuten la realidad del siniestro ni su dinámica ni el importe de los daños, existiendo debate exclusivamente jurídico sobre la responsabilidad.

94

NÚM. 94

S. JPI Zaragoza núm. 14
de 15 de febrero de 2010

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: NO VIUDEDAD: ***El tenor literal del artículo 18 LP ya excluye la aplicación por analogía del usufructo de viudedad puesto que éste se recoge en normativa aragonesa de Derecho privado y no de derecho público como pretende la parte. Por otro lado estos derechos y obligaciones se entienden mientras subsista la pareja estable no casada. Además es opinión consolidada de doctrina y jurisprudencia que el derecho de usufructo de viudedad se reserva únicamente a los cónyuges por razón del vínculo matrimonial celebrado, no pudiendo equipararse el vínculo conyugal a la unión estable de parejas no casadas, configurándose cada una de estas instituciones con derechos y obligaciones propios. Por tanto, el beneficio del usufructo de viudedad se reserva al cónyuge supérstite quedando como derechos al supérstite de la pareja estable no casada los del artículo 9 LP, no siéndole de aplicación por analogía el artículo 101 Lrem.***

PONENTE: ***Don Jesús Ignacio Pérez Burred.***

Ante el JPI núm. 14 de Zaragoza se siguen autos de juicio verbal núm. 2776/2009 B3 en los que los padres del hijo fallecido un año antes ejercitan acción de reclamación de la posesión del inmueble contra la que fue su pareja estable por entender que posee en precario la que fue vivienda habitual de la pareja, de propiedad de su hijo del que son herederos legales. Se estima totalmente la demanda, acordando el desahucio por precario de la citada vivienda.

D) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

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

0. 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. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

CASACIÓN FORAL

• *ADMISIÓN*

A. TSJA, 26 de julio de 2012

No ofrece duda competencia funcional de esta Sala dado que el recurso se funda en infracción de normas del Derecho civil aragonés. Concurre interés casacional porque se trata de normas con menos de cinco años en vigor. El artículo 79.5 no es una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite su revisión casacional si efectectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige para la comprobación de la existencia de causas o circunstancias relevantes para la modificación de las medidas judiciales. Aceptado que no se puede proceder a una revisión de la prueba, procede admitir el motivo del recurso en cuanto permite la comprobación de la adecuación de la fundamentación de la sentencia a la norma indicada.

39 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

En el escrito de oposición al recurso de casación se pueden alegar causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (485.2 Lec.). En el presente caso, aunque se produjo cierta confusión en la invocación formal de los preceptos procesales, pudo la parte recurrida conocer la vía de acceso y los motivos del mismo, como acredita su amplia oposición a cada uno de los motivos, por lo que debe rechazarse su petición de inadmisión. Lo ahora alegado por la parte recurrida ya fue objeto del Auto de 19/7/2012, donde quedó concretado lo que se entendía como motivo del recurso, por lo que no cabe resolver nuevamente sobre ello.

53 RDCA-2012-XVIII

• *ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN*

S. TSJA 28/201, 24 de julio de 2012

El carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial es destacado de forma reiterada por el TS (por todas, STS de 23 de enero de 2012). También el TSJA ha advertido en numerosas ocasiones que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, ... lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión». Ha de estarse, pues, a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada.

41 RDCA-2012-XVIII

• *FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL*

A. TSJA, 19 de noviembre de 2012

Esta Sala carece de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por infracción de normativa general sobre defensa de consumidores y usuarios, al no haber sido alegada infracción de normas del Derecho civil aragonés.

50 RDCA-2012-XVIII

• *FRAUDE DE LEY POR LA INTRODUCCIÓN DEL STANDUM*

A. TSJA, 29 de octubre de 2012

La introducción de un principio de Derecho aragonés e*x novo* en la articulación del recurso de casación, como instrumento para determinar la competencia de esta Sala, constituye un fraude de ley para conseguir un propósito no deseado por la norma jurídica. La materia sobre la que versa el proceso es de derecho de obligaciones entre sociedades mercantiles, no regulada por el derecho aragonés, y la inadmisibilidad del motivo señalado supone la incompetencia de este tribunal para el conocimiento del recurso, al tratarse los restantes motivos de cuestiones de derecho estatal.

49 RDCA-2012-XVIII

• ***INADMISIÓN***

A. TSJA, 26 de abril de 2011

Inadmisión del recurso porque el artículo 75 de la Ley de Montes de Aragón, conforme al cual las servidumbres en montes de titularidad privada se regirán por la legislación foral, ha sido traído a colación de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral con menos de cinco años de vigencia, pues ninguna referencia consta en el pleito sobre los montes de titularidad privada ni puede invocarse el artículo 148 Comp. pues la servidumbre no ha nacido por ninguna clase de prescripción adquisitiva, como la reglada por dicho precepto, sino que nació por pacto entre los propietarios de los predios dominante y sirviente.

5 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 28 de junio de 2011

La competencia para el conocimiento del recurso por el TSJA le viene atribuida por haber sido fundado en infracción de norma de Derecho civil aragonés. Pero incurre en causa de inadmisibilidad por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna. Y sucede que, en el presente caso, lo que se pretende es la modificación de los hechos probados.

6 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 12 de julio de 2011

La razón exclusiva de este motivo de recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los artículos 469 y 477 Lec.

7 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 20 de julio de 2011

Falta de legitimación para recurrir: la ahora recurrente, al no sostener su recurso de apelación, se conformó con los pronunciamientos de la SJPI, que fué íntegramente confirmada (no siendo aplicable, por tanto, el art. 448.1 Lec.), por lo que carece de legitimación para recurrir en casación (art. 483.2.1º Lec.).

8 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 10 de octubre de 2011

La competencia corresponde al TSJA por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés, pero los motivos incurren en causa de inadmisión del artículo 483.2.2º Lec. en relación con los artículos 481.1 y 477.1, es decir, por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, pero no permite revisar la prueba practicada para tratar de alcanzar conclusiones distintas.

9 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 8 de noviembre de 2011

La razón exclusiva del motivo del recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado, y cuyo fundamento sólo puede ser la infracción de normas sustantivas (art. 477.1 Lec.). El medio de impugnación de las cuestiones de carácter procesal es el recurso de infracción procesal (arts. 469 y 477 Lec.). De modo que siendo la valoración de los medios probatorios de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo del recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional.La posible oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial no constituye motivo de casación, sino sólo un presupuesto para poder considerar recurrible la sentencia impugnada por razón de interés casacional.

10 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 7 de julio de 2012

La competencia funcional no ofrece dudas, el recurso se funda en infracción de normas de Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma. El motivo invocado incurre en causa de

inadmisibilidad: interposición defectuosa por falta de técnica casacional (arts. 483.2.2º en relación el el 477.1 Lec.). Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, con respeto a los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida. Para desvirtuar la base fáctica sustentadora de la decisión de instancia hubiera precisado la formulación de recurso de infracción procesal, siempre que la valoración probatoria por ser manifiestamente arbitraria e ilógica no supere el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE. Por otra parte, el interés casacional, no es un motivo de recurso sino únicamente un presupuesto de recurribilidad de la sentencia.

40 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 26 de julio de 2012

En este motivo del recurso lo que la parte reprocha en realidad es la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, y del examen de dicha resolución se advierte que la misma no resulta arbitraria, ilógica o absurda. Se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivacióon insuficiente de la sentencia. Procede inadmitir este motivo por concurrir la causa de inadmisión del 473.2.2ª Lec.

38 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 24 de octubre de 2012

La técnica casacional exige el planteamiento de una cuestión jurídica al margen de los hechos, es decir, requiere el examen de la aplicación al caso de la norma sustantiva en sí misma, sin que pueda transformarse el recurso de casación, de carácter extraordinario, en una suerte de tercera instancia. El motivo se desestima porque la parte pretende una valoración distinta de la prueba o de los hechos, argumentando como en una nueva instancia y sin identificar el precepto sustantivo que habría sido vulnerado en la interpretación sostenida por el recurrente.

47 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 22 de noviembre de 2012

En la articulación del recurso se mezclan razones relativas a la infracción de precepto sustantivo con otras referidas a la valoración de la prueba, lo que no resulta admisible por tratar de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida por sus propias consideraciones al respecto. Por otra parte, la recurrente introduce razones de orden procesal, como las relativas a la posible indefensión o falta de motivación, que en su caso serían objeto de un recurso extraordinario por infracción procesal no interpuesto.

51 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 21 de diciembre de 2012

El tercer motivo no se admite porque no se respeta en él la valoración de la prueba efectuada en la instancia y no se ajusta a la técnica casacional. El cuarto motivo tampoco se admite porque se fundamenta en la infracción del artículo 82 CDFA, por no haberse respetado la regla de contribución proporcional de los padres a la satisfacción de los gastos de asistencia de los hijos a cargo, siendo que el juicio de proporcionalidad corresponde realizarlo a los tribunales que resuelven las instancias, sin que el mismo deba ser objeto de recurso de casación (STS de 28 de octubre de 2011 y STSJA de 20 de abril de 2012).

61 RDCA-2012-XVIII

• ***INTERÉS CASACIONAL***

S. TSJA 28/2012, 24 de julio

Alegado como cauce de acceso a la casación el interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de cinco años en vigor, no es necesaria la aportación del texto de ninguna sentencia ni la identificación de cuál es el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia, siendo suficiente la sola mención de una norma del Derecho civil aragonés que no lleve cinco años en vigor, en este caso el artículo 80.2 CDFA, por no existir respecto a dicho precepto doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

41 RDCA-2012-XVIII

• ***INTERÉS DEL MENOR***

A. TSJA, 31 de enero de 2011

Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Los motivos del recurso de casación incurren en petición de principio, lo que no es aceptable en rigurosa técnica casacional.

La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, debiendo ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, y desde el punto de vista de acceso a la casación, «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 determine en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (STS 614/2009, de 28 de septiembre).

3 RDCA-2012-XVIII

• ***INVOCACIÓN ARTIFICIOSA DEL* STANDUM**

A. TSJA, 15 de diciembre de 2011

En el escrito de interposición del recurso de casación se denuncia infracción del artículo 3 Comp., por lo que la competencia para conocer del mismo corresponde al TSJA (478.1.2º Lec.). El principio *standum est chartae* tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Pero en el caso presente no se ha planteado la prevalencia de norma no imperativa sobre lo convenido en la carta. Se aprecia, por eso, que la invocación del referido principio se lleva a cabo de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral. En consecuencia, se declara la inadmisión del recurso (art. 483.2.2ª en relación con el artículo 477.1 Lec.).

14 RDCA-2012-XVIII

• ***POR RAZÓN DE LA CUANTÍA***

S. TSJA 25/2012, 11 de julio

Aun habiendo sido interpuesto el recurso de casación por interés casacional, pero con defectuosa argumentación del mismo, se admite porque, siendo la cuantía superior a los 3000 euros, se permite su acceso sin necesidad de otra argumentación (art. 2.1, Ley 4/2005). El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo Ley citada), para propiciar la creación de la jurisprudencia que complemente nuestro ordenamiento civil. Lo establecido en el artículo 2.2 permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional.

34 RDCA-2012-XVIII

DERECHO TRANSITORIO

• ***CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM.)***

S. APZ, 29 de abril de 2010

La Lrem se aplica a todos los matrimonios ya celebrados desde el 23 de abril de 2003, pero respecto a la composición del activo deberá estarse a su calificación según el Derecho aplicable en el momento de la adquisición del bien.

77 RDCA-2012-XVIII

• ***CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN***

S. TSJA 7/2012, 29 de febrero

Para la liquidación de una sociedad conyugal tácita disuelta en 1937 no es de aplicación el Apéndice sino las normas de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, especialmente los artículos 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda para la liquidación del régimen económico matrimonial (DT 1ª Lrem.)

22 RDCA-2012-XVIII

DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

S. TSJA 2/2011, 29 de marzo

Se recuerda la doctrina del levantamiento del velo elaborada por el Tribunal Supremo. La aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un levantamiento del velo que quien lo insta

haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificiosamente se haya usado (abusado de) una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento fraudatorio o con un fin fraudulento. La prueba practicada no es arbitraria o ilógica y el fraude no ha quedado demostrado por lo que se deniega el levantamiento del velo. El motivo de infracción procesal no prospera y, en consecuencia, los motivos de casación se desestiman

4 RDCA-2012-XVIII

JURISPRUDENCIA

• ***FIJACIÓN DE JURISPRUDENCIA***

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

La fijación de jurisprudencia tiene lugar, conforme a lo ordenado por el artículo 1.6 Cc., por la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley. Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.

44 RDCA-2012-XVIII

LEY DE CAZA

• ***INAPLICABLE***

S. JPI Huesca núm 2, 9 de febrero de 2010

Se ha acreditado que los daños no se han causado como consecuencia directa de la acción de cazar, por lo que en el presente caso no sería responsable la Comunidad de Aragón (art. 71 bis de la Ley de Caza de Aragón), debiendo regir el régimen general de responsabilidad civil establecido en el Cc. (art. 1906) y su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, es decir, la responsabilidad por el riesgo derivado del uso del coto, que en el presente caso recae evidentemente sobre la entidad demandada, «Sociedad de Cazadores», cuyo coto resulta colindante con el punto en que se produjo el siniestro, por lo que la demanda debe estimarse.

93 RDCA-2012-XVIII

• ***RESPONSABILIDAD***

S. APH, 2 de febrero de 2013

La responsabilidad civil de los titulares de los cotos de caza se limita a los casos en los que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. En el caso, al tratarse de un accidente de tráfico (jabalí que irrumpe en la calzada) el daño no deriva de la acción directa de cazar, por ello habrá que ver si ha habido la suficiente diligencia por parte de la sociedad en el cuidado del vallado a la luz de la previsión del artículo 47 Ley de caza. En este caso hay responsabilidad de la sociedad, puesto que en las inmediaciones del lugar siniestrado no había suficientes elementos disuasorios que tendieran a alejar a los animales de las carreteras y demás vías públicas

69 RDCA-2012-XVIII

S. APZ, 26 de febrero de 2010

El dueño del coto de caza debe responder de los daños causados por los conejos que excesivamente proliferan en la zona, que ramonean los troncos de los árboles de la finca vecina, por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar su multiplicación, como impone la legislación vigente, y teniendo dicha responsabilidad carácter objetivo (art. 71 Ley de Caza de Aragón y art. 1906 Cc.)

72 RDCA-2012-XVIII

S. APZ, 10 de marzo de 2010

Para que pueda prosperar la acción dirigida contra la sociedad de cazadores titular del coto de caza es preciso probar cumplidamente que la responsabilidad recae sobre el mismo, por ser el accidente consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, supuestos significativos de la exclusión en este ámbito de criterios de responsabilidad objetiva, por más

que el principio de facilidad probatoria ponga sobre el titular del coto la prueba de la adecuada conservación. El accidente se produjo fuera de temporada de caza y el INAGA ha certificado el cumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales como titular del coto. Por lo tanto es el conductor del vehículo que colisionó con la pieza de caza es el que debe soportar el daño al no haberse probado la falta de diligencia de la demandada.

74 RDCA-2012-XVIII

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

• ***FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL***

A. TSJA 4 de julio de 2012

El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal (no acompañado de recurso de casación foral) por error patente, arbitrariedad e irracionalidad en la valoración de la prueba, pero con sustento en un precepto sustantivo (art. 82 CDFA) que, en realidad, pretendía una valoración de la prueba distinta, sin demostración de que la efectuada en la sentencia recurrida hubiera sido efectivamente irracional, arbitraria o absurda. La Sala debe abstenerse de conocer del presente recurso, por falta de competencia funcional, al ser competente el TS (art. 56.1º LOPJ). Al haber ya sido interpuesto el recurso procede, conforme al artículo 62 Lec., abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

32 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 12 de julio de 2012

Falta de competencia funcional del TSJA para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haberse formulado simultáneamente recurso de casación foral, pues conforme a lo dispuesto en la DF 16ª Lec. corresponde al TS, Sala Primera, la competencia para el conocimiento de estos recursos. Y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues será cuestión a resolver por el Tribunal competente. Por ello, debe esta Sala abstenerse de conocer el presente recurso (arts. 56.1º LOPJ y 62 Lec.) y, conforme al artículo 62 Lec. al haber ya sido interpuesto el recurso, dispone la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

35 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 19 de noviembre de 2012

Esta Sala sólo resultaría competente si se interpusiera simultáneamente recurso de casación para cuyo conocimiento también lo fuera pues, en otro caso, correspondería a la Sala Primera del TS la competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. No siendo competente para conocer de un hipotético recurso de casación pues se aplican en la sentencia recurrida normas de derecho civil estatal y no normas de derecho civil aragonés, es claro que la Sala del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso.

50 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 27 de noviembre de 2012

El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso al no haberse interpuesto también recurso de casación foral, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del TS (arts. 73.1 y 56.1 LOPJ, en relación con la DF 16ª Lec.), por lo que procede abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso (art. 62 Lec.).

55 RDCA-2012-XVIII

• ***INADMISIÓN***

A. TSJA, 17 de diciembre de 2012

No se admite el recurso por carecer manifiestamente de fundamento al haber alegado que «ambas sentencias, la de instancia y la de apelación, contienen una insuficiente motivación sobre la custodia compartida...». Ante tan genérica impugnación no cabe sino resaltar que en el FD 2º de la sentencia de la Audiencia especifica con claridad qué circunstancias ha valorado para excluir en este caso el posible establecimiento de la custodia compartida.

Ante la falta de concreción del recurrente sobre qué extremos entiende que debieron ser tratados y no lo han sido, en la motivación de que se trata, debe estarse, en definitiva a entender que sí existe motivación clara y determinante del sentido del fallo.

57 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA, 21 de diciembre de 2012

El motivo fundamente la infracción procesal en la vulneración del principio de justicia rogada, por haberse acordado una modificación de medidas que no fue solicitada en la demanda. No se admite el motivo, entre otras razones, porque se trata de un pronunciamiento propio de los efectos personales de la ruptura y relacionado con un menor, ámbito en el que el TS entiende que no rige el principio de rogación. El segundo motivo tampoco se admite porque, aunque se denuncia falta de motivación de la sentencia, la parte pretende en realidad combatir la valoración de la prueba.

61 RDCA-2012-XVIII

• ***VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA***

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre

El trámite de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario (art. 469.1.4º Lec.). Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos. La valoración efectuada no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica.

54 RDCA-2012-XVIII

51: FUENTES

«STANDUM EST CHARTAE»

• ***INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO***

S. TSJA 1/2011, 26 de enero

El principio «standum est chartae» tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (vénase las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.

2 RDCA-2012-XVIII

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

S. APZ, 4 de junio de 2010

El presupuesto esencial para su aplicación estriba en la desigualdad que resulta de la contraprestación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que se disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Para que pueda ser admitida la pensión temporal es necesario que sea un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma y no cabe desconocer que en muchos casos la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que produce la separación o el divorcio es la pensión vitalicia. Como hay desequilibrio y no puede preverse si puede o no ser superado no procede limitarla en el tiempo como así se ha hecho en la instancia.

82 RDCA-2012-XVIII

• ***CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO***

S. TSJA 1/2012, 11 de enero

Recuerda la Sala que la asignación compensatoria no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. a la pensión compensatoria (STSJA 15/2011, de 30 de diciembre). Para señalarla con carácter temporal o indefinido el artículo 83 CDFA provee al juez de unos criterios similares a los indicados en el Cc., y la invitación a la «ponderación equitativa» de los mismos no añade un modo de aplicar la norma distinto del que debe seguirse para el artículo 97 Cc. En la jurisprudencia del TS se afirma que para el señalamiento del plazo de la pensión compensatoria, que estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, «habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las operaciones a realizar–, lo que es equivalente a la ponderación equitativa de la norma aragonesa. Es perfectamente asumible la doctrina del TS.

17 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre

El artículo 83.2 CDFA contrapone la naturaleza temporal de la asignación a la indefinida (en el art. 97 Cc. la compensación puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única), pero indefinido no es igual a vitalicio. El carácter indefinido es el que establece la ley para las pensiones o asignaciones que no tienen un límite temporal concreto, pero que puede serles fijado en un momento determinado, puesto que cabe la revisión o extinción por la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, lo cual se compagina mal con el carácter vitalicio, que admitiría con más dificultad la revisión o extinción.

15 RDCA-2012-XVIII

• ***INAPLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL***

S. TSJA 14/2012, 11 de abril

Existiendo norma aragonesa reguladora de la asignación compensatoria (art. 83 CDFA), no son de aplicación los preceptos del Código civil que la parte recurrente cita como infringidos (97, 100, 101 y concordantes). Pedida la extinción de la pensión compensatoria, la norma atinente al caso es el artículo 83.5 CDFA.

25 RDCA-2012-XVIII

• ***NATURALEZA***

S. TSJA 14/2012, 11 de abril

Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija parapléjica de 33 años de edad son instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en este caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquélla con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos. Es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija, porque las consecuencias de la minusvalía de ésta se han agravado y con ello los gastos precisos para su asistencia, precisando de ayuda de terceras personas, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

25 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre

La asignación compensatoria prevista en el artículo 83 CDFA no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 Cc. a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación compensatoria aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. La norma aragonesa no es diferente de la del artículo 97 Cc. pues trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. No es correcto interpretar que exige un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia.

15 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 26/2012, 13 de julio

Se reitera la interpretación del artículo 83 CDFA dada en la STSJA 15/2011, de 30 de diciembre. En resumen: trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el artículo 97 Cc. al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

36 RDCA-2012-XVIII

• ***PONDERACIÓN EQUITATIVA DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 83.2***

S. TSJA 1/2012, 11 de enero

La fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal, así como su cuantía, depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que no puede ser revisada en esta vía casacional salvo cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

17 RDCA-2012-XVIII

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

DEL MAYOR DE CATORCE AÑOS

S. APZ, 30 de diciembre de 2010

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de represente legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, artículo 13-2 Comp.

90 RDCA-2012-XVIII

INCAPACIDAD

• ***INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD***

A. JPI Huesca núm. 2, 29 de enero de 2009

El paciente no tiene capacidad actual para poder decidir (aceptar o rechazar) el tratamiento propuesto (amputación de la extremidad inferior), por lo que resultan de aplicación los artículos 9.3.b de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y el 14.1.a de la Ley de Salud de Aragón, que disponen que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, facultad que corresponde a los familiares más allegados, y habiendo manifestado el paciente que carece de ascendientes, descendientes y de cónyuge, así como de otros parientes, procede en el presente caso una decisión judicial, y la decisión judicial debe autorizar la intervención solicitada, dado que es la decisión más ajustada a la preservación de la vida del paciente (art. 15 CE).

92 RDCA-2012-XVIII

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. APH, 25 de marzo de 2010

A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedo atribuido a la hija y al cóyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el artículo 96 Cc.

62 RDCA-2012-XVIII

• ***LIMITACIÓN TEMPORAL***

S. TSJA 26/2012, 13 de julio

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. El artículo 81.3 deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite temporal, y es fijación entre de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de revisión en casación.

36 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

Adecuada atribución del uso de la vivienda familiar a la madre titular de la guarda y custodia individual en aplicación del artículo 81.2. El tiempo de uso queda limitado a un periodo inferior (de 8 años pasa a 6 años), por entender la Audiencia que la anterior limitación temporal daba un tiempo de uso excesivo, contrario a la naturaleza esencialmente temporal de este derecho. Ello resulta adecuado a las facultades que concede el artículo 81.3 a los tribunales para ajustar esa duración a las circunstancias concretas de cada familia.

53 RDCA-2012-XVIII

• ***PREVISIÓN JUDICIAL DE VENTA***

S. TSJA 26/2012, 13 de julio

Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.2. Aunque la sentencia se hubiera limitado fijar un plazo al derecho de uso, nada impediría al esposo, transcurrido ese lapso, solicitar la liquidación o -en su caso- ejercitar su derecho a la división con base en los artículos 400 y ss. del Cc. Cuestión diferente será el precio, el procedimiento para la venta, y las demás cuestiones atinentes a la medida acordada, que la sentencia (como la norma) no concreta.

36 RDCA-2012-XVIII

AUTORIDAD FAMILIAR

• ***EDUCACIÓN RELIGIOSA***

A. APZ, 5 de octubre de 2010

El auto recurrido otorga al cónyuge custodio la facultad de decidir si las menores han de recibir o no el sacramento de la comunión a través del dogma católico; fallo que es recurrido por la cónyuge no custodia. Dentro del contenido de la autoridad familiar se atribuye a los padres la decisión sobre la formación religiosa de los hijos hasta que estos alcancen 14 años, y ello debe ser consensuado por ambos progenitores, debiendo resolver el juez en caso de discrepancia artículo 7.1 LDp. Los padres contrajeron matrimonio católico, las hijas están bautizadas y van a catequesis, y habiendo expresado libremente las menores su opinión en la exploración judicial, el interés de las mismas está mejor protegido con la postura mantenida por el progenitor custodio. En estos casos, no parece que judicialmente deba ser impuesta de forma coercitiva y de forma judicial lo que deban hacer las menores.

86 RDCA-2012-XVIII

• ***PRIVACIÓN***

S. APH, 23 de julio de 2010

El incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la autoridad familiar, como son velar por el hijo menor, visitarlo y relacionarse con él, aunque vivan separados, como disponen los artículos 56 y 77 LDp. (59 y 90 CDFA) conlleva la privación total de la autoridad familiar. En este caso, el padre no ha tenido ningún tipo de contacto con sus hijos menores en los últimos cinco años, sin visitarlos, llamarlos por teléfono, ni con ocasión de sus cumpleaños, ni siquiera el demandado ha pagado la pensión de alimentos de forma voluntaria sino merced al embargo trabado en su nómina.

67 RDCA-2012-XVIII

DERECHOS Y PRINCIPIOS

• ***DERECHO DE LOS PADRES A LA IGUALDAD***

S. TSJA 27/2012, 24 de julio

El artículo 76.2.b CDFA traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido (art. 14 CE). Pero una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Lo que pretende el artículo 14 CE (STC 125/2003, de 19 de junio) es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al artículo 5.1 CDFA, y que responde a la voluntad de la hija mayor.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

El derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres (76.3.a) y la igualdad de éstos en las relaciones con sus hijos (76.3.b) no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual, pues ello impediría la elección de la custodia individual cuando sea lo más conveniente conforme a los parámetros establecidos en el artículo 80.2 y sintetizados por la doctrina de esta Sala. Tales derechos quedan a salvo, en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio quien, además, ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.

53 RDCA-2012-XVIII

• ***PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR***

S. APH, 25 de marzo de 2010

Es preciso destacar que no son los intereses de los padres, sino el interés superior de la menor, el que siempre prevalece en esta materia, de manera que las medidas judiciales que se adopten deben atender a ese interés, estando facultados los jueces para actuar de oficio en la adopción de medidas necesarias para salvar los derechos de los menores habida cuenta del carácter público del bien tutelado.

62 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre

El principio del interés superior del menor o *favor filii* informa todo el ordenamiento, no sólo el aragonés, opera 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 (STC 176/2008, de 22 de diciembre y STC 185/2012 de 17 de octubre). Se citan los preceptos de Derecho internacional, nacional y aragonés que lo recogen. En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público (por todas, STS de 12 de mayo de 2012) y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con independencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

60 RDCA-2012-XVIII

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS

• ***CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL***

S. APH, 26 de marzo de 2010

La contribución del padre para satisfacer los alimentos ha de adaptarse a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, artículo 93 Cc. La cuantía de los alimentos debe ser proporcionada no sólo al caudal del alimentante, sino también a las necesidades del alimentista, como indica el artículo 146 Cc., y la cantidad con la que el cónyuge no custodio deba contribuir a esos gastos dependerá del caso concreto. Cuando se adoptaron de mutuo acuerdo las medidas la cantidad era adecuada (la menor tenía 1 año), pasado el tiempo se ha producido un cambio sustancial de circunstancias (art. 775 Lec.) lo que permite modificar la pensión alimenticia estimar el recurso intepruesto por el padre fijando

la pensión en 300 euros mensuales actualizables conforme al PIC.

63 RDCA-2012-XVIII

S. APZ, 27 de mayo de 2010

La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse en consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades y de las efectivas necesidades de aquellos según los usos y las circunstancias de la familia o, como dice el artículo 146 Cc., proporcionalmente al caudal y los medios de quienes los da y a las necesidades de quien los recibe.

80 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 2/2012, 11 de enero

La proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del padre que ha visto alteradas sustancialmente sus circunstancias económicas (art. 775 Lec.); sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos no desaparece por la peor fortuna del progenitor.

18 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 32/2012, 16 de octubre

En casación no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso extraordinario. Se reitera la jurisprudencia del TS y del TSJA que declara que el juicio de proporcionalidad de la pensión del artículo 82 CDFA corresponde a los tribunales de instancia y no es susceptible de revisión salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional deduciendo el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal.

45 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre

No se considera oportuno fijar en este resolución (la estimación del recurso de casación conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia) si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada (como propone el padre en su demanda) o de otro modo. Si perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFA sin las matizaciones contenidas en la demanda. En consecuencia, no se abonará entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios del hijo menor correrán de cuenta de ambos padres por partes iguales. Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 42/2012, 20 de diciembre

No es ajustada al artículo 82 una afirmación de carácter general de que no es relevante la situación económica de la madre para determinar la contribución del padre a los gastos de asistencia de los hijos. Hay que tener en cuenta la situación económica de ambos progenitores. La proporcionalidad quedó establecida en la sentencia de primera instancia, en la de apelación no hay datos diferentes ni valoración contraria a los mismos, salvo meras sospechas de que los ingresos del recurrente son mayores y las consideraciones sobre la relevancia de la disminución de sus gastos. Tales apreciaciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no pueden servir para modificar la proporcionalidad fijada en la sentencia del Juzgado. Al hacerlo infringe los artículos 79.5 y 82 CDFA.

59 RDCA-2012-XVIII

• ***GASTOS EXTRAORDINARIOS NECESARIOS***

S. TSJA 15/2012, 12 de abril

La contribución de los progenitores, tanto a los gastos ordinarios como extraordinarios necesarios de sus hijos menores, ha de ser pro-

porcional a sus recursos económicos disponibles (art. 82.1 y 82.4 CDFA). La distribución entre los padres de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción que los ordinarios, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25%. Ello referido a los extraordinarios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal.

26 RDCA-2012-XVIII

• ***GASTOS EXTRAORDINARIOS NO NECESARIOS***

S. TSJA 2/2012, 11 de enero

Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de la matrícula de la hija en la Universidad Privada «Antonio Nebrija» de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Lidera», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, porque ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, no puede ser de cargo del padre recurrente por aplicación del artículo 82.4 CDFA.

18 RDCA-2012-XVIII

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

• ***ALIMENTOS LEGALES***

S. APZ, 11 de octubre de 2010

Las circunstancias concurrentes, la edad de la actora y su inserción en el mercado laboral desde hace cuatro años, impiden la fijación de alimentos con cargo al padre (divorciado de la madre), de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LDp. (art. 69 CDFA), y ello pese a que su salario no le permita una vida absolutamente independiente, por cuanto tiene en su mano su progreso laboral tendente al logro de la independencia buscada y el sustrato de necesidad que caracteriza a los alimentos no concurre en este supuesto, al constar que ha trabajado anteriormente a jornada completa con un salario razonable que le permitiría su independencia.

87 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo

Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda en el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los mayores de edad (art. 93.2 Cc.). Aunque en la fecha del divorcio el hijo sea todavía menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y el uso del domicilio, la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio (modificación de medidas), la citada pensión alimenticia. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc. A partir de ese momento, si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y ss. del Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo

Voto particular: En Aragón, en los casos previstos en el artículo 69 CDFA, las obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto regulado en el artículo 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el Cc., y sólo al hijo corresponde la legitimación para la reclamación de alimentos legales, no siendo de aplicación el artículo 93.2 Cc. No existe norma de contenido semejante al artículo 69 CDFA en el Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 16/2012, 16 de abril

El demandante invocó en su demanda tan sola la regulación de los artículos 142 y ss. del

Cc., sin referencia alguna al artículo 69 CDFA, mientras que la Audiencia valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el artículo 69 CDFA. El Tribunal, conforme al principio *iura novit curia,* debe observar el derecho que crea realmente de aplicación, con ello no se modifica la causa de pedir, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trate de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial. Pero la aplicación al caso del artículo 69 CDFA es incorrecta porque no se dan sus presupuestos.

27 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 23/2012, 4 de julio

La hija menor, de 21 años al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en 2009 una titulación de grado medio y en 2010 accedió al mercado laboral. En el curso 2011-12 se ha matriculado en otro módulo de grado medio complementario del ya realizado. La hija mayor contaba con 25 años de edad al interponerse la demanda y había obtenido una formación académica que la capacita para ejercer una profesión o encontrar trabajo, pero se ha matriculado en la carrera de ciencias empresariales. Completada su formación la obligación de los padres de costear sus gastos de crianza y educación se extingue (art. 96 CDFA). Las circunstancias personales (síndrome depresivo, trabajo precario) no determinan que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. Si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, que la hija podrá reclamarla ex artículos 142 y ss. Cc.

31 RDCA-2012-XVIII

• ***Excepcionalidad de la previsión legal***

S. TSJA 11/2011, 30 de noviembre

El Derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, y el artículo 69 prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurran las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla. La excepcionalidad de la previsión se evidencia porque requiere que se den las circunstancias en ella previstas y que no se superen sus límites, además se extingue a los 26 años. En la necesidad de formación que permite mantener la pensión a los hijos mayores de edad no se incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de especialización remunerada.

11 RDCA-2012-XVIII

• ***Formación profesional completada***

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo

El hijo, cumplidos los 18 años, se incorporó al mercado laboral, dando por concluida su formación profesional, y no parece que no hubiera completado su formación profesional. Por ello no se ha producido una aplicación indebida del artículo 69 CDFA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal *a quo*.

Cosa distinta es que se deban alimentos legales al hijo mayor de edad. En el proceso de divorcio, según el artículo 93.2, el Juez puede fijar los alimentos que sean debidos al hijo mayor de edad. Producido el divorcio con anterioridad a la mayoría de edad del hijo, si se mantiene la convivencia con uno de los padres, la norma habilita para decidir, en la modificación de medidas de divorcio, la citada pensión alimenticia, que sólo se extinguirá en los términos prevenidos en el artículo 152 Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

• ***Límites legales***

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre

La Sala recuerda el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de

crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación (Ss. 8/2009 de 2 de septiembre, 12 de mayo de 2010 y 11/2011, de 30 de noviembre). El límite legal de dicha obligación se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica y, en todo caso, con un límite final en los 26 años de edad. La realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aun iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no entraña la obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, sino que dicha obligación se da dentro de los límites legales del artículo 69 CDFA.

15 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 16/2012, 16 de abril

La situación especial que resulta del artículo 69 CDFA no es indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad (que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios), o en los demás casos previstos en el propio artículo 69 (que ya no sea razonable su exigencia por haber transcurrido el tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años). En tales casos termina la especial prolongación del deber de crianza y educación vinculado a la autoridad familiar, y a partir de ese momento queda salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título: por la vía del régimen general de alimentos y previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o causada por su falta de diligencia.

27 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 23/2012, 4 de julio

En la fecha de apertura del proceso la hija mayor tenía 25 años si bien al dictarse la sentencia de la Audiencia ya ha cumplido los 26 años, por lo que ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, conforme al artículo 69 CDFA. El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis», así como los principios de congruencia y rogación, no pueden ser contemplados de forma rígida en los procesos de familia en los que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos menores de edad, pues durante el procedimiento se producen modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar (art. 752.1 Lec.). Para decidir sobre el mantenimiento de la pensión hay que atender a la evolución de su formación. Antes de cumplir los 26 años había perdido el derecho a la pensión por haber concluido su formación académica.

31 RDCA-2012-XVIII

- ***Mantenimiento, no constitución ex novo***

S. TSJA 16/2012, 16 de abril

La norma del artículo 69 CDFA permite el mantenimiento o prolongación de la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar, a pesar de que tal autoridad familiar preexistente haya terminado por la emancipación o mayoría de edad del hijo, pero no permite su constitución ex novo si la prolongación del deber de sostenimiento no tuvo lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica.

27 RDCA-2012-XVIII

- ***Proceso de separación o divorcio: legitimación***

S. APZ, 22 de junio de 2010

En lo que se refiere a la pensión de alimentos a los dos hijos, el juez de instancia la señala para uno de los hijos, pero no para hija, pues aun reconociéndose a la madre legitimación para pedirla, no las pidió, de manera que si el padre no la paga voluntariamente, la parte contraria deberá solicitar más adelante modificación de medidas. Aun cuando el recurrente señala pensión para la hija, esta última no puede señalarse pues al convivir la hija con la madre, sólo la actora y no su marido puede reclamarla en el proceso matrimonial, ex artículo 93-2 Cc. No solicitada ni por la madre ni por la hija dicha pensión no puede el tribunal obrar de oficio al tratarse de un derecho sometido al principio de rogación.

84 RDCA-2012-XVIII

- ***Régimen especial del deber de crianza y educación***

S. TSJA 16/2012, 16 de abril

El artículo 69 CDFA establece un régimen especial de observancia de la obligación de los

padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad. Pese a ser mayor o emancipado, si se dan los presupuestos de la norma, se mantiene el derecho del hijo, y consiguiente obligación de los padres, de que éstos sufraguen su sostenimiento sin necesidad de acudir al régimen general de alimentos. El deber de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación. Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar.

27 RDCA-2012-XVIII

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

• ***DISPOSICIÓN HASTA LOS 14 AÑOS***

S. APZ, 30 de diciembre de 2010

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de represente legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, artículo 13-2 Comp.

90 RDCA-2012-XVIII

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

• ***CARGA DE LA PRUEBA***

S. TSJA 13/2011, 15 de diciembre

El principio dispositivo propio del proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia e intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 Lec.), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal (art 752.1 Lec.). Así que no se aplican rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), y en la valoración de la misma hay que partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia compartida de sus hijos.

13 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

Es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones y solicitar o no la práctica de informe pericial es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones. La facultad de interesar o no la práctica de prueba pericial incluye la de renunciar a la práctica de la prueba pericial inicialmente interesada.

24 RDCA-2012-XVIII

• ***DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO***

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre

De los preceptos citados por el Ministerio Fiscal, en apoyo de su petición de nulidad de la sentencia recurrida por no haber sido explorada judicialmente una menor de 10 años de edad (arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la LO 1/1996 y 6 del CDFA), se desprende la necesidad de que en los casos que indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, pero no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos. La menor fue oída por los profesionales que la entrevistaron para elaborar sus informes periciales.

46 RDCA-2012-XVIII

• ***DERECHO TRANSITORIO***

S. TSJA 17/2012, 18 de abril

En materia de guarda y custodia son dispares los principios inspiradores del Código civil y del Derecho aragonés. Ante la innovación introducida por la Ley 2/2010 respecto del régimen preferencial del Cc., la DT 1ª (6ª del CDFA) otorgó a la petición de custodia compartida el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas, incluso de mutuo acuerdo, respecto de la guarda y custodia. Este cauce de revisión permitía solicitar la custodia compartida en el plazo de un año desde su entrada en vigor para todas las medidas adoptadas con anterioridad sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. La revisión se permite porque en el régimen anterior la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los menores, a diferencia de la regulación actual.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre

Si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2011, que no aplica dicha Ley, y la de 10 de diciembre de 2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada (art. 222 Lec.). Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 y a la vista de su DT 1ª. La revisión de las medidas adoptadas bajo la legislación anterior puede solicitarse durante un año desde el día en que entró en vigor la nueva ley, el 8 de septiembre de 2010. Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.

58 RDCA-2012-XVIII

• ***FACTORES PARA EXCEPCIONAR LA CUSTODIA COMPARTIDA***

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

El haber superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que los hijos vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia, el que no tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, así como la opinión de los menores favorable a vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial, son factores que, en el caso, no permiten excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida. Tampoco se acredita que la distancia que separa la casa del padre de la de la madre constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio

Las sentencias de instancia razonaron la adopción de la custodia individual en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del artículo 80.2 CDFA y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisprudencial de instancia comprende.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 27/2012, 24 de julio

La valoración de la prueba (pericial y exploración judicial de la menor) se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos (nacida en 2002), que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. Una vez adoptada una decisión sobre la hermana mayor, es de aplicación el principio de no separación de los hermanos (art. 80.4). Los factores del artículo 80.2 CDFA han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta, dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 28/2012, 24 de julio

Tras recordar los criterios exegéticos de la Sala para la aplicación del artículo 80.2 CDFA,

entiende la Sala que la Audiencia ha realizado una detallada valoración de la prueba al amparo del artículo 80.2 en sus apartados c), referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, de modo que esta Sala no advierte infracción alguna del reiterado artículo 80.2 CDFA.

41 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 29/2012, 25 de septiembre

La corta edad del niño (3 años en 2011) es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la Ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vea favorecido por el cambio semanal de domicilio tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien parece más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal.

42 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre

La conflictividad existente entre los progenitores es una circunstancia que puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero tanto en custodia compartida como en custodia individual. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales. La corta edad del menor (nacido en 2009) es el primero de los factores del artículo 80.2 CDFA pero no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y no concurren pues el niño acude ya a la guardería. Los horarios laborales de los padres, así como la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, tampoco resultan concluyentes en el caso para descartar la custodia compartida.

43 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

La decisión favorable a la custodia individual de la madre no se basa solo en las mejores posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de la madre (art. 80.2.e CDFA) sino, además, en la edad de los hijos (80.2.a) que aconseja mantener determinados hábitos favorecedores de su estabilidad física y emocional y, fundamentalmente, en el informe pericial psicológico (art. 80.3) y en la opinión de la hija mayor (80.2.c). La expresión de la sentencia («no existen motivos que justifiquen que es más beneficiosa la custodia compartida»), tras la amplia explicación de las pruebas tenidas en cuenta, debe ser entendida en el correcto sentido de que, a la vista de las mismas, la custodia individual aparece en este caso como más beneficiosa.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre

La exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que infringe el artículo 80.2 CDFA al haber establecido la custodia individual a favor de la madre.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre

La custodia individual a favor del padre ha sido reconocida y correctamente valorada en las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones su-

periores a las normales, que su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.

60 RDCA-2012-XVIII

• ***Infracción de la preferencia legal por argumentación incorrecta***

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre

Dice la Audiencia que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables». Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el artículo 80.2 CDFA, y que ha sido 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. Los cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida. Se casa y anula la sentencia.

54 RDCA-2012-XVIII

• ***Interés del menor***

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre

El interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.

58 RDCA-2012-XVIII

• ***La opinión de los menores***

S. TSJA 27/2012, 24 de julio

La opinión de los menores, especialmente tenida en cuenta en este caso, resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al artículo 5 CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre

La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

46 RDCA-2012-XVIII

• ***Ley aplicable***

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre

Lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo, por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 Cc.), y como de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del hijo, a los efectos de resolver este conflicto debe operar el criterio subsidiario del artículo 9.4 Cc. y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.

60 RDCA-2012-XVIII

• ***OPCIÓN LEGISLATIVA DISTINTA DE LA DEL CÓDIGO CIVIL***

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

En materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Cc. y del Derecho aragonés. El Cc. (art. 92) 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 por ambos exige el acuerdo de ellos, 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, el artículo 80.2 CDFA ordena que, en interés de los hijos menores, el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida... Esta innovación justifica que la petición de custodia compartida haya sido causa de revisión de las medidas previamente acordadas (DT 6ª CDFA).

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero

No es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida [de custodia compartida] si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el artículo 80.2 CDFA se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en ausencia de pacto de relaciones familiares.

21 RDCA-2012-XVIII

• ***PERÍODOS DE CUSTODIA COMPARTIDA***

A. TSJA, 30 de diciembre de 2011

Auto aclaratorio de la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre. La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida (Preámbulo VII Ley 2/2010). Además, lo que debe observarse primordialmente en el reparto de los períodos es el interés del menor y no el de los padres, a lo que no obsta que en alguno de los períodos se tenga la custodia de los hijos algún día más o menos.

Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos (que son de cinco meses más uno de vacaciones) o períodos de dos meses, u otros que ayuden a conjugar el interés del hijo y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés del hijo común.

16 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

Se acuerda el establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores. Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2012, 12 de abril

La solución adoptada es un régimen de custodia compartida *sui generis* al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino que se amplía el tiempo de permanencia de los niños con el padre: las dos tardes intersemanales se completan con pernocta y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio.

26 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2012, 18 de abril

A salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guarda y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente. Cabe per-

fectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común. Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.

28 RDCA-2012-XVIII

- ***PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA***

S. TSJA 13/2011, 15 de diciembre

El legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida (art. 80.2 CDFA), al presumir que es el más conveniente para el menor, por lo que debe aplicarse 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. La adopción de la custodia individual, como excepción a la regla, exige una atenta valoración de la prueba que la acredite como el régimen más conveniente para el menor. Las razones de esta preferencia las explica el Preámbulo de la Ley 2/2010. La preferencia resulta también de los artículos 79.5 y 80.5 CDFA. La prueba de la falta de aptitud, capacidad y disposición de un progenitor (su capacidad se presume), será la que podrá determinar la custodia individual del otro, sin que quepa presumir la incapacidad de un padre para el futuro por su pasada dedicación a la familia o al trabajo.

13 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, de modo que, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última. La práctica y valoración de prueba efectuada en procedimiento anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 a la que la sentencia impugnada recurre, no tiene en cuenta los factores de la nueva ley ni motiva suficientemente como quiere la nueva ley el establecimiento de la custodia compartida, por lo que no respeta la actual preferencia del legislador por la custodia compartida.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2012, 12 de abril

Reiteración de la doctrina jurisprudencial contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, sobre la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional. También reitera que la custodia compartida se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no se pruebe que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general.

26 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2012, 18 de abril

Esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, 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. La doctrina jurisprudencial la contiene la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que aquí se reitera.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 22/2012, 6 de junio

La Audiencia, al argumentar que la petición de custodia compartida del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en previsiones y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención del hijo, infringe la preferencia legal por la custodia compartida del artículo 80.2 CDFA. El informe pericial propone el sistema de custodia

compartida, lo que acredita la capacidad del padre. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, mientras no se pruebe lo contrario.

30 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio

La sentencia reitera la doctrina legal contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 29/2012, 25 de septiembre

Tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 80.2 CDFA y la preferencia del legislador por el sistema de custodia compartida, considera que la sentencia de la Audiencia no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor, por lo que se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no pueden prevalecer las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, dice la madre que planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.

42 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre

Se reiteran los criterios de interpretación del artículo 80 sintetizados en la STSJA de 1 de febrero de 2012. La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFA evidencian que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida. Ni el enfrentamiento entre los padres, ni la corta edad del menor (nacido en 2009), ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, son circunstancias que, por sí solas, permitan rechazar en el caso de autos la custodia compartida.

43 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La sentencia reitera el resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA contenidos en la STSJA 4/2012 de 1/2. Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, hemos de comprobar si los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, han seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre

En la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 80.2 la Sala ha considerado que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor el sistema de guarda compartida, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge en el artículo 80.2, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ellas el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor.

54 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 4/2012, 1 de febrero

Doctrina legal sobre el artículo 80.2 CDFA: a) La custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés, 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; b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor, c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, para evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 CDFA; d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida. Para ello será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales obrantes y la opinión de los menores, si tienen suficiente juicio. La decisión de custodia individual debe razonarse suficientemente.

19 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre

Establecida la preferencia legal por la custodia compartida, para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, las citadas expresamente en el artículo 80.2 CDFA. En consecuencia, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere, tras una cuidadosa valoración de la prueba, más conveniente en el caso concreto. Si en el caso concreto no existe esa constancia realmente evidenciada de ser mejor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 5/2012, 8 de febrero

Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por 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.

Reitera los criterios exegéticos del artículo 80.2 resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

La sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada (informes periciales) teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto y de tal valoración se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.

20 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero

Se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. Se reiteran los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80.2 CDFA resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. No es cierto que deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y el artículo 80.5 le da un alcance opuesto al que se pretende en el recurso.

21 RDCA-2012-XVIII

• ***PRINCIPIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS***

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre

El precepto establecido en el artículo 80.4 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. No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos el joven A podrá relacionarse con su hermano de madre cuando corresponda a ésta la custodia y cuando corresponda al padre mediante el sistema de visitas con el progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.

54 RDCA-2012-XVIII

• ***PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE***

S. TSJA 17/2012, 18 de abril

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 solo entonces se otorgará. En el presente caso, apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que debe estarse a esta última. El régimen legal preferente es la custodia compartida por lo que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio

La preferencia legal por la custodia compartida puede excepcionarse 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. La adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.

33 RDCA-2012-XVIII

• ***VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA***

S. TSJA 13/2012, 9 de abril

El informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior ha sido aportado en este pleito como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquél procedimiento, porque no es en éste prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente.

El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio

Para la acreditación de las circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, 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. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 27/2012, 24 de julio

La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 Lec., y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el artículo 218.2 Lec. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión.

Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija mayor, nacida en 2002, y adoptada en 2006, que manifestó que está bien con el sistema actual de visitas con su padre. La menor tiene capacidad suficiente, a tenor del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derecho del Niño de 1989, y su opinión ha sido tenida en cuenta de un modo especial.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre

Los tribunales pueden establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor. La valoración de la prueba practicada corresponde a las instancias procesales, y la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4º Lec., cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto tal valoración resulta del análisis de la opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos informes, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 CDFA

46 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 35/2012, 26 de octubre

Se reitera que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la caloración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión».

48 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre

La sentencia recurrida, asumiendo la valoración de la prueba realizada por el Juzgado, y explicando ampliamente las razones de tal asunción, llega razonadamente a su conclusión de entender más beneficiosa en este caso la custodia individual de la madre. En cambio, la parte recurrente concluye que se ha valorado la prueba de forma ilógica e incluso absurda. Incurre así en el error de pretender hacer prevalecer su propia valoración de la prueba y que esta Sala avale tal interpretación olvidando que tal función corresponde a los tribunales de instancia y está vedada en el recurso extraordinario de casación, salvo si la valoración efectuada resultara irracional, ilógica o arbitraria, lo que no sucede en el presente pues tal valoración está basada en un conjunto de factores del artículo 80.2 CDFA.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 4/2012, 1 de febrero

La Sala aprecia que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. La valoración de los distintos medios de prueba solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4º Lec., cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (STS 744/2011, de 10 de octubre, y las en ella citadas).

19 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 5/2012, 8 de febrero

No cabe en el recurso de casación pretender una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos específicos y por el cauce del recurso extraordinario de infracción procesal, habiéndose limitado el recurrente a hacer su propia estimación, que no puede prevalecer sobre la realizada por los tribunales de instancia y de apelación.

20 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero

Recabar el informe técnico del artículo 80.3 CDFA es algo facultativo para el juzgador y puede acordarse la custodia compartida aunque el informe técnico no lo aconseje. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse del criterio de los peritos justificándolo y motivándolo adecuadamente.

21 RDCA-2012-XVIII

MEDIDAS JUDICIALES

• ***MODIFICACIÓN***

A. TSJA, 26 de julio de 2012

El artículo 79.5 CDFA, al prever la posibilidad de modificación de medidas judiciales adoptadas judicialmente en el caso de concurrir causas o circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico, que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes), lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar, o no, las medidas anteriormente adoptadas.

39 RDCA-2012-XVIII

S. APZ, 3 de noviembre de 2010

La modificación de las medidas (arts. 90. 91 y 100 Cc.) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere una alteración de las circunstancias que, para que sean tenidas en cuenta, han de revestir 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 establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.)

88 RDCA-2012-XVIII

RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre

a) La adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada (79.2 CDFA); b) La responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos (arts. 77.2.b y 79.2.a CDFA); c) Sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

43 RDCA-2012-XVIII

RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR

• ***COMUNICACIONES TELEFÓNICAS***

S. TSJA 26/2012, 13 de julio

La no fijación en la sentencia recurrida de un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas con los hijos a favor del padre no infringe el artículo 79.2.a, pues de su texto no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y la frecuencia con la que han de verificarse las llamadas. Lo cual no impide en absoluto que, si se acreditara la obstaculización de las comunicaciones telefónicas, pueda el padre recabar del Juzgador las medidas oportunas.

36 RDCA-2012-XVIII

• ***DIFICULTAD DE IMPONER UN RÉGIMEN CONCRETO DE VISITAS***

S. TSJA 32/2012, 16 de octubre

La sentencia no fija un concreto régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijas, con ello no infringe los artículos 59 y 60 CDFA porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos.

45 RDCA-2012-XVIII

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

Curatela

- ***Del incapacitado***

S. APH, 3 de septiembre de 2010

Se declara la incapacidad de Celso con sujeción al régimen de curatela, precisando asistencia del curador para, entre otras cosas, enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar de derechos o transigir, disponer de bienes a título lucrativo y para cualquier acto relativo a su estado civil, matrimonio, nacionalidad, vecindad foral, etc., por cuanto pueden conllevar repercusiones patrimoniales económicas (otorgamiento de capítulos, renuncia a derecho de viudedad, etc.). La causa de la incapacidad proviene de su relación por internet con una domicanana a la que le envía dinero (200 euros mensuales de los 1000 que gana) así como el endeudamiento que ha asumido (sendos préstamos) para enviarle más dinero; lo que implica una especia de prodigalidad a causa de la deficiencia psíquica que padece y le impide plenamente regir su persona y bienes como dice el artículo 35-3 LDp. (art. 38-2 CDFA)

70 RDCA-2012-XVIII

Delación hecha por uno mismo

- ***Vinculación al juez***

S. APZ, 8 de septiembre de 2010

En la legislación estatal la autotutela tiene preferencia en el orden de llamamientos pero puede ser alterada atendiendo al interés del incapacitado, atribuyéndose el juez discrecionalmente la facultad de valorar la mayor idoneidad de los aspirantes mientras que en la legislación aragonesa se da una mayor relevancia a la voluntad del otorgante no siendo suficiente únicamente con acudir al criterio de la mayor idoneidad en el cargo para descartar la autotutela. El juez debe motivar las razones que los llevan a ello, y si no hay motivo alguno para ello, ni se ha producido ningún cambio de circunstancias significativo desde el otorgamiento que en beneficio o interés del incapacitado lo aconseje.

85 RDCA-2012-XVIII

Oposición a la declaración de desamparo

- ***Flexibilidad en la admisión de pruebas***

S. TSJA 40/2012, 4 de diciembre

Las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas en la sentencia permiten extraer la conclusión de que la clara prevalencia del interés del menor en casos como el presente exige la búsqueda de la realidad de lo acontecido y enjuiciado de la manera más completa que sea posible, atendiendo con amplitud interpretativa la posible admisión de pruebas, sean propuestas por uno u otra parte, o de oficio por el tribunal e, incluso, con atención a lo sucedido con posterioridad al momento de presentación de la demanda. La omisión de la práctica de las pruebas solicitadas, consideradas necesarias, supuso la privación injustificada de acceso a la plena tutela judicial, y con efecto de posible indefensión, lo que conlleva la estimación del recurso por infracción procesal (469.1, motivos 3º y 4º Lec.).

56 RDCA-2012-XVIII

Tutela

- ***Delación dativa***

S. APZ, 11 de mayo de 2010

En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos a ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de cargos prevista en el artículo 120 Lsuc. (art. 134 CDFA), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

78 RDCA-2012-XVIII

• ***NÚMERO DE TUTORES***

S. APH, 30 de julio de 2010

La regla general indica que la tutela se ejercerá por un solo tutor, pero no se excluye la posibilidad de tutela plural, si bien se contempla como excepción, fruto de la voluntad del otorgante. Sin embargo, para la tutela dativa o judicial, la norma parece más bien restringir esta libertad de nombramientos (arts. 101 y 102 LDp.). Por ello, en la tutela dativa, el nombramiento de más de un tutor: uno de la persona y otro de los bienes, como en este caso, requiere justificación de su conveniencia. Justificación que viene dada, conforme a la mejor doctrina, cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tenga alguna especialidad y requieran de conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente. En el caso de autos no hay ninguna especialidad de los bienes que justifiquen la necesidad de separar los cargos de tutor de la persona y de los bienes.

68 RDCA-2012-XVIII

S. APZ, 11 de mayo de 2010

En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos a ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de cargos prevista en el artículo 120 Lsuc. (art. 134 CDFA), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en es este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

78 RDCA-2012-XVIII

TUTELA ADMINISTRATIVA

• ***DESAMPARO***

S. TSJA 1/2010, 4 de enero

En la situación de desamparo derivada del «imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes» (104 LDp.) se pueden evaluar previsibles situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento del niño. La declaración del desamparo lleva de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuencias de tutela administrativa y acogimiento preadoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a separación del niño del medio familiar.

1 RDCA-2012-XVIII

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS

• ***CASAMIENTO EN CASA***

S. APH, 6 de julio de 2010

El casamiento en casa no justifica, ni conlleva, la transmisión de la fiducia acordada para el primer matrimonio. El casamiento en casa, al que alude el artículo 19 Lrem. (201 CDFA) es una institución familiar consuetudianria en la que se está a lo pactado y se interpreta con arreglo a la costumbre y usos locales; como indica la doctrina, es una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes (o la Junta de Parientes) autorizan, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que queda viudo, con prórroga del usufructo vidual y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes para la casa. No consta que la costumbre del lugar le dé a esta institución otro alcance.

66 RDCA-2012-XVIII

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

BIENES COMUNES

S. APZ, 29 de abril de 2010

La vivienda familiar, comprada antes del matrimonio por uno de los cónyuges que pagó casi cinco millones de pesetas, aplazándose el resto del precio y siendo abonado a través de un préstamo hipotecario, es considerada por ambos como común, ex artículo 38.1ª Comp., y por ello, como dice la actora, nace a favor de ella un reintegro por el precio pagado antes del matrimonio (art. 41-1 Comp.). Respecto de los bienes muebles habidos en el domicilio conyugal, habiendo sido adquiridos con anterioridad a la Lrem. debe considerarse comunes: artículos 37-4º y 40-1 Comp.

77 RDCA-2012-XVIII

• *BIENES DE ORIGEN FAMILIAR*

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

Siendo inaplicable artículo 34 Lrem., porque la adquisición del bien de origen familiar tuvo lugar en 1966, la compra por el esposo para el consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, desde que la Constitución y la reforma de 1985 hacen que la administración y disposición de los bienes comunes correspondan a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro, implicó la extinción de la propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal. En momentos históricos pasados, como en 1966, el marido era el administrador de la sociedad conyugal, con facultades de disposición (art. 49 Apéndice), por lo que la compra de un bien por el marido para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor, y tenía incluso facultades para disponer de él.

44 RDCA-2012-XVIII

• *Y EN PARTE PRIVATIVOS*

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

El esposo adquiere 1/6 del inmueble por herencia y los otros 5/6 se compran directamente para la sociedad conyugal. Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los artículos 37, 38 o 40 Comp. que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.

44 RDCA-2012-XVIII

BIENES PRIVATIVOS

• *ACCESIÓN*

S. APH, 11 de mayo de 2010

La casa edificada con dinero consorcial sobre un terreno propiedad de la familia del actor, finalmente heredado por éste tras la disolución de la sociedad conyugal, debe ser considerada privativa del marido, ya que al heredar éste a su tío se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor y, por lo tanto, la edificación es también privativa (art. 29.h Lrem.) sin perjuicio de la deuda que tiene el dueño del terreno frente a la sociedad conyugal por el dinero empleado en la edificación de la casa.

65 RDCA-2012-XVIII

PACTO DE MUEBLES POR SITIOS

S. APZ, 1 de junio de 2010

El recurrente considera que debe incluirse en el pasivo del consorcio conyugal un crédito a sus favor correspondiente al valor actual de la vivienda aportada a la sociedad conyugal, mediante escritura de capítulos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 y 47-1 Comp. El artículo 29 regulaba un supuesto de ampliación o restricción de la comunidad que suponía, a la postre una donación entre los cóyuges si no se reservaba el derecho a pedir el reintegro. La regulación actual, artículo 33 Lrem. (215 CDFA) sí prevé el derecho de reintegro salvo renuncia al mismo, pero no era así vigente el artículo 29 Comp.

81 RDCA-2012-XVIII

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO

DEUDAS PRIVATIVAS

• ***EMBARGO DE BIENES COMUNES***

A. APZ, 10 de junio de 2010

En la ejecución de deudas privativas de uno de los cónyuges pueden embargarse los derechos que al deudor le correspondan en el patrimonio común.

83 RDCA-2012-XVIII

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

BIENES DE ORIGEN FAMILIAR

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal, al menos desde el momento en que las facultades de administración y disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien. En 1998, fallecido el esposo, tuvo lugar la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa de la mitad indivisa de los 5/6 consorciales de la finca, como bien de su exclusiva titularidad, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma en una transacción judicial. La incorporación al consorcio conyugal de 5/6 de la finca pone fin a su carácter troncal, y la adjudicación de 5/12 partes a la esposa, ya como bien propio, hacen que pasen a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a la familia de la que procede el bien.

44 RDCA-2012-XVIII

DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN

• ***DIVISIÓN DEL ÚNICO BIEN EXISTENTE***

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre

Es correcta la adjudicación de la vivienda *pro indiviso* a ambas partes, pero basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse (arts. 404 y 1062 Cc.). No es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

52 RDCA-2012-XVIII

• ***INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL***

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre

A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión; B) Ciertamente, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esta forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común; C) A la división de cosa común es plenamente aplicable el artículo 1062 Cc. (STS de 14 de diciembre de 2007).

52 RDCA-2012-XVIII

• ***RÉGIMEN SUPLETORIO***

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre

La división y adjudicación del caudal remanente de que trata el artículo 267.1 CDFA, a falta de acuerdo, ha de hacerse, como dice el artículo 270, conforme a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria. Si los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada (división del único bien existente o de un bien de valor muy superior a los restantes) es necesario acudir supletoriamente a las normas del Código civil que regulan la división de la comunidad de bienes (art.

1.2 CDFA). En el caso resultan de aplicación los artículos 401, 404, 406, y por la remisión que éste contiene, los artículos 1051, 1061 y 1062 Cc. Sobre la interpretación del artículo 1062 se transcribe lo dicho por la STS de 10 de febrero de 1997.

52 RDCA-2012-XVIII

INNECESARIEDAD DE LIQUIDACIONES SEPARADAS

S. TSJA 7/2012, 29 de febrero

El matrimonio contraído en 1923 se disolvió por la muerte del marido en 1937, posteriormente murió la viuda. En la liquidación del consorcio conyugal se ha incluido la liquidación de la herencia de la viuda, teniendo en consideración que dos de los litigantes, como hijos únicos de ella, son sus herederos. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio. La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, de donde resulta la innecesariedad de liquidaciones separadas.

22 RDCA-2012-XVIII

LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL

• ***PROCEDIMIENTO***

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre

El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el artículo 810 Lec., que en caso de no lograr acuerdo y tener que nombrar partidor y, en su caso, peritos, remite al trámite de los artículos 785 y ss. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que, si no hubiere conformidad con el cuaderno particional, la sustanciación del procedimiento continúa con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Pero la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada.

52 RDCA-2012-XVIII

VALORACIÓN DE LOS BIENES

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre

La valoración de los bienes, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, ha de hacerse a la fecha de la liquidación.

52 RDCA-2012-XVIII

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA

• ***REQUISITOS***

S. AP, 11 de mayo de 2010

La compensación económica en el momento final de la convivencia podrá exigirse por aquel miembro de la pareja que acredite un enriquecimiento injusto a su costa y en beneficio del otro conviviente y para ello precisa haber contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro o cuando se ha dedicado al hogar y a los hijos comunes o del otro conviviente o trabajando para éste sin retribución o con retribución insuficiente. Nada de ello se da en este caso puesto que la apelante trabajó en la empresa del marido cobrando un sueldo medio y para las atenciones a la casa y al hijo común se contaba con servicio doméstico de manera que no se demuestra que la reclamante perdiera una oportunidad de haber estudiado por su dedicación a la casa y a la familia.

79 RDCA-2012-XVIII

EXISTENCIA

S. APH, 25 de marzo de 2010

Ambos litigantes constituyen una pareja estable no casada, aun cuando no estuviera inscrita en el registro correspondiente.

62 RDCA-2012-XVIII

NO VIUDEDAD

S. JPI Zaragoza núm. 14, 15 de febrero de 2010

El tenor literal del artículo 18 LP ya excluye la aplicación por analogía del usufructo de viudedad puesto que éste ser recoge en normativa aragonesa de Derecho privado y no de derecho público como pretende la parte. Por otro lado estos derechos y obligaciones se entienden mientras subsista la pareja estable no casada. Además es opinión consolidada de doctrina y jurisprudencia que el derecho de usufructo de viudedad se reserva únicamente a los cónyuges por razón del vínculo matrimonial celebrado, no pudiendo equipararse el vínculo conyugal a la unión estable de parejas no casadas, configurándose cada una de estas instituciones con derechos y obligaciones propios. Por tanto, el beneficio del usufructo de viudedad se reserva al cónyuge supérstite quedando como derechos al supérstite de la pareja estable no casada los del artículo 9 LP, no siéndole de aplicación por analogía el artículo 101 Lrem.

94 RDCA-2012-XVIII

RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON HIJOS A CARGO

• ***ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR***

S. APH, 25 de marzo de 2010

A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y al cóyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el artículo 96 Cc.

62 RDCA-2012-XVIII

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: DISPOSICIONES GENERALES

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO

S. TSJA 1/2011, 26 de enero

Los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas. Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático. La interpretación realizada por la Audiencia está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que no puede ser revisada en casación.

2 RDCA-2012-XVIII

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

NULIDAD DE TESTAMENTO

• ***FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA***

S. APZ, 15 de enero de 2010

La legitimación activa para la impugnación de los testamentos se halla restringida a aquellos que serían llamados como herederos abintestato por la invalidez del testamento. En este caso, la hermana del causante no goza de legitimación activa viviendo la cónyuge de aquél.

71 RDCA-2012-XVIII

73: SUCESIÓN PACCIONADA

FIDUCIA SUCESORIA

• *ADQUISICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE FIDUCIA POR USUCAPIÓN*

S. TSJA 1/2011, 26 de enero

Nombramiento de heredero por la fiduciaria en los bienes propios del comitente. Nombramiento de heredero también en los bienes propios de la fiduciaria (bienes consorciales): nombramiento sujeto al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, si bien el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y se ha producido la adquisición por usucapión. Los bienes que constituían la casa o patrimonio familiar atribuido en 1909 a la primera esposa del padre del nombrado heredero , la segunda esposa de su padre no estaba facultada para nombrarle heredero también de ellos, pero como la Audiencia aprecia la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de 30 años, los adquirió por usucapión extraordinaria. Sin que el usufructo que mantuvo la segunda esposa hasta su muerte en 1985 sea obstáculo para esta usucapión. Debe estarse a los hechos que se consideraron probados en la sentencia impugnada.

2 RDCA-2012-XVIII

FORMA

S. APZ, 3 de diciembre de 2010

Estamos ante un pacto sucesorio de disposición de los contratantes en favor de tercero para después de los días de los instituyentes y cuyo objeto será la constitución de un derecho real a favor de las hijas, respecto de las que concurre el elemento de ajenidad sobre la cosa. Estamos antes un pacto sucesorio porque las partes disponen de su derecho de uso respecto de cada una de las viviendas para después de su muerte transmitiéndolo a un tercero. El pacto se acuerda en convenio regulador y aun cuando se incorpora a documento público no es escritura pública que es la forma imperativa que exige la ley. Por lo tanto, procede declarar su nulidad tal y como interesa el apelante.

89 RDCA-2012-XVIII

INSTITUCIÓN DE PRESENTE

S. APH, 6 de julio de 2010

Aun cuando los instituyentes indican en la capitulación que instituyen heredera a su hija «para después de su muerte», la intención de los instituyentes no parece que fuera la de pactar la institución «para después de sus días», sino de presente, con la consiguiente adquisición de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, aparte del señorío mayor en sentido tradicional [más estricto que el del artículo 73 Lsuc. (art. 388 CDFA)] equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; la heredera inscribió a su favor el dominio de varias fincas incluidas en la escritura de capítulos.

66 RDCA-2012-XVIII

• *ACEPTACIÓN*

S. APH, 14 de abril de 2010

No considera esta Audiencia que el designado heredero en el pacto sucesorio de presente incurriera en pasividad o en un retraso abusivo en relación con dicha herencia. En el mismo acto de nombramiento de heredero el designado aceptó la herencia y aunque no inscribiera su derecho ni, muerto el instituyente, tampoco inscribiera la plena consolidación del dominio sobre el inmueble controvertido, ya que la instituyente se reservó hasta su muerte el usufructo, no por ello hay falta de aceptación y máxime cuando la inscripción en el registro ni es constitutiva ni obligatoria.

64 RDCA-2012-XVIII

74: FIDUCIA SUCESORIA

DELACIÓN

S. TSJA 21/2012, 30 de mayo

La delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 448.1 CDFA). La razón se encuentra en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que

no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia. No se aplica, por tanto, la regla general del artículo 321.1 CDFA. Si no hay todavía ejecución de la fiducia ni extinción de la misma, no hay delación y nadie puede aceptar o repudiar la herencia del comitente, por lo que si el único descendiente común y único posible beneficiario del cumplimiento de la fiducia fallece en esa situación, como nada ha adquirido en la herencia del comitente, no puede transmitir a sus herederos el *ius delationis* respecto de dicha herencia (art. 354 CDFA).

29 RDCA-2012-XVIII

EXTINCIÓN

• ***MUERTE DEL ÚNICO DESCENDIENTE COMÚN***

S. TSJA 21/2012, 30 de mayo

Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda fiduciaria hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y ss. del CDFA. La fiducia existió y continuaba viva en el momento en que se produjo el fallecimiento del único descendiente común. Al morir el único posible beneficiario, la fiducia se extingue y la determinación del heredero del comitente ha de hacerse de conformidad con las normas de la sucesión legal.

29 RDCA-2012-XVIII

FIDUCIA COLECTIVA

• ***COMPOSICIÓN***

S. APH, 6 de julio de 2010

La cónyuge supérstite del bínubo premuerto estaba facultada para nombrar heredero en los bienes privativos de sus esposo y en los consorciales de su segundo matrimonio, pero no el los bienes privativos de la primera esposa del bínubo ni en los consorciales del primer matrimonio, pues para éste los capítulos que lo regían otorgaba la fiducia al cónyuge supérstite o a un pariente por cada lado en unión, caso de discordia, del párroco. Por lo tanto, el ejercicio de la fiducia por parte la cónyuge supérstite del bínubo premuerto, y hermana de la primera mujer de éste, nombrando heredero universal a Pelayo, es nula de pleno derecho en lo que atañe a los bienes privativos de la finada y los consorciales del primer matrimonio. No obstante, el heredero adquirió los bienes hereditarios por usucapión extraordinaria, al poseer por si sólo en concepto de dueño todos los bienes de la herencia de sus padres.

66 RDCA-2012-XVIII

76: SUCESIÓN LEGAL

BIENES TRONCALES

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

Si por haber adquirido la titularidad total del bien cuatro de los cinco hijos de D. Carlos y Dª Pilar (7/12 proceden de su padre y 5/12 de su madre, si bien un 1/6 fue adquirido por el padre por herencia y 5/6 comprados para el consorcio conyugal y luego divididos por mitad entre la viuda y los herederos del padre), el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrá interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien.

44 RDCA-2012-XVIII

DECLARACIÓN DE HEREDEROS

• ***NULIDAD***

S. APH, 14 de abril de 2010

La sucesión legal sólo se abre en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, por lo que no puede considerarse válida la declaración de herederos abintestato que tuvo lugar en

el año 2005, ya que la herencia de la causante estaba deferida desde 1971, fecha en la que otorgó el pacto de presente. Por lo tanto, se estima el recurso de apelación y se procede a declarar nula la escritura de declaración de herederos, la escritura de manifestación y aceptación de herencia así como se declara también la nulidad y cancelación de las inscripciones realizadas sobre la finca en base a las anteriores escrituras.

64 RDCA-2012-XVIII

• ***PROCEDENCIA***

A. APZ, 21 de abril de 2010

En la institución recíproca de herederos llevada a cabo en testamento mancomunado tiene como peculiaridad que fallecido el supérstite y heredero universal del cónyuge premuerto sin haber dispuesto de los bienes heredados de éste (art. 80-3 Lsuc.) sean llamados a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido los parientes llamados en tal momento, a la sucesión legal de éste. Por lo que se establece la posibilidad de un segundo llamamiento, tras la muerte del cónyuge sobreviviente, a una sucesión ya abierta anteriormente y es necesario concretar quién ha de ser llamado a la sucesión por segunda vez, lo que se puede efectuar mediante declaración de herederos abintestato.

76 RDCA-2012-XVIII

SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS

• ***A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS***

S. APZ, 2 de marzo de 2010

En el caso que nos ocupa, la causante tuvo, de sus cinco hermanos premuertos, trece sobrinos, nueve que viven en la actualidad y cuatro que han fallecido, dejando cada uno de ellos hijos (sobrinos nietos de la causante). Por lo tanto siendo trece los sobrinos (hijos de hermanos), en trece partes debe dividirse la herencia, ya que estos sustitutos dividen por cabezas y los sobrinos nietos dividen por estirpes, repartiéndose entre ellos la treceava parte del sobrino fallecido, como así lo dispone el artículo 217-4 Lsuc. (art. 532 CDFA)

73 RDCA-2012-XVIII

• ***BIENES TRONCALES Y NO TRONCALES***

A. JPI Huesca núm. 2, 8 de enero de 2010

Se declara heredera universal abintestato del finado, fallecido soltero, sin haber otorgado testamento, e hijo de padres ya fallecidos, a su hermana de doble vínculo, en la totalidad de los bienes y derechos del difunto, tanto troncales como no troncales, al no haberse demostrado en el procedimiento que existan otras personas con mejor derecho a la herencia del finado.

91 RDCA-2012-XVIII

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• ***DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR***

S. APZ, 6 de abril de 2010

El derecho a construir una pared en su finca aun cuando con ello se tapen las luces de vecinos está permitido por el artículo 144 Comp. (art. 550 CDFA). Ahora bien, esa pared ha de tener una finalidad útil o beneficiosa para el que la construye y no meramente de perjuicio para cercenar las luces del vecino. Se aprecia abuso cuando lo edificado no tiene finalidad útil en sí mismo y obedece al deseo de tapar los huecos del vecino. Y esta aptitud ha quedado probada a través de las sentencias penales que también se han seguido con ocasión de esta controversia.

75 RDCA-2012-XVIII

84: SERVIDUMBRES

EN GENERAL

• ***CITA DEL 568 CDFA EN VEZ DEL 147 COMP.***

S. TSJA 25/2012, 11 de julio

El texto del artículo 147 Comp., que era el vigente en el momento de la interposición de la

demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el artículo 568 CDFA, y la cita de éste en el motivo del recurso de casación como precepto infringido debe ser referida al artículo 147 Comp., permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso.

34 RDCA-2012-XVIII

• ***PRESUNCIÓN DE QUE LA POSESIÓN SE SIGUE DISFRUTANDO EN EL MISMO CONCEPTO***

S. TSJA 25/2012, 11 de julio

Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (436 Cc.), y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada o, en su caso, solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.

34 RDCA-2012-XVIII

SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO

• ***NECESIDAD***

S. TSJA 12/2011, 14 de diciembre

La aplicación del artículo 564 Cc. (de contenido semejante al del 577.1 CDFA) debe ser estricta, no son atendibles, a los fines de constituir servidumbre forzosa, razones de comodidad. La acción ha de fundarse siempre en la necesidad de establecimiento de la servidumbre como único medio de obtener la salida o comunicación, ha de ser una necesidad real y no ficticia o artificiosa, que no responda al capricho o simple conveniencia.

Excede del concepto de necesidad propio de una servidumbre legal pretender construir una cochera donde nunca la ha habido.

12 RDCA-2012-XVIII

USUCAPIÓN

• ***INEXISTENCIA***

S. TSJA 12/2011, 14 de diciembre

Para entender infringido el artículo 147 Comp. sería preciso que se hubiesen tenido por probados los hechos base para su aplicación, lo que no ha sucedido, y en casación ha de estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada. Negada la existencia de servidumbre, considerarla a continuación extinguida por no uso es innecesario y viene a entrañar una cierta incoherencia, porque la declaración de la extinción de una servidumbre (por no uso o por otra causa) presupone que se parte de su previa existencia.

12 RDCA-2012-XVIII

• ***INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA***

S. TSJA 25/2012, 11 de julio

La sentencia no es incongruente por estimar que determinados actos no son eficaces para la adquisición del dominio por usucapión y, sin embargo, lo son para adquirir por usucapión una servidumbre de paso. En ambos casos se exige un *animus* o intención distintos: hacer suya la cosa para la propiedad (art. 447 Cc.), o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos (arts. 430 y 432 Cc.). Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el *animus* requerido estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapión.

34 RDCA-2012-XVIII

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

BIENES DE ABOLORIO

• ***PERMANENCIA EN LA FAMILIA***

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

Sólo 1/6 del bien litigioso fue propiedad del esposo, los 5/6 restantes fueron, prime-

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

ro, de titularidad de la comunidad conyugal, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de la esposa. En consecuencia, el bien salió del tronco familiar, y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por tal motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (la esposa).

CUOTA INDIVISA

• ***ENAJENACIÓN DEL BIEN EN SU TOTALIDAD***

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre

Respecto de la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del artículo 149 Comp. a la permanencia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un familiar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

44 RDCA-2012-XVIII

2. *Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al XVIII de la RDCA)*

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
CASA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
A. PR TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2º)	1
CASACIÓN FORAL			
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1º)	14
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6
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
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
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	11 de mayo de 2007	RDCA 2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	RDCA 2008, XIV	10
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
ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1º)	5
COMPETENCIA FUNCIONAL			
S. TS	15 de junio de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	2
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Fraude de ley por la introducción del standum			
A. TSJA	29 de octubre de 2012	2012, XVIII	49
Inadmisión			
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	4
A. TSJA	4 de septiembre de 2010	2011, XVII	7
A. TSJA	12 de noviembre de 2010	2011, XVII	8
A. TSJA	24 de noviembre de 2010	2011, XVII	9
A. TSJA	26 de abril de 2011	2012, XVIII	5
A. TSJA	28 de junio de 2011	2012, XVIII	6
A. TSJA	12 de julio de 2011	2012, XVIII	7
A. TSJA	20 de julio de 2011	2012, XVIII	8
A. TSJA	10 de octubre de 2011	2012, XVIII	9
A. TSJA	8 de noviembre de 2011	2012, XVIII	10
A. TSJA	7 de julio de 2012	2012, XVIII	40
A. TSJA	26 de julio de 2012	2012, XVIII	38
A. TSJA	24 de octubre de 2012	2012, XVIII	47
A. TSJA	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	51
A. TSJA	21 de diciembre de 2012	2012, XVIII	61
Inadmisión (voto particular: admisión)			
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	4
Interés casacional			
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	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA 28/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	41
Interés del menor			
A. TSJA	31 de enero de 2011	2012, XVIII	3
Invocación artificiosa del standum			
A. TSJA	15 de diciembre de 2011	2012, XVIII	14
Por razón de la cuantía			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	2012, XVIII	34
Régimen transitorio			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DERECHO INTERREGIONAL			
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
EFECTOS SOBRE LA SUCESIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 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			
A. TSJA	19 de junio de 2008	2010, XVI	2
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
A. TSJA	16 de marzo de 2009	2011, XVII	1
S. TSJA	12 de mayo de 2010	2011, XVII	5
NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES			
S. TSJA	25 de mayo de 2011	2011, XVII	13
DERECHO TRANSITORIO			
CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM.)			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
S. APZ	29 de abril de 2010	2012, XVIII	77
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	8
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	2
CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN (LREM)			
S. JPI Zaragoza nº 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	2012, XVIII	22
CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN (LREM.)			
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. JPII Alcañiz nº 2	23 de septiembre de 2008	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	2011, XVII	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho de sucesiones en general			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	11
S. JPI Zaragoza nº 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Fiducia sucesoria			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003)			
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	8 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	11
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
Ley de sucesiones			
A. APZ	9 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	43
S. JPI Zaragoza nº 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
A. APZ (Secc. 2ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. JPII JACA nº 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Luces y vistas			
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
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	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	2012, XVIII	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
LEY DE CAZA			
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. JPII Boltaña	3 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	44
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
INAPLICABLE			
S. JPI Huesca nº 2	9 de febrero de 2010	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. 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	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
S. APH	30 de junio de 2009	2011, XVII	26
S. APZ	26 de febrero de 2010	2012, XVIII	72
S. APZ	10 de marzo de 2010	2012, XVIII	74
S. TSJA	1 de septiembre de 2010	2010, XVI	9
S. APH	2 de febrero de 2013	2012, XVIII	69
LEY DE COOPERATIVAS			
DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN			
S. TSJA	13 de septiembre de 2010	2010, XVI	10
PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: OBLIGACIONES SUBSISTIENTES			
S. TSJA	22 de junio de 2011	2011, XVII	15
RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Falta de competencia funcional			
A. TSJA	4 de julio de 2012	2012, XVIII	32
A. TSJA	12 de julio de 2012	2012, XVIII	35
A. TSJA	19 de noviembre de 2012	2012, XVIII	50
A. TSJA	27 de noviembre de 2012	2012, XVIII	55
Inadmisión			
A. TSJA	17 de diciembre de 2012	2012, XVIII	57
A. TSJA	21 de diciembre de 2012	2012, XVIII	61
Valoración de la prueba practicada			
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	2012, XVIII	54
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	20 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1º)	6
S. TS	21 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	2
S. APZ Secc. 5ª	21 de enero de 2008	2010, XVI	37
Cuestión de hecho			
S. JPII La Almunia nº 2	18 de enero de 2010	2011, XVII	70
Custodia compartida			
S. TSJA	13 de julio de 2011	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	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 nº 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CÓDIGO CIVIL			
DERECHO SUPLETORIO			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. JPII Huesca nº 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. JPII Jaca nº 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	25
S. JPII Jaca nº 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	26
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
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. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. JPII Huesca nº 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	8 de marzo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	4
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
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. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	19
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. JPI Zaragoza nº 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	21
S. JPII Ejea nº 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	35
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	23
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	27
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	9
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	41
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	8
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	22
S. PII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	17
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	11
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	26
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	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	29
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	42
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	28
S. JPII Jaca nº 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	26
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
Disposiciones transitorias			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1º)	3
Familia y sucesiones			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
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. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	11
S. JPI Zaragoza nº 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	8
S. APT	8 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	20
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
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	25
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	14
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	21
S. JPII Jaca nº 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	31
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. JPII Huesca nº 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. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	2
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	25
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. TS	20 de febrero de 1998	1997, IV (nº 1º y 2º)	1
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. PII 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	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1º)	12
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	2
Prueba			
S. APZ (Secc. 5)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	70
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	2008, XIV	70
«Standum est chartae»			
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	39

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2º)	2
S. APT	14 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	25
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9
Aplicación de oficio			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1º)	1
Arrendamientos			
S. JPII Teruel nº 1	9 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	43
Cláusula penal			
S. JPII Teruel nº 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	2011, XVII	38
Convenio regulador			
S. JPII Alcañiz nº 2	23 de septiembre de 2008	2010, XVI	60
Interpretación de «cartas»			
S. JPII Huesca nº 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
S. JPII Ejea nº 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1º)	1
S. APZ (Secc. 2ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
Interpretación del principio			
S. TSJA	7 de noviembre de 1901	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. TSJA	28 de marzo de 1903	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
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	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
S. TSJA 1/2011	26 de enero de 2011	2012, XVIII	2
Junta de Parientes			
S. JPII Huesca nº 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. JPII Teruel nº 1	15 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	62
S APT	19 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	24
Pacto de indivisión			
S. APH	28 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Renta pactada en vivienda de protección oficial			
S. JPII Teruel nº 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. APZ	4 de junio de 2010	2012, XVIII	81
Carácter temporal o indefinido			
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	2012, XVIII	15
S. TSJA 1/2012	11 de enero de 2012	2012, XVIII	17
Inaplicación del Código civil			
S. TSJA 14/2012	11 de abril de 2012	2012, XVIII	25
Naturaleza			
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	2012, XVIII	15
S. TSJA 14/2012	11 de abril de 2012	2012, XVIII	25
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	2012, XVIII	36
Ponderación equitativa de los criterios del art. 83.2			
S. TSJA 1/2012	11 de enero de 2012	2012, XVIII	17
62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN			
Conflicto de intereses			
A. PR TSJA	25 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	7
Del mayor de catorce años			
S. APZ	30 de diciembre de 2010	2012, XVIII	90
S. TSJA	15 de junio de 2011	2011, XVII	14
Capacidad (civil y procesal)			
S. APZ	12 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	48
A. APZ (Secc. 2ª)	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	30
S. TS	30 de enero de 2008	2008, XIV	1
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 nº 2	29 de enero de 2009	2012, XVIII	92
Invalidez de los actos			
A. JPI Huesca nº 2	22 de abril de 2009	2011, XVII	63

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INCAPACITACIÓN			
S. JPII Alcañiz nº 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56
CURATELA			
S. JPII Ejea nº 1	13 de abril de 2009	2011, XVII	61
TUTELA			
S. JPII Ejea nº 1	13 de marzo de 2009	2011, XVII	59
INTERNAMIENTO			
A. APZ (Secc. 2ª)	6 de febrero de 2008	2010, XVI	40
A. APZ (Secc. 2ª)	12 de marzo de 2008	2010, XVI	41
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
S. APH	25 de marzo de 2010	2012, XVIII	62
LIMITACIÓN TEMPORAL			
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	2012, XVIII	36
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	53
PREVISIÓN JUDICIAL DE VENTA			
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	2012, XVIII	36
AUTORIDAD FAMILIAR			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. JPII Ejea nº 2	3 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	67
S. APT	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	33
CONCEPTO			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
DEBER-DERECHO DE CORREGIR A LOS HIJOS			
A. APZ (Secc. 2ª)	25 de noviembre de 2008	2010, XVI	50
EDUCACIÓN RELIGIOSA			
A. APZ	5 de octubre de 2010	2012, XVIII	86
EJERCICIO			
S. APT	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	20
A. APZ (Secc. 2ª)	4 de noviembre de 2008	2010, XVI	48
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
S. JPI Zaragoza nº 6	1 de abril de 2009	2011, XVII	60
GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL			
A. APZ	3 de marzo de 2009	2011, XVII	42
PRIVACIÓN			
S. APZ	21 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	37
S. APH	23 de julio de 2010	2012, XVIII	66

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	5 de abril de 2011	2011, XVII	11
Regulación: Inaplicación art. 156 Cc.			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
Representación legal del menor de 14 años			
S. JPI Zaragoza nº 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 nº 14	18 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	7
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
Privación de patria potestad			
S. JPII Ejea nº 1	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	14
Autoridad familiar rehabilitada			
A. JPI Zaragoza nº 13	5 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	10
A. JPI Zaragoza nº 13	1 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	15
Ejercicio			
S. JPII Alcañiz nº 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56
Derechos y principios			
Derecho de los padres a la igualdad			
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	37
Principio de interés superior del menor			
S. APH	25 de marzo de 2010	2012, XVIII	62
S. TSJA 43/2012	21 de diciembre de 2012	2012, XVIII	60
Efectos de la filiación			
Deberes de padres e hijos			
S. APH	25 de octubre de 2007	2009, XV	36
Padres con hijos menores			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	2008, XIV	18
Gastos de asistencia a los hijos			
Contribución proporcional			
S. APH	26 de marzo de 2010	2012, XVIII	63
S. APZ	27 de mayo de 2010	2012, XVIII	80
S. TSJA 2/2012	11 de enero de 2012	2012, XVIII	18
S. TSJA 32/2012	16 de octubre de 2012	2012, XVIII	45
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	2012, XVIII	58
S. TSJA 42/2012	20 de diciembre de 2012	2012, XVIII	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Gastos extraordinarios			
S. JPI Zaragoza nº 6	1 de abril de 2009	2011, XVII	60
Gastos extraordinarios necesarios			
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	2012, XVIII	26
Gastos extraordinarios no necesarios			
S. TSJA 2/2012	11 de enero de 2012	2012, XVIII	18
Gastos de los hijos mayores o emancipados			
S. APH	11 de mayo de 2007	2009, XV	29
S. APZ (Secc. 5ª)	10 de enero de 2008	2010, XVI	36
S. APZ (Secc. 2ª)	22 de abril de 2008	2010, XVI	43
S. APZ (Secc. 2ª)	17 de junio de 2008	2010, XVI	45
S. TSJA	12 de mayo de 2010	2011, XVII	5
Alimentos legales			
S. APZ	11 de octubre de 2010	2012, XVIII	87
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	2012, XVIII	23
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	2012, XVIII	23
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	2012, XVIII	27
S. TSJA 23/2012	4 de julio de 2012	2012, XVIII	31
Excepcionalidad de la previsión legal			
S. TSJA 11/2011	30 de noviembre de 2011	2012, XVIII	11
Formación profesional completada			
S. TSJA 10/2012	21 de marzo de 2012	2012, XVIII	23
Límites legales			
S. TSJA 15/2011	30 de diciembre de 2011	2012, XVIII	15
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	2012, XVIII	27
S. TSJA 23/2012	4 de julio de 2012	2012, XVIII	31
Mantenimiento, no constitución ex novo			
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	2012, XVIII	27
Proceso de separación o divorcio: legitimación			
S. APZ	22 de junio de 2010	2012, XVIII	84
Régimen especial del deber de crianza y educación			
S. TSJA 16/2012	16 de abril de 2012	2012, XVIII	27
Gestión de los bienes de los hijos			
Disposición hasta los 14 años			
S. APZ	30 de diciembre de 2010	2012, XVIII	90
S. TSJA	15 de junio de 2011	2011, XVII	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS			
CARGA DE LA PRUEBA			
S. TSJA 13/2011	15 de diciembre de 2011	2012, XVIII	13
DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO			
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	2012, XVIII	46
DERECHO TRANSITORIO			
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	2012, XVIII	28
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	2012, XVIII	58
FACTORES PARA EXCEPCIONAR LA CUSTODIA COMPARTIDA			
S. TSJA	13 de julio de 2011	2011, XVII	16
S. TSJA	30 de septiembre de 2011	2011, XVII	18
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	2012, XVIII	24
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	2012, XVIII	33
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	37
S. TSJA 28/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	41
S. TSJA 30/2012	20 de septiembre de 2012	2012, XVIII	43
S. TSJA 29/2012	25 de septiembre de 2012	2012, XVIII	42
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	53
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	2012, XVIII	58
S. TSJA 43/2012	21 de diciembre de 2012	2012, XVIII	60
INFRACCIÓN DE LA PREFERENCIA LEGAL POR ARGUMENTACIÓN INCORRECTA			
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	2012, XVIII	54
INTERÉS DEL MENOR			
S. APH	28 de enero de 2009	2011, XVII	20
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	2012, XVIII	58
LA OPINIÓN DE LOS MENORES			
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	37
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	2012, XVIII	46
LEY APLICABLE			
S. JPII Ejea nº 1	28 de mayo de 2009	2011, XVII	64
OPCIÓN LEGISLATIVA DISTINTA DE LA DEL CÓDIGO CIVIL			
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	2012, XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	2012, XVIII	24
PERÍODOS DE CUSTODIA COMPARTIDA			
A. TSJA	30 de diciembre de 2011	2012, XVIII	16
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	2012, XVIII	24
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	2012, XVIII	26
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	2012, XVIII	28

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Preferencia de la custodia compartida			
S. TSJA 13/2011	15 de diciembre de 2011	2012, XVIII	13
S. TSJA 4/2012	1 de febrero de 2012	2012, XVIII	19
S. TSJA 5/2012	8 de febrero de 2012	2012, XVIII	20
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	2012, XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	2012, XVIII	24
S. TSJA 15/2012	12 de abril de 2012	2012, XVIII	26
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	2012, XVIII	28
S. TSJA 22/2012	6 de junio de 2012	2012, XVIII	30
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	2012, XVIII	33
S. TSJA 30/2012	20 de septiembre de 2012	2012, XVIII	43
S. TSJA 29/2012	25 de septiembre de 2012	2012, XVIII	42
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	53
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	2012, XVIII	54
S. TSJA 41/2012	19 de diciembre de 2012	2012, XVIII	58
Principio de no separación de los hermanos			
S. TSJA 39/2012	27 de noviembre de 2012	2012, XVIII	54
Prueba de que la custodia individual es más conveniente			
S. TSJA 17/2012	18 de abril de 2012	2012, XVIII	28
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	2012, XVIII	33
Valoración de la prueba practicada			
S. TSJA 4/2012	1 de febrero de 2012	2012, XVIII	19
S. TSJA 5/2012	8 de febrero de 2012	2012, XVIII	20
S. TSJA 6/2012	9 de febrero de 2012	2012, XVIII	21
S. TSJA 13/2012	9 de abril de 2012	2012, XVIII	24
S. TSJA 24/2012	5 de julio de 2012	2012, XVIII	33
S. TSJA 27/2012	24 de julio de 2012	2012, XVIII	37
S. TSJA 34/2012	19 de octubre de 2012	2012, XVIII	46
S. TSJA 35/2012	26 de octubre de 2012	2012, XVIII	48
S. TSJA 38/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	53
Medidas judiciales			
Modificación			
S. APZ	3 de noviembre de 2010	2012, XVIII	88
A. TSJA	26 de julio de 2012	2012, XVIII	39
Régimen de visitas			
Interés superior del menor			
S. APH	17 de febrero de 2009	2011, XVII	21
S. APZ	11 de marzo de 2009	2011, XVII	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Menor mayor de 14 años			
A. APZ	6 de octubre de 2009	2011, XVII	49
Modificación			
S. APZ	31 de marzo de 2009	2011, XVII	45
Relación del menor con sus abuelos			
S. TSJA 30/2012	20 de septiembre de 2012	2012, XVIII	43
Relación personal del hijo menor			
Comunicaciones telefónicas			
S. TSJA 26/2012	13 de julio de 2012	2012, XVIII	36
Dificultad de imponer un régimen concreto de visitas			
S. TSJA 32/2012	16 de octubre de 2012	2012, XVIII	45
65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES			
Curatela			
S. JPII Ejea nº 1	13 de abril de 2009	2010, XVI	61
Del incapacitado			
S. APH	3 de septiembre de 2010	2012, XVIII	70
Delación hecha por uno mismo ***Vinculación al juez***			
S. APZ	8 de septiembre de 2010	2012, XVIII	85
Junta de Parientes			
Constitución Judicial			
A. JPI Zaragoza nº 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
Fiducia			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	24
Nulidad de acuerdos			
S. JPII Ejea nº 2	17 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	52
Oposición a la declaración de desamparo ***Flexibilidad en la admisión de pruebas***			
S. TSJA 40/2012	4 de diciembre de 2012	2012, XVIII	56

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
TUTELA			
CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN			
S. APZ (Secc. 2ª)	29 de julio de 2008	2010, XVI	47
DELACIÓN DATIVA			
S. APZ	11 de mayo de 2010	2012, XVIII	78
DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS			
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
A. APH	12 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	20
NÚMERO DE TUTORES			
S. APZ	11 de mayo de 2010	2012, XVIII	78
S. APH	30 de julio de 2010	2012, XVIII	68
PRELACIÓN			
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
TUTELA ADMINISTRATIVA			
S. APT	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	31
DESAMPARO			
S. TSJA	4 de enero de 2010	2009, XV	17
S. TSJA 1/2010	4 de enero de 2010	2012, XVIII	1
A. TSJA	12 de julio de 2010	2010, XVI	8
OPOSICIÓN			
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	36
PROTECCIÓN DE MENORES			
S. JPII Teruel nº 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	51
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. JPI Zaragoza nº 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APH (Sala de lo Penal)	11 de diciembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	19
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
S. JPII Monzón nº 1	7 de febrero de 2006	2008, XIV	49
S. JPI Zaragoza nº 6	31 de marzo de 2008	2010, XVI	57
S. APH	13 de enero de 2009	2011, XVII	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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	2008, XIV	31
Separación de bienes de Cc.			
S. APZ (Secc. 2ª)	24 de junio de 2008	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			
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. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	33
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	21
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
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
Responsabilidad frente a terceros			
S. JPI Zaragoza nº 17	2 de febrero de 2007	2009, XV	54
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO			
Capitulaciones			
Contenido			
S. JPII Jaca nº 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 nº 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	25
Forma			
S. JPI Zaragoza nº 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APZ	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	38
A. APZ (Secc. 4ª)	17 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	41
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. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de mayo de 2008	2010, XVI	58
Límites			
S. JPII Jaca nº 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	25
Rescisión			
S. JPII Teruel nº 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	2012, XVIII	65
Comunidad familiar			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	10
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
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. JPII Fraga	4 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	11
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	10
S. APH	9 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	13
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	21
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	12
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
LIBERTAD DE PACTO			
ART. 29 COMP.			
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. JPI Zaragoza nº 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1º)	8
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ	9 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	45
S. APZ (Secc. 4ª)	20 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	34
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 (Secc. 4ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
BIENES COMUNES			
S. JPI Zaragoza nº 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
REGIDO POR EL CC.			
S. APZ (Secc. 2ª)	24 de junio de 2008	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
BIENES COMUNES			
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	14
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. JPII Huesca nº 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. APZ	13 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	31

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca nº 1	28 de abril de 1998	2000, VI (núm. 1º)	6
S. JPI Zaragoza nº 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	40
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. JPI Zaragoza nº 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. APZ (Secc. 5ª)	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	46
S. APZ	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	67
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APH	10 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	17
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
S. APZ	29 de abril de 2010	2012, XVIII	77
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	2011, XVII	10
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	2012, XVIII	44
Bienes muebles			
S. JPI Zaragoza nº 13	10 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	53
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. JPII Huesca nº 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
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	2008, XIV	40
Derecho de arrendamiento de la vivienda			
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	27
S. JPI Zaragoza nº 3	3 de septiembre de 2009	2011, XVII	66
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
Indemnización por despido			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	23 de enero de 2007	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 nº 14	24 de febrero de 1998	2000, VI (núm.1º)	5
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
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	2010, XVI	28
Y en parte privativos			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	2012, XVIII	44
Bienes privativos			
S. APH	13 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	17
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	14
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	19
S. APH	15 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	5
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. JPI Zaragoza nº 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
S. APT	4 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	61
S. JPII Jaca nº 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. TSJA	9 de septiembre de 2005	2007, XIII	2
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	9 de enero de 2007	2008, XIV	4
S. JPI Zaragoza nº 17	12 de septiembre de 2007	2009, XV	67
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
Accesión			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. JPII Huesca nº 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
S. APT	4 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	65
S. JPI Zaragoza nº 12	28 de septiembre de 2007	2009, XV	69
S. JPII La Almunia nº 2	18 de enero de 2010	2011, XVII	70
S. APH	11 de mayo de 2010	2012, XVIII	65
Adquiridos en la partición de una comunidad			
S. APT	29 de enero de 2009	2011, XVII	33
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. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
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. JPI Zaragoza nº 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	46
S. APZ	12 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	34
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	11
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	22
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2º)	4
S. APZ	9 de febrero de 2006	2008, XIV	43
S. APT	24 de octubre de 2006	2008, XIV	37
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Pacto de muebles por sitios			
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ	21 de diciembre de 2009	2011, XVII	54

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Plan de pensiones			
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Presunción de muebles por sitios			
S. JPII Huesca nº 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
S. JPII Huesca nº 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	37
Presunción de privatividad			
S. JPI Zaragoza nº 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
Bienes sitios			
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
Convivencia «more uxorio»			
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
Naturaleza			
A. JPII Huesca nº 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	2012, XVIII	80
Presunción de comunidad			
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APH	17 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza nº 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	15
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	21
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. JPI Zaragoza nº 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1º)	5
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
S. APZ (Secc. 4ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
S. JPII Jaca nº 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	87
S. JPII Calamocha nº 1	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	94
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37
Apéndice			
S. APT	24 de junio de 2008	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	2010, XVI	28
6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO			
S. APZ	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1º)	36
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	18
Aspectos procesales			
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
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	28
A. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	14
Cargas del matrimonio			
S. JPI Zaragoza nº 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. JPI Zaragoza nº 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	50
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	22
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	38

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	2008, XIV	18
Derecho real sobre la vivienda en pago de ayuda doméstica			
S. JPI Zaragoza nº 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	2009, XV	28
S. APH	31 de julio de 2007	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	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 nº 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1º)	14
Deudas comunes			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (nº 1º y 2º)	14
S. JPI Zaragoza nº 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	9
S. JPII La Almunia	27 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	17
S. JPI Zaragoza nº 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. JPI Zaragoza nº 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. JPII Jaca nº 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	1 de julio de 2005	2007, XIII	46
S. TSJA	11 de diciembre de 2006	2008, XIV	3
Actividad objetivamente útil a la comunidad			
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de mayo de 2008	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. JPI Zaragoza nº 14	8 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	56
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	39
S. APZ	22 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	43
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm.1º)	1
A. APZ (Secc. 4ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. TSJA	14 de junio de 2009	2009, XV	11
Deuda tributaria			
S. JPII Teruel nº 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	19
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
Donaciones			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	5
Ejecución sobre bienes comunes			
A. JPI Zaragoza nº 14	19 de mayo de 2006	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 nº 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
Deudas de gestión			
S. APZ	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	32
S. TSJA	20 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	4
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	25
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	28
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza nº 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. APZ	27 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	42
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Deudas privativas			
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	33
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	14
A. APZ	19 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	26
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. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	22
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. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	3
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
S. JPI Zaragoza nº 2	23 de junio de 2006	2008, XIV	58
A. APZ	10 de junio de 2010	2012, XVIII	83
Estimación judicial de la petición de disolución			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	31

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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 nº 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. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	25
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. JPI Zaragoza nº 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57
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	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1º)	1
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. JPI Zaragoza nº 6	20 de febrero de 2008	2010, XVI	53
Responsabilidad de los bienes comunes			
Después de la disolución de la comunidad legal			
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
S. APZ (Secc. 5ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
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	18 de junio de 1992	1995, I (núm. 1º)	7
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	8
S. TS	24 de mayo de 1995	1996, II (núm. 1º)	7
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1º)	4
S. JPI Zaragoza nº 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	57
S. JPI Zaragoza nº 14	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	76
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
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza nº 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	47

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión de un cónyuge			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1º)	6
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1)	2
S. JPI Zaragoza nº 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
Consentimiento tácito			
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
Defensa de bienes y derechos			
S. JPI Zaragoza nº 13	8 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	61
S. APZ	16 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	44
A. JPI Zaragoza nº 14	16 de mayo de 2005	2007, XIII	60
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de mayo de 2007	2009, XV	57
S. JPI Zaragoza nº 14	22 de mayo de 2007	2009, XV	60
Inoponibilidad			
S. JPII Monzón nº 2	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	88
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	13
Rescisión por fraude			
S. APZ	20 de octubre de 2009	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	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	19
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
Derecho expectante			
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	13
Legitimación pasiva			
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. JPII Jaca nº 2	1 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	18
S. APH	25 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	16
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
LEGADO DE BIENES CONSORCIALES			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPII Teruel nº 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14
6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
CAUSAS			
S. APZ	19 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	37
S. JPI Zaragoza nº 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
SEPARACIÓN DE HECHO			
S. JPI Zaragoza nº 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. JPI Zaragoza nº 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. APZ	3 de marzo de 2009	2011, XVII	43
COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
S. TSJA	24 de mayo de 1902	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	38
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
ADQUISICIÓN DE BIENES			
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
BIENES COMUNES			
S. JPII Calatayud nº 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
S. JPI Zaragoza nº 17	23 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	110
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
S. APT	19 de julio de 2006	2008, XIV	36
S. APZ	23 de mayo de 2007	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	2011, XVII	54
LIQUIDACIÓN			
S. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Naturaleza			
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	49
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	14
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPI Zaragoza nº 12	22 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	55
S. APZ	19 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	70
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Pasivo			
S. APZ	22 de marzo de 2005	2007, XIII	41
S. APH	6 de septiembre de 2007	2009, XV	35
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	2010, XVI	15
Divorcio			
S. JPII Teruel nº 1	31 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	70
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. JPI Zaragoza nº 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	14
S. JPI Zaragoza nº 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	8
S. APZ	8 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	38
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPII Calatayud nº 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
Fecha de la disolución			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. JPI Zaragoza nº 6	10 de septiembre de 1996	1999, V (núm. 1º)	9
S. APZ	2 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	78

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Previa separación de hecho			
S. APZ	5 de abril de 2006	2008, XIV	47
Retroacción de efectos			
S. JPII Calamocha nº 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. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	35
S. PII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	19
Liquidación y división			
A. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	19
Medidas provisionales			
A. JPII Ejea nº 1	27 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	30
Responsabilidad por deudas			
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	50
Uso de la vivienda familiar			
S. JPI Zaragoza nº 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	46
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
S. TSJA	14 de junio de 2007	2008, XIV	8
Activo			
Uso de la vivienda familiar			
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
Aventajas			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. JPII Huesca nº 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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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	2012, XVIII	44
Compatibilidad con la viudedad			
A. JPI Zaragoza nº 14	28 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	101
Competencia			
S. APZ	24 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	39
S. APZ	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	43
A. APZ	4 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	37
S. JPI Zaragoza nº 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	57
S. APH	28 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	14
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1º)	4
Contractual			
S. JPI Zaragoza nº 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	57
S. JPII Jaca nº 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	25
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
S. APZ	2 de julio de 2007	2009, XV	48
Documento privado			
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
Efecto de cosa juzgada			
S. APH	19 de diciembre de 2008	2010, XVI	29
Las deudas comunes tras la división			
S. APH	27 de marzo de 2008	2010, XVI	16
Rescisión por lesión			
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	21
S. TSJA	20 de octubre de 2006	2007, XIII	11
Convivencia «more uxorio»			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
Derecho de adjudicación preferente			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
A. APZ (Secc. 4ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
A. JPII Ejea nº 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APZ	28 de marzo de 2006	2008, XIV	46
DIVISIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 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	2012, XVIII	52
INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	52
RÉGIMEN SUPLETORIO			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	52
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	2012, XVIII	22
INVENTARIO			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1º)	10
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	21
S. JPII Teruel nº 1	12 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	69
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1º)	3
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	30
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	14
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2º)	3
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
CONCEPTO			
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
CONTENIDO			
S. JPI Zaragoza nº 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	55
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	40
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. APZ	18 de marzo de 2005	2007, XIII	40
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
DE DINERO O PARTIDAS DINERARIAS			
S. APH	29 de febrero de 2008	2010, XVI	15
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
S. APH	3 de abril de 2009	2011, XVII	23
Fijación de la postura de las partes			
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	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	2010, XVI	4
A. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	4
Valoración de los bienes			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
S. APT	1 de marzo de 2005	2007, XIII	17
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Legitimación pasiva			
S. JPI Zaragoza nº 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. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2º)	22
S. JPII Huesca nº 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	28
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	26
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
S APH	28 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	12
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
A. APZ (Secc. 4ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. APH	23 de enero de 2007	2009, XV	19
Liquidación por el cónyuge fiduciario			
A. PR TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1º)	47
Liquidación y división judicial			
Procedimiento			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	52
Partición judicial			
Ejecución			
A. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	84

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN			
S. JPI Zaragoza nº 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			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	44
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	11
A. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	10
S. APH	7 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	17
S. APH	18 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	16
S. APH	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	25
FASES DE LA LIQUIDACIÓN			
S. APH	17 de noviembre de 2008	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
RENUNCIA			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	42
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
DEUDAS COMUNES			
A. PR TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1º)	51
S. JPI Zaragoza nº 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm.1º)	9
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
VALORACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA			
S. APH	26 de mayo de 2009	2011, XVII	25
VALORACIÓN DE LOS BIENES			
S. TSJA 37/2012	22 de noviembre de 2012	2012, XVIII	52
67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA			
BIENES COMUNES			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1º)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CARGAS Y DEUDAS COMUNES			
OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO			
S. JPII Ejea nº 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. APZ	31 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	41
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
CONTINUACIÓN CON LOS DESCENDIENTES			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	29
S. JPI Zaragoza nº 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
68: VIUDEDAD			
681: DISPOSICIONES GENERALES			
EXTINCIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 4	27 de septiembre de 2005	2007, XIII	62
S. APH	5 de octubre de 2006	2008, XIV	29
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. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	27
S. JPII Teruel nº 1	18 de marzo de 1997	1999, V (núm. 1º)	13
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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	2008, XIV	48
682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD			
BIENES AFECTOS			
COMIENZO DE LA AFECCIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO			
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. 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. 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 nº 3	6 de julio de 2009	2011, XVII	65
EXTINCIÓN			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	36
S. TSJA	4 de abril de 1995	1996, II (núm. 1º)	1
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1º)	2
S. JPI Zaragoza nº 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	23
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
ABUSO DE DERECHO			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de noviembre de 2005	2007, XIII	63
Pensión compensatoria			
S. PII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	19
Por decisión judicial			
A. APZ	27 de marzo de 2007	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
A. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	44
Renuncia			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	30
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2º)	20
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	2010, XVI	6
Acción de desahucio por precario			
S. JPI Zaragoza nº 14	14 de mayo de 2007	2009, XV	58
Comienzo y extensión			
S. TSJA	18 de septiembre de 2008	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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DERECHOS Y OBLIGACIONES			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
S. APT	24 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	26
CONDICIÓN DE ARRENDADOR			
S. JPII Alcañiz nº 2	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	91
DERECHO SUPLETORIO			
S. JPII Calamocha nº 1	4 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	97
REPARACIONES			
S. APZ	14 de febrero de 2006	2008, XIV	44
ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	35
A. JPI Zaragoza nº 14	26 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1º)	8
A. APZ (Secc. 4ª)	11 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	47
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
S. JPI Zaragoza nº 17	10 de julio de 2007	2009, XV	73
DIVISIÓN DE COSA COMÚN			
S. TSJA	5 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	4
S. APZ	28 de abril de 2009	2011, XVII	46
S. TSJA	18 de noviembre de 2009	2009, XV	15
USUFRUCTO DE DINERO			
S. JPI Zaragoza nº 3	17 de mayo de 2007	2009, XV	59
S. JPI Zaragoza nº 14	29 de mayo de 2007	2009, XV	63
EXTENSIÓN			
CONSORCIO FORAL			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
EXTINCIÓN			
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
ACCIÓN DE DIVISIÓN			
S. APZ (Secc. 4ª)	10 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	28
ANALOGÍA			
S. JPI Zaragoza nº 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	2
CADUCIDAD			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	17

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Cambio de vecindad civil			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	31
Negligencia grave			
S. JPII Calamocha	12 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	24
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
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 nº 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm.1º)	23
Renuncia			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2º)	2
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	42
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1º y 2º)	1
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	17
Resolución de arrendamientos			
S. APH	28 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	4
Vida marital estable			
S. JPI Zaragoza nº 13	15 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	10
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	39
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	38
S. APZ	4 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	76
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 nº 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 de los propietarios			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1º)	1
Sanción de la falta de inventario			
S. JPII Huesca nº 2	14 de mayo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	67

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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. JPI Zaragoza nº 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	20
S. APT	21 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	29
S. APH	21 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	19
USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD			
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	52
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	6
69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS			
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY			
S. JPI Zaragoza nº 14	18 de febrero de 2005	2007, XIII	57
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD			
LEGITIMACIÓN			
A. JPI Zaragoza nº 14	15 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	59
EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA			
S. APZ	2 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	66
COMPENSACIÓN ECONÓMICA			
S. JPI Zaragoza nº 14	12 de mayo de 2005	2008, XIV	53
S. APH	31 de julio de 2007	2009, XV	34
PACTOS			
S. APZ	7 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	34
REQUISITOS			
S. AP	11 de mayo de 2010	2012, XVIII	79
VIVIENDA			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	19
EXISTENCIA			
S. APH	25 de marzo de 2010	2012, XVIII	62
NO VIUDEDAD			
S. JPI Zaragoza nº 14	15 de febrero de 2010	2012, XVIII	94
PACTO TÁCITO DE COMUNIDAD DE BIENES			
S. APZ (Secc. 5ª)	21 de noviembre de 2008	2010, XVI	49

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Régimen económico			
S. JPI Zaragoza nº 14	12 de mayo de 2005	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	2012, XVIII	62
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 nº 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
Comunidad hereditaria			
S. APT	10 de marzo de 2009	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 nº 17	28 de noviembre de 2006	2008, XIV	66
Ley aplicable			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	34
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
A. APH	29 de diciembre de 2008	2010, XVI	30
Vecindad civil			
S. JPI Zaragoza nº 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 nº 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 nº 4	23 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
713: SUSTITUCIÓN LEGAL			
ÁMBITO DE APLICACIÓN			
S. APT	7 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	30
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
EFECTOS			
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	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 nº 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. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. APH	11 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	24
A. APZ(Sec. 5ª)	15 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	49
COMPILACIÓN			
A. APH	28 de marzo de 2008	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. JPII Huesca nº 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	35
S. TSJA	10 de octubre de 2007	2008, XIV	5
ACEPTACIÓN			
FORMAS			
S. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
ACEPTACIÓN TÁCITA			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
S. JPI Zaragoza nº 14	22 de febrero de 2005	2007, XIII	58
CARACTERES			
S. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2
DERECHO TRANSITORIO			
A. APZ	21 de febrero de 2006	2008, XIV	45
EFECTOS			
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	2011, XVII	10
INTERPELACIÓN			
S. APH	19 de febrero de 2007	2009, XV	22
JUZGADO COMPETENTE			
A. JPI Zaragoza nº 16	27 de septiembre de 2006	2008, XIV	62
PROCEDIMIENTO			
S. APH	19 de abril de 2007	2009, XV	27
PRUEBA			
S. PII Tarazona	15 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1º)	12
RENUNCIA TRASLATIVA			
S. JPI Zaragoza nº 17	22 de diciembre de 2005	2007, XIII	65
715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO			
S. JPI Zaragoza nº 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
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
CARGAS HEREDITARIAS			
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. JPI Zaragoza nº 8	11 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	55
S. JPI Zaragoza nº 14	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	104
CONFUSIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 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	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. JPI Zaragoza nº 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	20
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	37
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
LEGÍTIMAS			
INOFICIOSIDAD DE DONACIONES			
S. JPI Zaragoza nº 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	63
ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO			
S. JPII Jaca nº 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. JPII Huesca nº 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	46
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. JPI Zaragoza nº 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55
DERECHO INTERREGIONAL			
R. DGRN	13 de noviembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	9
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
DERECHO TRANSITORIO			
S. PII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1º)	16
S. APZ	23 de enero de 2006	2008, XIV	41
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
S. JPI Zaragoza nº 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DISOLUCIÓN			
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
ACUERDO DE TODOS LOS CONSORTES			
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. TSJA	5 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	9
EFECTOS			
ACRECIMIENTO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. PII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
S. JPI Zaragoza nº 4	12 de junio de 2006	2008, XIV	57
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
PROHIBICIÓN DE DISPONER MORTIS CAUSA			
S. JPII Monzón	17 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	60
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. PII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
ELEMENTO OBJETIVO			
A. APZ	1 de febrero de 2006	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. PII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
NACIMIENTO			
"PROINDIVISO"			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
NATURALEZA			
S. PII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
ORIGEN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
S. PII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PARTICIÓN			
S. APT	2 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	28
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	7
USUFRUCTO VIDUAL			
COMPATIBILIDAD			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
CONDICIONES VÁLIDAS			
S. JPI Zaragoza nº 17	28 de noviembre de 2006	RDCA-2009-XV	72
DESIGNACIÓN DE SUCESOR			
INSTITUCIÓN EN EL USUFRUCTO			
A. APZ	19 de junio de 2007	2009, XV	47
LEGADOS			
ADQUISICIÓN			
S. APH	9 de febrero de 2007	2009, XV	20
DE BIENES CONSORCIALES			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPII Teruel nº 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14
DERECHO APLICABLE			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA			
721: DISPOSICIONES GENERALES			
CAPACIDAD PARA TESTAR			
S. JPI Zaragoza nº 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	2010, XVI	37
INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
S. JPII Huesca nº 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. APH	5 de septiembre de 2006	2008, XIV	28
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA 1/2011	26 de enero de 2011	2012, XVIII	2
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. JPII Huesca nº 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	51
S. APZ	4 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	27
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
S. APZ (Secc. 5ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44
INEXISTENCIA			
A. PR TSJA	22 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	6
S. JPI Zaragoza nº 2	6 de octubre de 2006	2008, XIV	63
S. JPI Zaragoza nº 15	28 de enero de 2008	2010, XVI	52
S. APZ (Secc. 5ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44
IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR VIVO			
S. JPI Zaragoza nº 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
INCAPACIDAD DE UNO DE LOS TESTADORES			
S. JPI Zaragoza nº 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES			
PACTO AL MÁS VIVIENTE			
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	24
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. APZ	27 de abril de 1997	1999, V (núm. 2º)	39
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17
A. JPI Zaragoza nº 7	15 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	12
A. JPII Monzón	20 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	19
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. APZ	25 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	71
S. TSJA	30 de septiembre de 2005	2005-2006 (XI-XII)	12
S. JPII Teruel nº 2	22 de diciembre de 2006	2008, XIV	69
SUSTITUCIÓN LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO			
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	13 de octubre de 2006	2008, XIV	30
A. APH	19 de febrero de 2008	2010, XVI	14
S. APZ (Secc. 4ª)	13 de marzo de 2008	2010, XVI	42
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	2009, XV	6
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	2009, XV	6
Interpretación del testamento			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
A. PR TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
Nulidad			
S. JPII Huesca nº 3	14 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	54
Primacía de la legislación especial			
S. JPII Huesca nº 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. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	44
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. JPI Zaragoza nº 12	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	108
Disposiciones correspectivas			
S. JPI Zaragoza nº 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	2009, XV	14
Ineficacia			
Aplicación analógica del art. 123 Lsuc.			
S. JPI Zaragoza nº 12	8 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	105
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
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 nº 17	6 de noviembre de 2006	2008, XIV	64
Nulidad de la disposición testamentaria			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA			
PRESCRIPCIÓN			
S. JPII Huesca nº 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
NULIDAD DE TESTAMENTO			
COACCIÓN			
S. APZ	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	29
CONDICIONES			
S. JPI Zaragoza nº 17	28 de noviembre de 2007	2009, XV	72
ERROR EN LA PERSONA			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
FALTA DE CAPACIDAD NATURAL			
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	51
S. APH	30 de marzo de 2007	2009, XV	26
S. TSJA	5 de octubre de 2009	2009, XV	14
FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. JPI Zaragoza nº 3	20 de octubre de 2009	2011, XVII	68
S. APZ	15 de enero de 2010	2012, XVIII	71
FALTA DE TESTIGOS			
S. JPI Zaragoza nº 15	25 de febrero de 2008	2010, XVI	54
INIDONEIDAD DE UN TESTIGO			
S. APZ	21 de febrero de 2007	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 nº 2	15 de septiembre de 2009	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	2012, XVIII	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Forma			
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	4
S. APZ	3 de diciembre de 2010	2012, XVIII	89
Heredamiento de casa aragonesa			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1º)	4
S. JPII Ejea nº 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 nº 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2º)	16
Institución de presente			
S. APH	6 de julio de 2010	2012, XVIII	66
Aceptación			
S. APH	14 de abril de 2010	2012, XVIII	64
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 nº 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 nº 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 nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
Bienes troncales			
S. TSJA	13 de junio de 2007	2008, XIV	7
Facultad de disposición del sobreviviente			
S. JPI Zaragoza nº 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	13
Fallecimiento del sobreviviente			
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. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	15
A. JPI Zaragoza nº 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1º)	11
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. JPI Zaragoza nº 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 nº 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	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	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
Plazo			
S. APZ	1 de diciembre de 2009	2011, XVII	52
Señorío mayor			
S. JPI Ejea nº 1	16 de febrero de 2009	2011, XVII	56
S. APZ	1 de diciembre de 2009	2011, XVII	52
Validez			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	8
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	4
S. TSJA	21 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	7
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ejecución			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	2
Liquidación del patrimonio conyugal			
A. PR TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1º)	47
S. APH	17 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	12
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	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 nº 2	28 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	60
Extinción			
S. JPI Zaragoza nº 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. JPI Zaragoza nº 2	22 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	53
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Muerte del fiduciario			
S. JPII Huesca nº 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	2012, XVIII	29
Nuevas nupcias del fiduciario viudo			
S. JPII Huesca nº 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2º)	4
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	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 nº 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
FIDUCIA COLECTIVA			
COMPOSICIÓN			
S. JPII Huesca nº 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
S. APH	6 de julio de 2010	2012, XVIII	65
CONSTITUCIÓN			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1º)	3
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
EJECUCIÓN			
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
EXTINCIÓN			
S. JPII Jaca nº 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
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. JPII Huesca nº 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
PLAZO			
S. APH	25 de abril de 2006	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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
FORMA			
EJERCICIO PROVISIONAL			
S. JPII Huesca nº 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	62
NULIDAD			
S. JPII Huesca nº 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 nº 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
NATURALEZA Y FINALIDAD			
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. JPII Huesca nº 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	62
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
S. JPI Zaragoza nº 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	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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 nº 2	19 de febrero de 2007	2009, XV	55
Sin causa legal			
S. JPI Zaragoza nº 17	9 de febrero de 2006	2008, XIV	50
S. JPI Zaragoza nº 2	19 de febrero de 2007	2009, XV	55
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	2011, XVII	17
Imputación a la legítima			
S. JPII Teruel nº 1	14 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	56
Legítima colectiva			
S. JPI Zaragoza nº 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
S. JPI Zaragoza nº 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
A. APZ	10 de octubre de 2005	2007, XIII	51
Inoficiosidad de donaciones			
S. JPI Zaragoza nº 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	63
No discriminación por matrimonio			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
Lesión de la legítima			
S. APZ (Secc. 5ª)	14 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	36
S. JPI Zaragoza nº 17	12 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	98
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	2011, XVII	17
Donación modal			
S. APZ	8 de junio de 2009	2011, XVII	47
Prohibición de gravámenes			
S. JPI Zaragoza nº 3	8 de abril de 2008	2011, XVII	55
Renuncia a la acción: Forma			
S. TSJA	30 de enero de 2008	2008, XIV	16
Usufructo vidual			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	30
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	27
Preterición			
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. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel nº 1	14 de junio de 1995	1995, I (núm. 1º)	56
S. JPI Zaragoza nº 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
S. APT	21 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	19
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. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2º)	34
S. JPI Zaragoza nº 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Inexistencia			
S. JPII Daroca	15 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	48
Intencional			
S. JPI Zaragoza nº 17	13 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	106
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
Mención suficiente			
S. JPI Zaragoza nº 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
No intencional			
S. JPI Zaragoza nº 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 nº 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	71
Título de atribución			
Impugnación			
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
76: SUCESIÓN LEGAL			
Bienes troncales			
S. TSJA 31/2012	5 de octubre de 2012	2012, XVIII	44
Bienes troncales de abolorio			
Concepto			
S. APZ	20 de marzo de 2007	2009, XV	43
S. TSJA	1 de octubre de 2007	2008, XIV	13
Declaración de herederos			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	38
S. JPII Huesca nº 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	64
Bienes troncales			
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	17

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	6
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	14
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	13
A. JPII Huesca nº 1	5 de mayo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	65
Bienes troncales y no troncales			
A. JPII Monzón nº 2	10 de abril de 2006	2008, XIV	52
S. APT	29 de enero de 2008	2010, XVI	31
Contradicción entre los interesados			
A. JPII Monzón	8 de enero de 1998	2000, VI (núm.1º)	4
S. JPII Teruel nº 2	30 de junio de 2006	2008, XIV	59
A. APH	28 de marzo de 2008	2010, XVI	17
Inexistencia de parientes troncales			
A. APH	29 de marzo de 2007	2009, XV	25
Nulidad			
S. APH	14 de abril de 2010	2012, XVIII	64
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
A. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	20
Orden de la sucesión legal			
A. JPII Huesca nº 2	25 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	78
A. JPII HUESCA nº 2	7 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	68
S. JPI Zaragoza nº 17	30 de noviembre de 2006	2008, XIV	67
Pacto al más viviente			
Aplicación del art. 216-2 Lsuc.			
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. JPI Zaragoza nº 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1º)	11
A. JPI Zaragoza nº 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	29
A. JPI Zaragoza nº 14	14 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	51
Procedencia			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	8
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. JPI ZARAGOZA nº 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	29
S. JPII MONZÓN	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	24
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
A. APZ	21 de abril de 2010	2012, XVIII	76
Institución de legatario universal			
A. APH	29 de octubre de 2008	2010, XVI	30

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
REPUDIACIÓN			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2º)	34
SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A. APZ (Secc. 2ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A favor de hermanos			
A. APZ	27 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	47
S. APZ	11 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2º)	36
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza nº 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. APZ (Sec. 4ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
S. APZ	2 de marzo de 2010	2012, XVIII	73
Bienes troncales y no troncales			
A. JPI Huesca nº 2	20 de abril de 2009	2011, XVII	62
A. JPI Huesca nº 2	8 de enero de 2010	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 (Sec. 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	2009, XV	18
SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO			
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9
Aplicación del art. 216-2 Lsuc.			
A. APZ	25 de enero de 2005	2007, XIII	32
S. APT	9 de enero de 2009	2011, XVII	32
S. APT	20 de febrero de 2009	2011, XVII	34
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
SUCESIÓN A FAVOR DEL ESTADO			
A. APZ	12 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	32
SUCESIÓN TRONCAL			
S. JPII Huesca nº 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	66

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	8
S. APT	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	21
S. JPII Huesca nº 2	31 de julio de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	66
A. JPII Boltaña	8 de agosto de 2003	2005-2006 (XI-XII)	45
S. JPII Alcañiz nº 1	4 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	47
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
A favor de colaterales			
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2º)	13
A. APH	18 de diciembre de 2007	2009, XV	38
A favor de hermanos			
A. JPII Huesca nº 2	5 de diciembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	79
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza nº 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	40
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Sustitución legal			
S. APZ	29 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	23
A. JPII Tarazona	29 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	22
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 nº 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	45
Límites a la facultad de construir			
S. JPI Zaragoza nº 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	45
Presunción de libertad			
S. JPII Calamocha nº 1	28 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	90
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	22
Usucapión			
S. APH	28 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	47
82: RELACIONES DE VECINDAD			
Inmisión de raíces y ramas			
S. APZ	2 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	38
S. APH	16 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	11
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
S. JPII Jaca nº 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	86
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
Ius usus innocui			
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	10
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
Plantaciones			
Aplicación del art. 591 Cc.			
S. JPI Zaragoza nº 12	24 de mayo de 2007	2009, XV	61
83: LUCES Y VISTAS			
Derecho histórico			
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	20
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
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 julio de 2008	2010, XVI	21
Facultad de abrir huecos			
No en pared propia del vecino			
S. APT	7 de abril de 2008	2010, XVI	33
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APZ	10 de enero de 2005	2007, XIII	30
Régimen normal			
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
S. APH	22 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	19
S. APT	19 de septiembre de 2007	2009, XV	40
Abuso de derecho			
S. JPI Zaragoza nº 14	19 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	109
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32
S. APT	16 de octubre de 2008	2010, XVI	35
Actos meramente tolerados			
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	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	19
S. JPII Teruel nº 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	41
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
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. APT	9 de enero de 1996	1997, III (núm. 2º)	A17
S. APH	25 de enero de 1996	1997, III (núm. 2º)	3
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	26
S. JPII Ejea nº 1	26 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1º)	31
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 Ejea nº 1	17 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	100
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
Azoteas y terrazas			
S. APT	14 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	30
S. PII Tarazona	17 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	18
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	10
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	41
S. APT	30 de octubre de 2001	2003-2004 (IX-X)	29
S. JPII Teruel nº 2	1 de septiembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	46
S. APT	15 de septiembre de 2009	2011, XVII	39
Contraventanas			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
Derecho del vecino a edificar o construir			
S. APH	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1º)	9
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	9
S. APH	6 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	11
S. JPII Ejea nº 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. JPII Teruel nº 1	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	26
S. APZ (Secc. 5ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	46
S. JPII La Almunia	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	42
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	50
S. JPII Huesca nº 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	25
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. APZ	1 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	53
S. JPI Zaragoza nº 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	11
S. JPII Huesca nº 2	29 de septiembre de 1998	2000, VI (núm. 1º)	18
S. APT	31 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	30
S. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2º)	9
S. APT	21 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	58
S. APT	18 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	27
S. JPII Ejea nº 1	16 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	99
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. JPI Zaragoza nº 10	11 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	103
S. APT	14 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	66
S. JPII Teruel nº 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	1 de enero de 2005	2007, XIII	13
S. JPII Barbastro	18 de septiembre de 2006	2008, XIV	61
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	8 de junio de 2007	2009, XV	31
S. JPII Alcañiz nº 2	31 de julio de 2007	2009, XV	65
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. TSJA	23 de enero de 2008	2008, XIV	15
S. APZ	6 de abril de 2010	2012, XVIII	74
Derecho transitorio			
S. JPI Zaragoza nº 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APZ (Sec. 4ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
Facultad de abrir huecos			
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2º)	9
S. APH	30 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1º)	12
S. APZ (Secc. 5ª)	6 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	29
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. 4ª)	6 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	35
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Finalidad			
S. JPI Zaragoza nº 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1º)	11
Huecos para aireación natural			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Incumplimiento			
S. JPII Ejea nº 1	23 de febrero de 2006	2008, XIV	51
Interdicto de obra nueva			
S. JPI Zaragoza nº 13	21 de julio de 1993	1996, II (núm. 2º)	1
S. JPI Zaragoza nº 13	28 de enero de 1994	1996, II (núm. 2º)	3
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
S. JPII Ejea nº 1	20 de febrero de 2009	2011, XVII	57
Interdictos			
S. APH	30 de septiembre de 2009	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	2010, XVI	18
Prescripción			
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
S. JPII Teruel nº 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62
S. APT	23 de octubre de 2007	2009, XV	41
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
S. APZ (Sec. 4ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
S. TSJA	30 de noviembre de 2009	2010, XVI	3
Protección semejante o equivalente			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Reja y red			
S. JPI Zaragoza nº 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APZ	20 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	31
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
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. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Jaca nº 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	75
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. 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	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	41
S. JPI Zaragoza nº 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm.1º)	11
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 Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
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. APT	1 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	67
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	17 de octubre de 2005	2007, XIII	27
S. APT	2 de noviembre de 2005	2007, XIII	19
S. APH	30 de junio de 2006	2008, XIV	26
S. APH	3 de julio de 2006	2008, XIV	27
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
Renuncia			
S. APT	24 de febrero de 2009	2011, XVII	35
Toma de medidas			
S. APT	30 de abril de 2009	2011, XVII	37
Relaciones de vecindad y servidumbres			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
Servidumbre			
Adquisición por título			
S. JPII Teruel nº 1	10 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	93
S. JPII Calatayud nº 2	19 de octubre de 2009	2011, XVII	69
Aplicación del art. 541 Cc.			
S. JPI Zaragoza nº 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	35
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2º)	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APZ	30 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	48
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2º)	42
S. APH	4 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	23
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	27
S. APH	5 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	48
S. APT	23 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	59
S. APH	30 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	52
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. APT	15 de febrero de 2005	2007, XIII	16
S. JPII Teruel nº 2	23 de marzo de 2007	2009, XV	56
S. APZ	8 de octubre de 2009	2011, XVII	50
Extinción			
S. JPII Huesca nº 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	2009, XV	51
Naturaleza			
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	26
S. JPII Jaca nº 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	75
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	20
Signos aparentes			
S. JPI Zaragoza nº 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	7
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. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	26
S. APZ (Secc. 2ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	45
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. JPII Huesca nº 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1º)	59
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. JPII Jaca nº 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	75
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	33
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	34
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	23
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	45
S. APZ (Secc. 5ª)	19 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	39
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	11 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	17
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
S. APH	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	33
S. TSJA	27 de septiembre de 2007	2008, XIV	11
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
S. APH	24 de octubre de 2008	2010, XVI	27
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
S. JPII Ejea nº 1	27 de febrero de 2009	2011, XVII	58
S. TSJA	23 de septiembre de 2010	2011, XVII	6
Usucapión			
S. JPII Ejea nº 1	12 de julio de 1994	1996, II (núm. 2º)	17
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. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1º)	7
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1º)	15
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	6
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. 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 Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
Vistas oblicuas			
S. APZ	21 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	44
84: SERVIDUMBRES			
Alera foral			
Definición y caracteres			
S. JPII Calatayud nº 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 nº 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 nº 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Posesión inmemorial			
S. JPII Jaca nº 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
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	2010, XVI	22
De desagüe			
Aplicación del Código civil			
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	27
Extinción			
S. JPII Teruel nº 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	61
Usucapión			
S. JPII Teruel nº 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	61
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	35
S. JPI Zaragoza nº 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	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 nº 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
Naturaleza			
S. JPI Zaragoza nº 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Presunciones			
S. JPII Barbastro	26 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	58
Signos contrarios			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	43
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
Usucapión			
S. APT	26 de enero de 1994	1996, II (núm. 1º)	20
S. JPI Zaragoza nº 14	10 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2º)	22
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	25
S. JPII Barbastro	27 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	59
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 nº 1	27 de febrero de 2009	2011, XVII	58
De paso			
S. APH	28 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	21
S. JPII Monzón nº 2	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	65
Adquisición			
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	4 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	25
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	24
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	8
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	22
S. PII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1º)	17
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	11
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	28
S. APZ	17 de julio de 1998	1998, IV (núms. 1º y 2º)	50
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
S. APT	10 de abril de 2006	2008, XIV	35
Aparente			
S. APH	18 de marzo de 2009	2011, XVII	22
S. APT	19 de octubre de 2009	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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Cuestiones procesales			
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
Extinción			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2º)	24
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
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
Naturaleza			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2º)	25
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23
S. JPII Alcañiz nº 2	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	95
No aparente			
S. APH	6 de mayo de 2009	2011, XVII	24
S. APH	23 de septiembre de 2009	2011, XVII	28
Tutela de la posesión			
S. APH	15 de mayo de 2007	2009, XV	30
Usucapión			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. JPII Teruel nº 1	14 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	8
S. APH	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1º)	10
S. APZ	23 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	38
S. APT	7 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	24
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1º)	25
S. APT	7 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	36
S. APH	20 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1º)	9
S. APT	15 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	21
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2º)	6
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. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	32
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	35
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	29
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2º)	32
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2º)	9
S. APZ	28 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	48
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2º)	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2º)	20
S. APZ	25 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	41
S. APT	5 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	23
S. APZ (Secc. 4ª)	10 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	37
S. JPII Ejea nº 2	22 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	57
S. APZ (Secc. 4ª)	25 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	44
S. APH	17 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	50
S. APT	23 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	24
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. APT	28 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	26
S. APH	17 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	23
S. APZ (Secc. 5)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
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. APZ	30 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	81
S. APZ	3 de marzo de 2005	2007, XIII	37
S. JPII Ejea nº 1	15 de abril de 2005	2007, XIII	59
S. APH	26 de octubre de 2005	2007, XIII	28
S. APH	11 de enero de 2006	2008, XIV	20
S. APH	13 de enero de 2006	2008, XIV	21
S. TSJA	8 de marzo de 2006	2007, XIII	9
S. APT	24 de marzo de 2006	2008, XIV	34
S. APT	16 de noviembre de 2006	2008, XIV	38
S. APH	11 de julio de 2007	2009, XV	32
S. JPII Monzón nº 2	11 de septiembre de 2007	2009, XV	66
S. APZ	30 de noviembre de 2007	2009, XV	50
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	12
S. APH	19 de octubre de 2008	2010, XVI	25
S. TSJA	25 de noviembre de 2009	2011, XVII	2
S. TSJA	1 de diciembre de 2009	2009, XV	16
S. APZ	4 de diciembre de 2009	2011, XVII	53
S. TSJA	20 de mayo de 2011	2011, XVII	12
Usucapión de las servidumbres no aparentes			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. JPII Calamocha nº 1	24 de septiembre de 2007	2009, XV	68
De paso de energía eléctrica			
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	22
De pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
De salida de humos			
S. JPII Teruel nº 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	2009, XV	39
De tendido eléctrico			
Adquisición			
S. JPII Jaca nº 1	10 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	39
Usucapión			
S. JPII La Almunia	7 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	72
S. APZ	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	36
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. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15
Modificación unilateral			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Relaciones de vecindad			
S. JPII Teruel nº 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62
Signos aparentes			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2º)	18
Usucapión			
S. JPII Ejea nº 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2º)	12
S. APT	22 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1º)	26
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
Derecho supletorio			
Signo aparente			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
En general			
S. JPII Monzón nº 1	20 de diciembre de 2006	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	2012, XVIII	34
Presunción de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	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
Mancomunidades de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	16
Posesión inmemorial			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	51
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. APH	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	63
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
Alera foral			
S. JPII Calatayud nº 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
Servidumbre forzosa de paso			
Necesidad			
S. TSJA 12/2011	14 de diciembre de 2011	2012, XVIII	12

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
USUCAPIÓN			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2º)	6
S. APT	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1º)	23
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1º)	14
S. JPII Teruel nº 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1º)	52
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1º)	22
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2º)	10
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	51
S. APH	16 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	15
S. APH	14 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	22
S. APZ	12 de mayo de 2005	2007, XIII	43
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
ACTOS TOLERADOS			
S. APH	18 de noviembre de 2009	2011, XVII	30
APARIENCIA			
S. APH	16 de noviembre de 2006	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	2012, XVIII	12
INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA			
S. TSJA 25/2012	11 de julio de 2012	2012, XVIII	34
REQUISITOS			
S. TSJA	18 de junio de 2010	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	2009, XV	4
DONACIÓN			
FORMA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL			
TRANSMISIÓN			
S. JPI Zaragoza nº 12	5 de junio de 2007	2009, XV	64
S. APZ	20 de noviembre de 2007	2009, XV	49
S. TSJA	10 de junio de 2008	2008, XIV	19
S. TSJA	10 de junio de 2008	2008, XIV	19
92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA			
S. TSJA	4 de noviembre de 1992	1995, I (núm. 1º)	9
S. TSJA	26 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	8
S. JPII Jaca nº 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	2012, XVIII	44
CONCEPTO			
S. JPII Ejea nº 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	2012, XVIII	44
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1º)	16
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. JPII Huesca nº 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
ELEMENTO OBJETIVO			
S. JPII Calatayud nº 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
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36
OFRECIMIENTO EN VENTA			
S. JPI Zaragoza nº 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Sujeto pasivo			
S. JPII Calatayud nº 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 nº 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
S. JPII Jaca nº 1	22 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	85
S. JPI Zaragoza nº 2	8 de febrero de 2005	2007, XIII	56
Venta a un extraño			
S. JPII Calatayud nº 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Huesca nº 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. JPII Ejea nº 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Facultad moderadora de los Tribunales			
S. JPII Calatayud nº 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Huesca nº 2	28 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1º)	49
S. JPI Zaragoza nº 2	6 de junio de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	68
S. JPI Zaragoza nº 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
S. APH	12 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	18
S. JPII Huesca nº 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	16 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2º)	16
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
S. APH	4 de marzo de 2005	2007, XIII	23
S. TSJA	14 de noviembre de 2005	2007, XIII	3
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
S. JPI Zaragoza nº 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. JPI Zaragoza nº 4	19 de octubre de 2007	2009, XV	70
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
S. APH	17 de julio de 2009	2011, XVII	27
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. JPII Calatayud nº 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
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
Consignación del precio			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza nº 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
Perpetuatio iurisdictionis			
S. APH	26 de septiembre de 2008	2010, XVI	23
Fundamento			
S. JPII Calatayud nº 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2º)	23
S. JPII Ejea nº 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. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	65
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23
S. JPI Zaragoza nº 3	6 de junio de 2006	2008, XIV	56
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza nº 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
S. APH	17 de julio de 2009	2011, XVII	27
A falta de notificación fehaciente			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2º)	12
S. JPI Zaragoza nº 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1º y 2º)	73
Subasta judicial			
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1º y 2º)	36
Precio			
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
S. JPI Zaragoza nº 2	25 de enero de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	63
Gastos o pagos legítimos			
A. APH	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2º)	18

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.

2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.

3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

   El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

   En una segunda página se presentará un resumen de 10 a 15 líneas en castellano y otro, a ser posible, en inglés *(abstract),* que irán acompañados de 3 a 5 palabras claves en ambos idiomas.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

   Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

   LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía,* Librería Bosch, Barcelona, 1963, pp. 272 y ss.

   LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés,* 1945, p. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* vol. I, Zaragoza, 1988, pp. 211 y ss.

Las citas de sentencias háganse siguiendo el modelo del «Índice acumulado de Jurisprudencia» que se publica en cada número de la revista.

Los trabajos se dividirán en epígrafes, con la siguiente secuencia: I, 1, A, a.

5. Se encarece la presentación de los originales en su versión definitiva y con la mayor pulcritud. De ser posible, se ruega adjunten disquete informático, con indicación del sistema y procesador de textos utilizado. Si no expresan deseo en contrario, se enviará a los autores pruebas de imprenta para su corrección, con señalamiento de un breve plazo pasado el cual la Revista se encargará de ella.

6. Los trabajos no solicitados por la Revista carecerán de remuneración económica. El autor recibirá gratuitamente un ejemplar del número en que se publique.

7. A todos los autores que envíen originales a la Revista se les remitirá acuse de recibo. El Consejo de Redacción decidirá, en un plazo no superior a dos meses, la aceptación o no de los trabajos recibidos. Esta decisión se comunicará al autor, con indicación, en su caso, del número de la Revista y fecha en que previsiblemente se publicará.

Los trabajos publicados en la *RDCA* en soporte papel podrán publicarse también en CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como incluirse en bases de datos. Eventualmente podrán aceptarse trabajos para su publicación únicamente en la edición informática.

8. Envío de originales a la siguiente dirección:

Secretaría de la
REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
ifc@dpz.es

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

Cta./Libreta n.º (20 DIGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

En caso de tarjeta de crédito

VISA ☐ Master Card ☐ 4B ☐ Tarjeta 6000 ☐ Otra _____ ☐

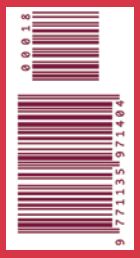
Titular de la tarjeta

Nº de tarjeta (16 DÍGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | |

Fecha de caducidad:

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



INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO

DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA